

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI  
DEL  
SEMINARIO GIURIDICO  
(AUPA)

VOLUME LVII  
(2014)



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 Mazzaella	Palermo
Enrico Mazzaese 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](mailto: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 LVII  
(2014)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

© Copyright 2014 - G. GIAPPICHELLI EDITORE- TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-5829-5  
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](mailto:redazioneaupa@unipa.it).

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo finanziario del rettorato dell'Università degli Studi di Palermo, integrato, limitatamente agli articoli di Alice Cherchi e Francesco Sitzia, con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari e, limitatamente agli articoli di Monica De Simone, Salvatore Sciortino e Mario Varvaro (*Condictio e causa actionis*), con i fondi P.R.I.N. 2010-2011 "L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento".

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](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*A Bernardo Albanese,  
a dieci anni  
dai suoi ultimi studi.*





## INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, 'Facilitas'. Alcune fonti per Bernardo Albanese .....	9
---	---

### ARTICOLI

G. ARICÒ ANSELMO, Numa Pompilio e la propaganda augustea .....	27
A. CHERCHI, Considerazioni in tema di società minerarie nel diritto romano del Principato. Note a margine di Vip. II.6-8 .....	63
M. DE SIMONE, 'Proletarius iam civis'. A proposito di un'interpretazione di Bernardo Albanese di XII Tab. 1.4 .....	101
G. PURPURA, Il χειρέμβολον e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano .....	127
C. RUSSO RUGGERI, Ancora qualche riflessione sulla politica legislativa di Giustiniano in riguardo ai iura al tempo del Novus Codex .....	153
R. SANTORO, Perpetuari obligationem .....	177
S. SCIORTINO, Res acta e potere magistratuale di interrompere una legis actio irregolare .....	209
F. SITZIA, Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino .....	239
M. VARVARO, Condictio e causa actionis .....	265

### NOTE

D. DI OTTAVIO, Octo genera poenarum (a margine di August., civ. Dei 21.11 e Isid., etym. 5.27.1 ss.) .....	321
G. FALCONE, The 'mysterious' beauty of Laws .....	339
U. MANTHE, Gaio, il Veronese e gli editori .....	353

### VARIE

Il Premio Ursicino Álvarez a Matteo Marrone .....	385
M. VARVARO, La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme .....	387



GIUSEPPE FALCONE  
(Università di Palermo)

*'Facilitas'*.

Alcune fonti per Bernardo Albanese



‘*FACILITAS*’.  
ALCUNE FONTI PER BERNARDO ALBANESE\*

Per una significativa coincidenza, in questo anno 2014 cadono due ricorrenze di particolare carica simbolica per la comunità romanistica (palermitana, anzitutto; ma naturalmente non solo palermitana) e cioè i 150 anni dalla nascita di Salvatore Riccobono e i 10 anni dalla scomparsa di Bernardo Albanese: rispettivamente, il fondatore e il continuatore di una Scuola che tanto saldamente ha legato il nome dell’Università di Palermo alla scienza del diritto romano, nonché il fondatore e rispettivamente il continuatore di una rivista, gli *Annali del Seminario giuridico*, che di codesta Scuola ha costituito, e costituisce, veicolo di diffusione privilegiato e che due anni fa ha compiuto i cento anni di vita.

La coincidenza diviene senz’altro curiosa – e ancor più degna di quell’arcana arte dei numeri che tanto affascinava Giustiniano – ove si consideri che in questo stesso 2014 i *Subseciva Groningana*, la nota rivista della Scuola bizantinistica olandese, qui autorevolmente rappresentata da Jan Lokin e Bernard Stolte che nuovamente ringrazio per la loro presenza all’odierno seminario, i *Subseciva Groningana*, dicevo, sono apparsi con un numero speciale sottotitolato “Between Groningen and Palermo”: si tratta di un volume che contiene i risultati di un progetto internazionale di ricerca svolto negli anni 2012-2013 sul tema “*Origins, forms and transmission of the Legal Byzantine Literature*”, che ha visto la collaborazione tra studiosi delle due Università. In effetti, come, da un lato, Salvatore Riccobono è stato tra i primissimi, convinti assertori dell’utilità dello studio delle fonti bizantine per la comprensione del diritto classico ed è stato protagonista assoluto di una eroica stagione storiografica che sulle fonti bizantine misurava l’attendibilità di ricostruzioni di fondo concernenti origine e natura del *Corpus iuris*; così, dall’altro lato – e qui la rilettura degli eventi segna un passaggio autobiografico –, è stato Bernardo Albanese a suggerirmi, quasi venti anni or sono, di affrontare lo studio delle fonti tardoantiche e, più in particolare, ad assentire prontamente alla proposta di un soggiorno di studio a Groningen per consultare gli specialisti che stavano approntando una nuova edizione della Parafrasi di Teofilo: da quel soggiorno sarebbe nata una consuetudine di rapporti con la prestigiosa scuola olandese, sfociata appunto, fra l’altro, nell’apparizione del volume dei *Subseciva* “tra Groningen e Palermo”.

\* Discorso letto in occasione del Seminario internazionale “*Corpus iuris* e testi giuridici bizantini (per Salvatore Riccobono e Bernardo Albanese)”, svoltosi presso l’Università di Palermo il 12 dicembre 2014.

Sul diretto e del resto notorio contributo di Salvatore Riccobono allo studio delle fonti giuridiche bizantine tornerò specificamente nell'intervento pomeridiano. Nella presente occasione, vorrei – come primo di due punti del mio discorso – corroborare ulteriormente, al di là dell'episodio or ora richiamato, la scelta di legare un seminario incentrato su fonti bizantine anche al nome di Bernardo Albanese, dal momento che questo studioso, signore dei testi e degli istituti giuridici d'età arcaica, preclassica e classica, non ha mai dedicato una ricerca apposita a questioni di diritto bizantino.

Ebbene, per quanto possa apparire inatteso, codesta scelta si ricollega ad un volume isagogico di Bernardo Albanese, che reca il titolo di *'Premesse allo studio del diritto privato romano'* (del 1978).

Non v'è tempo, in questa occasione, per segnalare adeguatamente come codesto volume, oltre a fornire un affresco dei valori fondanti e dei fattori di sviluppo, tecnico-giuridici come culturali, del diritto privato romano, ricomponga con elegante misura una sedimentata articolazione di pensiero su taluni *principia iuris*, dalla misteriosa essenza spirituale del fenomeno giuridico alla natura della scienza giuridica, dai rapporti tra dogmatica e storia a quelli tra diritto e società, costituendo, in definitiva, un'affascinante introduzione non solo allo studio del diritto romano, ma allo studio del diritto tout-court: naturale portato, del resto, della forte consapevolezza albanesiana sulla storicità del diritto in quanto tale.

Quel che, invece, va qui precisato quale specifico trait-d'union con l'odierno seminario, è che, nel quadro della presentazione delle fonti che rilevano per lo studio del diritto privato romano, ben trentacinque pagine assai fitte sono occupate da una rassegna dei testi dell'oriente bizantino, dai frammenti del V secolo (*scholia Sinaitica*; cd. Libro Siro-Romano) all'Hexabiblos di Armenopulo, passando attraverso l'opera e i protagonisti della compilazione giustiniana: un microcosmo, all'interno del volume, di fonti bizantine, nel quale meticolose notizie su opere, autori, frammenti giuridici, sulla tradizione manoscritta, quasi sempre ingarbugliata e complessa, sulle edizioni moderne, si susseguono non di rado accompagnate da sobrie ma precise prese di posizione su singole questioni. Mi limito a qualche rapidissimo esempio. Quanto alla capillarità delle informazioni, Albanese segnala la curiosa mancanza di riferimenti al *ius honorarium* nel cd. Libro Siro-romano; ricorda la connotazione, nel *Syntagma* di Blastares (XIV secolo), dell'opera di Doroteo sul Digesto come collocata "a metà strada" fra traduzione letterale e libero commento; sottolinea l'insistita presenza di prestiti dalla Parafrasi di Teofilo nella Glossa torinese alle Istituzioni. Quanto alla formulazione di personali punti di vista, Albanese si esprime sul complessivo livello scientifico e sul ruolo da riconoscere agli "héros" beritensi del V secolo; si pronunzia sulla riferibilità o meno del commento di Taleo già al primo Codice di Giustiniano; avverte dell'importanza della Parafrasi di Teofilo, più che come sussidio all'interpretazione del manuale di Giustiniano, quale fonte di notizie sul diritto di epoche precedenti, a volte altrimenti sconosciute.

Certo, su singoli punti la descrizione appare legata ad una lettura della documentazione che può qualificarsi tradizionale, quella, per intenderci, consacrata nelle imponenti e classiche *Quellen des römischen Rechts* di Wenger (1953); ed alcuni assunti vanno oggi riconsiderati, tenendo conto anche del rinnovamento degli studi indotto dal magistero groningano di Scheltema e dei suoi allievi. E tuttavia, chi ha sperimentato l'intrico delle fonti bizantine e della loro tradizione testuale non può non rimanere impressionato, oltre che dalla densità delle informazioni (pur in occasione di quelle che lo stesso Albanese considera "notizie

sommario”), dalla incisiva limpidezza che rende la rassegna un utilissimo e agevole strumento di consultazione. Le intere *Premesse*, del resto, si sarebbero rivelate, già dall’anno successivo, la prima composizione di un mirabile ciclo trattatistico, insieme con i volumi su *Le persone*, su *Gli atti negoziali*, su *Le situazioni possessorie* nel diritto privato romano: opere che, per l’appunto, colpiscono il lettore per la sicura linearità con cui viene ricondotta e racchiusa all’interno di geometriche griglie sistematiche una messe di nozioni, istituti e fenomeni giuridici quanto mai vasti e multiformi, sì da offrire, ad un tempo, organico inquadramento, base per approfondimenti critici e prezioso strumento di consultazione, per i romanisti come per i civilisti.

‘*Facilitas*’ è il termine che ottimamente riassume i due profili di siffatta esperienza compositiva: l’agio con il quale l’autore ha condotto la propria illustrazione e il risultato che, in termini di comodità di orientamento e apprendimento, da una tale illustrazione deriva. Risultato che al romanista fa inevitabilmente ricordare il famoso squarcio del *De oratore*, nel quale Cicerone affermava che, se la *cognitio iuris* appariva ai più ‘*magna atque difficilis*’, è perché non si era ancora pensato di compiere una sistemazione del *ius* secondo un’arte ordinatrice in grado di raccogliere, organizzare e distribuire in *genera* e *species* i materiali “dispersi” e “slegati” dell’intero universo giuridico: realizzato che si fosse un siffatto intervento sistematizzante, si avrebbe avuto a disposizione una “*perfecta ars iuris civilis*”, vasta e feconda, “*magna et uberis*”, anziché “*difficilis et obscura*”.

Ma ‘*facilitas*’ esprime anche un altro ambito concettuale, avente, questa volta, solo una valenza soggettiva, la quale attiene, più che al versante delle attitudini, come appena considerato, specificamente a quello dell’*habitus* interiore. È questo il secondo punto intorno al quale ho pensato il mio intervento: ché la sfumatura di più ampio spettro espressa da siffatta *facilitas*, e cioè la mitezza, mi pare restituisca bene l’immagine dello studioso, e dell’accademico, Albanese.

Cito: «Il mite è colui che lascia essere l’altro quello che è, anche se l’altro è l’arrogante, il protervo, il prepotente. Non entra in rapporto con gli altri con il proposito di gareggiare, di configgere, e alla fine di vincere. È completamente al di fuori dello spirito della gara, della concorrenza, della rivalità, e quindi anche della vittoria. [...] L’immagine che egli ha del mondo e della storia [...] è quella di un mondo e di una storia in cui [...] non ci sono gare per il primato, né lotte per il potere, né competizioni per la ricchezza, e mancano insomma le condizioni stesse che consentano di dividere gli uomini in vincitori e vinti». E ancora: «Il mite rifiuta la distruttiva gara della vita per un senso di fastidio, per la vanità dei fini cui tende questa gara, per un senso profondo di distacco dai beni che accendono la cupidigia dei più, per mancanza di quella passione, la vanità o la vanagloria, che spinge gli uomini a voler primeggiare; infine, per una totale assenza della puntigliosità o dell’impuntatura che perpetua le liti anche per un nonnulla, [...] dello spirito di faida o di vendetta che conduce inevitabilmente al trionfo dell’uno sull’altro o alla morte di tutti e due». Infine: «La mitezza non è una virtù politica, anzi è la più impolitica delle virtù».

Sono parole tratte dall’*Elogio della mitezza* di Norberto Bobbio, raccolta di scritti morali riedita, in questo stesso 2014, nella ricorrenza del decennale della scomparsa anche del grande filosofo. Anche questa simultaneità, peraltro, costituisce una coincidenza degna di nota. Infatti – il dato credo sia ignoto al di fuori della cerchia familiare, cui, appunto, devo il dono del racconto –, in anni lontani e tragici Bernardo Albanese, il partigiano Bernardo

Albanese, non solo ha avuto la ventura di gravitare intorno a quel Partito d'azione che Norberto Bobbio (docente di filosofia del diritto all'Università di Padova negli stessi anni in cui Bernardo Albanese vi completava gli studi giuridici) stava contribuendo ad organizzare, ma ha condiviso con Bobbio l'esperienza della partecipazione ai Tribunali partigiani. In quella grave occasione, peraltro, Albanese si risolse a non pronunciare alcuna condanna a morte per coloro che pure avevano agito e combattuto tra le fila nemiche. È, questa, la *facilitas* come rinuncia alla vendetta e alla pena cui alludono, ad esempio, Lucano, nel descrivere, nel *Bellum civile* (4.365), Cesare che risparmia i vinti: “*Caesar, facilis, poenam remittit*”; o Seneca (*dial.* 2.18.5): “*nostra facilitas ultionem omiserit*”; o Quintiliano (*inst. or.* 11.1.429), che assume la *facilitas* come virtù che porta a rinunciare ad “*ultum ire scelera et iniuria*”.

Chiunque abbia conosciuto Bernardo Albanese troverebbe scontato e in sostanza banale un indugiare, da parte mia, su corrispondenze tra il modello delineato da Bobbio e l'atteggiamento e l'operato del Maestro, non dico nella politica accademica, ma già nella quotidiana *militia* universitaria: tanto è risaputa e immediatamente identificativa della sua figura e del suo *exemplum* l'abissale distanza dalla *cupiditas* di poteri, dal richiamo del potere, dalla ricerca vanagloriosa di ruoli, dagli affanni della competizione e della collegata logica del conflitto. Solo, non sarà male precisare che, lungi dall'esser congiunto a distaccata ingenuità (e risolversi perciò in ‘*inconsulta facilitas*’, per usare un'espressione di Seneca), codesto atteggiamento si accompagnava ad una pronta acutezza nel decifrare uomini e cose e ad una immediata efficacia nel disbrigo di concrete questioni.

Piuttosto, nella cornice di un incontro di studi, accennerò, e brevissimamente, ad alcune emblematiche manifestazioni della *facilitas*-mitezza dello scienziato.

Così, era un “lasciare essere l'altro quello che è” l'estrema parsimonia – quasi sempre: laconicità – dei commenti alle pagine che gli si dava da leggere: parole essenziali, dette o scritte ai margini dei fogli (ma a matita, non a penna), che esprimevano l'assoluta libertà lasciata alle scelte personali degli allievi, ai quali il Maestro si limitava ad indicare con discrezione il proprio punto di vista, null'altro. Del resto, tra le battute conclusive della sua ultima lezione universitaria, egli esplicitò agli studenti l'invito – mai espresso prima, e però chiaramente sotteso ai gesti del suo quotidiano magistero – a stare attenti a quello che indicò essere il più grave pericolo che si possa presentare ai giovani: «il cattivo maestro, colui che non vuol comunicare qualche cosa, bensì imporre qualche cosa».

Parimenti, è agevole ricondurre alla totale estraneità allo «spirito della gara» l'assenza, nei suoi scritti, di qualsiasi sfumatura assertiva, il rifiuto di puntigliose polemiche scientifiche *inter duos*, il garbo nelle prese di posizione e nei dissensi anche nei confronti di assai giovani autori da poco affacciatisi alla ricerca – un atteggiamento, quest'ultimo, che era al contempo (come la discrezione verso gli allievi) rinuncia al potere che la propria *auctoritas*, la propria posizione da tutti riconosciuta, naturalmente gli attribuiva.

E in definitiva, nella prospettiva del “lasciare essere l'altro quello che è” e, insieme, come estraneità allo spirito della gara può intendersi anche la circostanza che mai lo studioso Albanese ha avvertito il bisogno di spendere parole, sia pure incidentalmente, per giustificare il ruolo degli studi romanistici e, meno che mai, per rivendicarne gli spazi nella cultura giuridica contemporanea. Se ho ben visto – a parte alcune notazioni presenti nelle ‘*Pre-messe*’, ove non poteva certo mancare la spiegazione del significato del diritto romano nella formazione storica del diritto d'epoche successive e nella formazione della scienza e della



coscienza giuridica –, una sola volta, nel fatale 2004, il Maestro ha scritto, letteralmente, un rigo: ma, significativamente, più per giustificare il fatto che veniva pubblicato, a distanza di tanto tempo, un corso di lezioni tenuto da Salvatore Riccobono nel 1924, che, peraltro, si intitolava *'Diritto romano e diritto moderno'*. Non è, peraltro, fuor di luogo richiamare quel cenno: al termine di una breve presentazione del volume, Bernardo Albanese chiosava che di quel mondo giuridico romano, mirabilmente studiato dal Riccobono, ancora oggi non si può fare a meno «salvo che non si voglia ridurre l'esperienza giuridica ad una pratica burocratica computerizzabile». L'enunciato è tal punto rapido e asciutto da suonare, in prima battuta, sbrigativo. E invece, in quella lapidaria terna, “pratica burocratica computerizzabile”, era prefigurato con bastevole incisività il destino di un diritto che, dimèntico delle proprie, peculiari radici valoriali, smarrisce la dimensione della scientificità, del ragionamento e al tempo stesso della giustizia, della elasticità e della concretezza. Ma che non si trattasse di un a sé stante bisogno di legittimazione o di persuasione di altri è testimoniato dal fatto che, nella predetta ultima lezione universitaria, le parole appositamente lasciate ai giovani sul significato e l'importanza della storia non riguardarono né il diritto romano né la storia del diritto né, dunque, il ruolo che diritto romano o storia del diritto ha nella formazione del giurista: fu pronunciato, piuttosto, l'invito a guardare alla storia, a qualsiasi storia, come ad una “potente leva per ripiegarsi su se stessi” e difendersi dall’ “alienazione da sé” che le sollecitazioni del mondo circostante comportano, con un esplicito richiamo all'agostiniano *'in interiore homine inhabitat veritas'*.

\* \* \*

Norberto Bobbio, sollecitato dall'apparizione del libro di Zagrebelsky *Il diritto mite*, scriveva di non essersi mai imbattuto, “da vecchio lettore di libri giuridici”, nella categoria “mitezza” applicata al diritto. Immagino si riferisse ad una qualificazione come “mite” del diritto in quanto tale e ai testi della modernità. Ad ogni modo, volgendo l'attenzione alla riflessione antica, un bellissimo collegamento tra *facilitas* e diritto è contenuto in un famoso discorso di Cicerone, la *Philippica IX*, e precisamente in un passaggio dell'*elogium* di Servio Sulpicio Rufo, il grande giurista morto in circostanze drammatiche nell'adempimento dei propri doveri verso la patria, che l'oratore ha pronunciato nella seduta commemorativa al Senato, il 4 febbraio del 43 a.C., allo scopo di perorare l'innalzamento di un *monumentum* che ne perpetuasse l'esemplarità. Vale la pena di considerare in modo apposito questa testimonianza – al cui interesse e alla cui profondità concettuale contribuisce l'intimo collegamento ivi instaurato tra *facilitas*, *aequitas* e *iustitia* –, anche perché mi pare che vi si possa riconoscere, in una declinazione particolare, uno tra i su considerati tratti del modello bobbiano del “mite”, che ho richiamato a proposito di Bernardo Albanese.

Viene in questione il seguente brano:

Cic., *Phil.* 9.5.10. ... *Nam reliqua Ser. Sulpici vita multis erit praeclarisque monumentis ad omnem memoriam commendata. Semper illius gravitatem, constantiam, fidem, praestantem in re publica tuenda curam atque prudentiam omnium mortalium fama celebrabit. Nec vero silebitur admirabilis quaedam et incredibilis ac paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia. Omnes ex omni aetate qui in hac civitate intellegentiam iuris habuerunt*

*si unum in locum conferantur, cum Ser. Sulpicio non sint comparandi. Nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit. 11. Ita ea quae proficiscebantur a legibus et ab iure civili semper ad facilitatem aequitatemque referebat neque instituere litium actiones malebat quam controversias tollere.*

Il dato che specificamente interessa è la notazione ‘*ea quae proficiscebantur a legibus et ab iure civili semper ad facilitatem aequitatemque referebat*’: “le cose che provenivano dalle *leges* e dal *ius civile* – traduco così, per il momento – Servio le riconduceva sempre a *facilitas* ed *aequitas*”.

L’endiadi *facilitas aequitasque* è stata tradizionalmente intesa (per vero, senza apposita argomentazione) come alludente a “mitezza ed equità”. Sennonché, ultimamente, nel quadro di una crescente attenzione verso la figura e l’opera di Servio, in dottrina si è andata diffondendo una interpretazione di questa coppia concettuale nel senso di “chiarezza ed equità”; e in quest’ottica, vi è stato anche chi ha pensato di collegare questo riferimento ad un altro famoso testo ciceroniano, Cic., *Brut.* 152, nel quale lo stesso Servio è presentato quale unico giurista a possedere l’*ars iuris civilis*, a dare, cioè, responsi e a suggerire rimedi processuali applicando la dialettica, la quale, tra l’altro, insegnava ad ‘*explanare*’, rendere piani, aperti (dunque: chiari) gli aspetti oscuri delle fattispecie: ‘*rem ... obscuram explanare interpretando*’:

Cic., *Brut.* 152. *Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. hic enim adtulit hanc artem omnium artium maxumam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.*

Questa lettura del testo della *Philippica* è, a mio avviso, inattendibile.

Il significato di ‘chiarezza’ è estraneo al termine *facilitas* in sé preso. Una forzatura semantica potrebbe compiersi solo ove nel testo vi fossero elementi tali da giustificare una eccezionalità d’impiego.

E invece, in primo luogo, non si vede per quale ragione Cicerone avrebbe dovuto chiamare in causa proprio la chiarezza per esplicitare che l’attività di Servio come *consultus* aveva a che vedere più con la *iustitia* che con il *ius* (‘*Nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit*’) o per costruire un’endiadi con ‘*aequitas*’: la “chiarezza” non è idoneo elemento discretivo tra ricerca applicativa del *ius* e ricerca applicativa della *iustitia* o dell’*aequitas* né vale ad esaltare queste ultime a scapito di quello, tant’è che, proprio nel passaggio del *Brutus* al quale ci si è voluti appigliare, l’eliminazione dell’oscurità (*explanare obscuritatem*) è raffigurata quale momento di un *iter* interpretativo il cui approdo è la distinzione tra *vera* e *falsa* e tra *consequentia* e *non-consequentia*, ma non tra *aequa-iniqua* o *iusta-iniusta*. In secondo luogo, la lettura in esame postulerebbe che ‘*facilitas*’ ed ‘*aequitas*’ fossero assunti da Cicerone in un’accezione oggettiva: Servio avrebbe ricondotto i dati giuridici al risultato-“chiarezza” e al

risultato-“equità”. Ma ciò non si pone in linea rispetto al complessivo contesto, dato che l'intero *elogium* (conformemente, del resto, alla tradizione delle *laudationes*) è costruito da Cicerone sull'esaltazione delle *virtutes*, delle qualità soggettive di Servio: *gravitas, constantia, fides, preastans cura* (e cioè, grande operosità), *prudentia, scientia*. Anche 'facilitas' ed 'aequitas', dunque, sono da considerare in questa ottica soggettiva.

D'altra parte, è fuori misura l'osservazione che la “mera condiscendenza” non potrebbe dirsi *ius* né tanto meno *iustitia*, «quella *iustitia* che lo stesso pensiero ciceroniano mostra di avere identificato nel *suum cuique tribuere*». Da un lato, non di “mera condiscendenza” si tratta; né Cicerone assumeva una sovrapposizione concettuale tra *facilitas* e *ius* o *iustitia*, bensì elogiava un ricondurre i dati del *ius* alla *facilitas* e all'*aequitas*. Dall'altro lato, più in generale, all'interno dello stesso *corpus* ciceroniano non vi è una nozione unica o monolitica e unitaria di '*iustitia*', tale da legittimare interpretazioni di singoli testi che prescindano dalla ricerca di elementi d'appoggio specifici. Se già l'articolato elenco di concrete applicazioni della *iustitia* che segue la definizione della stessa enunciata nel giovanile *De inventione* (2.160) è illuminante in tal senso, la grande variabilità di orizzonti concettuali della virtù-*iustitia* trova riscontro in tutta la successiva produzione di Cicerone: la medesima formuletta '*suum cuique tribuere*', che è stata chiamata in causa, a volte ha portata ristretta (mero riconoscimento di situazioni di vantaggio) a volte più ampia (comprensiva anche di attribuzione di punizioni), coincidente con quella della formuletta '*ius unicuique rei tribuere*' dell'*auctor ad Herennium* e con quella del '*ius suum cuique tribuere*' più tardi congegnato da Ulpiano; *iustitia* talvolta è assunta con latitudine amplissima, e generica, per indicare nel suo complesso la cifra etica del *vir bonus*, talaltra è declinata specificamente o come disposizione interiore di non nuocere ad alcuno o come osservanza dell'*aequabilitas* (e cioè dell'eguaglianza e dell'equidistanza che non altera regole in favore dell'uno o dell'altro: '*cum omnibus semper una et eadem voce loqui*'), o ancora come attenzione alla realizzazione dello spirito della norma anziché della sua lettera; ora è richiamata come *virtus* a sé stante ora come collegata o come essenziale ad un'altra *virtus*.

Ebbene, è proprio nel quadro del collegamento tra la *iustitia* ed un'altra *virtus*, la *beneficentia-liberalitas*, che si colloca una preziosa testimonianza dello stesso Cicerone, curiosamente trascurata in dottrina, che consente, ad un tempo, di accantonare questa recentissima interpretazione e di confermare e precisare meglio tanto il significato di 'facilitas' come “mitezza” quanto la peculiare sfumatura di 'aequitas', generalmente rimasta inespressa dietro l'incolore traduzione 'equità'. La testimonianza in questione proviene dal trattato *De officiis*, scritto poco prima della *Philippica IX*.

Per meglio apprezzarla, è il caso di segnalare preliminarmente che l'intimo nesso tra *iustitia* e *beneficentia-liberalitas* è scolpito in un paio di passaggi strategici dell'opera. Anzitutto, in sede di iniziale fissazione delle coordinate concettuali (e ciò è di grande significato), là dove *iustitia* e *beneficentia* vengono presentate come due *partes* tra loro collegate di quella sfera dell'*honestum* che attiene alla conservazione della *societas hominum*:

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.*

Inoltre, in seno all'esposizione dei criteri grazie ai quali applicare con avvedutezza le virtù *beneficentia* e *liberalitas*, là dove il criterio della *dignitas*, e cioè la considerazione dei gradi di meritevolezza dei beneficiandi, è esplicitamente giustificato con la circostanza che la *dignitas* è al contempo il *fundamentum* della stessa *iustitia*:

Cic., *off.* 1.42. *Deinceps, ut erat propositum, de beneficentia ac de liberalitate dicatur, qua quidem nihil est naturae hominis accommodatius, sed habet multas cautiones: videndum est enim ... ut pro dignitate cuique tribuatur; id enim est iustitiae fundamentum, ad quam haec referenda sunt omnia.*

Ciò premesso, consideriamo la testimonianza alla quale si accennava poc'anzi, situata nel cuore della sezione del *De officiis* appositamente dedicata alla *beneficentia ac liberalitas* (2.52: *'de beneficentia ac liberalitate dicendum est'*):

Cic., *off.* 2.64. *Conveniet autem cum in dando munificum esse, tum in exigendo non acerbum in omnique re contrahenda, vendendo emendo, conducendo locando, vicinitatibus et confiniis aequum, facilem, multa multis de suo iure cedentem, a litibus vero, quantum liceat et nescio an paulo plus etiam quam licet, abhorrentem.*

Cicerone raccomanda l'osservanza della *beneficentia-liberalitas*, tanto con riguardo al *dare* quanto con riguardo all'*exigere*, nei rapporti giuridici, qui esemplificati nelle figure della compravendita, della locazione e nelle relazioni di vicinato, nelle quali tutte è particolarmente spiccato il carattere reciproco della doverosità. Il discorso è costruito attraverso una sequenza di qualifiche che servono ad esplicitare l'iniziale affermazione *"in exigendo non acerbum esse"*, la quale, conformemente agli impieghi di *'acerbus/acerbitas'* nel lessico ciceroniano, indica il "non esser rigido e intransigente nell'esigere". Ebbene, le prime due qualifiche aventi siffatta funzione, *'aequus, facilis'*, ripropongono in forma aggettivale l'accostamento endiadico tra *facilitas* ed *aequitas* della *Philippica IX*; e proprio come nella *Philippica IX* la coppia concettuale era seguita dall'affermazione *'neque instituere litium actiones malebat quam controversias tollere'*, "né preferiva impostare azioni per le liti piuttosto che eliminare le controversie", così tali due qualifiche sono qui seguite da un riferimento al tenersi lontano dalle liti, *'a litibus abhorrens'*: e questo riferimento, a sua volta, è anticipato e preparato dalle parole *'multa de suo iure cedens'* e cioè da un cenno alla rinuncia a far valere parte delle pretese, a far valere parte della propria posizione giuridica. Il complessivo svolgimento del discorso mostra con evidenza come tutte le predette connotazioni si reggono tra loro e attingono il loro significato dal reciproco collegamento: onde il segno *'facilis'* indica la disponibilità alla rinuncia ad un'integrale rivendicazione del proprio *ius* e il connesso atteggiamento di distanza e riluttanza verso le *lites*. Il che porta a riconoscere anche nel nostro passaggio della *Philippica IX* un collegamento diretto, una contiguità concettuale tra la *facilitas-aequitas* e la tendenza a *controversias tollere* anziché ad *actiones litium instituere*. La *'facilitas'*, dunque, lungi dall'indicarvi il risultato-chiariezza apportato al diritto, è la particolare disposizione interiore di Servio che si traduce nel non adoperarsi per *actiones litium instituere*.

Del resto, anche in una notazione di stampo teorico del *De oratore* Cicerone aveva assunto la *facilitas*, insieme con altre disposizioni d'animo, tra le quali la *liberalitas*, come fondamento dei comportamenti propri dei *non litigiosi*, dei *non acerbi*:

Cic., *de orat.* 2.182. ... *Facilitatis, liberalitatis, mansuetudinis, pietatis, grati animi, non appetentis, non avidi signa proferre perutile est; eaque omnia, quae proborum, demissorum, non acrium, non pertinacium, non litigiosorum, non acerborum sunt, valde benevolentiam conciliant....*

Né sarà male segnalare che il medesimo accostamento '*facilis, aequus*' si incontra in un brano del contemporaneo Vitruvio – il che attesta la circolazione, presso autori diversi, di una tavola comune di valori tradizionali –, diretto a scolpire la figura ideale di architetto forgiata ai valori della filosofia morale:

Vitruv. 1.1.7. *Philosophia vero perficit architectum animo magno et uti non sit adrogans, sed potius facilis, aequus et fidelis, sine avaritia, quod est maximum; nullum enim opus vere sine fide et castitate fieri potest; ne sit cupidus neque in muneribus accipiendis habeat animum occupatum, sed cum gravitate suam tueatur dignitatem bonam famam habendo; et haec enim philosophia praescribit.*

Nel brano è notevole, da un lato, che le concettualizzazioni '*facilis, aequus*' figurano come primo contrappunto di '*adrogans*', da intendersi come il soggetto tracotante nell'avanzare richieste; dall'altro lato, che esse vengono di seguito esplicitate con gli inviti '*ne sit cupidus neque in muneribus accipiendis habeat animum occupatum*' (il precedente segmento '*nullum – potest*' si riferisce, infatti, alle parole '*et fidelis, sine avaritia*'), che evidentemente corrispondono al suggerimento "essere *non acerbus in exigendo*" di Cic., *off.* 2.64.

Il confronto con il brano del *De officiis* permette, come si anticipava, di connotare meglio, nell'*elogium* di Servio, anche il senso di *aequitas* in accostamento a *facilitas*. Non può trattarsi – come, invece, comunemente si assume – della stessa *aequitas* menzionata nel primo tratto dell'*elogium*: '*admirabilis et incredibilis ac paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia*'. Lì, viene in questione un'*aequitas* quale oggetto della '*scientia*' di Servio, quale elemento che viene enucleato dall'ordinamento e valorizzato grazie alla mirabile capacità interpretativa del giurista (cfr. l'analoga prospettiva terminologico-concettuale in Cic., *Brut.* 144 '*...in interpretando in definiendo in explicanda aequitate nihil erat Crasso copiosius*'); qui, invece, come nel caso dell'abbinata *facilitas*, si tratta di una virtù o disposizione interiore. Quale sia questa disposizione interiore è rivelato, per l'appunto, dalla giustapposizione che, in coppia con *facilis*, abbiamo constatato in Cic., *off.* 2.64, rispetto alla qualifica '*in exigendo acerbus*'. '*Aequitas*' indica, cioè, flessibilità in opposizione a rigidità, intransigenza, durezza: flessibilità che consente alla *facilitas* di dispiegare la sua azione in vista del '*tollere controversias*'.

Un ultimo spunto testuale si presta a confermare, in chiusura, l'interpretazione di Cic., *Phil.* IX.5.11 che si è qui sostenuta. Il riferimento a quel "riportare *ad facilitatem aequitatemque* le posizioni giuridiche (pretese, prerogative) provenienti dall'ordinamento" – è questo il senso di '*ea quae proficiscebantur a legibus et ab iure civili*' –, che si accompagna alla

tendenza ad eliminare controversie anziché ad esperire iniziative processuali, costituisce l'immediata esplicazione ('Ita...') dell'affermazione "*Nec ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit*". È un'affermazione, questa, che esprime, in virtù di una brillante trovata retorica – la correlazione ad effetto tra il consueto sintagma '*iuris consultus*' e un inedito '*iustitiae consultus*' –, la differenza tra quel che costituirebbe il *ius* spettante ai *consultores* in base ad un atteggiamento di rigida applicazione dei dati giuridici e l'esito, invece, di una valutazione improntata a *iustitia*. Ebbene, nel caleidoscopio di immagini della *iustitia* presente nell'opera ciceroniana compare, non solo uno stretto collegamento anche tra *iustitia* e mancanza di rigidità ('*iustitia et lenitas*': *pro Marc.* 12; '*clementer, mansuete, iuste, moderate, sapienter factum*': *pro Marc.* 9), ma altresì un esplicito contrappunto tra '*iustitiae viae*' e '*litigandi viae*' (*leg.* 1.17); e come in *off.* 2.64 l'essere '*multa de iure suo cedens*' e '*abhorrens a litibus*' concretizza l'essere '*non acerbus in exigendo*', così in *epist. ad fam.* 3.8.5 una *exactio* è '*acerbissima*' in quanto contraria a '*iustitia et misericordia*'.

In conclusione, la testimonianza della *Philippica IX*, mentre non mostra un riferimento della categoria-mitezza al diritto in quanto tale, non meno interessanti, però, descrive come animato da "mitezza" un quotidiano fare diritto da parte di un giurista, se si preferisce attesta una rilettura "mite" del diritto da parte di un *iuris consultus* – *rectius*: di un *iustitiae consultus* – che assume come criterio-guida l'ideale di '*multa de iure suo cedere*' anziché la '*difficultas*' e l'*adrogantia* che si tradurrebbero, come Cicerone affermava nell'orazione *pro Murena*, in un '*actionem instituere*'. In termini bobbiani, è l'orizzonte della "mitezza" quale rinuncia al potere e alle prerogative che, pure, una posizione soggettiva legittimerebbe e quale renitenza alla gara e alla logica del conflitto.

Mi fermo qui. Ho voluto segnalare alcune fonti e compiere l'esegesi di una di esse per ricordare un profilo dell'*habitus* interiore di Bernardo Albanese nell'unico modo che, credo, il Maestro, con il suo pudico silenzio di sé, avrebbe tollerato.

## NOTA

Il volume dei *Subseciva Groningana* “Between Groningen and Palermo” – il più recente frutto di un assenso dispensato, con solidale e bonario sorriso, da Bernardo Albanese nel giugno del 1996 – è il IX della rivista. Questi gli articoli ivi contenuti: G. FALCONE, *The prohibition of commentaries to the Digest and the antecessorial literature*; F. GORIA, *Thalelaios und die Rechtsregeln*; M. MIGLIETTA, *Towards a palinogenetic study of Bas. 60.3: The contribution of the Byzantine indikes. Part I*; C. RUSSO RUGGERI, *Theophilus and the student publisher: a resolved issue?*; A. SCARCELLA, *The personality of Theophilus and the sources of the Paraphrase: a contribution*; S. SCIORTINO, *Conjectures regarding Thalelaios' commentary on the Novus Codex*; F. SITZIA, *Il Breviarium Novellarum di Teodoro di Ermopoli*; F. TERRANOVA, *The ὄρος ἦτοι ἐτυμολογία of testamentum and the problem of sources in the Paraphrase of Theophilus*; TH. E. VAN BOCHOVE, *Preluding the Basilica, but how? The final paragraph of the preface to the Prochiron reconsidered*; F. BRANDSMA, *Could the interdictum unde vi be brought by a tenant? D. 43,16,18pr. and Dorotheus, a Subsecivum Groninganum*; H. DE JONG, *Some remarks on the (non-) appearance of ἑταιρεία in Byzantine law*; J.H.A. LOKIN, *The first constitution in the Codex Justinianus. Some remarks about the imperial legal sources in the Codices Justiniani*; R. MEIJERING, *Traces of Byzantine legal literature in Theophilus scholia*; D. PENNA, *Hagiotheodorites: the last antecessor? Some remarks on one of the 'new' Basilica scholiasts*; B. H. STOLTE, *Graeca Pandectarum in Basilicis*; N. VAN DER WAL, *Paralipomenon*.

La rassegna di fonti bizantine, compiuta da B. Albanese è in *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978, pp. 37-71.

Le parole di Norberto Bobbio trascritte nel testo si trovano in *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, alle pp. 37 s. dell'edizione *Il Saggiatore*, Milano 2014; ivi, a p. 38 s. distinzione tra mitezza, da un lato, e remissività, bonarietà, umiltà, modestia, dall'altro (culminante – p. 39 – con la seguente osservazione: «Non è da escludere che il mite possa essere umile e modesto. Ma i tre abiti non coincidono. Siamo umili e modesti per noi stessi. Siamo miti di fronte al nostro prossimo»). Pietro Polito, in uno dei saggi presenti nella seconda parte del volume (*Dalla mitezza alla non violenza. Storia dell'Elogio della mitezza*) precisa (p. 196) che le parole “lasciare essere l'altro quello che è”, che Bobbio, facendole proprie ed arricchendole, attribuiva a Carlo Mazzantini, appartengono, in realtà, a Nora Possenti Ghiglia.

Il lapidario cenno albanesiano sulla imprescindibilità dello studio del diritto romano è in *Premessa* a S. RICCOBONO, *Lecture Londinesi (maggio 1924). Diritto romano e diritto moderno* (a cura di G. Falcone), in *Annali del Seminario giuridico*- Sez. Fonti, 1, Torino 2004, p. 7.

Assumo la nozione di *facilitas* come “mitezza” senza entrare nella questione della riconducibilità di questa *virtus* a questa o a quella matrice filosofica né della funzionalità a questa o a quella ideologia dei richiami ad essa compiuti dagli autori tardorepubblicani. Su questi temi rinvio a G. LOTITO, *Modelli etici e base economica nelle opere filosofiche di Cicerone*, in A. Giardina – A. Schiavone (cur.), *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari 1981, 103 ss. (con discussione della posizione di Knoche) e ad E. ROMANO, *La capanna e il tempio: Vitruvio o dell'architettura*, Palermo 1987, 145 ss.

Sul complessivo contesto politico dell'*elogium* di Servio Sulpicio Rufo nella *Phlippica IX* cfr., efficacemente, F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana. I. Cicerone*, Napoli 2013, 303 ss.

La corretta lettura tradizionale di '*facilitas*' in Cic., *Phil.* IX.5.11 come 'mitezza' è assunta senz'altro, pur con varie sfumature, nelle edizioni con traduzione (cfr. ad es: B. Mosca, in M.T. Cicerone, *Le Philippiche*, in Centro di Studi Ciceroniani, *Tutte le opere di Cicerone*, 12, Verona 1963: “mitezza”; G. Bellardi, in *Classici Latini, Le orazioni di M. Tullio Cicerone*, IV, Torino 1978: “indulgenza”; P. Wuilleumier, in *Cicéron. Discours. T. XX. Philippiques V à XIV*. Paris, Les Belles Lettres 1960: “bienveillance”; W.C.A. Ker, in *Cicero, Philippics*, Loeb Classical Library, London - Cambridge, Mass. 1963: “lenient interpretation”; G. Manuwald, *Cicero, Philippics 3-9. Edited with Introduction, Translation and Commentary. 2. Commentary*, Berlin-New York 2007, 1077: “tendency to mildness”) ed è stata riproposta in tempi recenti, *sic et simpliciter*, da A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 262.

L'interpretazione dell'endiadi 'facilitas - aequitas' di Cic., *Phil.* IX.5.11 in termini di "chiarezza ed equità" è in L. VACCA, *L'aequitas nell'interpretatio prudentium dai giuristi qui fundaverunt ius civile a Labeone*, in EAD., *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, 245 s. e in G. Santucci (a cura di), *«Aequitas». Giornate in memoria di Paolo Silli*, Padova 2006, 32 s. (peraltro, il preteso riferimento ciceroniano ad una riconduzione, da parte di Servio, di «tutto il *ius civile* nel suo insieme a chiarezza [e all'equità stessa]» si fonda su un collegamento con il brano di Cic., *Brut.* 152-153, interpretato come se l'operazione in esso descritta di eliminazione delle oscurità ed ambiguità riguardasse il *ius civile*, «ordinamento strutturalmente complesso»; senonché, il '*rem obscuram explanare interpretando*' e l'*ambigua primum videre, deinde distinguere*' sono passaggi interpretativi riferiti alla singola fattispecie oggetto di un *respondere* o di un *agere*); P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in IURA 61, 2013, 65 ss. (saggio – per il resto, ricco di spunti interessanti – nel quale è l'apposito tentativo di argomentazione contro il significato tradizionale, di cui si riferisce nel testo); F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista* cit., 311 ss. (che vede nelle parole di *Phil.* IX.5.11 un contrappunto rispetto all'oscurità, complessità e farraginosità della dimensione formulaica del diritto, ridicolizzate in Cic., *Mur.* 26, e nel complessivo *elogium* un voluto ribaltamento delle critiche sferrate in quell'orazione; tuttavia, già in *Mur.* 23 e 30 Cicerone aveva elogiato le qualità personali di Servio, tra le quali la virtù-*iustitia*); L. SOLIDORO, *Tra morale e diritto: gli itinerari dell'aequitas*, Torino 2013, 77.

Sulla variegata nozione di '*iustitia*' (anche) nel *corpus* ciceroniano cfr. G. FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, in AUPA 52, 2008, 152 ss. (= *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano 2008, 989 ss.); sulla *dignitas* come riferimento a ciò che ciascuno merita, a ciò di cui ciascuno è degno in base al proprio comportamento cfr. pp. 152-160 = 990-998 (con riferimento a Cic., *inv.* II.160-161; *rep.* 3.19; *de orat.* 1.194; nonché a *Rhet. ad Her.* 3.2.3 e 3.3.4; questo significato di *dignitas*, che pure costituisce il cuore delle definizioni di *iustitia* di Cicerone e dell'*auctor ad Herennium*, continua ad esser trascurato in dottrina: cfr., da ultimo, M. PETRAK, *Plato and Ulpian's praecepta iuris*, in *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel - Fundamina* 20, 2014, 697 ss.; lo stesso dicasi per la differenza tra le formule '*ius suum cuique tribuere*' e '*suum cuique tribuere*', assunte invece come equivalenti, ancora ultimamente, da Th. FINKENHAUER, *Iustitia und iustus bei den römischen Juristen*, in *Meditationes de iure et historia* cit., 288 e 292); specificamente sull'*aequabilitas* cfr. G. FALCONE, *Sul 'finis in iure civili' in Cic., de orat.* I.188, in SDHI 75, 2009, 506 ss. (alle fonti ivi richiamate si aggiunga Cic., *epist. ad Q. fr.* 1.1.20).

Nel *De officiis* un collegamento tra *liberalitas*, *beneficentia*, *iustitia*, da un lato, e *facilitas*, dall'altro, potrebbe riconoscersi anche nel § 2.32 '*...vehementer autem amor multitudinis commovetur ipsa fama et opinione liberalitatis, beneficentiae, iustitiae, fidei omniumque earum virtutum quae pertinent ad mansuetudinem morum ac facilitatem...*', ove le parole '*omniumque earum virtutum*' vengano intese con portata inclusiva (equivalente, in sostanza, a "di tutte quelle altre virtù che attengono alla *mansuetudo* e alla *facilitas*"): in tal senso potrebbe, forse, addursi il confronto tra i §§ 1.88 (*facilitas*, *mansuetudo* e *clementia* nei confronti dei nemici) e 1.34 (osservanza di un *ulciscendi modus* come manifestazione di *iustitia*); cfr., inoltre, *Lael.* 11 '*Quid dicam de moribus facillimis, de pietate in matrem, liberalitate in sorores, bonitate in suos, iustitia in omnes? nota sunt vobis*'. Un contrappunto fra *acerbus/acerbitas* e la dimensione della mitezza/indulgenza (*mansuetudo*, *clementia*, *lenitas*, *miseriordia*, *humanitas*, *benignitas*) è, ad es., nei seguenti luoghi ciceroniani: *Lig.* 13-15; *ad Q. fr.* 1.1.25 e 39; *Rab. perduell.* 10; *Mur.* 90; *Catil.* 4.12; *part. or.* 121; *Rosc. Am.* 150; *leg. agr.* 1.10. Sul testo di Vitruv. 1.1.7 cfr. le belle pagine di E. ROMANO, *La capanna e il tempio* cit., 143 ss., pur con differente lettura delle qualifiche '*facilis*' e '*aequus*' e senza collegamento con Cic., *off.* 2.64. Per il contrappunto '*iustitiae – litigandi viae*' di Cic., *leg.* 18 cfr. G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'*. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1), in AUPA 49, 2004, 53 ss. Una sequenza *iustitia-facilitas-clementia* è in Cic., *ad Att.* 5.21.5. Il passaggio della *pro Murena* cui si accenna in chiusura fa parte



di una rappresentazione volutamente e grottescamente riduttiva del ruolo della professione giuridica a fronte dell'arte del condottiero militare, rispetto al bene della *res publica*: vi si raffigura il giurista (peraltro, proprio Servio Sulpicio in quanto parte avversa nel processo) quale soggetto chiamato a sopportare la *difficultas* e l'*adrogantia* dei suoi *consultores* (§ 19), per poi affermarsi che il giurista ha come caratteristica occupazione, fra altre, quella di '*actionem instituere*' (§ 22).



## ARTICOLI



GIUSEPPINA ARICÒ ANSELMO  
(Università di Palermo)

## Numa Pompilio e la propaganda augustea

### ABSTRACT

In the period which immediately followed the conclusion of the *bella Actiaca*, a party of very high level men, Octavian's faithful friends, co-operated in diffusing an image of him as restorer of peace to the whole Empire and rebuildier of the Roman State by means of law. Principal makers of this propagandistic image from the second point of view were Livy and Virgil, who both hid the August's person under the venerable mask of Numa Pompilius in order to praise his work in radical renovation of the law.

### PAROLE CHIAVE

Propaganda augustea; *Ianus Quirinus*; Numa Pompilio.



## NUMA POMPILIO E LA PROPAGANDA AUGUSTEA

1. Nella sintesi retrospettiva delle *Res gestae* Augusto offre una chiave di lettura non immediatamente decifrabile dal moderno interprete della sua passata attività normativa:<sup>1</sup>

*RGDA 8.5 Legibus novis me auctore latis multa exempla maiorum exolescentia iam ex nostro saeculo reduxi et ipse multarum rerum exempla imitanda posteris tradidi.*

Con leggi nuove da me promosse,<sup>2</sup> egli dice, ho riportato in auge molti modelli di comportamento aviti ormai quasi desueti nel mondo attuale, ed altri in molte materie ne ho proposti io stesso all'imitazione dei posteri.

Sembrirebbe ridondante, a prima vista, l'aggettivo *novis*: non è forse requisito ovvio per ogni legge una sua qualche novità che ne giustifichi la venuta in essere? Può darsi però – e a rendere preferibile quest'altra possibilità non è soltanto la concisione della frase, in sé poco compatibile con la presenza di una componente superflua, ma soprattutto la natura delle *Res gestae*, documento di altissima ufficialità di cui si è portati a supporre che ogni singola parola sia stata adeguatamente soppesata e nessun elemento sia sfuggito ad un vaglio attento e rigoroso – può darsi, dicevamo, che quel *novis* miri invece a metter in risalto ciò che Augusto vuole sia considerato il tratto principale e unificante di tutt'e due le parti da lui stesso distinte nella sua opera legislativa.<sup>3</sup> Da un lato, infatti, questa ha ridato vita a consuetudini antiche semicancellate dal tempo, dall'altro ha introdotto delle norme, prima inesistenti, per le generazioni avvenire.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Improbabile che nelle *leges* di cui si parla nel passo qui citato ("*Legibus novis, etc...*") sia da vedere un esclusivo riferimento all'opera legislativa in senso stretto. Altrimenti dovrebbe pensarsi, considerata l'assenza nelle *Res gestae* di ogni ulteriore accenno ad interventi di Augusto in materia di produzione del diritto, che egli non abbia reputato degna d'esser ricordata la cospicua attività normativa da lui svolta con strumenti diversi da *plebiscita* e *leges* comiziali. Per l'interpretazione restrittiva, v., tra altri, J. GAGÉ, *Res Gestae Divi Augusti ex monumentis Ancyrano et Antiocheno Latinis, Ancyrano et Apolloniensi Graecis*, Paris, 1950, 87; J. SCHEID, *Res Gestae Divi Augusti. Hauts faits du divin Auguste*, Paris, 2007, 41. In senso opposto, v., per tutti, W. WEBER, *Priniceps. Studien zur Geschichte des Augustus*, Stuttgart, 1936, 170 s.

<sup>2</sup> Anche le parole *me auctore* vanno certo intese nel modo più ampio possibile. In proposito, v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli, 1992, 27, che vi vede espressa la consapevolezza di Augusto d'esser autore di tutta la legislazione del suo tempo.

<sup>3</sup> Risente forse della diffusa tendenza ad etichettare come indiscriminatamente "morale" o "etica" l'intera legislazione augustea la spiegazione proposta da T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, cit., 26, per il quale le leggi sarebbero "nuove" perché in contrasto con un'età che aveva smarrito gli antichi valori.

<sup>4</sup> Una distinzione analoga si delinea in Svet. *Aug.* 34.1: *Leges retractavit et quasdam ex integro sanxit.*

Si noti con quale sottile compiacimento il principe contrappone la quasi esaurita vitalità degli *exempla maiorum* alla prevista longevità delle norme di sua creazione: gli uni, *iam exolescentia ex nostro saeculo*, non si sarebbero salvati dall'oblio senza il suo intervento, le altre sono state da lui direttamente consegnate ai posteri (*ipse... posteris tradidit*); modo elegante per dire che queste, a differenza di quelli, sopravviveranno per forza propria, senza bisogno di recuperi salvifici da parte di chicchesia.

Pur così distinte, comunque, in base alla rispettiva provenienza dai *maiores* o dallo stesso principe, le due specie di *exempla* tendono evidentemente ad assimilarsi tra loro. Significativo in tal senso è l'impiego con riferimento ad entrambe del termine *exempla*, qui usato in un significato giuridico-normativo piuttosto inconsueto,<sup>5</sup> e la cui scelta potrebbe esser dovuta all'intento di ridurre ad unità anche sul piano nominale delle norme che, al di là della loro diversità di formazione, sono sostanzialmente accomunate dal fatto di costituire nel loro insieme un ordinamento "nuovo".<sup>6</sup> Nuovo, non soltanto perché tutt'intero, anche se in parte proveniente dai *maiores*, trae la sua validità da *leges* votate per iniziativa del principe o comunque da lui ispirate (*me auctore latis*), ma soprattutto per una ragione che Augusto doveva esser sicuro non potesse sfuggire ai suoi contemporanei, o almeno a quanti di loro conservassero memoria di una certa idea da lui richiamata, si direbbe intenzionalmente, con quel *novis*; un'idea in sé abbastanza vecchia, rispetto alla data di composizione delle *Res gestae*,<sup>7</sup> essendo stata concepita una quarantina d'anni prima, non molto tempo dopo la conclusione del *bellum Actiacum*.<sup>8</sup>

In quegli anni, «saturi di propaganda»,<sup>9</sup> quando il Principato era un regime non ancora uscito dalla fase d'assestamento, alcuni uomini d'alto livello, intimi di Ottaviano, collaborarono alla messa a punto di una strategia diretta a diffondere un'immagine del giovane principe che avrebbe dovuto accelerarne l'ascesa e favorirne il consolidamento al culmine del potere.<sup>10</sup> Questi venne rappresentato come colui che, dopo aver sopito con le sue vitto-

<sup>5</sup> A favore del significato ora detto sta il fatto che gli *exempla* sono *reducta* o *tradita* per mezzo di leggi (*Legibus... reduxi... tradidit*); dal che si desume che essi formano il contenuto di tali leggi: che cos'altro può contenere una legge se non, appunto, norme, regole, precetti giuridici? Sarà stato forse in rifiuto di un'interpretazione del genere che W. WEBER, *Princeps*, cit., 168 nt. 611, individua nelle parole *Legibus... latis*, non un ablativo di mezzo, bensì un ablativo assoluto. Per l'uso, raro anche nelle fonti giuridiche, di *exempla=praecepta*, si veda VIR II, v. *exemplum*, dove si trovano richiamati solo D. 5.1.67 (Ulp. 6 *disp.*) e D. 48.22.1 (Pomp. 4 *ad Sab.*).

<sup>6</sup> Intento, se davvero era questo, sfuggito del tutto al traduttore greco che qui si allontana parecchio dal testo latino, rendendo gli *exempla maiorum* con ἀρχαίοι ἔθη ed eliminando addirittura quelli del secondo tipo: ...πολλὰ ἤδη τῶν ἀρχαίων ἐθῶν καταλυόμενα διωρθωσάμην καὶ αὐτὸς πολλῶν πραγμάτων μείμημα ἐμαυτὸν τοῖς μετέπειτα παρέδωκα. In questa versione è il principe che propone se stesso (αὐτός... ἐμαυτόν) ai posteri come esempio da imitare (μείμημα).

<sup>7</sup> L'opera era terminata quando, il 3 aprile del 13 d.C., il relativo manoscritto venne depositato presso le Vestali: v. Svet. *Aug.* 101.1. Sulla data di composizione delle *Res gestae*, v. F. GUIZZI, *Augusto. La politica della memoria*, Roma, 1999, 28 ss.

<sup>8</sup> Anno 31 a.C.

<sup>9</sup> «Propagandadurchtränkte Jahre»: così R. HAUSLIK, v. *Vipsanius* 2), in PW IX A1, Stuttgart, 1961, 1242.

<sup>10</sup> Non ci si può esimere dal citare, della copiosa letteratura esistente sul tema della propaganda augustea, R. SYME, *La rivoluzione romana*, (trad.it.) Torino, 1962, 462 ss.



rie militari tutte le guerre interne ed esterne, si apprestava a rifondare lo stato romano con gli strumenti del diritto: rappresentazione cui era sottesa l'idea che solo una pace estesa e duratura potesse essere foriera di una rinascita ottenuta mediante *leges* e *iura*. Alla costruzione di questa immagine contribuiscono, con mezzi disparati e ciascuno secondo le proprie competenze, politici, intellettuali e artisti che vi profusero ingegno, cultura, immaginazione e una buona dose di spregiudicatezza. Particolarmente spregiudicata, tanto da sconfinare quasi nell'impostura, fu la manovra organizzata intorno al famoso *index pacis bellique*,<sup>11</sup> per la celebrazione di Ottaviano nel suo ruolo di pacificatore universale. Di tale montatura, i cui effetti ingannatori sono durati addirittura fino ai nostri giorni, ci occupiamo in uno scritto di imminente pubblicazione; qui si tenterà invece di far luce su un espediente di cui si dovette avvertire la necessità soprattutto in relazione all'altro dei due profili dell'immagine celebrativa del giovane principe: quello del legislatore in atto di intraprendere una radicale riforma dell'ordinamento.

Far indossare ad Ottaviano una veste tanto impegnativa dovette certo costituire l'aspetto più delicato dell'intera operazione. È vero che dopo il 31 a.C. egli si librava già ad ali spiegate verso la conquista di un potere senza precedenti, ma i tempi non erano maturi per presentarlo all'opinione pubblica in un ruolo invero più adatto a un sovrano che a un magistrato, e che rischiava di apparire incompatibile con il suo tanto ostentato ossequio verso le istituzioni repubblicane. Senza dire che erano assai di là da venire le numerose e importanti leggi destinate ad esser in seguito approvate per volere di Augusto; sicché poteva anche per questo risultare inopportuno, e nuocere alla sua causa, far leva sulla figura del legislatore *in pectore*. Fu per questa ragione, riteniamo, che si ripiegò sull'espediente accennato: il quale consistette nel servirsi di una controfigura, di un personaggio della più antica storia di Roma, che fungesse da schermo ad Ottaviano, così da far sembrare appartenenti all'uno i lineamenti con cui in realtà veniva foggiate l'immagine dell'altro. Si vedrà tra pochissimo chi fosse questo personaggio sotto le cui protettive sembianze il principe, recente vincitore di Azio, venne indicato ai Romani – con la discrezione necessaria a non urtarne la suscettibilità repubblicana –, come il portatore nientemeno che d'un ordinamento nuovo. Per il momento ci preme tornare ancora un istante a quanto osservato all'inizio, a proposito di *RGDA* 8.5.

È possibile, vogliamo dire, che, trovandosi a dover rievocare in termini consuntivi la propria attività normativa, il principe ormai prossimo alla morte<sup>12</sup> non abbia potuto far a meno di ripensare all'esaltante pronostico con cui, poco più che trentenne, era stato salutato come il futuro artefice della rinascita di Roma per mezzo del diritto. E nel porre a confronto ciò che era stato allora promesso con ciò che era stato in seguito realizzato egli abbia posto l'accento sulla "novità" delle *leges* da lui varate nel corso degli anni,<sup>13</sup> per farne orgogliosamente rimarcare la corrispondenza, nel loro complesso, alle aspettative di radicale rinnovamento suscitate tanto tempo prima dai suoi fidi e raffinati propagandisti.

<sup>11</sup> Di cui, tra altri, parla Livio nel testo di cui stiamo per occuparci nel paragrafo seguente.

<sup>12</sup> Egli morì, com'è notissimo, il 19 agosto del 14 d.C., un anno e quattro mesi dopo aver completato la redazione delle *Res gestae* (cfr. Svet. *Aug.* 101.1).

<sup>13</sup> Sulle *leges* di Augusto e, più ampiamente, sulla sua produzione normativa, v. il già citato T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, 40 ss.

2.1 Sarà utile, prima d'entrare in argomento, riportare qui un notissimo brano di Livio,<sup>14</sup> la cui lettura riteniamo possa servire da preparazione alla questione che verrà affrontata subito dopo.

Liv. 1.19.1. *Qui regno ita potitus urbem novam conditam vi et armis, iure eam legibusque ac moribus de integro condere parat. 2. Quibus cum inter bella adsuescere videret non posse, quippe efferari militia animos, mitigandum ferocem populum armorum desuetudine ratus, Ianum ad infimum Argiletum indicem pacis bellique fecit, apertus ut in armis esse civitatem, clausus pacatos circa omnes populos significaret. 3. Bis deinde post Numae regnum clausus fuit, semel T. Manlio consule post Punicum primum perfectum bellum, iterum, quod nostrae aetati di dederunt ut videremus, post bellum Actiacum ab imperatore Caesare Augusto pace terra marique parta.*

Il brano si incentra sul primo atto compiuto da Numa Pompilio secondo il proposito da lui concepito non appena disceso dall'arce dov'era stato *declaratus rex de templo*: il proposito cioè di rifondare *iure legibusque ac moribus* la nuova città che Romolo aveva fondato *vi et armis*. Resosi conto, si legge al § 2, di non poter realizzare un simile progetto se non dopo aver mitigato, disabituandolo alle armi, il popolo inferocito dal continuo guerreggiare, egli “fece” vicino al punto più basso dell'Argileto<sup>15</sup> un *Ianus* adibito a segnalare, secondo che fosse aperto o chiuso, se la città si trovasse impegnata in una guerra ovvero in pace con tutti i popoli circostanti. Segue, al § 3, la notizia di due chiusure del suddetto *Ianus* avvenute in epoca postnumana: una durante il consolato di T. Manlio, dopo la conclusione della prima guerra Punica,<sup>16</sup> l'altra, cui gli dei – dice Livio – hanno concesso alla sua età di assistere

<sup>14</sup> Sul quale torneremo *infra*, §§ 5 e 6.

<sup>15</sup> Si chiamava così, come molti sapranno, la strada che dalla *Subura* scendeva verso il Foro Romano (per una discussione di alcuni spunti offerti da Marziale 1.2, 3, 117 e 2.17 sulla dislocazione dell'*Argiletum*, v. H. JORDAN, *Zur römischen Topographie*, in *Hermes* 4 [1870], 230 ss.). Il suo punto più basso, *infimum Argiletum*, era propriamente quello in cui essa sboccava nel Foro sul lato nord-orientale della piazza, più o meno in coincidenza – per chi abbia sott'occhio la relativa pianta topografica (v., per esempio, F. COARELLI, *Il Foro Romano*, I, Roma, 1983, 16-17) – dell'angolo sud-occidentale della Basilica Emilia.

<sup>16</sup> Può aversi l'impressione che Livio dia qui un'indicazione cronologica contraddittoria sovrapponendo l'anno del consolato di T. Manlio Torquato, 235 a.C., a quello della fine della prima guerra Punica, 241 a.C. Sulla base di tale presunta antinomia, alcuni studiosi hanno pensato ad un errore dovuto alla confusione tra T. Manlio Torquato e A. Manlio Torquato, console nel 241 a.C. Per questa opinione, v. J. S. SPEYER, *Le dieu romain Janus*, in *RHR*, 26, 1892, 15 nt. 1; E. PAIS, *I Fasti trionfali del popolo romano*, I, Torino, 1930, 284; R. M. OGILVIE, *A commentary on Livy books 1-5*, Oxford, 1965, 94. V. anche K. LATTE, *Der Historiker L. Calpurnius Frugi*, in *Sitzungsberichte deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, 1960, 14 ss., che ipotizza un'intenzionale alterazione del dato storico da parte dell'annalista L. Calpurnio Pisone, fonte della notizia liviana. Esiste tuttavia un modo di appianare la contraddizione, con ogni probabilità, a nostro avviso, solo apparente. La pace del 241 a.C., ponendo fine alla prima guerra Punica, non era valsa ad attenuare tra le due potenze rivali un clima di profonda ostilità che, alimentato dalle tensioni degli anni successivi (v. Oros. 4.12.2; Zon. 8.18), aveva tenuto viva la minaccia di una ripresa del conflitto armato. Il pericolo poté infine considerarsi scongiurato, probabilmente per le evenienze di cui parla Oros. 4.12.3, nel 235 a.C., mentre era console T. Manlio Torquato. In questo senso, a nostro avviso, vanno intese le parole di Livio, *T. Manlio consule post Punicum primum perfectum bellum*: con riferimento, non alla fine della guerra (241 a.C.), sì piuttosto al momento del definitivo esaurimento di ogni suo strascico residuo (*bellum perfectum*),

dopo la guerra d’Azio, grazie alla pace procurata per terra e per mare dall’imperatore Cesare Augusto.<sup>17</sup>

È a tutti noto, a proposito del *Ianus* menzionato in questo brano, che si tratta di un piccolo edificio a due porte, di forma cubica,<sup>18</sup> dedicato al dio Giano, sul quale anche da altre fonti ci giungono notizie che confermano, più o meno puntualmente, le informazioni qui fornite da Livio, sia sulla sua funzione di *index pacis bellique*, sia sulla sua ubicazione, sia sulla sua risalenza a Numa Pompilio.<sup>19</sup> È da supporre però che molto raramente ci si sia soffermati a riflettere che ove per avventura nessuna di queste altre fonti fosse arrivata fino a noi sarebbe molto difficile, in base al solo testo liviano, stabilire in che senso vi sia adoperato il termine *Ianus*. Preso in sé, infatti, questo potrebbe indicare sia il famoso dio bifronte, protettore di tutti gli inizi,<sup>20</sup> sia una di quelle strutture architettoniche, chiamate appunto *iani*, costituite da due elementi portanti sormontati da un’architrave,<sup>21</sup> che si incontravano nelle vie o piazze della città come varchi di passaggio. Ora, il fatto che in Liv. 1.19.2 il termine sia oggetto di

momento al quale si giunse, precisamente, sotto il consolato di T. Manlio. La questione, comunque, va approfondita nella sede opportuna.

<sup>17</sup> È richiamata qui la chiusura del *Ianus* (termine indicante, come stiamo per chiarire nel testo, un tempio situato nel Foro, sacro al dio Giano) che ebbe luogo per disposizione del senato l’11 gennaio del 29 a.C. (cfr. Fast. Praen., in *CIL I<sup>2</sup>*, 231). L’evento è ricordato anche in Cass. Dio 51.20.4; Aur. Vict. *Vir. ill.* 79; Serv. *Aen.* 1.291; Plut. *Num.* 20.2; Oros. 6.20.8. Fu la prima delle tre chiusure verificatesi durante il principato di Augusto (v. *RGDA* 13; Svet. *Aug.* 22), cui ne seguirono un’altra nel 25 a.C. e un’ultima in data incerta, per le quali v. J. SCHEID, *Res Gestae Divi Augusti*, cit., 48 (Comm).

<sup>18</sup> Una sua descrizione abbastanza particolareggiata ci è stata tramandata da Procopio, *Bell. Goth.* 1.25, che ebbe forse la possibilità di vederlo con i propri occhi mentre si trovava a Roma con l’esercito di Belisario negli anni 537-538 d.C. Lo stesso tempio, in base all’identificazione comunemente accolta dagli studiosi, si vede effigiato in alcune monete neroniane, con intorno la legenda *pace p(opuli) R(omani) terra mari(ue) parta Ianum clusit* (cfr. H. MATTINGLY, *Coins of the Roman Empire in the British Museum*. I, London, 1923, nn. 64 s., 111-113, 156-167, 198-202, 225-233; 319-322, 374 s.). Su di esso v., tra altri, A. BOËTHIUS, *Il tempio di Giano in imo Argileto*, Göteborg, 1950; P. GRIMAL, *Le Janus de l’Argilette*, in *Mélanges d’archéologie et d’histoire*, 64, 1952, 39 ss.; M. GUARDUCCI, *Ianus Geminus*, in *Mélanges A. Piganiol*, 1966, 1607 ss.; H. BAUER, *Kaiserfora und Ianustempel*, in *Bullettino dell’Istituto archeologico germanico*, sez. rom., 84, 1977, 301 ss.; ID., *Il Foro Transitorio e il tempio di Giano*, in *Rendiconti della Pontificia Accademia Romana di Archeologia*, 49, 1978, 117 ss.

<sup>19</sup> V., senza pretesa di completezza, Flor. 1.2.3; Ov. *Fast.* 1.257-258, 275; Martial. 10.28; Sen. *Apocol.* 9.2; Serv. *Aen.* 1.294; 7.607; Sch. Veron. *Aen.* 7.607; Cass. Dio 73.13.

<sup>20</sup> “Dio degli inizi”, per la verità, è solo una delle varie formule con cui gli studiosi hanno provato a ricondurre sotto un profilo identificativo unitario le numerose ed eterogenee competenze di questo antichissimo dio romano dalla personalità quanto mai sfuggente e controversa. Solo per avere un’idea, si veda quanto sono distanti al riguardo le trattazioni di K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, 132 ss. e G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica* (trad.it. e cur. di F. JESI), Milano, 1977, 290 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Fest. v. *Sub iugum mitti* (394 L.): a proposito dell’antica usanza militare di *mittere sub iugum* i nemici vinti e spogliati delle armi, il lessicografo spiega che il *iugum* consta di due aste infisse nel suolo e di una terza ad esse collegata orizzontalmente, secondo uno schema, aggiunge, che riproduce la forma di un *ianus* (*specie iani*). Oltre a questo tipo di passaggio architravato così indirettamente descritto da Festo, il termine *ianus* designò pure – quando fu introdotto a Roma l’arco monumentale a tutto sesto (sul punto, v. G. SÄFLUND, *Le mura di Roma repubblicana*, [rist.], Roma, 1998, 179) – i passaggi con copertura curvilinea (*fornices*). V. al riguardo, L. ROSS TYLOR-L. ADAMS HOLLAND, *Janus and the Fasti*, in *Classical Philology*, 47 (1952), 140 e ntt. 8-11.

*facere* (*Ianum... fecit*), mette immediatamente fuori gioco il primo dei due significati; quanto al secondo, questo risulta incompatibile con la funzione dell'oggetto così designato: che doveva, s'è visto, star aperto o chiuso come segnale di guerra o, rispettivamente, di pace; mentre un *ianus* è per definizione una "*transitio pervia*",<sup>22</sup> cioè un passaggio aperto, strutturalmente non suscettibile d'esser chiuso, pensabile press'a poco come il telaio di una porta priva di battenti.<sup>23</sup> Dimodoché, in mancanza di chiarimenti *aliunde*, non si riuscirebbe a comprendere, se non eventualmente grazie a un intuito fuori del comune, ciò di cui qualunque lettore, illuminato da altre fonti, è in grado di rendersi conto senza alcuno sforzo: e cioè che in Livio il termine in questione non ha né l'uno né l'altro dei suoi due riferimenti abituali, ma si riferisce a una piccola costruzione sacra a Giano, situata precisamente *ad infimum Argiletum*, indicandola per metonimia attraverso il nome del suo divino titolare.

L'ambiguità appena rilevata nell'uso liviano del termine accennato può acquistare, crediamo, un interesse molto particolare in relazione ad un dato che emerge in modo sorprendente dall'indagine di cui si è già annunciata l'imminente pubblicazione;<sup>24</sup> un dato che smentisce la testimonianza di Livio, e di altri autori antichi dopo di lui, sull'origine numana dell'*index pacis bellique*. Del famoso sacello di Giano, la cui remotissima risalenza, sulla base di tali attestazioni, non è mai stata finora messa in dubbio, non si trova invece la minima traccia prima dell'epoca augustea. E non solo su di esso le fonti tacciono ermeticamente fino a tutta l'età repubblicana,<sup>25</sup> ma vi è per di più la prova positiva, a nostro avviso inoppugnabile, che ancora al tempo di Varrone se ne ignorava l'esistenza. Sull'argomento, comunque, siamo per il momento costretti a rinviare ad altra sede, dove esso apparirà trattato con ampiezza e profondità adeguate ai suoi molti profili di assoluta novità. Qui accontentiamoci d'aver notato il modo, di per sé equivoco, in cui Livio si riferisce al tempio. Ci si conceda solo di anticipare, con riserva di darne prossimamente la dovuta dimostrazione, che egli non poteva non esser al corrente della recentissima costruzione del piccolo edificio; e dunque, nell'attribuirlo a Numa Pompilio, egli mente intenzionalmente.

2.2 Un esame non superficiale del passo su riportato non può non rivelarvi un certo diffuso disordine logico. Può aversi l'impressione, a una prima lettura, che l'*index pacis bellique* costituisca per Numa una sorta di antidoto alla bellicosità del popolo, da lui vista come impedimento alla realizzazione del suo progetto di *iure (urbem novam) legibusque ac moribus de integro condere*. La tortuosa sintassi del §2, con la proposizione principale (*Ianum... fecit*) preceduta da tre causali incastrate l'una nell'altra (*cum... videret; quippe efferari...; mitigandum... ratus*), sembra rispecchiare l'idea che fosse proprio il sacello il mezzo di cui il re si proponeva di servirsi per

<sup>22</sup> Cic., *De nat. deor.* 2.27.67 (a proposito del nome del dio Giano): *quod ab eundo nomen est ductum, ex quo transitiones perviae iani foresque in liminibus profanarum aedium ianuae nominantur.*

<sup>23</sup> Netta, al riguardo, la distinzione che si ricava da Cic. *De nat. Deor.* 2.27.67, riportato alla nota precedente: al di là della loro comune funzione di passaggio, denunciata dalla derivazione *ab eundo* dei rispettivi nomi, un giano e una porta si oppongono tra loro come *transitio pervia* si oppone a *fores*, nome indicante la coppia di battenti di cui è corredata, appunto, una normale *ianua*.

<sup>24</sup> *Supra*, § 1.

<sup>25</sup> È certamente da escludere infatti – e ci perdoni il lettore se dobbiamo qui astenerci dal dimostrarlo – che si riferiscano al sacello di Giano due passi del *De lingua Latina* di Varrone (5.156 e 165), che l'opinione comune considera, al contrario, le più antiche attestazioni a noi giunte sull'*index pacis bellique*.

predisporre gli animi alla grande opera di rieducazione collettiva da lui progettata. Sfugge però in tutto questo la corrispondenza del mezzo al fine: non si vede in che modo avrebbe potuto giovare alla demilitarizzazione delle abitudini del popolo assuefatto alle armi quel *Ianus* non avente in se stesso alcunché di incompatibile con lo stato di guerra, in quanto semplicemente adibito a segnalare la presenza o l'assenza con l'apertura o chiusura delle sue porte.

Può notarsi inoltre che al § 3 Livio passa a parlare delle due chiusure del *Ianus* successive al tempo di Numa senza aver fatto parola di quella dovuta allo stesso Numa: che si è perciò costretti a presumere verificatasi sotto il suo regno finché non la si trova espressamente ricordata, con una curiosa inversione dell'ordine di precedenza, all'inizio del § 4:

*Clauso eo cum omnium circa finitimorum societate ac foederibus iunxisset animos, positis externorum periculorum curis, ne luxuriarent otio animi quos metus hostium disciplinaque militaris continuerat, omnium primum, rem ad multitudinem imperitam et illis saeculis rudem efficacissimam, deorum metum iniciendum ratus est.*

Non si tarda per altro ad accorgersi che nel passo appena riportato Livio mette Numa, per dir così, in contraddizione con se stesso. Ci era sembrato dapprima (§ 2) che il re considerasse la pace come apportatrice di un benefico dirozzamento degli animi avvezzi alla violenza, senza il quale sarebbe stata irrealizzabile l'impresa, cui si era preparato fin dall'inizio del suo regno, di rifondare la città con il *ius*, le *leges* e i *mores*. Adesso che la pace è stata infine ottenuta, come si legge al § 4, grazie ad alleanze e trattati con i popoli vicini, egli pare invece considerarla come possibile causa di un rilassamento degli uomini non più frenati dalla *disciplina militaris*; cosicché, non essendovi più nei loro animi il timore dei nemici, egli escogita di sostituirvelo con il timore degli dei. Inatteso mutamento di prospettiva, come si vede, per cui la religione appare concepita come un rimedio contro i rischi dell'ozio, conseguenza della pace.<sup>26</sup> Ma ciò che soprattutto desta meraviglia è che, una volta chiuso il *Ianus*, il sovrano sembra dimenticarsi completamente dell'obiettivo verso cui era stato dapprincipio indirizzato il suo regno. Da allora in poi, infatti, il suo operato è assorbito da un'unica preoccupazione: fare di Roma una città interamente dedita al culto degli dei.<sup>27</sup> E nel relativo racconto di Livio non si parla più, fino alla fine,<sup>28</sup> né del *ius*, né delle *leges*, né dei *mores*<sup>29</sup> mediante i

<sup>26</sup> Che la pace porti con sé l'*otium*, potenziale corruttore degli animi temprati dalla disciplina della guerra, è un'idea tutt'altro che nuova, quasi un luogo comune nella letteratura tanto greca quanto latina: v. i pertinenti richiami di R. M. OGILVIE, *A commentary on Livy*, cit., 94 s., a Senofonte, Platone, Polibio, Sallustio, Catullo. Ciò che sorprende, pertanto, non è il trovarla accolta in Livio (cfr. § 4: *ne luxuriarent otio animi*), sì piuttosto il trovarla in contrasto con l'idea espressa poco prima (§ 2: *quippe efferari militia animos*).

<sup>27</sup> Cfr. Liv. 1.21.2: *...civitatem totam in cultum versam deorum...*

<sup>28</sup> Cioè fino alla fine del cap. 21 dove si conclude la narrazione intorno al regno di Numa.

<sup>29</sup> Alle *leges*, per la verità, si accenna ancora in Liv. 1.21.1, ma solo per dire che, grazie alla religiosità radicatesi in tutti i cuori, la *fides* e il *ius iurandum* avevano finito per sostituire le leggi nel governo dello Stato. Anche qui, en passant, si noti la contraddizione: le *leges* con cui il re aveva avuto in mente di rifondare la città, adesso a quanto pare sono divenute superflue! Quanto ai *mores*, che nella triade del § 2, *iure-legibus-moribus*, assumevano un valore inequivocabilmente normativo, ricompaiono in Liv. 1.21.2, ma in accezione diversa: *Et cum ipsi se homines in regis velut unici exempli mores formarent...* Stavolta, evidentemente, i *mores* non sono che le abitudini di vita del sovrano, elevate dagli uomini a loro unico modello di condotta.

quali, appena divenuto re, Numa aveva progettato di fondare nuovamente, *de integro*, la città fondata prima da Romolo.

Queste singolarità del testo liviano, per quanto ci risulta mai osservate prima d'ora, trovano a nostro avviso una facile spiegazione in un dato su cui da tempo, al contrario, si è soffermata l'attenzione di qualche studioso. Si è notato che gli eventi evocati in Liv. 1.19.3 – e cioè la chiusura del *Ianus* del 29 a.C. e l'attribuzione ad Ottaviano del titolo di Augusto del 16 gennaio del 27 a.C. –<sup>30</sup> sono posteriori al periodo cui sembrerebbe, sulla base di alcuni convincenti indizi reperibili in altre parti della narrazione,<sup>31</sup> doversi far risalire una prima edizione, non solo del primo libro, ma anche dei seguenti, almeno fino al quarto.<sup>32</sup> Vi è pertanto ragione di ritenere che il capitolo 19 nella sua forma attuale sia il risultato di un rimaneggiamento apportato da Livio, dopo il 16 gennaio del 27 a.C., al testo della prima stesura. Non sembrerebbe azzardato supporre allora che le incongruenze da noi rilevate in Liv. 1.19.1 ss. siano i segni di uno scompiglio prodotto dal suddetto rimaneggiamento nel tessuto originario del racconto relativo al regno di Numa. Solo che, stando così le cose, bisogna rinunciare a quella che potrebbe essere l'ipotesi più semplice, e cioè che nel tessuto originario di questo racconto Livio si sia limitato ad introdurre, in sede di nuova stesura, solamente il tratto *Bis deinde... terra marique parta* (Liv. 1.19.3), lasciando invariato tutto il resto.<sup>33</sup> Ciò è poco credibile per due ragioni. Una è che, stando all'ipotesi accennata, la prima redazione avrebbe fatto cenno della sola chiusura del *Ianus* operata da Numa indipendentemente da quelle operate *post Punicum bellum perfectum* e nel 29 a.C., visto che il § 3, dove queste altre due sono menzionate, dev'esser stato inserito successivamente. Il che sarebbe un *unicum* nell'intero panorama delle fonti, dove la chiusura numana del sacello di Giano è sempre richiamata inseparabilmente da quelle verificatesi sotto il consolato di T. Manlio e al tempo di Augusto.<sup>34</sup> Un'altra ragione è che l'eliminazione del solo § 3 non varrebbe affatto a sanare l'incongruità da noi rilevata in Liv. 1.19.2 nel rapporto, apparentemente di mezzo a fine, tra la costruzione del *Ianus* e l'estirpazione dello spirito di bellicosità visto come osta-

<sup>30</sup> Sulla menzione di questi due eventi si fonda l'opinione prevalente, secondo cui Livio avrebbe messo mano alla composizione dell'*Ab urbe condita* dopo il 16 gennaio del 27 e prima del 25 a.C., anno della seconda chiusura del periodo augusteo (v. *supra*, nt. 17), che egli mostra chiaramente di ignorare dacché richiama soltanto quella del 29 a.C.

<sup>31</sup> Per questi indizi – cui, almeno in qualche caso, riconosceremmo senz'altro valore di prova – v. soprattutto J. BAYET, *Tite-Live. Histoire Romaine*. I, ed. «Les belles lettres», Paris, 1965, XVII ss. Sull'argomento v. anche W. SOLTAU, *Einige nachträgliche Einschaltungen in Livius' Geschichtswerk*, in *Hermes* 29 (1894), 611 ss. Per altri sostenitori della necessità di retrodatare a prima del 29 a.C. l'inizio e il completamento di una tranne iniziale dell'opera, v. R. SYME, *Livy and Augustus*, in *Harvard Studies in Classical Philology*, 64 (1959), 27 ss., che anch'egli l'accoglie, sia pure con delle riserve.

<sup>32</sup> La tesi del Bayet (v. nota precedente) è che i libri I e, separatamente, II-V, siano stati pubblicati prima del periodo 31-29 a.C. E che tutt'e cinque siano stati poi nuovamente pubblicati, in una edizione comprendente anche i libri VI-X, tra il 27 e il 25 a.C. Per la cronologia complessiva dell'opera liviana v. J. BAYET, *Tite-Live. Histoire Romaine*. IV, Paris, 1965, 110 ss.

<sup>33</sup> Così sembra ritenere J. BAYET, *Tite-Live*. I, cit., XVII, con riferimento, appunto, al § 3: «de fait, il s'élimine sans troubler en rien la suite des idées».

<sup>34</sup> Questa affermazione non è affatto smentita da Var. *De l. Lat.* 5.165, testimonianza che, come avremo la possibilità di dimostrare in altra sede, non concerne, contrariamente a quanto si è soliti ritenere, il sacello di Giano.

colo all'obiettivo programmatico di rifondare la città *iure legibusque ac moribus*; e neanche basterebbe minimamente a rimediare alla mancata corrispondenza rispetto all'obiettivo ora detto di tutto l'operato di Numa qual è descritto dal § 4 in poi.<sup>35</sup>

Sicché, se davvero gli scompensi logici osservati poco fa nel racconto liviano non sono che gli stridori, o cigolii, derivanti, se così può dirsi, da un malriuscito inserimento nella sua struttura originaria di un innesto successivo, se ciò è vero, come siamo propensi a ritenere, allora bisogna pensare ad un innesto non circoscritto, come si è creduto, al solo § 3, ma comprendente anche i §§ 1 e 2; e mirante ad introdurre di sana pianta tutti e due i temi che nella versione attuale del racconto appaiono così mal connessi tra loro e con il resto della narrazione sul regno di Numa: e cioè il tema della rifondazione "giuridica" della città e il tema del *Ianus*. Contribuisce, crediamo, ad avvalorare questa ipotesi ciò che si legge in Liv. 1.19.4: *...o m n i u m p r i m u m... deorum metum iniciendum ratus est*; e poi ancora, in Liv. 1.19.6: *...o m n i u m p r i m u m ad cursum lunae in duodecim menses describit annum*. In tutt'e due i luoghi le parole *omnium primum*, certo poco giustificabili in rapporto all'ordine attuale della narrazione, potrebbero benissimo essere un residuo della stesura originaria, nella quale dovevano figurare in posizione iniziale, come proposito di Numa concepito appunto "*omnium primum*", l'assoggettamento del rude popolo guerriero al timore degli dei, e come atto da lui compiuto, anche questo *omnium primum*, a tale scopo, la divisione dell'anno in dodici mesi.<sup>36</sup> L'uno e l'altro fatti poi slittare, con l'inserzione del tratto iniziale del cap. 19 (§§ 1-3), nella loro attuale posizione alquanto secondaria.

Viene spontaneo a questo punto porsi un interrogativo, cui però sarebbe ora prematuro provare a dar risposta: e cioè quali ragioni possano aver indotto Livio ad operare le modifiche appena ipotizzate. Per il momento è possibile senz'altro escludere, in base a quanto s'è già detto, che il testo sia stato rimaneggiato al semplice scopo di aggiornarlo con la notizia

<sup>35</sup> Nel suo commento a Liv. 1.19.1-4, R. M. OGILVIE, *A Commentary on Livy*, cit., 94, respinge ogni tentativo «to make the whole passage a later insertion or afterthought, since it gives the theme-*pax* for the treatment of Numa's reign». Ora, è certamente vero che il tema della pace costituisce il filo conduttore dell'intera narrazione relativa al regno di Numa; ma è altrettanto vero che esso non è trattato sempre ad uno stesso modo: dal § 4 in poi, come ciascuno può constatare, la pace è rappresentata come il fine supremo perseguito dal sovrano per tutta la durata del suo regno (cfr., in particolare, 1.21.5: *Omnium tamen maximum eius operum fuit tutela per omne regni tempus haud minor pacis quam regni*), e la religione è lo strumento di cui egli si serve per la sua salvaguardia – sia come antidoto dell'*otium* (cfr., 1.19.4), sia come scudo nei confronti dei popoli vicini, che non avrebbero ardito violare una città tanto imbevuta di pietà verso gli dei (cfr., 1.21.2) –; all'inizio, invece (1.19.2), è la pace ad assumere un ruolo strumentale rispetto a quello che viene subito rappresentato come l'obiettivo del re appena divenuto tale, e cioè di rifondare la città *iure legibusque ac moribus* (1.19.1).

<sup>36</sup> Tutto questo, è da pensare, subito dopo l'avvenuta pacificazione con i popoli finitimi, di cui nella redazione attuale si arriva a parlare solo nel § 4, mentre secondo la versione originale doveva esser proprio questa l'opera che Numa si prepara ad affrontare subito dopo la *declaratio de templo* (1.18.10): la conclusione di patti e alleanze con i popoli vicini. Risultato cui seguiva immediatamente, indotto dalla preoccupazione "*ne luxuriarent otio*" (1.19.4), il proposito di inculcare negli animi il timore degli dei (come surrogato dell'ormai cessato timore dei nemici), e quindi la serie di iniziative intraprese (attraverso la simulazione degli incontri notturni con la dea Egeria: 1.19.5) per realizzare tale proposito: a partire precisamente dalla sistemazione del calendario (1.19.6), quale presupposto indispensabile per l'istituzione dei *sacra* e dei *sacerdotes* (1.19.5).

dell'avvenuta chiusura del *Ianus* nel 29 a.C.<sup>37</sup> in onore di Ottaviano, poi insignito, nel 27 a.C., del titolo di Augusto. Ci si può anche spingere a congetturare che le diverse stonature osservate nel testo in esame siano ascrivibili alla fretta con cui Livio dovette provvedere a far ripubblicare il primo libro della sua opera con le modifiche accennate;<sup>38</sup> il che significherebbe che la nuova edizione così rimaneggiata rispondeva a delle finalità venute a prospettarsi con particolare urgenza sulla scia dei suddetti avvenimenti del 29 e del 27 a.C.<sup>39</sup> Quanto alla

<sup>37</sup> Non si vede, tra l'altro come potrebbe conciliarsi con il preteso scopo dell'aggiornamento la chiusura del sacello avvenuta tanto tempo prima, *T. Manlio console*, la cui notizia appare in Liv. 1.19.3 coordinata (*semel... post Punicum primum perfectum bellum – iterum... post bellum Actiacum*) con quella della chiusura del 29 a.C.

<sup>38</sup> L'ipotesi di una riedizione del primo libro allestita in tutta fretta sotto l'impellenza di ragioni che ne consigliavano una messa in circolazione il più possibile veloce, potrebbe spiegare non solo le incongruità del capitolo 19, ma anche la mancata modifica di qualche altro punto dello stesso libro che ne rende chiaramente databile la prima stesura in un periodo anteriore agli eventi evocati in Liv. 1.19.3. Si pensi allo «scepticisme dédaigneux et presque frondeur» (così J. BAYET, *Tite-Live* I, cit., XVIII) con cui è trattata in Liv. 1.3.2 la questione dell'identificabilità dell'Ascanio fondatore di Alba Longa con l'Ascanio-Iulo dal quale si vantavano di discendere i Giulii: atteggiamento che all'epoca dei suddetti eventi poteva rischiare d'apparire poco riguardoso verso chi già allora teneva praticamente nelle sue mani le redini dell'impero. Si pensi inoltre al racconto di Liv. 1.10.6-7 sulla dedicazione da parte di Romolo del tempio di Giove Faretrio, quale sede degli *opima spolia*, e alla connessa notazione che solo altre due volte, dopo il fondatore, un comandante romano era riuscito a conquistare il trofeo accennato. A questo racconto avrebbero potuto benissimo agganciarsi le due notizie del restauro del suddetto tempio compiuto da Ottaviano (31-29 a.C.) e del fallito tentativo di M. Licinio Crasso di depositarvi gli *opima spolia* in occasione del trionfo tributatogli nel 27 a.C. (4 luglio); notizie che troviamo invece in un brano del IV libro (Liv. 4.20.7) che ha tutta l'aria di un inserto introdotto successivamente nel testo per arricchirne o aggiornarne il contenuto originario (cfr. J. BAYET, *loc. cit.*). Se ci si chiede a questo punto come mai Livio non abbia approfittato della ripubblicazione del primo libro, successiva al 16 gennaio 27 a.C., per eliminarvi prudentemente il tratto sulla questione dei due Ascani (1.3.2), e aggiungervi, in connessione con il racconto di 1.10.6-7, l'aggiornamento sul tema che invece aspettò di inserire nell'edizione rimaneggiata del IV libro, se ci si pone tale domanda, la risposta potrebbe essere appunto che egli non apportò né l'una né l'altra delle modifiche accennate perché pressato dall'esigenza di varare al più presto quest'altra edizione del I libro. Il che permetterebbe di supporre – e sarebbe una deduzione non poco importante per noi – che quell'esigenza si collegava principalmente, o forse addirittura unicamente, alle modifiche apportate da Livio al capitolo 19. In sostanza, ciò che interessava soprattutto doveva esser proprio la diffusione tempestiva della nuova versione del racconto intorno al regno di Numa, nella quale figurava adesso il riferimento al suo progetto di rifondazione dell'Urbe *iure legibusque ac moribus* e alla costruzione del *Ianus* in funzione di *index pacis bellique*.

<sup>39</sup> A proposito degli *opima spolia* che M. Licinio Crasso dovette suo malgrado rinunciare a deporre nel tempio di Giove Faretrio, notavamo prima (nt. 38) che potrebbe esser stata la fretta ad impedire a Livio di accennare a tale vicenda nell'edizione parzialmente rimaneggiata del I libro – dove la notizia avrebbe correato assai opportunamente la considerazione (esposta in 1.10.7) sull'estrema rarità della dedica di *opima spolia* –, anziché aspettare di farne parola in 4.20.7. Esiste però la possibilità di un'altra spiegazione, accanto a quella della fretta, che si collega allo sfasamento cronologico dei due eventi che segnano, ciascuno, il limite temporale oltre il quale si è obbligati a collocare la 2° edizione, rispettivamente, del I e del IV libro dell'*Ab urbe condita*. L'uno è l'attribuzione ad Ottaviano del titolo di Augusto, titolo che figura in Liv. 1.19.3 e costringe ad assumere come *terminus post quem* per la ripubblicazione del I libro il 16 gennaio del 27; l'altro è il trionfo di M. Licinio Crasso, nel cui cerimoniale questi avrebbe voluto inserire il rito degli *opima spolia* cui allude Liv. 4.20.7, allusione che costringe a fissare, come *terminus post quem* della riedizione del IV libro, il giorno in cui venne celebrato il suddetto trionfo, e cioè il 4 luglio dello stesso 27 (cfr. *Acta*



natura di tali finalità, diciamo solo per ora che esse v'è ragione di pensare non fossero ostensibili apertamente, ma le si dovesse piuttosto lasciar trapelare con cautela; la stessa cautela, aggiungiamo, che imponeva a Livio di tessere un velo di ambiguità intorno al *Ianus* "fatto" da Numa *ad infimum argiletum*.

3. Tra gli onori che nel 29 a.C. gli vennero tributati in misura esorbitante al suo ritorno dall'Oriente, quello più gradito ad Ottaviano, ricorda Cassio Dione, fu la chiusura del *Ianus* disposta dal Senato a significare che grazie alle sue vittorie la guerra, per i Romani, era ormai cessata dappertutto.<sup>40</sup> La notizia rispecchia una concezione, attestata più volte a partire dall'età di Augusto, per cui il *cludere ianum*, il *Ianus clusus*, costituiva *argumentum certae pacis*,<sup>41</sup> simbolo di una pace *ubique certa atque continua*<sup>42</sup> o, con un'espressione usata tra altri da Augusto, di una *pax terra marique parata*.<sup>43</sup>

Non risulta per altro si sentisse l'esigenza di spiegare qual era la relazione tra le due cose, il simbolo e la realtà simboleggiata, per cui quella chiusura assumeva quel particolare significato che ne faceva il segno inequivocabile di una pace venuta stabilmente ad instaurarsi in ogni parte dell'impero.<sup>44</sup> Si trattava del resto – o almeno così si diceva – di una tradizione di

*Triumph. Capit.*, CIL I<sup>2</sup>, 50). Tenuto conto, allora, dello scarto, sia pure di pochi mesi, tra le due date, non è da escludere la possibilità che la mancata menzione della vicenda di Crasso nel I libro dipenda dal semplice fatto che, quando questo fu pubblicato, quella vicenda non s'era ancora verificata. Ciò verrebbe a restringere enormemente l'arco di tempo entro cui si suole situare la ripubblicazione (o, a seconda delle opinioni, la pubblicazione), del I libro dell'opera liviana (cfr., *supra*, nt. 30), e cioè tra il 27 e il 25 a.C. Se fosse vero, infatti, quanto s'è appena congetturato, se ne desumerebbe che l'edizione rimaneggiata del I libro entrò in circolazione immediatamente o pochissimo tempo dopo il 16 gennaio del 27. Sicché sarebbe dato supporre che la nuova stesura del capitolo 19, dove si ascrivono a Numa Pompilio il progetto di rifondazione della città *iure legibusque ac moribus* e la costruzione del *Ianus*, fosse già pronta, per esser riprodotta dai copisti, mentre in Senato si discuteva sul titolo onorifico da attribuire ad Ottaviano (su ciò, v., *infra*, § 7).

<sup>40</sup> Cass. Dio 51.20.4, secondo cui oltre alla chiusura del *Ianus* Ottaviano gradì sommamente anche il ripristino, decretato per l'occasione ora detta, dell'ormai desueto *augurium Salutis* (sulla cui *restitutio* ad opera di Augusto, v. Svet. *Aug.* 31). Questa specie di *augurium* – aveva spiegato prima Cassio Dione (37.24) – serviva ad ottenere dagli dei, non direttamente la prosperità per il popolo romano, bensì il permesso di chieder loro tale concessione. La cerimonia – continuava Cassio Dione – doveva esser celebrata ogni anno in un giorno in cui non vi fosse, né in atto né in preparazione, un conflitto militare, sia esterno sia interno: sicché, verificandosi raramente una simile condizione, essa rischiava di cadere in desuetudine. Si può dunque supporre che la sua riesumazione nel 29 a.C. sia stata ufficialmente giustificata sulla base di ciò che la chiusura del *Ianus* doveva, altrettanto ufficialmente, simboleggiare a sua volta: e cioè la completa pacificazione dell'impero realizzata con il trionfo atziaco da Ottaviano; al quale si comprende bene perciò che tutt'e due le cose fossero, come dice Cassio Dione, parimenti gradite al di sopra di ogni altra onorificenza. Sulla ipotizzabile connessione, nella prospettiva augustea, tra le due cerimonie, v. già B. R. BURCHETT, *Janus in Roman life and cult*, Diss. Pennsylvania, 1918, 42.

<sup>41</sup> Vell. Pat. 2.38.3.

<sup>42</sup> Flor. 2.34.64.

<sup>43</sup> Liv. 1.19.3; *RGDA* 13; Svet. *Aug.* 22. Le stesse parole si leggono sulle monete neroniane cui s'è fatto cenno *supra*, nt. 18. La frase si incontra pure in Liv. 30.45.1, a proposito del trionfo su Annibale di Scipione l'Africano, unico caso, per quanto ci risulta, in cui essa non è adoperata in relazione con la chiusura del *Ianus*.

<sup>44</sup> Al contrario, non mancano tentativi di spiegazioni – tutti più o meno assurdi e su cui non è il caso,

remota origine, per alcuni risalente a Numa Pompilio,<sup>45</sup> tradizione cui si richiama lo stesso Augusto, pur senza farla specificamente derivare dal sovrano sabino:

*RGDA 13 Ianum Quirinum... clausum esse maiores nostri voluerunt cum per totum imperium populi Romani terra marique esset parva victoriis pax...*

Nessuna meraviglia, dunque, che una tradizione così antica e così autorevolmente garantita ci si accontentasse di riferirla senza fermarsi a cercarne il fondamento. Solo Livio sembra preoccuparsi di fornire una parvenza di plausibilità a quella strana tradizione quando ne collega l'origine al programma numano di rifondazione "giuridica" della città.<sup>46</sup> Abbiamo già visto però quanto poco felice dal punto di vista della congruenza logica sia il suo tentativo di spiegazione.<sup>47</sup> Quasi quasi più accettabile, diremmo anzi, dal punto di vista ora detto appare il nesso esplicativo che i poeti dell'età di Augusto istituiscono tra la chiusura del *Ianus* e l'avvento della pace nel mondo.

L'idea compare per la prima volta in Verg. *Aen.* 1.254 ss.,<sup>48</sup> dove Venere, preoccupata per le sorti del figlio, appena approdato nella terra di Didone, ottiene da Giove un rassicurante vaticinio sul destino che attende in Italia Enea e la sua progenie. Sullo sfondo più lontano di questo futuro luminoso campeggia la figura di un *Caesar Iulius*, facilmente identificabile, dalle "spoglie d'Oriente"<sup>49</sup> di cui appare "onustus", con Ottaviano Augusto.<sup>50</sup> In quel tempo – profetizza il padre degli uomini e degli dei – sopite le guerre, si mitigheranno i secoli feroci...<sup>51</sup> si chiuderanno le funeste porte della Guerra; dentro, l'empio Furore...<sup>52</sup> fremerà orrido con la bocca insanguinata.<sup>53</sup> Riconosciamo, al di là della trasfigurazione poetica, un'allusione all'evento tanto gradito ad Ottaviano della chiusura del *Ianus*,<sup>54</sup> evento posto

qui, di soffermarsi – su ciò che faceva dell'apertura del *Ianus* il simbolo dello stato di guerra: v. ad es. Serv. *Aen.* 1.291; Serv. Dan. *Aen.* 1.294; Macr. *Sat.* 1.9.17.

<sup>45</sup> Per questa tradizione, oltre al già visto Liv. 1.19.2, v. Flor. 1.2.3; 2.34.64; Plin. *N.H.* 34.33; Aur. Vict. *Vir. Ill.* 79; Plut. *Num.* 20.3; Serv. *Aen.* 1.291; 294.

<sup>46</sup> Liv. 1.19.2.

<sup>47</sup> *Supra*, § 2.2.

<sup>48</sup> L'idea che compare in questi virgiliani non ha alcunché a vedere con le ascendenze enniane chiaramente riconoscibili in Verg. 7.607 ss. (su cui v. E. NORDEN, *Ennius und Vergilius. Kriegsbilder aus Roms Grosserzeit*, Leipzig-Berlin, 1915, 53 ss.), passo che, come si accennerà *infra*, nt. 54, viene abitualmente messo in parallelo con i su richiamati versi di Virgilio.

<sup>49</sup> Verg. *Aen.* 1.289 s.: *Hunc tu olim caelo spoliis orientis onustum / accipies securo.*

<sup>50</sup> Insostenibile l'identificazione con Cesare proposta da qualche studioso. Al riguardo, con persuasivi argomenti, v. E. PARATORE (cur.), *Virgilio. Eneide*, Milano, 2007, 672 ss.

<sup>51</sup> Verg. *Aen.* 1.291: *Aspera tum positae mitescent saecula bellis.*

<sup>52</sup> Verg. *Aen.* 1.293-294: *dirae ferro et compagibus artis / claudentur Belli portae; Furor impius intus...*

<sup>53</sup> Verg. *Aen.* 1.296: *...fremet horridus ore cruento.*

<sup>54</sup> Alla chiusura del tempio di Giano si riferiscono certamente – né ci risulta del resto se ne sia mai dubitato – le parole "claudentur Belli portae" (Verg. 1.294, riportato *supra*, nt. 52). Vi sarebbe da chiarire – ma è questione troppo complessa per poter esser qui anche solo sfiorata – l'origine di questo nome, "Belli portae", come si spieghi la sua utilizzazione in rapporto all'accennato tempio e che relazione vi sia tra quest'ultimo e le "geminae Belli portae" di Verg. 7.607, generalmente identificate – per noi a torto, come ci

anche qui in relazione con la vasta opera pacificatrice realizzata dal *princeps*. Solo che questa relazione, inesplicabile in altre fonti, appare stavolta spiegata in chiave allegorica: se la chiusura delle “funeste porte” segna l’inizio di un’epoca di pace, è perché quelle porte tengono imprigionato l’“empio Furor”, mostruosa personificazione della discordia o spirito bellico; ovvio perciò che alla loro chiusura debba corrispondere l’avvento della pace, al cui libero propagarsi nel mondo la guerra, dal suo carcere, non può opporre alcun impedimento.<sup>55</sup>

Quest’immagine, in se un pò barocca, della Guerra prigioniera<sup>56</sup> si incontra in altri poeti augustei<sup>57</sup> e sembra fosse coltivata dallo stesso Augusto. È interessante a riguardo il fatto riportato da

Serv. *Aen.* 1.291: *quo tempore pax quidem fuit quantum ad exteris pertinet gentes, sed bella flagravere civilia, quod et ipse (scil. Augustus) per transitum tangit dicens “Furor impius intus”*.

La notizia si riferisce al periodo successivo alla conclusione dei *bella Actiaca*,<sup>58</sup> salutata a Roma con la chiusura del tempio di Giano, terza in assoluto, dopo quelle avutesi sotto Numa e alla fine della seconda guerra punica.<sup>59</sup> A quel tempo, racconta lo scoliaste, la pace ormai assicurata all’esterno, venne turbata dalle guerre civili<sup>60</sup> e Augusto, nel veder così

ripromettiamo di mostrare in altra sede – con lo stesso tempio.

<sup>55</sup> Bizzarra inversione di prospettiva in *Ov. Fast.* 1.277 ss.; qui, prigioniera del tempio è la Pace, che il dio Giano dichiara di tener rinchiusa per impedirle di andar via: *pace fores obdo, ne qua discedere possit* (v. 281). Altrove, nello stesso poema dei *Fasti* (v. *infra*, nt. 57), vediamo invece, poste in rapporto tra loro come in Virgilio, l’immagine della Pace libera di espandersi nel mondo e quella della Guerra chiusa nel suo carcere (sul coesistere in Ovidio di queste due opposte figurazioni, v., tra altri, G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*<sup>2</sup>, München, 1912, 105).

<sup>56</sup> L’immagine fa in qualche modo da pendant a quella, chiamiamola così, della “Guerra scatenata”, che s’incontra più avanti, *Aen.* 8.702 s., descritta a tinte non meno fosche, e anche lì con profetico riferimento al glorioso epilogo augusteo della futura storia dei discendenti di Ascanio di cui Vulcano effigierà la serie dei fatti più significativi sullo scudo di Enea (*Aen.* 8. 626-728).

<sup>57</sup> In *Ov. Fast.* 1.121-124 l’allegoria della Pace, rappresentata mentre avanza libera su vie non ingombre d’ostacoli (*libera perpetuas ambulat illa vias*) si pone in stretta connessione con quella della Guerra prigioniera: tutto il mondo infatti sarebbe intriso di sangue letale – dice il dio Giano nei versi citati – *ni teneant rigidae condita bella serae*. Da richiamare anche Manil. 1.922-924: *...iam bella quiescant / atque adamanteis discordia vincita catenis / aeternos habent frenos in carcere clausa*, con implicito riferimento alla chiusura del *Ianus* seguita al trionfo di Ottaviano nella guerra atziaca, cui è fatto, stavolta esplicito, riferimento nei vv. 914-918 (sulle influenze virgiliane, con particolare riguardo proprio ad *Aen.* 1.293-296, su tutto questo tratto del poema di Manilio, v. S. FERABOLI, E. FLORES, R. SCARCIA [cur.], *Manilio. Il poema degli astri [Astronomica]*. I, Verona, 1996, 283 ss.). Nello stesso ordine di idee si attarda ancora Lucan. *Phars.* 1.61 s.: *pax missa per orbem / ferrea belligeri compescat limina Iani*, cui fa da sfondo, tanto per cambiare, il quadro delle vittorie militari augustee, tratteggiato nei versi precedenti (41-43).

<sup>58</sup> Il riferimento temporale emerge in piena evidenza da ciò che Servio dice immediatamente prima: *Constat autem templum hoc (scil. Iani templum) ter esse clausum: primum regnante Numa, item post bellum Punicum secundum, tertio post bella Actiaca quae confecit Augustus: quo tempore, etc.*

<sup>59</sup> Verosimilmente dovuto a una svista dello scoliaste questo riferimento alla seconda guerra punica invece che alla prima richiamata in altre fonti al riguardo.

<sup>60</sup> Poco più in là, nel commento ad *Aen.* 1.294, Servio torna sullo stesso episodio con una precisazione secondo cui Augusto avrebbe esclamato “*Furor impius intus*”... *propter bella civilia, quae gesta sunt contra*

compromesso il benefico risultato delle sue recenti campagne militari, ebbe ad esprimere il suo disappunto in un modo assai singolare: “al passaggio, egli toccò (il sacello di Giano)<sup>61</sup> pronunciando le parole *Furor impius intus!*”.

Queste stesse parole si leggono nel primo libro dell'Eneide, là dove Giove formula la profezia richiamata poco fa. Esse costituiscono, precisamente, il secondo emistichio del v. 294;<sup>62</sup> sicché vi sarebbe da chiedersi se sia stato Virgilio a riprenderle da Augusto che le aveva pronunciato nell'occasione ricordata da Servio, o viceversa Augusto, che in un'occasione analoga si servì delle parole del poeta per dar sfogo alla sua collera.<sup>63</sup>

*Brutum et Cassium... in Philippos contra Sextum Pompeium... in Sicilia.* Ognuno vede però che nessuna delle due vicende qui richiamate, né la guerra contro gli uccisori di Cesare, né quella contro Sesto Pompeo, possono aver davvero causato la reazione dell'imperatore essendo entrambe di parecchi anni anteriori al trionfo di Azio. Ciò non basta tuttavia a togliere credibilità al fatto tramandato da Servio; il quale fatto – stando ad un'informazione del Danielino (*ibid.*) – veniva tramandato anche da altri, con una spiegazione discordante da quella del commentatore virgiliano. Segno che non solo era accaduto in realtà, ma aveva avuto anche una certa risonanza. A favore della credibilità della notizia può addursi un altro argomento. Nel suo commento *ad Aen.* 7.607, Servio mostra in modo palese di confondere il tempietto di Giano *ad infimum Argiletum* con l'*aedes Iani iuxta Theatrum Marcelli*. Il che autorizza a supporre che egli non avesse mai visto l'accennato tempietto e non potesse quindi conoscerne l'aspetto. Rivelatrici, al contrario, di una tale conoscenza sono le parole *quod et ipse per transitum tangit*. La frase non si adatta di sicuro a un'*aedes* sacra di normali dimensioni, che il Principe avrebbe potuto *tangere* solo salendo l'alta gradinata da cui solivano esser circondati tali edifici (su questo aspetto dell'architettura templare, v. Vitruv. *De architect.* 3.4.4-5). Essa calza bene, invece, alle piccole dimensioni del sacello del Foro, che è verosimile in effetti il Principe abbia potuto colpire in un impeto di collera passandovi accanto, *per transitum*. Anche per questa ragione, dunque, sembra da escludere che la notizia possa essere un'invenzione dello scoliaste. Quando all'anacronismo su rilevato, è molto probabile che nella fonte utilizzata da Servio si attribuisse la famosa esclamazione dell'imperatore allo sdegno procuratogli da qualcuno di quei torbidi interni seguiti alla vittoria di Azio, di cui parla anche Svet. *Aug.* 19; e il nostro commentatore – non particolarmente attento, come s'è già avuta occasione di rilevare (v. *supra*, nt. 59), alle relazioni cronologiche tra gli eventi del passato – abbia frainteso questo riferimento a disordini interni che poterono effettivamente turbare la pace instauratasi dopo il 31 a.C., mettendolo in relazione con le guerre civili del 41 e del 37 a.C.

<sup>61</sup> Servio, *Aen.* 291 e 294, parla propriamente di *templum* o *aedes Iani*.

<sup>62</sup> Riportato *supra*, nt. 52.

<sup>63</sup> Tutt'è due le possibilità, in teoria, sono ammissibili. Servio, come s'è visto, colloca l'episodio poco dopo la chiusura del 29 a.C., quando Augusto non poteva di sicuro conoscere ancora né il verso in questione né alcun'altra parte del poema che giusto quell'anno, probabilmente, Virgilio cominciava appena ad abbozzare nell'impianto generale (cfr. C. MARCHESI, *Storia della letteratura latina* I<sup>8</sup>, 1959, 393 ss.). Sicché, a fidarsi della cronologia serviana, resterebbe in campo solamente la prima delle due ipotesi, e cioè che sia stato Augusto a pronunciare quelle parole indipendentemente da Virgilio e questi le abbia poi riprese nella sua opera. A chi invece dubiti – non senza ragione (v. *supra*, ntt. 59 e 60) – dell'attendibilità dello scoliaste, nulla impedisce di prender anche in considerazione la seconda possibilità. In questo caso bisognerebbe spostare l'episodio nel periodo successivo al 25 d.C., anno in cui, al ritorno dell'imperatore dalla spedizione cantabrica, il *Ianus* venne chiuso per la seconda volta (cfr. *supra*, nt. 17). Neanche in quel periodo, infatti, mancarono tentativi di sedizione o congiure – per esempio, la cospirazione ordita da Fannio Cépione e Varrone Murena nel 22 a.C. (Cass. Dio. 54.3.4-7; Svet. *Aug.* 19) –, che avrebbero potuto in effetti dar occasione ad Augusto di esprimere il suo sdegno con parole ispirategli, stavolta sì, dal poema virgiliano: del quale, non solo può supporre che in quegli anni avessero già cominciato a circolare dei saggi (cfr. Propert. 2.34.63-66), ma si sa che alcuni canti vennero letti al principe direttamente da Virgilio nel 22 a.C. (Donat. 32), giusto lo stesso anno della cospirazione dianzi accennata.

Ad ogni modo, chiunque sia stato dei due l'inventore dell'enfatica espressione, interessa di più ai nostri fini il veder attestata attraverso la notizia tramandata da Servio l'esistenza di una personale relazione di Augusto con l'idea del *Ianus clusus* come cella carceraria del feroce demone della guerra.

4. L'episodio tramandato da Servio può inserirsi utilmente in una certa questione riguardante un termine che lo stesso Augusto applica al *Ianus* di cui per ben tre volte sotto il suo principato il senato decretò la chiusura:

*RGDA 13 Ianum Quirinum... cum prius quam nascerer a condita urbe bis omnino clausum fuisse prodatur memoriae, ter me principe senatus claudendum esse censuit.*

È controverso tra gli studiosi se l'epiclesi *Ianus Quirinus* sia di antica tradizione o di pura marca augustea.<sup>64</sup> Da parte nostra osserviamo che pur ad esser disposti ad accogliere come prova della sua alta antichità le testimonianze solitamente addotte in tal senso –<sup>65</sup> tutte in verità per una ragione o per un'altra mal sicure –,<sup>66</sup> la prova riguarderebbe comunque l'uso di *Quirinus* come epiteto del dio Giano; mentre è evidente che Augusto sta parlando, non del dio, ma del *Ianus* del Foro, di cui appunto ascrive a proprio merito la triplice chiusura disposta dal senato. Ora, per quanto è dato sapere un siffatto impiego del termine in questione non solo non è mai attestato prima di Augusto, ma per di più dopo di lui figura solo in Svet.

<sup>64</sup> Per il primo punto di vista, v. fra altri, C. KOCH, v. *Quirinus*, in PW XXIV.1, 1963, 1314 s. (ma v. già ID., *Bemerkungen zum römischen Quirinus Kult*, in *Zeitschrift für Religion und Geistesgeschichte*, 5, 1953, 6 s. = ID., *Religio. Studien zu Kult und Glauben der Römer*, hrsg v. O. SEEL, *Erlanger Beiträge zur Sprach- und Kunstwissenschaft*, 7, Nürnberg, 1960, 22 s.); R. SCHILLING, *Ianus. Le dieu introducteur. Le dieu des passages*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire* 72, 1960, 116. In senso opposto, v., ad es., G. CAPDEVILLE, *Les épithètes cultuelles de Janus*, MEFRA 85 (1973), 120 e nt. 2; R. TURCAN, *Janus à l'époque impériale*, in ANRW II.17.1, 1981, 379.

<sup>65</sup> A fornire la prova sarebbero tre testimonianze, consistenti, la prima in una prescrizione della *lex Numae* sugli *spolia opima*, nella versione riportata da Fest. v. *Opima spolia*, 204 (17 L): *...tertia spolia, Ianui Quirino agnum marem caedito...*; la seconda, nella formula della *belli indictio* secondo il rito dei Feziali istituito da Anco Marzio di cui parla Liv. 1.32.9: *"Audi Iuppiter et tu Iane Quirine dique omnes caelestes...*; la terza, in alcuni versi di Lucilio contenenti un elenco di nomi di divinità: *...ut / nemo sit nostrum quin aut pater optimus divum / aut Neptunus pater Liber Saturnus pater Mars / Ianus Quirinus pater siet ac dicatur ad unum* (19-22 Marx).

<sup>66</sup> Il valore probante delle testimonianze richiamate nella nota precedente è stato messo in dubbio sulla base dei seguenti rilievi: 1) delle tre versioni della *lex Numae* sugli *spolia opima* tramandate da Plutarco (*Marcellus* 8.9), Servio (*Aen.* 6.859) e Festo (v. *Opima spolia*, 202-204 L.), solo l'ultima menziona *Ianus Quirinus*, le altre due riportano solo *Quirinus*; 2) nella formula dei Feziali di Liv. 1.32.9, il termine *Iane* è una correzione apportata dal Perizonius al *Iune* dei mss., correzione difficilmente accettabile dacché costringerebbe ad ammettere che i Feziali invocassero *Ianus* al secondo posto dopo *Iuppiter*, contravvenendo così alla regola della precedenza spettante nelle formule liturgiche al "dio di tutti gli inizi" (per tale regola, v. Macr. *Sat.* 1.9.3, 9; Auct. *Or. gent. Rom.* 3.7; Martial. 8.8.3; 10.28.2; Liv. 8.9.6; Cat. *De agric.* 134; 141); 3) quanto ai versi di Lucilio, non si vede perché *Quirinus pater* non possa starsene per suo conto tra i tanti dei ivi elencati, e lo si debba invece unire a *Ianus*, che tra l'altro verrebbe così ad esser accompagnato da due epiteti, nella sequenza *Ianus Quirinus pater*, mai attestata altrove. Per tali rilievi, v., per tutti, J. POUÇET, *Recherches sur la légende sabine des origines de Rome*, Louvain, 1967, 39 s.

*Aug.* 22.5,<sup>67</sup> testo che praticamente dipende dalle *Res gestae*.<sup>68</sup> tanto vero che poi nella *Vita* di Nerone, a proposito della chiusura del 66 d.C.,<sup>69</sup> lo stesso Svetonio si serve, per indicare il tempio, della più comune e assai più longeva denominazione di *Ianus geminus*.<sup>70</sup>

Sembra dunque doversi ammettere che l'impiego nelle *Res gestae* della locuzione *Ianus Quirinus* sia da riportare ad una nuova e inusitata scelta espressiva propria dell'imperatore;<sup>71</sup> e ciò non può non giustificare il sospetto che questi abbia inteso ufficializzare, attraverso quel *Quirinus*, una qualche sua particolare concezione relativa al tempio e alla connessa simbologia.<sup>72</sup> Ma quale concezione?

Vano, al riguardo, aspettarsi lumi dai moderni esegeti, i quali, sia quando affermano sia quando negano la risalenza ad epoca preaugustea della locuzione *Ianus Quirinus*, rimangono solitamente ancorati alla convinzione che in essa *Ianus* sia comunque il nome del dio e *Quirinus* l'epiteto<sup>73</sup> destinato ad esaltarne, a seconda delle opinioni – fortemente divergenti su questo punto –, la natura bellicosa o pacifica.<sup>74</sup>

Ci aiuta piuttosto a comprendere il senso dell'accennata locuzione lo sconosciuto traduttore greco delle *Res gestae*: che ad essa fa corrispondere le parole Πύλῃν Ἐννάλιον, mo-

<sup>67</sup> *Ianum Quirinum semel atque iterum a condita urbe ante memoriam suam clausum in multo brevioris temporis spatio terra marique pace parta ter clusit.*

<sup>68</sup> Sulla relazione tra le *Res gestae* e la biografia di Augusto di Svetonio, v., per tutti, J. SCHEID, *Res gestae divi Augusti*, cit., LXIII s.

<sup>69</sup> *Ner.* 13.4: *Ianus Geminum clausit, tamquam nullo residuo bello.*

<sup>70</sup> Cfr. Vell. Pat. 2.38.3; Flor. 1.2.3; Cass. Dio 54.36.2; Script. Hist. Aug., *Gord.* 26.3 e *Comm.* 16.4.

<sup>71</sup> Al *Ianus Quirinus* di *RGDA* 13 suole essere accostato il *Ianus Quirini* di Hor. *Carm.* 4.15.9, su cui v. *infra*, nt. 147.

<sup>72</sup> In un ordine di idee distante dal nostro si tende invece a collegare questa particolare scelta espressiva dell'imperatore a un suo supposto intento di rinvigorire e riportar in auge il culto di Giano: v., ad es., R. SCHILLING, *Janus. Le dieu introducteur*, cit., 90, 125, 127; J. C. RICHARD, *Pax, Concordia et la religion officielle de Janus à la fin de la République romaine*, in MEFRA 75, 1963, 360; M. MESLIN, *La fête des kalendes de janvier dans l'empire romain. Étude d'un rituel de Nouvel An*, in REL, coll. Latomus, 115, Bruxelles, 1970, 25 s.; R. TURCAN, *Janus à l'époque impériale*, cit., 376 s.

<sup>73</sup> Con ciò non si vuole certo negare che *Quirinus* sia uno dei tanti epiteti con cui il dio Giano veniva invocato nelle cerimonie religiose: lo troviamo infatti incluso nelle liste di tali epiteti conservate in Macr. *Sat.* 1.9.15; Serv. *Aen.* 7.610; Lyd. *Mens.* 4.1 (riprodotto con alcune varianti in Georg. Cedren. *Hist. Comp.* 1. p. 295, 7 BONN). Sta di fatto tuttavia – ed è questo a nostro avviso il punto di cui non si è tenuto sufficientemente conto – che in *Res gestae* 13 *Ianus* indica il tempio, non il dio, sicché *Quirinus* dovrà intendersi altrimenti che se ricorresse anche qui come epiteto della divinità.

<sup>74</sup> Rispetto a Giano, la questione circa la sua natura bellicosa o pacifica sorge di solito come riflesso dell'analoga questione che si pone in via primaria rispetto a Quirino (cfr., fra altri, G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 233, ss.; G. CAPDEVILLE, *Les épithètes cultuelles*, cit., 120 ss.). Il che avviene in base al presupposto che, nel sintagma *Ianus Quirinus*, si dà al secondo elemento il valore di nome, non di aggettivo; sicché si estende a Giano, diciamo così per contatto nominale, un problema riguardante fondamentalmente il dio che gli verrebbe così associato. La questione nome/aggettivo è posta espressamente da R. SCHILLING, *Janus. Le dieu introducteur*, cit., 117, ma v. già W. H. ROSCHER, v. *Ianus*, in *Lexikon der griechischen und römischen Mythologie* II, Leipzig, 1890, 1897, 41, che da parte sua opta per l'aggettivo: *Ianus Quirinus* = «*Ianus der Quiriten*». Altra questione, naturalmente, è quella della genesi del nome del dio *Quirinus*, che alcuni ritengono formatosi come aggettivo dal nome del luogo *Quirium*, come *Latinus* da *Latium*: v., ad es., G. WISSOWA, *Religion und Kultus*<sup>2</sup>, cit., 153 s.

strando così d'aver inteso che qui *Ianus* non è il dio, bensì la “porta” che il principe si vanta d'aver fatto chiudere tre volte, e cioè, per metonimia, il noto tempietto. Quanto a Ἐνυάλιος, è questa una divinità guerriera, sorta di *alter ego* di Ares, con cui i Romani, secondo Dionisio e Plutarco, identificavano il loro Quirino.<sup>75</sup> Certo, è da pensare, non il vecchio dio Quirino, terzo componente della triade arcaica,<sup>76</sup> ma quello che ormai, fin dall'ultima età repubblicana,<sup>77</sup> veniva comunemente assimilato a Romolo,<sup>78</sup> e tendeva per questa via ad assumere i connotati del dio della guerra, Marte.<sup>79</sup> Potrebbe darsi quindi che nel secondo termine della locuzione *Ianus Quirinus* il nostro traduttore abbia letto per l'appunto il nome del dio di cui parliamo e, conformandosi all'interpretazione attestata da Dionisio e Plutarco, l'abbia trasposto in Ἐνυάλιος. Se così fosse, però, non si spiegherebbe che poi, incontrando lo stesso nome in *RGDA* 19,<sup>80</sup> dov'è riferito, stavolta inequivocabilmente, al suddetto personaggio divino,<sup>81</sup> egli si limiti qui a traslitterarlo in *Κυρείνος*. Può ben darsi, allora, che in quel *Quirinus*, inusitatamente apposto in *RGDA* 13 a *Ianus* (=Πύλη, “tempietto”), egli abbia colto un'idea non avente alcunché a vedere con la figura postuma del Romolo deificato; un'idea che il nome Ἐνυάλιον, forse solamente in virtù della sua ambiguità,<sup>82</sup> si prestava a

<sup>75</sup> Dion. Hal. 2.48.2; Plut. *Quaest. Rom.* 285 D. Secondo Dionisio i Romani avrebbero appreso dai Sabini a dar il nome di Quirino ad Enialio.

<sup>76</sup> Della vasta letteratura esistente su questo dio – i cui tratti originari scomparvero quasi del tutto dietro la figura di Romolo che si ritiene comunemente gli sia stata sovrapposta verso la fine della Repubblica – ci limitiamo a richiamare i due saggi di G. RADKE, *Quirinus. Eine kritische Überprüfung der Überlieferung und ein Versuch*, e di D. PORTE, *Romulus-Quirinus, prince et dieu, dieu des princes. Etude sur le personnage de Quirinus et sur son évolution, des origines à Auguste*, entrambi in *ANRW* II, 17.1 (1981), 276-299 e, rispettivamente, 300-342.

<sup>77</sup> Per una maggiore risalenza dell'identificazione Quirino-Romolo, v., G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 226 ss.

<sup>78</sup> Che Quirino ed Enialio si incontrino, per dir così, nella figura di Romolo, è detto per altro espressamente in Plut. *Romul.* 29.1: τὴν δὲ γενομένην ἐπονυμίαν τῷ Ῥωμύλῳ τὸν Κυρίνον οἱ μὲν Ἐνυάλιον προσαγορεύουσιν.

<sup>79</sup> Cfr. Serv. *Aen.* 1.292: ...*Romulus...*, *Quirinus dictus est... Mars enim cum saevit Gradivus dicitur, cum tranquillus est Quirinus*. In generale, sull'assimilazione a Romolo come fattore della militarizzazione di Quirino, v., ancora, G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 238 ss.

<sup>80</sup> Quirino è richiamato in *RGDA* 19 in quanto titolare divino di un tempio (*aedes Quirini*) compreso nella lista di edifici che Augusto si vanta qui di aver realizzato (*fecit*). Cfr., Cass. Dio 54.19.4 e Vitruv. 3.2.7 (v., al riguardo, P. GROS, [cur.], *Vitruvio. De Architectura* I, Torino, 1997, 292). In realtà il tempio – che doveva sorgere a non molta distanza dalla sommità del Quirinale e che Plin. *Nat. Hist.* 15.120 annovera tra gli *antiquissima delubra* della città – era stato costruito nel 325 a.C. e poi dedicato nel 293 (Liv. 10.46.7). In seguito, dopo che un fulmine l'aveva colpito nel 206 (Liv. 28.11.4) e un incendio distrutto nel 49 (Cass. Dio 41.14.3), si rese necessaria una sua ricostruzione che, incominciata nel 46-45, fu completata da Augusto, il quale lo dedicò nuovamente nel 16 a.C. Su queste vicende, v., G. RADKE, *Quirinus*, cit., 279 s.

<sup>81</sup> Significativa, a tacer d'altro, sotto quest'aspetto, la presenza nel tempio di una statua di Cesare rappresentato come *deus invictus* (Cass. Dio 43.45.3): è noto infatti (v., per tutti, W. BURKERT, *Caesar und Romulus-Quirinus*, in *Historia* 11, 1962, 356 ss.) l'importante ruolo avuto dal dittatore nella diffusione di credenze intorno all'apoteosi di Romolo e alla sua assimilazione a Quirino.

<sup>82</sup> Né i Sabini né i Romani – scrive Dionisio (2.48.2) – sanno dire con certezza se esso (Enialio) sia Ares o qualche altro dio avente lo stesso culto di Ares (ἔτε Ἄρης... ἔτε ἕτερός τις ὁμοίος Ἄρει τιμὰς ἔχων). Sicché alcuni – continua lo storico – sostengono che ai due nomi corrisponda un'unica divinità preposta ai

rendere in lingua greca. A quel nome infatti corrisponde una figura divina che non sempre coincide con Ares, ma sembra a volte differenziarsene<sup>83</sup> e assumere i connotati, non del dio della guerra, ma di un'altra divinità guerriera, probabilmente antichissima<sup>84</sup> e mai assunta al rango olimpico,<sup>85</sup> che Plutarco definisce “la più assetata di sangue tra tutti gli dei”.<sup>86</sup> A un simile essere non è improbabile abbia pensato lo sconosciuto traduttore, immaginando che quel *Quirinus* associato al *Ianus* più volte fatto chiudere dall'imperatore, non potesse esser altro se non l'orrendo prigioniero del tempio in cui i poeti dell'epoca raffiguravano la Guerra in persona ormai ridotta all'impotenza dalle vittorie di Augusto.<sup>87</sup> Interpretazione tanto più probabile ove si supponga che il nostro traduttore conoscesse direttamente il principe,<sup>88</sup> magari appartenesse al suo entourage o avesse quantomeno notizia, sia pure in modo indiretto, della famosa frase da lui pronunciata una volta *per transitum* sferrando un colpo, in un impeto di collera, contro il tempio del Foro.<sup>89</sup>

5. Tuttavia, per quanto atto a riprodurre fedelmente un'immagine familiare e gradita ad Augusto (se non addirittura da lui stesso messa in circolazione),<sup>90</sup> il nome di Ἐννάλιος non basta certo ad esaurire la portata ideologica che il nome *Quirinus* assume, apposto all'appellativo *Ianus* (= tempio), in *RGDA* 13. Non dimentichiamo infatti la speciale natura di quest'opera, monumento autocelebrativo,<sup>91</sup> eretto dal principe per fissarvi il ricordo di ciò che egli voleva si sapesse – o piuttosto si credesse –<sup>92</sup> della sua persona e del suo operato.<sup>93</sup> Proclamata in una sede di così alta ufficialità, la frase riferita poc'anzi – “*Ianum Quirinum... cum prius quam nascerer a condita urbe bis omnino clausum fuisse prodatur memoriae, ter me principe senatus claudendum censuit*” –, apre al nostro sguardo uno scorcio in cui l'in-

conflitti bellici (ἔδς... θεοῦ πολεμικῶν ἀγώνος ἡγέμενος...), altri, che siano i nomi di due distinti dei della guerra (δύο... δαιμόνων πολεμιστῶν τὰ ὀνόματα).

<sup>83</sup> Così, per es., in Polib. 3.25.6, dove, tra gli dei presi a testimoni dai Romani nel giuramento di fedeltà al secondo trattato con Cartagine, figurano, insieme a Zeus, Ares ed Enialio come divinità distinte.

<sup>84</sup> Il suo nome venne decifrato tra i primi nella lineare B delle tavolette micenee: così G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 238. Da parte sua Dionisio (2.48.1) fa risalire agli Aborigeni il culto di Enialio.

<sup>85</sup> Ciò sembra potersi desumere dal fatto, attestato da Plut. *Quaest. Rom.* 290 D, che a Sparta gli si immolavano cani, animali che, essendo dagli antichi ritenuti impuri, aveva detto poco prima Plutarco, non venivano invece offerti in sacrificio ad alcuno degli dei olimpici.

<sup>86</sup> *Quaest. Rom.* 290 D: τῷ φονικωτάτῳ θεῶν Ἐνναλίῳ.

<sup>87</sup> Verg. *Aen.* 1.293-294; Ov. *Fast.* 1.121-124; Manil. 1.922-924, richiamati *supra*, nt. 57.

<sup>88</sup> Non è questa, del resto, la prima volta che all'autore della versione greca delle *Res gestae* viene attribuita una conoscenza, anche molto precisa, del pensiero di Augusto, e ipotizzata la sua appartenenza ad un ambiente vicino alla corte imperiale. Sulla questione, v., per tutti, J. SCHEID, *Res gestae divi Augusti*, cit., XXIX ss.

<sup>89</sup> Serv. *Aen.* 1.291; 294, su cui v. *supra*, § 3.

<sup>90</sup> V. *supra*, nt. 63.

<sup>91</sup> Cfr. R. SYME, *La rivoluzione romana*, cit., 526.

<sup>92</sup> Cfr. TH. MOMMSEN, *Res gestae divi Augusti ex monumentis Ancyrano et Apolloniensi*, Berlin, 1883, VI.

<sup>93</sup> Sulla controversa questione della definizione delle *Res gestae* sotto il profilo del suo significato generale e della sua destinazione, v., per tutti, J. SCHEID, *Res gestae divi Augusti*, cit., XLIII ss.



tera storia di Roma appare divisa in due parti di durata sproporzionatamente diseguale. A dividerle è l'evento della venuta al mondo del Principe: prima di tale evento (*prius quam nascerer*),<sup>94</sup> risalendo indietro fino alla fondazione della città (*a condita urbe*), si ricordano in tutto (*omnino*) due sole chiusure del *Ianus*; dopo (*me principe*), se ne sono succedute tre. E qui deve certo sottintendersi il paragone che si trova posto in modo espresso nel punto corrispondente della *Vita Augusti* di Svetonio: "*in multo brevioris temporis spatio*".<sup>95</sup> Proprio questo, infatti, è qui l'intento del Principe: metter a confronto la brevità del periodo in cui si sono verificate le ultime tre chiusure con l'enorme estensione di quello in cui si collocano le prime due; così da far risaltare l'alta frequenza delle une rispetto all'estrema sporadicità delle altre. Il tutto, si capisce, allo scopo di mostrare che prima di lui il mondo è stato quasi ininterrottamente dominato dalla guerra, mentre adesso, lui principe, la pace tende ormai a regnare stabilmente ovunque.

Ma c'è qualcosa di più profondo che il Principe vuole dire in questo celebre passo, qualcosa di molto somigliante a un'idea che abbiamo già incontrato in Liv. 1.19.1-3. Testo che non solo gli era di sicuro ben noto,<sup>96</sup> ma sembra anche essergli stato particolarmente presente in questo passaggio del suo solenne rendiconto finale: come rivela, tra l'altro, nel modo più chiaro la formula "*terra marique parta pax*",<sup>97</sup> mai usata da altri fino ad allora se non, appunto, da Livio nel testo in questione.<sup>98</sup> In quel testo, quasi superfluo ricordarlo, si parla di Numa Pompilio e del suo proposito di rifondare integralmente, *iure legibusque ac moribus*, la città fondata dal suo predecessore *vi et armis*. Proposito non realizzabile a giudizio del sovrano se non attraverso un processo di assuefazione alla pace degli animi esacerbati dalle continue guerre, cui si collega, per l'appunto, nel resoconto liviano, la realizzazione del *Ianus ad infimum Argiletum*.<sup>99</sup> Ebbene, a distanza di tanti secoli la chiusura di quel *Ianus* ad opera di Augusto segna, non diversamente da quella operata da Numa, il passaggio dalla feroce e distruttiva dimensione della guerra alla quiete operosa della pace. E come per il sovrano sabino questo passaggio aveva costituito secondo Livio il necessario presupposto per poter *iure legibusque ac moribus de integro condere* la città dopo il bellicoso periodo romuleo, allo stesso modo, pare d'indovinare, Augusto ambisce ora ad essere considerato come colui che,

<sup>94</sup> Per una particolare interpretazione delle parole *prius quam nascerer*, v. W. ENSSLIN, *Zu den Res gestae divi Augusti*, in *Rheinisches Museum für Philologie* 81, 1932, 363.

<sup>95</sup> Aug., 22.5 (riportato *supra*, nt. 67).

<sup>96</sup> Ad assicurarcelo, oltre al fatto che, fin dalle sue prime parziali pubblicazioni, l'opera di Livio godette di grandissima notorietà (cfr., Plin. *Nat. hist.*, praef. 16; Plin. *Epist.* 2.3.8; Ieron. *Epist.* 53.1), è soprattutto la risaputa appartenenza dello storico patavino alla cerchia degli intimi del Principe: v., Tac. *Ann.* 4.34; Svet. *Claud.* 41; Liv. 4.20.7. Al riguardo, v., tra i molti, R. SYME, *La rivoluzione romana*, cit., 318 s.

<sup>97</sup> Liv. 1.19.3 (riportato *supra*, § 2.1), dove le parole *pace terra marique parta* costituiscono «the earliest example of a common slogan»: così, a ragione, R. M. OGILVIE, *A commentary on Livy*, cit., 94. Diversamente, A. MOMIGLIANO, "*Terra marique*" in *JRS* 32, 1942, 63, inclina ad ammettere che la formula «repeated solemnity», possa aver alle spalle un'antica tradizione. Secondo J. GAGÉ, *Res gestae divi Augusti*, cit., 38, nt. 1, l'uso da parte di Augusto delle parole accennate riprodurrebbe addirittura la formula ufficiale del *senatusconsultum* con cui venne disposta la chiusura del *Ianus*. Per altre ricorrenze della formula vedi *supra*, nt. 43.

<sup>98</sup> Per l'aggiunta, in *RGDA* 13, del termine *victoriis* ("...terra marique... parta v i c t o r i i s pax": testo riportato *supra*, § 3), unica variante rispetto alla formula liviana, v. *infra*, § 8.

<sup>99</sup> Su tutto ciò v. *supra*, § 2.1.

sulla base della pace durevolmente ottenuta con le sue vittorie, ha rifondato l'impero dopo l'interminabile susseguirsi dei precedenti secoli di guerra.

6. È possibile che nei primi stadi della sua ascesa il giovane Ottaviano abbia nutrito, più o meno apertamente, l'ambizione di essere considerato un nuovo Romolo,<sup>100</sup> ma è certamente da escludere che ancora nel 27 a.C. ciò costituisse un suo ardente desiderio, come vorrebbe far credere Cassio Dione.<sup>101</sup> Quando si trattò, quell'anno, di scegliere un titolo onorifico da attribuirgli<sup>102</sup> ed egli optò per *Augustus*, rinunciando a *Romulus*, ciò non dipese, riteniamo, dalle ragioni di opportunità prospettate da Cassio Dione,<sup>103</sup> sì piuttosto dal fatto che quest'ultimo titolo risultava poco compatibile sia con il ruolo da lui rivestito attualmente, sia con quello che egli era pronto a rivestire nell'immediato futuro. Da una parte infatti la figura di Romolo aveva finito per assumere, soprattutto in età cesariana, connotati troppo spiccatamente marziali<sup>104</sup> per potersi adattare al pacificatore e garante della pace in tutto l'impero quale egli si compiaceva di apparire dopo le vittorie d'Oriente. Dall'altra parte, con il titolo di *Romulus* egli avrebbe accettato, secondo l'espressa intenzione di quanti glielo

<sup>100</sup> Risale al suo primo consolato la visione di dodici avvoltoi che apparvero a lui "augurio capienti... ut Romulo", come riferisce Svet. *Aug.* 95. Secondo Serv. *Aen.* 1.292 il popolo offrì ad Ottaviano di fregiarsi di uno fra tre diversi appellativi onorifici ed egli, non volendo con la scelta di uno dispiacere a chi proponeva gli altri due, li utilizzò tutti e tre in tempi successivi: dapprima Quirino, poi Cesare, infine Augusto. Di ciò, aggiunge lo scoliaste, fanno fede Svetonio e Virgilio, quando dice, in *Georg.* 3.27, "victoriisque arma Quirini". Sulla notizia ora riferita, v. G. RADKE, *Quirinus*, cit., 294 che a ragione la giudica inattendibile. In effetti, essa risulta sotto vari aspetti contraddetta da altre fonti (v. *infra*, nt. 102), compreso Svetonio in cui essa pretenderebbe di trovare appoggio. È vero invece che nel citato verso delle Georgiche Virgilio allude ad Ottaviano chiamandolo Quirino (lo conferma, al di là di ogni dubbio, il confronto con Verg. *Georg.* 2.171); ed è questa, per quanto ci risulta (non contando il controverso Verg. *Aen.* 1.292, su cui v. *infra*, nt. 146), l'unica volta che tale appellativo appare adoperato con riferimento al Principe. Sicché non sarebbe da escludere che con tale impiego il poeta abbia voluto venir incontro al desiderio in qualche modo espresso o lasciato indovinare dal Principe all'epoca della composizione delle Georgiche – che era già terminata, come si sa da Donat. 26, nell'estate del 29 a.C., quando Ottaviano, reduce dalla vittoria di Azio, ne ascoltò la lettura ad Atella dalla viva voce dell'autore –, al desiderio del Principe, dicevamo, di essere considerato un nuovo Romolo. Sull'equivalenza, a quell'epoca ormai consolidata, tra Quirino e Romolo, v., per es., lo stesso Serv. *Aen.* 1.292: *Romulus autem... Quirinus dictus est*; nonché Lyd. *Mens.* 4.111 (W. 150, 22): *Κυρήνον οἰονεὶ Ῥωμύλον* (v. anche *supra*, § 4). In generale, sul cd. "Romulusperiode" della vita di Ottaviano, v. D. KIENAST, *Augustus. Prinzeps und Monarch*, Darmstadt, 1982, 79 e nt. 45, con richiamo alla relativa letteratura.

<sup>101</sup> Cass. Dio 53.16.7: ὁ Καίσαρ ἐπεθύμει μὲν ἰσχυρῶς Ῥωμύλος ὀνομασθῆναι.

<sup>102</sup> Come attestano concordemente Svet. *Aug.* 7.2; Flor. 2.34 e Cass. Dio 53.16.7-8, i termini della scelta erano solo Romolo e Augusto, e non anche *Caesar*, *cognomen*, questo, dice Svetonio, che Ottaviano assunse... *testamento maioris avunculi*, e non perché, secondo la versione di Serv. *Aen.* 1.292 (*supra*, nt. 100), gli sarebbe stato offerto in alternativa agli altri due.

<sup>103</sup> Cass. Dio 53.16.7, stando al quale Ottaviano desistette dai tentativi con cui si era adoperato per ottenere il titolo di Romolo quando si rese conto che ciò avrebbe potuto renderlo sospetto di bramare il regno: αἰσθόμενος δὲ ὅτι ὑποπτεύεται ἐκ τούτου τῆς βασιλείας ἐπιθυμῆν, οἶκετ'αὐτοῦ ἀντεποιήσασθαι. Tra i non pochi studiosi che accettano questa versione della vicenda, v. D. PORTE, *Romulus-Quirinus*, cit., 338.

<sup>104</sup> Su ciò v., *supra*, § 4.

offrivano, il ruolo di *conditor urbis*,<sup>105</sup> e ciò avrebbe in qualche modo sottinteso da parte sua un impegno a ripercorrere idealmente le orme del lontano predecessore, a ricominciare da dove quegli aveva cominciato e quindi a riportare in vita, assumendone la paternità, un ordine passato da cui egli intendeva in realtà prendere le distanze.<sup>106</sup> Conscio ormai pienamente della formidabile situazione di potere<sup>107</sup> di cui disponeva, egli doveva esser piuttosto portato ad accarezzare l'idea di un radicale cambiamento, di una fondazione *ex novo*, da realizzare sul presupposto della pace già assicurata per terra e per mare, e con mezzi adeguati alla prospettiva di un suo stabile mantenimento in tutto l'impero.

A queste presumibili inclinazioni del novello Augusto sono da collegare con ogni probabilità due recentissime iniziative: nel 29 a.C. c'era stata la chiusura del *Ianus*; nel 28, l'emissione di una moneta, un *aureus*,<sup>108</sup> recante sul rovescio la legenda *Leges et iura p. R. restituit*.<sup>109</sup> La prima aveva messo simbolicamente sotto gli occhi di tutti l'avvenuta instaurazione

<sup>105</sup> Svet. *Aug.* 7.2: *...quibusdam censentibus Romulum appellari oportere quasi et ipsum conditorem urbis...*; Flor. 2.34: *tractatum etiam in senatu, an, quia condidisset imperium Romulus vocaretur.*

<sup>106</sup> Potrebbe esser questo, dopo tutto, il vero significato della famosa *translatio rei publicae* (RGDA 34.1): una riconsegna al senato e al popolo del potere ad essi spettante nell'ordinamento repubblicano, cui il Principe si preparava, forse con inconfessabile consapevolezza, a sostituirne un altro. Al di là di tale, forse non avventata, congettura, v. in generale le osservazioni di G. NICOSIA, *Potens rerum omnium*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono V*, Torino, 2010, 2322 ss., sulle nuove prospettive che la scoperta del cd. "frammento Botteri" (per un cenno a riguardo v. la nota seguente) apre per l'interpretazione di quel cruciale passo delle *Res gestae*.

<sup>107</sup> *Potentiae securus*: così lo descrive Tacito (*Ann.* 3.28.2) con riferimento al 28 a.C., anno del suo sesto consolato. Ma soprattutto *per consensum universorum potens rerum omnium*, come egli descrive se stesso, con riferimento allo stesso torno di tempo, nel celeberrimo RGDA 34.1 riletto alla luce del nuovo frammento del *Monumentum Antiochenum* (su cui v. ultimamente, oltre al già cit., G. NICOSIA, *Potens rerum omnium*, O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi su Ottaviano Augusto. Appunti sulla transizione repubblicana*, in *BIDR* 105 (2011), 238 ss.; F. COSTABILE, *RG 34.1: «[POT]IENS RE[RU]M OM[N]IUM» e l'Edictum de reddenda re publica*, in *Revisione e integrazione dei Fontes Iuris Romani (FIRA), Studi preparatori I* (G. PURPURA cur.), Torino, 2012, 269 ss. Sul controverso valore delle citate parole delle *Res gestae* e sulla letteratura accumulatasi su di essa, v., per tutti, J. SCHEID, *Res gestae*, cit., 83 ss.

<sup>108</sup> Della moneta si conoscono due esemplari (pubblicati, rispettivamente, da J. W. RICH-J. H. C. WILLIAMS, *Leges et Iura P. R. Restituit. A new aureus of Octavian and the settlement of 28-27 B. C.*, in *NC* 159 [1999], 169 ss.; e R. ABDY-N. HARLING, *Two important new roman coins*, in *NC* 165 [2005], 175 s.), palesemente ascrivibili ad una stessa emissione, benché non ugualmente soddisfacenti per stato di conservazione. La scritta *IMP CAESAR DIVI F COS VI*, che s'incurva sul *recto* intorno a una testa di Ottaviano (cinta di corona d'alloro con coda a nastri), indicandolo come console per la 6° volta, permette di datare la moneta al 28 a.C. Su questo nuovo importante documento del primo principato augusteo, v. D. MANTOVANI, *LEGES ET IURA P(OPULI) R(OMANI) RESTITUIT. Principe e diritto in un aureo di Ottaviano*, in *Athenaeum* 90 (2008), 5 ss., che discute la tesi interpretativa degli editori J. W. Rich e J. H. C. Williams (con richiamo alla copiosa letteratura sorta sulla scia della loro pubblicazione) e ne propone a sua volta un'altra, cui si farà cenno alla nota seguente.

<sup>109</sup> La scritta s'inarca sopra l'immagine di un personaggio togato che, assiso su una sella curule, stringe in mano un rotolo tenendolo inclinato a mezz'aria su una *cista*, apparentemente vuota, posta ai suoi piedi. Nel lavoro citato alla nota precedente, D. Mantovani nega con molte buone ragioni la collegabilità della legenda con la famosa idea, espressa in RGDA 34.1, della *translatio rei publicae*; tesi, questa, verso cui propendono invece gli editori Rich e Williams (v. nota precedente) sulla base di una loro lettura assai discutibile della frase in questione. Nella quale, da parte sua, l'a. legge il riferimento a un'avvenuta restaurazione ad opera di Ottaviano ("*restituit*") del diritto ("*leges et iura*") del popolo Romano (*p. R.*). In che cosa fosse consistita la

di un'era di pace; la seconda aveva reso noto al mondo<sup>110</sup> su quale via intendeva proseguire l'imperatore, la via per l'appunto del ristabilimento di *leges et iura p. R.*<sup>111</sup>

“restaurazione” così proclamata, viene spiegato dall'a. sulla base di un assunto che egli riprende dichiaratamente (op. cit., 8 nt. 13, 11) dai su menzionati editori: l'*aureus* sarebbe da metter in relazione con la notizia fornita da Cassio Dione (53.2.5) e da Tacito (*Ann.* 3.28.2), secondo cui Ottaviano, ormai sicuro del suo potere, nel 28 a.C. abrogò le disposizioni emanate durante il triumvirato. «È evidente – scrive l'a., op. cit., 11 – che la moneta raffigura precisamente questo avvenimento del 28: il *volumen* che Ottaviano impugna è l'editto con cui abroga le disposizioni emesse nel periodo triumvirale». In sostanza, come si trova precisato alcune pagine dopo (op. cit., 36), l'eliminazione di quelle norme «illegittime» aveva liberato il diritto del popolo Romano degli elementi che lo deturpavano: sarebbe da intendere appunto in questo senso la “restaurazione” cui si allude nella legenda. In realtà – non può farsi a meno d'osservare – appare poco credibile che potessero considerarsi illegittime delle disposizioni emanate dai triumviri in forza dei poteri loro conferiti per legge (*lex Titia*). E se quelle disposizioni non erano illegittime viene meno il presupposto su cui si fonda l'idea della loro abrogazione da parte di Ottaviano come un intervento di “restauro” o “riparazione” del diritto del popolo Romano cui si riferirebbe il *restituit* della moneta. Inoltre, se le norme cadute dall'editto del 28 erano, come ritiene l'a. (op. cit., 36 ss.), dei provvedimenti di natura (esclusivamente o anche) fiscale, e posto d'altra parte che nella legenda della moneta le parole *leges et iura p. R.* alludono, come ben sottolinea l'a. (op. cit. 13 ss.), al diritto romano oggettivamente e complessivamente considerato, viene spontaneo chiedersi se delle norme siffatte potessero davvero esser pensate come deturpatrici nientemeno che dell'ordinamento giuridico del popolo Romano. E poi, soprattutto, vi è nel *restituere* (*re-statuo*), un significato di base concettualmente irriducibile all'idea dell'abrogare. Se ci si passa una terminologia leonardesca, potremmo dire che l'uno è “opera di mettere”, l'altro “opera di levare”. Sicché, anche ad esser disposti ad ammettere che il verbo sia usato nella moneta, come non di rado in materia edilizia, nel senso di «restaurare, riparare» (così l'a., op. cit., 22 ss.), bisognerebbe pur sempre intenderlo riferito, come certo lo è solitamente in campo edilizio, ad un restauro di tipo ricostitutivo, e non già di tipo ablativo. Sull'*aureus* del 28, con alcune variazioni rispetto alla linea interpretativa di Mantovani, e con la stessa certezza sulla collegabilità della moneta con il provvedimento abrogativo menzionato da Cassio Dione e da Tacito, v., recentemente, O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi su Ottaviano Augusto*, cit., 265 ss., e F. COSTABILE, *RG 34.1: «[POT]IENS RE[RUM] OM[N]IUM»*, cit., 269 ss. Per una diversa proposta interpretativa al riguardo, v. poco oltre nel testo e alla nt. 111.

<sup>110</sup> Sul potenziale “mediatico” delle monete e sulla funzione di veri e propri «newspapers» (H. Mattingly) che esse assolvevano talvolta nel mondo antico, v. D. MANTOVANI, *LEGES ET IURA P(OPULI) R(OMANI) RESTITUIT*, cit., 48 e nt. 120.

<sup>111</sup> Un interessante accostamento è proposto da H. ZEHACKER, *Quelques remarques sur le revers du nouvel aureus d'Octavien (28 av. J.-C.)*, in «*BSFN*» 58 (2003), 1ss., tra la legenda *Leges et iura p. R. restituit* e Vitruv. *De architect.* 9 praef. 2., testo in cui, a proposito della filosofia della quale sono nutriti i sapienti che operano per il bene della collettività, si dice che questi ultimi *instituunt... mores aequa iura leges, quibus absentibus nulla potest esse civitas incoluminis*. In questo enunciato vitruviano, redatto pressoché contemporaneamente all'emissione dell'*aureus*, l'a. vede «un pendant remarquable à l'épigraphie de l'*aureus*» (op. cit., 3) suscettibile di esser confrontato in modo significativo con la scritta della moneta: se lì è detto che i legislatori «*établisent, instituunt*», qui si vorrà dire che Ottaviano «*a rétabli, restituit*» (*leges et iura*). Sicché quest'ultimo – ne deduce l'a. (loc. cit.) – «*apparaît comme le nouveau législateur, et meme comme le nouveau fondateur de Rome*». Non si vede però, ci si permetta di obiettare, in che modo una simile rappresentazione di Ottaviano possa andare d'accordo con l'iconografia, che l'a., anch'egli sulla scia di Rich e Williams (v., *supra*, nt. 108), ritiene riferibile all'editto abrogativo di «*toutes les mesures illégales*» assunte durante il triumvirato (op. cit., 2). Difficile ammettere, se ne vorrà convenire, che “il nuovo legislatore e nuovo fondatore di Roma” non avesse di meglio di cui fregiarsi fuorché quell'atto di abolizione delle misure – non certo illegali, semmai impopolari – disposte mentre era triumviro. Ancora una volta, come si vede, è questo il problema che l'*aureus* pone all'interprete: riuscire a conciliare in un'armonica unità di significato

Di creare una saldatura ideologica tra le due cose, in modo che le riforme del nuovo regime progettate dal Principe venissero percepite come il benefico frutto della pace ottenuta grazie alle sue vittorie, si incaricarono principalmente i due più alti corifei della propaganda augustea, Livio e Virgilio.<sup>112</sup> Il primo seppe farsi interprete dell'esigenza accennata nel celebre brano di cui ci siamo occupati all'inizio, brano la cui redazione definitiva dovette seguire di pochissimo la famosa discussione in Senato sul titolo da attribuire ad Ottaviano.<sup>113</sup> In esso viene riportato a Numa Pompilio il programma di riforma giuridico-istituzionale che in quel torno di tempo Augusto si prepara a metter in atto. Nella versione, diciamo così, umana questo programma è articolato in due punti, di cui l'uno, cioè l'assestamento duraturo di una situazione di pace, concepito come indefettibile premessa dell'altro, ossia l'integrale rinnovamento dell'Urbe, da realizzare *iure legibusque ac moribus*. Di fatto, nella realtà presente, il primo dei due obiettivi è stato ormai raggiunto, come testimonia il *Ianus* chiuso nel 29; rimane da conseguire l'altro. Questo ulteriore obiettivo era stato già preannunciato, nell'*au-*

le parole e l'immagine figuranti sul rovescio. Dacché è evidente che quel rotoło, puntato diagonalmente, al centro del campo visivo, in direzione dell'epigrafe, ha un contenuto molto importante e tale contenuto ha strettamente a che fare con il significato delle parole *Leges et Iura p. R. restituit*. Bisogna dunque presumere che l'immagine abbia un significato non meno elevato di quello attribuibile alla legenda, e da cercare non, come s'è fatto finora, sul piano dei riferimenti realistici, sì piuttosto sul piano metaforico: se è vero, secondo la felice intuizione di H. Zehnacker, che Ottaviano è descritto dall'epigrafe come il nuovo legislatore-fondatore di Roma, la stessa idea dovrà rispecchiarsi a livello iconografico. Può forse aiutarci a dar un senso all'enigmatica immagine l'oggetto che qualche lettore ricorderà probabilmente d'aver visto, in un diversissimo e incomparabilmente più grandioso contesto figurativo, nella mano dell'Autore della più grande di tutte le opere di fondazione: parliamo della Creazione del mondo (in senso biblico, come molti sapranno, "Fondazione" e "Creazione" sono concetti equivalenti), quale appare rappresentata nel celebre complesso musivo del Duomo di Monreale. Qui, in una sequenza di sette riquadri si snoda (nella fascia superiore della parete destra della navata mediana) il racconto veterotestamentario dell'origine del mondo. Nei primi sei, dove il Creatore appare seduto in atto di dar vita a tutte le forme, via via diverse, dell'esistente, Egli tiene in mano un rotoło; mentre nel settimo riquadro, corrispondente al giorno del riposo, il rotoło scompare; scomparsa che ne rende trasparente il significato simbolico. È evidente infatti che esso è una metafora del Progetto in base al quale sono state realizzate le sei fasi dell'Opera di creazione; terminata la quale esso ha ormai esaurito la sua funzione e proprio per questo non compare più nella scena. S'indovina in tutto questo l'idea, in sé abbastanza semplice e intuitiva, che l'artefice di una realtà nuova – chiunque sia l'artefice e quale che sia la realtà – non può intraprendere la sua opera se non sulla base di un disegno prestabilito. E non vi sarebbe, a noi pare, da meravigliarsi se fosse proprio un'idea del genere quella che si esprime nell' *aureus* del 28 a. C., anno in cui con ogni probabilità maturò in Ottaviano l'ambizione di presentarsi ai suoi contemporanei come il fondatore di un nuovo ordinamento dello Stato. Si capisce che, ove si accetti una simile interpretazione, bisognerà dare al  *restituit* della legenda valore, non di passato, bensì di presente: come si addice all'immagine che rappresenta Ottaviano in atto di intraprendere, secondo il progetto da lui esibito, l'opera dei cui futuri risultati egli promette metaforicamente nella moneta di colmare la *cista* che gli sta davanti ancora vuota.

<sup>112</sup> Ma v., anche, Ov. *Met.* 15.832-833, dove nella visione profetica di Giove Augusto è celebrato come colui che, dopo aver dato pace alle terre, volgerà il suo animo ai *civilia iura* e alle *leges* di cui si farà "giustissimo" promotore: *Pace data terris animum ad civilia vertet / iura suum legesque feret iustissimus auctor*. In questi versi, la pace e l'impegno in campo normativo sembrano costituire momenti (non semplicemente distinti sul piano temporale, come ritiene D. MANTOVANI, *LEGES ET IURA P[OPULI] R[OMANI]*, cit., 35) tra loro connessi, nel senso che l'uno è visto come il presupposto indispensabile dell'altro.

<sup>113</sup> Se non addirittura precederla, secondo la congettura affacciata *supra*, nt. 39.

*reus* del 28, con delle parole (*Leges et Iura p. R. restituit*) il cui significato di fondo è ribadito in Liv. 1.19.1, epperò in una forma più netta, che elimina l'equivocità del *restituit* e in certo qual modo ne fornisce un'interpretazione autentica: non si tratta infatti di un *restituere* nel senso di "riparare", "ripristinare", bensì di far nascere una realtà interamente nuova, di un *de integro condere*.<sup>114</sup> Se è vero, come a noi pare, che nel passo or ora richiamato Livio volle raffigurare Augusto nel particolare momento storico in cui, al culmine della potenza, si accingeva ad imboccare questa strada estremamente ambiziosa, ci si rende conto di quale audace e poco ostensibile significato si celi nelle parole iniziali della frase *Qui regno ita potitus urbem... de integro condere parat*. Un'audacia che pochi contemporanei sarebbero forse stati disposti ad accettare se il personaggio cui tali parole sono riferite non fosse stato presentato al lettore sotto le venerabili sembianze del successore di Romolo.<sup>115</sup>

7. Lette alla luce dell'interpretazione qui proposta, le parole *regno ita potitus* forniscono, se non andiamo errati, un'inedita chiave esplicativa dell'appellativo *Augustus* conferito ad Ottaviano nel gennaio del 27 a.C.: "dopo aver c o s ì conseguito il regno". Così come? Il "come" è descritto immediatamente prima, in Liv. 1.18.6-10. Nel § 6 leggiamo: *...sicut Romulus augurato urbe condenda regnum adeptus est, (scil. Numa) de se quoque deos consuli iussit*. A nostro avviso "*sicut Romulus*" non significa «à l'exemple de Romulus»,<sup>116</sup> daremmo piuttosto a *sicut* un valore narrativo causale: "siccome Romolo aveva ottenuto il regno con gli auguri presi per fondare l'Urbe, (Numa) dispose che anche su di sé venissero consultati

<sup>114</sup> Non daremmo troppo peso alla prevedibile obiezione che i due verbi, *restituere* e (*de integro*) *condere*, hanno oggetto differente, rispettivamente *leges et iura p. R.* e *urbem*. In tutti e due i casi è una stessa azione di radicale rinnovamento che viene descritta in forme diverse: là è Ottaviano che preannuncia, attraverso l'*aureus*, il suo proposito di rinnovare il diritto dello Stato, qua è Numa Pompilio, nella rappresentazione liviana, che si prepara a rinnovare lo Stato per mezzo del diritto. Non le si consideri sofistiche interpretative: è solo che Livio – ma lo stesso vale per Virgilio – conosce bene le ambizioni recondite di Ottaviano, o per finezza di intuito o per esserne stato messo a parte (ricordiamo che Livio, come Virgilio, godette della stima e dell'amicizia di Augusto: su ciò v., tra altri, il già cit. R. СYME, *Livy and Augustus*), ed è comunque interprete più acuto di altri antichi osservatori, che dei rivolgimenti costituzionali in atto sotto i loro occhi vedono solo le apparenze, senza intenderne i significati profondi. Si faccia il confronto, per esempio, con una nota testimonianza, anch'essa relativa all'azione intrapresa dal Principe subito dopo la pacificazione, nel campo del diritto e delle istituzioni: Vell. Pat. 2.89.3 *Finita vicesimo anno bella civilia, sepulta externa, revocata pax, sopitus ubique armorum furor, restituta vis legibus, iudicii auctoritas, senatui maiestas, imperium magistratuum ad pristinum redactum modum, tantummodo octo praetoribus adlecti duo. Prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata*. Per Velleio, come si vede, la *restitutio* che Augusto ha compiuto con il ridar *vis* alle leggi, *auctoritas* ai processi, *maiestas* al senato *etc.*, ha il significato di una meritoria opera di recupero delle vecchie forme repubblicane. Sul passo velleiano ora riportato e su alcune testimonianze epigrafiche rispecchianti lo stesso tipo di giudizio su Augusto, come restauratore o salvatore della repubblica romana, v., recentemente, il già citato O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi*, 266 ss., secondo il quale, con la *translatio* del 27 a.C., Augusto avrebbe riconsegnato al senato e al popolo la *res publica* che egli si era già prima adoperato a *restituere* con atti deliberatamente intesi ad attuare il ritorno alla legalità costituzionale repubblicana.

<sup>115</sup> Ci sembra calzante in proposito l'osservazione di P.-M. MARTIN, *La propagande Augustéenne dans les Antiquités Romaines de Denys D'Halicarnasse (Livre I)*, in REL 49 (1971), 178: «il ne faut pas perdre de vue que cette propagande s'adressait non aux masses, mais aux élites que l'Empereur voulait se concilier».

<sup>116</sup> Questa, per es., è la traduzione adottata da G. BAILLET nella edizione «Les belles lettres», *Tyte-Live. Histoire Romaine I*, Paris, 1965.

gli dei”. Segue la descrizione del procedimento dell’*inauguratio*, che l’augure compie con il capo velato e il *lituum* nella mano destra, e si conclude con la preghiera a Giove Padre di far sapere, con l’invio di segni precisi entro i celesti confini ritualmente determinati, se è *fas* che Numa sia re di Roma. “*Quibus missis* – si legge al termine del capitolo (§ 10) –, *declaratus rex Numa de templo, descendit*”: “Inviati i segni richiesti, Numa dichiarato re dal tempio celeste, discese” (ovviamente dall’*arx*, dove l’augure l’aveva condotto: cfr. § 6, “*Inde ab augure... deductus in arcem*”). Fin dalla sua entrata in scena, come si vede, Numa si differenzia da Romolo. Questi aveva chiesto l’approvazione degli dei (tutori del luogo prescelto)<sup>117</sup> per la città da fondare; il suo successore vuole, di più, sottoporre se stesso alla prova augurale, chiede cioè l’approvazione divina sulla propria persona. E poiché Giove ha risposto di sì: è *fas* che Numa sia re, questi è *declaratus rex de templo*, nel senso che è stata la stessa divinità, con l’invio dei segni previsti (*quibus missis*), a designarlo come re dal cielo (*templum in caelo*). A differenza di Romolo, dunque, Numa ha ottenuto il regno essendone stato, con il rito augurale, investito direttamente dalla divinità, in base a un giudizio sulla sua persona. Alla luce del brano liviano ora considerato si spiega bene, crediamo, un aspetto mai finora sufficientemente chiarito nella nota testimonianza di Svetonio, *Aug. 7.2*, intorno alla discussione svoltasi nel 27 a.C. sul titolo onorifico da attribuire ad Ottaviano. Alcuni senatori, come già visto,<sup>118</sup> erano del parere che bisognasse chiamarlo Romolo, *quasi et ipsum conditorem urbis*, ma prevalse, dice Svetonio, la *sententia* di Munazio Planco, *ut Augustus potius vocaretur, non solum novo sed etiam ampliore cognomine, quod loca quoque religiosa et in quibus augurato quid consecratur augusta dicantur, ab auctu vel ab avium gestu gustu, sicut etiam Ennius docet scribens: Augusto augurio postquam incluta condita Roma est.*<sup>119</sup> Del passo non si può dire che lasci, per trasparenza di significato, pienamente soddisfatto il lettore, e non sorprende che qualche studioso lo consideri glossematico dal *quod* in poi.<sup>120</sup> A noi pare però che il vero nodo da sciogliere si trovi prima del *quod*, là dove Svetonio dice che il *cognomen Augustus* è non solo *novum*, ma anche *amplius*. Di sicuro, infatti, “nuovo” non può significare che l’entrata in uso della parola coincide con la sua applicazione ad Ottaviano, dacché una tale interpretazione sarebbe smentita dal verso enniano citato poco dopo (*Augusto augurio etc.*). Quanto al comparativo *amplius*, non può certo avere per termine di paragone il nome di *Romulus*, che era il *conditor urbis*, e per giunta divinizzato! Può darsi allora che sia proprio la presunta glossa a spiegare in che senso devono intendersi i due aggettivi. “Si dicono *augusta* – si legge infatti nel tratto ingiustamente sospettato – anche i luoghi religiosi e nei quali qualcosa viene consacrato con la rituale presa degli auguri”. Segue un ragguaglio etimologico, “(*augusta*) *ab auctu... gustu*”, che potrebbe in effetti esser dovuto a uno scoliaste,<sup>121</sup> e comunque, benché maldestramente frapposto, non riesce a spezzare il filo logico che unisce la frase precedente alla successiva. È evidente infatti che il verso enniano è citato a conferma (*sicut etiam Ennius docet*) della spiegazione data prima in tema di *loca augusta*. E ciò aiuta a comprendere che l’espressione

<sup>117</sup> Cfr. Liv. 1.6.4.

<sup>118</sup> *Supra*, § 6 e ntt. 102, 103.

<sup>119</sup> Sulla *sententia Planci*, v. anche Vell. Pat. 2.91.1 e Cens. *De die nat.* 21.8.

<sup>120</sup> Per es., I. VAHLEN, *Ennianae poesis reliquiae*, Lipsiae, 1928, ad Ann. 501, p. 91 e J. GAGÉ, *Romulus-Augustus*, in *Mélanges d’archéologie et d’histoire* 47, 1930, 138 e nt. 1.

<sup>121</sup> V., però, Fest. v. *Augustus* (2 L.).

“*Augusto augurio*” non è che un gioco di parole, in cui l’aggettivo *augustus*, pur figurando come riferito ad *augurium*, si riferisce in realtà all’*inclita Roma*,<sup>122</sup> e cioè al più illustre tra tutti i *loca augusta*: tale è Roma, intende per l’appunto Ennio, essendo essa *augurio condita*.

Non è improbabile che questo passo di Svetonio ci restituisca in parte il contenuto della *sententia* di M. Planco – si noti il *quod* causale con il congiuntivo *dicantur* –, con le motivazioni del *novum* e dell’*amplius*: fino ad ora – quegli avrà in sostanza voluto dire nel presentare la sua proposta – il termine *augustus* è stato adoperato in relazione ai *loca*, come dimostra tra l’altro il verso di Ennio; e solo con Ottaviano, per la prima volta, esso verrà applicato a un uomo: perciò è *novum*, in quanto usato, come mai era avvenuto anteriormente, in accezione personale; e in questo senso è *amplius*, in quanto assume nell’accezione ora detta un valore superiore a quello che riveste nella sua applicazione ai *loca*.

Ecco dunque, da parte del biografo del Principe, se non addirittura da parte dello stesso Planco, una testimonianza di non trascurabile interesse per la *vexata quaestio* sempre risorgente intorno al nome di Augusto: questo nome aveva, nell’intendimento di chi ne proponeva l’attribuzione ad Ottaviano, un significato non diverso da quello con cui il termine fin allora era stato usato per i *loca*, con solo, diciamo così, una maggiorazione di valore dovuta al nuovo impiego personale rispetto al vecchio uso riservato ai luoghi. Sarebbe ingenuo, d’altra parte, pensare che il celebre verso di Ennio<sup>123</sup> si inserisca in tale contesto con una funzione meramente esemplificativa. Al contrario, è proprio questa citazione, ci sembra, a rivelare l’altissima portata onorifica della proposta di Planco: nella quale infatti viene ad esser così sottinteso che Ottaviano, non solo è *Augustus* come *augusta* era detta dal poeta nazionale la città di Roma, ma lo è addirittura in misura più ampia. Una simile idea, se davvero era contenuta nella proposta di Planco, non ha certo l’aria d’esser stata improvvisata, ma piuttosto d’esser frutto di un disegno sottile e ben architettato, magari messo a punto in sede di concertazione ad alto livello nella fucina propagandistica dell’imperatore, di cui Planco s’era fatto portavoce in Senato. Senonché di un così ingegnoso e ardito ragionamento, che metteva nientemeno su un medesimo piano di giudizio Ottaviano e Roma, di un tale ragionamento, dicevamo, si rischia di veder sfuggire un aspetto fondamentale. Per quanto riguarda Roma, vogliamo dire, questa doveva la qualifica di *augusta*, attribuitale nel modo che s’è visto da Ennio, al fatto d’esser secondo l’espressione dello stesso poeta, *augurio condita*. Il che ovviamente non poteva dirsi, e anzi sarebbe stato inconcepibile, riguardo ad Ottaviano. Ma allora, è la domanda da porsi, su che cosa si regge l’estensione a quest’ultimo dell’appellativo di *Augustus*, dov’è l’elemento comune tra l’imperatore e l’Urbe che, in apparenza contro ogni logica, fa dell’uno e dell’altra una coppia di termini reciprocamente commensurabili? A nostro avviso, la risposta ad una simile domanda non può esser che la seguente. All’epoca cui ci stiamo riferendo, all’incirca il 28 a.C., doveva esser già noto ad alcuni intellettuali strettamente legati al Principe il di lui desiderio di esser considerato, e se possibile rappresentato, come una sorta di reincarnazione di un personaggio della tradizione romana che, con l’avvento della pace seguita alla vittoria Aziaca, egli aveva cominciato a sentirsi particolarmente congeniale. Questo

<sup>122</sup> O. SKUTSCH, *The Annals of Q. Ennius*, Oxford, 1985, 315, parla in proposito di «a true figure etymologica».

<sup>123</sup> Riportato anche da Varr. *De r. r.* 3.1.2.



personaggio, contrariamente a un'opinione assai diffusa in letteratura non era Romolo, bensì Numa Pompilio. Ciò posto, la risposta che cerchiamo si offrirà da sé attraverso le parole di Liv. 1.18.6: "...sicut Romulus augurato urbe condenda regnum adeptus est, de se quoque deos consuli (scil. Numa) iussit". Nel raccogliere il suo desiderio, Livio raffigura qui il Principe sotto le sembianze del secondo re di Roma, proponendo una singolare equiparazione tra quest'ultimo e la stessa Roma: ciò in base al fatto che tutti e due hanno ricevuto l'approvazione divina attraverso l'invio di segni augurali, nel primo caso richiesti da Romolo *condenda urbe*, nel secondo, fatti richiedere da Numa *de se*. Questa costruzione liviana – che, all'epoca qui considerata, doveva esser già in cantiere e nota agli intimi del Principe, anche indipendentemente dal relativo testo, forse destinato a veder la luce solo di lì a poco, con la nuova edizione del primo libro dell'*Ab Urbe condita* –<sup>124</sup> questa costruzione liviana, dicevamo, insieme al famoso verso degli *Annales* di Ennio, fu a nostro avviso uno degli ingredienti con cui venne confezionata la *sententia* di Planco. Se Ennio, difatti, aveva inteso riferire alla città di Roma la qualifica di *augusta* in ragione dell'*augurium* con cui era stata fondata, a maggior ragione lo stesso termine poteva esser esteso ad Ottaviano, per via dell'*inauguratio* cui si era volontariamente sottoposto il suo venerabile rappresentante. Non è vero insomma che il titolo di Augusto conteneva un criptico riferimento alla figura di Romolo, il cui nome si era dovuto scartare per le già accennate ragioni di opportunità.<sup>125</sup> Per noi quel titolo, lungi dal conservare in sé il ricordo del fondatore, alludeva invece al ri-fondatore dell'Urbe e doveva lasciar filtrare l'idea, in sé indicibile, che l'ascesa di Ottaviano al vertice del potere politico poggiava sul piacimento di Giove Padre per le sue doti personali e cioè godeva della stessa ineluttabile giustificazione per cui Numa aveva conseguito il *regnum*, essendo stato *declaratus rex de templo*.<sup>126</sup>

8. Sulla scia di Livio anche Virgilio esalta Augusto in una prospettiva di regalità,<sup>127</sup> abbinandone il profilo di pacificatore con quello di rifondatore. Ci troviamo in uno dei luoghi più noti del VI libro dell'Eneide, là dove Anchise, salito su un'altura insieme ad Enea e alla Sibilla, indica al figlio le anime dei suoi discendenti, molti dei quali destinati a contribuire in vario modo alla futura grandezza di Roma.<sup>128</sup> Esse vengono presentate ad Enea in due

<sup>124</sup> *Supra*, nt. 39.

<sup>125</sup> Così J. GAGÉ, *Romulus-Augustus*, cit., 138 s., 157 ss., spec. 164, su uno spunto di J. A. HILD, v. *Romulus et Remus*, in *DS* 4.2, Paris, 1911, 892.

<sup>126</sup> In senso analogo, v. P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*. III.1, Milano, 1948, 241: «...l'epiteto *Augustus*, che come si ricava dalla traduzione greca Σεβαστός, sta a indicare "colui che è sacro per designazione divina"».

<sup>127</sup> È interessante, in proposito, l'osservazione di E. NORDEN, *P. Vergilius Maro. Aeneis Buch VI*, Leipzig, 1903, 315 s., che il panegirico di Augusto, in *Aen.* 6.791-805, riproduce sotto il profilo della costruzione formale lo schema dell'ἐγκώμιον βασιλέως.

<sup>128</sup> Verg. *Aen.* 6.752-886.

gruppi distinti,<sup>129</sup> l'uno più vicino dell'altro al tempo dell'incarnazione.<sup>130</sup> A noi interessa soprattutto questo secondo gruppo, formato dalle anime che saliranno alla luce nel futuro più lontano.

La rassegna si apre con Augusto,<sup>131</sup> continua con Numa e con i successivi re di Roma,<sup>132</sup> per passare poi ad una sfilata di illustri personaggi della storia repubblicana.<sup>133</sup> Nella serie dei re, dunque, il posto prima di Numa è occupato da Augusto, non da Romolo, il quale tuttavia non è assente dalla scena, ma vi figura – posizione non certo consueta per il primo re di Roma – all'ultimo posto della serie precedente.<sup>134</sup> Ciò permette di escludere che nella visione virgiliana Augusto si sovrapponga a Romolo assumendo l'onorifico ruolo di *conditor urbis*. Al contrario, è evidente che il poeta li oppone, anzi li contrappone, l'uno all'altro: non solo perché Romolo chiude la serie della *Dardania proles*, mentre Augusto apre la “Heldenschau” propriamente *Romana*, ma soprattutto perché il primo, significativamente qualificato

<sup>129</sup> La distinzione si adombra già nei vv. 756-757: “*Nunc age, Dardaniam prolem quae deinde sequatur / gloria, qui maneant Itala de gente nepotes...*” dove la *Dardania proles* sembrerebbe opporsi, nella parole di Anchise, agli *Itala de gente nepotes*. A questi ultimi corrispondono secondo ogni evidenza le anime verso cui il padre invita a un certo punto Enea a volgere lo sguardo: vv. 788-789, “*Huc geminas nunc flecte acies, hanc aspice gentem / Romanosque tuos...*”. Formano invece la *Dardania proles* le anime indicate nei versi precedenti, da Silvio a Romolo passando per i re Albani (Proca, Capi, Numitore e Silvio Enea), tutti esplicitamente collocati su una comune linea di discendenza troiana e per questo, a quanto pare, ascritti collettivamente alla stirpe di Dardano, capostipite, com'è noto, della casa regnante di Troia. Sulla struttura di queste liste di discendenti che si snodano lungamente per tutto il tratto finale del VI libro dell'Eneide (vv. 760-892), v. R. RIEKS, *Vergils Dichtung als Zeugnis und Deutung der römischen Geschichte*, in *ANRW II.31.2* (1981), 841 s., poco utile dal nostro punto di vista, per l'individuazione degli «Ordnungsprinzipien... mit denen Vergil hier operiert».

<sup>130</sup> Di Silvio, capofila della *Dardania proles*, Anchise dice che gli toccherà in sorte di uscire alla luce per primo: “*proxima sorte tenet lucis loca, primus ad auras / aetherias... surget*” (vv. 761-762).

<sup>131</sup> A lui sono dedicati i vv. 788-807. Sicuramente da escludere che il *Caesar* del v. 789 possa riferirsi al dittatore (ricordato invece nel v. 792 con l'appellativo di *Divus*).

<sup>132</sup> La serie dei re di Roma, da Numa ai Tarquinii, occupa i vv. 808-818. Sull'assenza di Servio Tullio, v. E. NORDEN, *P. Vergilius Maro. Aeneis Buch VI*, cit., 320, ad vv. 815 s.

<sup>133</sup> Ordinati nei vv. 819-887, da Bruto primo console al giovane Marcello ultimo dei *nepotes*, con alcune vistose incongruenze cronologiche, che per qualche studioso sarebbero intenzionalmente volte a creare un effetto di oscurità profetica (così M. v. ALBRECHT, *Vergils Geschichtes Auffassung in der “Heldenschau”*, in *WST* 80, 1967, 174). A nostro modesto avviso, potrebbe esser stato proprio il tipo di disordine ora detto a celare alla maggior parte degli studiosi l'assoluta singolarità di quest'assegnazione ad Augusto del posto prima di Numa, facendola magari passare per una – certo la più macroscopica – delle non rare deviazioni dall'ordine cronologico rilevabili nel brano. L'importanza di tale collocazione non è sfuggita però a E. NORDEN, *P. Vergilius Maro. Aeneis Buch VI*, cit., 319: «der Kaiser war eben nicht bloß ein alter Romulus, sondern auch ein alter Numa. In diesem Sinne werden die Zeitgenossen des Dichters diese Partie gelesen, in der Augustus seine Stelle zwischen Romulus und Numa erhalten hat».

<sup>134</sup> L'assegnazione di Romolo alla *Dardania proles* viene espressamente giustificata con l'essere egli legato, attraverso la madre Ilia, al sangue di Assaraco (v. 778). Un altro accenno ai suoi legami di parentela con la stessa stirpe si trova nel precedente v. 777: “*... et avo comitem sese Mavortius addet Romulus*”, dove *avus* allude al nonno Numitore.

*Mavortius*,<sup>135</sup> esibisce i contrassegni di un accentuato carattere guerriero,<sup>136</sup> mentre l'altro viene subito presentato come il fondatore di una nuova età dell'oro.<sup>137</sup> Ritorna qui, alla base dell'opposizione Romolo/Augusto, la stessa antitesi tra guerra e pace su cui Livio ha costruito l'opposizione Romolo/Numa.<sup>138</sup> A differenza di Livio però Virgilio lascia che sia direttamente Augusto a contrapporsi al bellicoso Romolo nella parte dell'instauratore della pace che Livio faceva, al posto suo, sostenere a Numa Pompilio. Strettamente aderente al modello liviano risulta invece il personaggio dello stesso Numa, che nella schiera dei discendenti di Enea viene, come s'è detto, subito dopo Augusto. Non distante da quest'ultimo, infatti, Anchise mostra ad Enea l'ombra "del re romano che fonderà con le leggi la città precedente". Già altri studiosi, autorevolmente, hanno accostato Verg. *Aen.* 6.810-811, "... *priscam qui legibus urbem fundabit*", a Liv. 1.19.1, "...*urbem novam (conditam vi et armis)... iure... legibusque ac moribus de integro condere parat*",<sup>139</sup> vedendo espressa in entrambi i testi la medesima idea, in sé alquanto peregrina, di una fondazione, o meglio – avendo questa ad oggetto una città fondata precedentemente (Verg.: *priscam*), o recentemente (Liv.: *novam*) –, di una ri-fondazione, realizzata per mezzo di leggi, di norme del diritto.<sup>140</sup> Come Livio, anche Virgilio attribuisce tale impresa a Numa Pompilio e anch'egli attraverso quest'ultimo intende in realtà riferirsi ad Augusto. Lo prova, se ve ne fosse bisogno, il fatto che Anchise, avendo riconosciuto Numa nell'ombra di un vegliardo dalla chioma e dalla barba bianche,<sup>141</sup> dice di lui che è "*missus in imperium magnum*".<sup>142</sup> parole che risulterebbero poco adeguate al canuto personaggio, e persino un pò ridicole, se dietro quella canizie, non si celasse, per l'appunto, la figura dell'imperatore.

Resterebbe da chiedersi quali ragioni abbiano indotto Virgilio a servirsi dell'intermediazione di Numa per rappresentare Augusto unicamente nella sua qualità di "rifondatore", e

<sup>135</sup> *Aen.* 6.777, parzialmente citato alla nota precedente. Il dio della guerra, padre di Romolo, per questo qualificato *Mavortius*, è richiamato al v. 780 nell'atto di insignire il figlio suo... *superum honore*, cioè, sembra d'intendere, di accoglierlo in cielo dopo la sua apoteosi.

<sup>136</sup> Come Marte, Romolo è qui raffigurato con in testa il cimiero a doppio pennacchio (v. 779).

<sup>137</sup> *Aen.* 6.791-794: "*Hic vir, hic est, tibi quem promitti saepius audis. / Augustus Caesar, Divi genus, aurea condet / saecula qui rursus Latio regnata per arva / Saturno quondam...*".

<sup>138</sup> Il primo, gioverà ricordare, aveva fondato l'Urbe *vi et armis*, l'altro si prepara a rifondarla *iure legibusque ac moribus* (Liv. 1.19.1). V., anche, Liv. 1.21.6: *Ita duo deinceps reges, alius alia via, ille bello, hic pace, civitatem auxerunt.*

<sup>139</sup> Cfr. E. NORDEN, *P. Vergilius Maro. Aeneis Buch VI*, cit., 319; R. M. OGILVIE, *A commentary on Livy*, cit., 94.

<sup>140</sup> Per E. NORDEN, *P. Vergilius Maro. Aeneis Buch VI*, cit., 319, l'idea di cui parliamo risalirebbe ad Ennio. L'insigne studioso si basa sul rilievo che le parole "*regis Romani*" poste da Virgilio all'inizio del v. 810 sono pure usate (in ordine inverso) in Ov. *Met.* 14.837. E dacché Ovidio le usa in un contesto fortemente intriso di motivi enniani, ciò autorizzerebbe a scorgere anche nel verso di Virgilio un'influenza del poeta degli *Annales*, non solo per quanto riguarda le due parole su riportate, ma anche le successive, "*priscam qui legibus urbem fundabit*" (citate nel testo). Argomentazione a nostro avviso troppo esile per poter esser validamente opposta a quella che appare l'ipotesi più ovvia, e cioè che Virgilio quest'idea della "fondazione della città per mezzo delle leggi" l'abbia derivata da Livio. Cfr., in senso analogo, K. GLASER, v. *Numa Pompilius*, in PW XVII.1, 1936, 1245.

<sup>141</sup> *Aen.* 6.809: "...*nosco crinis incanaque menta...*".

<sup>142</sup> *Aen.* 6.812.

non anche, come aveva fatto Livio, nel suo aspetto di “pacificatore”. Da osservare al riguardo, innanzitutto, che Anchise, nel riconoscere Augusto tra le ombre dei discendenti non si limita a presentarlo come colui che “*aurea condet saecula rursus*” (vv. 792-793), ma comincia subito dopo, e continua per un certo tratto (vv. 794-807), a dipingere a larghe pennellate l’immenso quadro dei territori che egli sottometterà e ai quali *proferet imperium*. Il che, oltre a creare un aggancio con la figura di Numa, destinato, come dirà Anchise, ad esser *missus in imperium magnum*, vale soprattutto a metter ben in chiaro un importante tratto dell’ appena pronosticata instaurazione di una nuova età dell’oro ad opera di Augusto: a compiere quest’opera sarà un conquistatore che la realizzerà dopo esser riuscito con le sue vittorie a eliminare la guerra dappertutto. Proprio questo, a nostro avviso, è l’aspetto per cui il personaggio di Numa poté sembrare a Virgilio poco adatto alla funzione, cui l’aveva invece adibito Livio, di rappresentare Augusto nel ruolo di pacificatore. Dalla descrizione liviana, infatti, più che un pacificatore Numa appare, potrebbe dirsi, un semplice pacifista; la sua pace non nasce, come quella augustea, da una tenace e sistematica eliminazione della guerra,<sup>143</sup> ma dalla deliberata scelta di astenersene.<sup>144</sup> E non è improbabile che lo stesso Principe abbia avvertito su questo punto l’esigenza di una rettifica. Sembraerebbe dimostrarlo il fatto che, nel riprodurre in *RGDA* 13 l’espressione usata in Liv. 1.19.3, “*pace terra marique parta*”, egli vi introduce significativamente la parola *victoriis*, orgogliosa specificazione di come, per quale via, la pace sia stata ottenuta in tutto l’impero. Un’analoga esigenza correttiva del modello liviano potrebbe esser sottesa all’originale soluzione adottata da Virgilio quando raffigura Augusto in testa alla gloriosa parata dei *nepotes* di Enea. In realtà, egli lo raffigura, non una ma due volte consecutivamente, ciascuna sotto un diverso profilo: la prima volta, come artefice della pace seguita alla sua vasta opera di conquista; la seconda, come autore, *in pectore*, di una (ri-)fondazione dell’impero da attuare per mezzo di *leges*. Sotto il primo profilo, corrispondente ad uno stato di cose oggettivo e incontestabile, Augusto impersona se stesso e nessuno può trovarvi da ridire; sotto il secondo, corrispondente ad una sua grande, forse troppo grande, ambizione che è opportuno non esibire troppo, egli scompare prudentemente dietro il personaggio di Numa, già utilizzato da Livio in questa funzione di copertura dell’aspirazione del Principe ad esser considerato il rifondatore di Roma sulla base di un diritto nuovo.

Malgrado questo tipo di precauzioni adottate da Livio e da Virgilio, dobbiamo comunque pensare che i loro antichi lettori non abbiano avuto troppe difficoltà a comprendere a chi, attraverso lo schermo numano, intendessero veramente riferirsi sia l’uno sia l’altro. Basterà ricordare in proposito un brano dell’*Apocolocyntosis* di Seneca, dove il *divus Augustus*, comicamente rappresentato mentre prende parte a un’assemblea degli dei dell’Olimpo, non si fa scrupolo di attribuire a se stesso, con le parole di Virgilio, il merito “d’aver fondato l’Urbe per mezzo delle leggi”, merito che il poeta ora detto, e prima di lui Livio, gli avevano attribuito, per l’appunto, attraverso la mediazione di Numa Pompilio.<sup>145</sup>

<sup>143</sup> Cfr. Liv. 1.19.4: *...cum omnium circa finitimorum societate ac foederibus iunxisset animos* (già riportato *supra*, § 2.2).

<sup>144</sup> Sull’assenza di componenti pacifiste dall’ideologia della *Pax Augusta*, v. H. E. STIER, *Augustusfriede und römische Klassik*, ANRW II.2, 1975, 3 ss., spec. 21 ss.

<sup>145</sup> Sen. *Apoc.* 10.2: “*In hoc terra marique pacem peperit? Ideo civilia bella composui, ideo legibus urbem*

Non dovrebbero sussistere dubbi insomma che, almeno a partire dal ritorno del Principe dalle guerre d'Oriente, non Romolo, bensì Numa Pompilio fosse assunto dalla propaganda augustea a paradigma della sua azione politica,<sup>146</sup> programmaticamente impostata sui due

*fundavi, operibus ornavi... ?*. È con tali parole che, invitato da Giove ad esprimere un parere sulla richiesta del defunto Claudio d'esser accolto tra gli abitanti dell'Olimpo, il divo Augusto dichiara la propria indignazione per una così impudente pretesa. Ad accendere il suo sdegno è a quanto pare la prospettiva di dover condividere con un simile individuo lo *status* divino cui egli ritiene d'esser assunto in meritato premio delle sue imprese terrene: tra le quali, appunto, l'aver instaurato la pace, estinto le guerre civili, dato impulso ad una cospicua produzione legislativa, abbellito con monumenti la città. È chiaro che Seneca si diverte a far il verso all'autore delle *Res gestae*, facendogli qui richiamare con buffa enfasi recriminatoria alcune delle opere lì ricordate in tono ufficiale e autocelebrativo. Si noti la frase “(In hoc) terra marique pacem peperit?” dove il *peperit* ridicolizza in qualche modo il *parta* di *RGDA* 13, nonché di Liv. 1.19.3. Nell'altra frase, “ideo legibus urbem fundavi?”, l'evidente citazione virgiliana suona come una caricaturale trasposizione di *RGDA* 8.5. Inoltre, l'immediato accostamento in Seneca tra attività pacificatrice e attività legislativa, che nelle *Res gestae* vengono invece richiamate a notevole distanza l'una dall'altra, potrebbe far pensare a un'influenza del noto cliché letterario della pace come necessario presupposto dell'impegno del Principe in campo legislativo.

<sup>146</sup> Ciò sembrerebbe aver contro di sé un passaggio dell'Eneide dove si ritiene che attraverso Romolo, ivi indicato con il nome di Quirino, Virgilio si riferisca ad Augusto, smentendo così la nostra affermazione che fosse Numa, non Romolo, il personaggio della tradizione romana designato dalla propaganda a rappresentare l'imperatore. Si tratta del famoso *Aen.* 1.292-293, distico di controverso significato sia per gli antichi (cfr. Serv. *Aen. ad h.l.*), sia fra i moderni (v., tra altri, G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 233 s.): “*Cana Fides et Vesta, Remo cum fratre Quirino iura dabunt...*”. Qualche studioso, accogliendo un'antica interpretazione riportata da Servio, *loc. cit.*, pensa che a Quirino/Augusto venga qui associato con il nome di Remo il genero e collaboratore Agrippa: così, per es., D. PORTE, *Romulus-Quirinus*, cit., 337, nt. 201. A questa spiegazione, in sé non particolarmente convincente – non si vede per quale ragione Agrippa avrebbe dovuto esser rappresentato nell'atto di *iura dare* insieme ad Augusto, e per di più in compagnia della *cana Fides* e di *Vesta* – a questa spiegazione, dicevamo, ci sembra da preferirne un'altra, che fa leva sul contesto di cui fa parte il distico in questione. Il contesto è quello, a noi già noto (*supra*, § 8), della profezia di Giove sulla futura sorte di Enea e della sua stirpe, profezia sfociante, come si ricorderà, nella radiosa previsione della pace postatziaca: sarà allora, dice il padre degli uomini e degli dei, che, placate le guerre, si ammansiranno i secoli feroci (v. 291) e, per l'appunto, l'antica Fede e Vesta e Quirino con il fratello Remo *iura dabunt*. Prima di arrivare a questo irenico finale, il divino veggente ha condensato in rapida sequenza (vv. 257-290) gli eventi che lo precederanno, tra i quali il gemino parto di Ilia (v. 274: “*Marte gravis geminam partu dabit Ilia prolem*”) e subito dopo, senza soluzione di continuità, l'epopea di Romolo in pochissime essenziali battute: questi aggregnerà degli uomini, fonderà una città e dal proprio nome la chiamerà Roma (vv. 275-277). Nessun cenno a Remo e alla sua tragica fine, come se Giove stendesse un velo pietoso sulla vicenda che funesterà la genesi dell'Urbe. Eppure un fratello del fondatore è stato preannunciato con la nascita di una «gemma prole», e sorprende che di lui non si faccia più parola, ché anzi questo silenzio genera un interrogativo che rimane sospeso sulle parole del dio, come in attesa di una spiegazione. La risposta giunge nel finale, con quel quartetto, formato da Fede, Vesta e Quirino con il fratello Remo, nel quale Virgilio ha voluto rappresentare, crediamo, la potenza rigeneratrice della pace. Esso ci fa comprendere che cosa vogliamo dire le parole “*aspera mitescent saecula*”: vogliono dire che l'arrivo della pace farà girare all'indietro la ruota del tempo, ciò che è stato prima si depurerà di ogni macchia causata dall'*asperitas* dei secoli precedenti, e questi si ammansiranno, *mitescant*, nel senso che rivivranno nella memoria non più deturpati dall'impronta della passata ferocia. Verrà così dimenticato il misfatto su cui Giove ha taciuto: risanato il *vulnus* originario inferito alla *Fides* e a *Vesta*, diverrà mansueti il fratricida e della sua conversione darà testimonianza il mutamento del nome; e Remo, incolume, parteciperà insieme al fratello all'organizzazione della città appena fondata (interessante la notazione del Servio Danielino, *h. l.*: *Remo cum fratre Quirino iura dabunt. Hic dissimulat de parricidio, quod et iungit eos, et quia non Romulum sed Quirinum appellat, ut non potuerit parricidium facere qui meruit*

obiettivi del mantenimento della pace e della riforma dell'ordinamento.<sup>147</sup> Lungi, d'altra parte, dallo smentire questo risultato, potrebbe addirittura costituirne conferma il fatto che il supremo orchestratore della propaganda augustea, cioè lo stesso Augusto, si astenga dal menzionare Numa in *RGDA* 13, là dove egli si vanta d'aver rinnovato, con la triplice chiusura del *Ianus Quirinus*, una tradizione che Livio fa risalire proprio al sovrano di Curi. Diventa chiaro infatti, alla luce di quanto s'è detto, quale sapiente combinazione di significati esprima il termine *Quirinus* nell'impiego senza precedenti fattone dal Principe. Aver fatto chiudere il *Ianus*, vogliamo dire, non significa soltanto aver imprigionato e ridotto all'impotenza il crudele Enialio, secondo la riduttiva interpretazione del traduttore in lingua greca. Significa anche, e diremmo soprattutto, aver voltato le spalle a Romolo<sup>148</sup> e aver dato inizio

*deus fieri*). Per quanto riguarda, in particolare, le parole *iura dabunt* (v. 293), non è forse azzardato scorgervi un rimando a Liv. 1.8.1: *Rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit*. Con queste parole Livio descriveva il primo provvedimento assunto da Romolo dopo il fratricidio, provvedimento inteso a trasformare la folla dei suoi seguaci in comunità politica organizzata, e consistente appunto nel *iura dare*. A compiere quest'atto, egli era solo. Di lui Livio aveva detto poco prima: *ita solus potius imperio Romulus* (1.7.3), e si riferiva con l'*ita* all'alterco tra fratelli degenerato in omicidio, che era stato il prezzo pagato dall'uccisore per la conquista del suo *imperium* solitario (cfr. 1.7.2). Ebbene, nella felice epoca ventura pronosticata da Giove (*Aen.* 1.291 ss.) sarà come se tutto questo non sia mai accaduto, e nell'anamnesi collettiva Romolo non sarà più solo a *iura dare*, ma avrà accanto a sé il fratello redivivo. Lungi, insomma, dal voler riferirsi ad Augusto e ad Agrippa, le parole "*Remo cum fratre Quirinus iura dabunt*" intendono offrire un saggio della meravigliosa palingenesi che seguirà all'arrivo della pace: questa non sopporterà di esser turbata dal sopravvivamente ricordo delle violenze e delle atrocità dei secoli passati e avverrà così che all'efferato fatto di sangue tramandato da Livio si sovrapporrà la toccante immagine dei gemelli armonicamente associati nell'atto di dotare la nuova comunità delle strutture giuridiche necessarie.

<sup>147</sup> Decisamente troppo esiguo in letteratura il contributo offerto finora alla conoscenza di un così importante aspetto del principato augusteo. Per qualche fugace spunto al riguardo, v., ad es., K. GLASER, v. *Numa Pompilius* in *PW* XVII.1, cit., 1249; K. KRAFT, *Der goldene Kranz Kaesars und der Kampf um die Entlarvung des "Tyrrannen"*, in *JNG* 3-4 (1952-1953), 74 ss. (a proposito dei "Numaasse"); J. POU CET, *Le premier livre de Tite-Live et l'histoire*, in *Les Études classiques*, 43, 1975, 346 nt. 46; R. ZOEFFEL, *Hadrian und Numa*, in *Chiron* 8 (1978), 404.

<sup>148</sup> Per Augusto, in definitiva, non diversamente che per la generalità dei suoi contemporanei, Quirino non è altro che il nome assunto da Romolo dopo la sua apoteosi (sull'eguaglianza *Romulus-Quirinus*, v., *supra*, § 4). Solo che, usato dal Principe nel particolare contesto di *RGDA* 13, questo nome non può non contenere una intenzionale allusione a Giulio Cesare, suo padre adottivo, notoriamente legato a doppio filo al culto di Quirino (*contubernalis* e *σύνναος Quirini* lo chiama ironicamente Cicerone, *Att.* 12.45.3 e 13.28.3, con riferimento alla presenza di una sua statua nel tempio da lui fatto erigere al Romolo recentemente divinizzato. Sulla parte avuta dalla *gens Iulia* nella divinizzazione di Romolo, v. D. PORTE, *Romulus-Quirinus*, cit., 333 ss.; sulle vicende dell'*aedes Quirini*, v. i cenni fatti *supra*, nt. 80). Si raggiunge così, crediamo, il livello più profondo del significato della frase. Aver chiuso il *Ianus Quirinus* non significa soltanto aver voltato le spalle a Romolo, ovvero, fuor di metafora, aver posto fine a un ininterrotto susseguirsi di guerre. Significa anche, più specificamente, aver adempiuto i due obblighi cui non poteva sottrarsi il figlio di Giulio Cesare: di punirne gli uccisori e di portarne a termine l'opera di conquista; e per conseguenza aver posto un suggello definitivo alle guerre, sia civili sia esterne, che l'assolvimento di questo duplice compito aveva costretto ad intraprendere. Che poi il *Ianus*, la cui chiusura simboleggia la pace, venga qui chiamato *Quirinus*, nome legato nel senso ora detto alla sfera della guerra, ciò può a nostro avviso trovar una spiegazione abbastanza semplice nella circostanza, addotta dallo stesso Augusto, che prima della sua nascita, fin dalla fondazione dell'Urbe, esso era stato chiuso due sole volte in tutto: *bis omnino*. In altre parole, tranne quelle due volte,

a una nuova era nel duplice ruolo di instauratore della pace e riformatore dell'ordinamento, che lo storico patavino attribuisce appunto a Numa Pompilio. In questo senso, viene da dire, è come se il testo liviano fosse per Augusto uno specchio<sup>149</sup> in cui egli vede se stesso riflesso nella figura del rifondatore dell'Urbe. Ovvio, quindi, che quest'ultimo non venga menzionato, essendo la sua immagine sostituita da quella dell'imperatore e perciò scomparsa, per dir così, dalla sua visuale.

esso era rimasto aperto per più di sette secoli, e proprio per questo, probabilmente, è chiamato qui Quirino avendo esso fin ad allora costituito, quasi ininterrottamente, un simbolo di guerra (è in senso analogo, verosimilmente, che Lucano, *Phars.* 1.62, già citato *supra*, nt. 57, parla, a proposito del tempietto, di *belliger Ianus*). Può darsi che qualcosa di simile all'idea ora detta avesse voluto esprimere Orazio in una sua ode, composta qualche decennio prima delle *Res gestae*, sul tema della pace: *Carm.* 4.15.8-9 (*Tua, Caesar, aetas*)... *vacuum duellis / Ianum Quirini clausit*... Al di là della differenza *Ianus Quirini-Ianus Quirinus*, per cui questo verso suole esser confrontato con *RGDA* 13, vale la pena notare che mentre Virgilio (e, analogamente, altri poeti, richiamati *supra*, nt. 57) immagina il *Ianus clusus* come la prigionia dell'"empio Furore", Orazio, come si vede, se lo immagina al contrario "svuotato di guerre". A questa immagine oraziana sembrerebbe ispirarsi Serv. *Aen.* 1.292: *Constat praeterea Iani templum patuisse sub Romulo, quia bellis numquam vacavit*.

<sup>149</sup> Contribuiscono in maniera curiosa ad accrescere questa sensazione di specularità i due modi perfettamente simmetrici in cui nei due testi appaiono conteggiate le chiusure del *Ianus*: "due sole prima di me", si legge in *RGDA* 13, inclusa tacitamente quella operata da Numa; "due sole dopo il regno di Numa", si legge invece in Liv. 1.19.3, inclusa, stavolta espressamente, quella operata *post bellum Actiacum*. Quest'ultimo tipo di enumerazione (due dopo Numa) si trova solo in Livio. L'altro tipo (due prima di Augusto) è adottato, certamente sul modello di *RGDA* 13, anche da Svet. *Aug.* 22: *semel iterum a condita urbe ante memoriam suam clusum*; Flor. 2.34.64: *bis ante se clusum sub Numa rege et victa primum Carthagine*; Aur. Vict. *Vir. Ill.* 79: *bis ante se clausus, primo sub Numa, iterum post primum Punicum bellum... clausit*. In altre fonti si trova adoperato un ulteriore modello, diciamo così "ternario": v., per es., Serv. *Aen.* 1.291: *...ter esse clusum primum regnanti Numa, item post bellum Punicum secundum, tertio post bella Actiaca quae confecit Augustus*; Vel. Pat. 2.38.3: *...semel sub regibus, iterum hoc T. Manlio consule, tertium Augusto principe*; Plut. *Num.* 20.2-3, secondo cui il tempio fu chiuso al tempo di Cesare Augusto dopo che questi ebbe sconfitto Antonio; prima era stato chiuso mentre erano consoli M. Atilio e T. Manlio...; sotto il regno di Numa non lo si vide aperto neanche un giorno.





ALICE CHERCHI  
(Università di Cagliari)

Considerazioni in tema di società minerarie  
nel diritto romano del Principato.  
Note a margine di Vip. II.6-8

ABSTRACT

This paper focuses on mining companies regulation contained in §§ 6, 7 and 8 of the second tablet of *Vipasca*. After recognizing the salient features of companies which performed the search and extration of minerals in the public mines of *Vipasca*, the research shows that some peculiarities of the mining companies of *Vipasca* were closely linked to the fiscal need to carry out mining without blocks or slowdowns.

PAROLE CHIAVE

*Societas*; miniere; seconda tavola di *Vipasca*; *occupator*; *colonus*.



# CONSIDERAZIONI IN TEMA DI SOCIETÀ MINERARIE NEL DIRITTO ROMANO DEL PRINCIPATO.

## Note a margine di Vip. II.6-8\*

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. *Occupator e colonus a Vipasca*. Status giuridico dei soggetti coinvolti nella procedura per l'ottenimento della concessione mineraria. 3. Società minerarie di *Vipasca* e rilevanza dell'*intuitus personae*. 4. Confronto con il regime delineato in D. 17.2.52.10. 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa. Il tentativo d'individuare i tratti essenziali del regime delle società minerarie nel diritto romano del Principato induce a dedicare attenzione alle statuizioni di un regolamento minerario di epoca adrianea che, per quanto già oggetto di numerose indagini, non smette di attirare l'interesse degli studiosi: la seconda tavola di *Vipasca* o *lex metallis dicta*.<sup>1</sup> A

\* La presente pubblicazione è stata prodotta durante l'attività di ricerca finanziata con le risorse del P.O.R. Sardegna F.S.E. 2007-2013 – Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, linea di Attività I.3.1 'Avviso di chiamata per il finanziamento di Assegni di ricerca'.

<sup>1</sup> Come è noto, si tratta della seconda tavola ritrovata ad Aljustrel (*Vipasca*), in Portogallo, nel 1906, dopo che la prima fu rinvenuta nel 1876. La seconda tavola di *Vipasca* è stata oggetto di molteplici edizioni e commenti: oltre al testo contenuto in FIRA, I<sup>7</sup>, n. 104, a cui si rimanda altresì per una rassegna completa delle precedenti edizioni, si possono segnalare R. CAGNAT, *Un règlement minier sous l'Empire romain*, in JDS 4, 1906, 441 ss. e 671; L. MITTEIS, *Neue Urkunden*, in ZSS 27, 1906, 356 s.; L. CANTARELLI, *Miscellanea epigrafica*, I. *Un regolamento minerario romano scoperto nel Portogallo*, in BIDR 18, 1906, 308 ss.; J.-B. MISPOULET, *Le régime des mines à l'époque romaine et au Moyen Age d'après les Tables d'Aljustrel*, in NRHDFE 31, 1907, 345 ss. e 491 ss. (= *Le régime des mines à l'époque romaine et au Moyen Age d'après les Tables d'Aljustrel*, Paris 1908, 1 ss.); E. CUQ, *Un règlement administratif sur l'exploitation des mines au temps d'Hadrien*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 88 ss.; C.G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, I<sup>7</sup>, O. GRADENWITZ (a cura di), Tubingae 1909, 293 ss.; E. SCHÖNBAUER, *Das Bergrecht von Vipasca*, in *Bergrechtliche Blätter. Beilage zur «Oesterr. Zeitschrift für Berg- und Hüttenwesen»* 8.3, 1913, 125 ss. (= in LABEO 15, 1969, 327 ss.); ID., *Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts*, München 1929, 3 ss.; K. VOELKEL, *Die beiden Erztafeln von Vipasca und das deutsche Bergrecht*, in ZFB 55, 1914, 182 ss.; P.F. GIRARD, *Textes de droit romain*<sup>6</sup>, Paris 1937, 879; A. D'ORS, *Sobre la Lex Metallis Vipascensis II*, in IURA 2, 1951, 127 ss.; ID., *Epigrafia jurídica de la España romana*, Madrid 1953, 113 ss.; P.F. GIRARD, F. SENN, *Les lois des Romains*, II<sup>7</sup>, V. GIUFFRÈ (a cura di), Camerino-Napoli 1977, 586 ss.; D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen von Vipasca*, in CHIRON 9, 1979, 399 ss.; C. DOMERGUE, *La mine antique d'Aljustrel (Portugal) et les tables de bronze de Vipasca*, in CONIMBRIGA 22, 1983, 47 ss. (= *La mine antique d'Aljustrel (Portugal) et les tables de bronze de Vipasca*, Paris 1988, 113 ss.). Da ultima è apparsa l'edizione di S. LAZZARINI, *Lex metallis dicta: studi sulla seconda tavola di Vipasca*, Roma 2001, 24 ss. (= in G. PURPURA [a cura di], *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusinianiani (FIRA)*, *Studi preparatori*, I, *Leges*, in AUPA 3.1, 2012, 45 ss.), da cui sono tratti i frammenti riportati nel presente lavoro.

riprova di questa affermazione, basti pensare ad un recente articolo del Mateo Sanz il quale, nell'intento di proporre alcune nuove riflessioni<sup>2</sup> sulla disciplina del sottosuolo minerario nel diritto romano, si dedica a chiarire quali fossero i diversi titoli su cui poteva fondarsi il diritto di sfruttamento delle miniere fiscali proprio in base alla disciplina conservata nella seconda tavola vipascense.<sup>3</sup>

Tra gli aspetti di maggiore interesse delle statuizioni conservate nel regolamento minerario di *Vipasca* in relazione al profilo dinamico dei diritti di sfruttamento del sottosuolo, appare meritevole di ulteriore approfondimento il regime delle società minerarie tra privati. Esso, infatti, pur rappresentando un esempio significativo del modo in cui gli schemi contrattuali del diritto romano del Principato siano stati utilizzati in maniera funzionale al soddisfacimento delle esigenze proprie dell'attività mineraria, si caratterizza per alcuni elementi di peculiarità non ancora del tutto privi di zone d'ombra.

Leggiamo, allora, i paragrafi della seconda tavola di *Vipasca* riguardanti le società minerarie:

Vip. II.6 [Occ]upatori puteorum socios quos uolet habere liceto, ita ut, pro ea parte, qua quis socius erit, impensas / conferat. Qui ita non fecerit, tum is qui impensas fecerit rationem impensarum facturarum a se / continuo triduo in foro frequentissimo loco propositam habeto et per praeconem denunciato / sociis ut pro sua quisque portione impensas conferat. Qui non ita contulerit, quique quid dolo / malo fecerit quominus conferat, quouue quem quosue ex sociis fallat, is eius putei partem ne / habeto, eaque pars socii sociorumue qui impensas fecerint esto. /

7 [Ei u]el ii<s> coloni<s> qui impensam fecerint in eo puteo, in quo plures socii fuerint, repetendi a sociis quod / bona fide erogatum esse apparuerit ius esto.

8 Colonis inter se eas quoque partes puteorum, quas / a fisco emerint et pretium soluerint, uendere quanti quis potuerit liceto. Qui uendere suam partem / quique emere uolet, apud proc(uratorem), qui metallis praeerit, professionem dato; aliter emere aut uendere ne / liceto. Ei qui debitor fisci erit, donare partem suam ne liceto.

<sup>2</sup> A. MATEO SANZ, *Nuevas reflexiones sobre el régimen jurídico minero romano*, in A. OREJAS y C. RICO (eds.), *Minería y metalurgia antiguas. Visiones y revisiones. Homenaje a C. Domergue*, Madrid 2012, 245 ss. L'Autore, infatti, si è già diffusamente soffermato sulle problematiche giuridiche relative allo sfruttamento delle miniere pubbliche in epoca repubblicana in varie occasioni, tra le quali assumono particolare rilevanza nell'ambito della presente indagine A. MATEO SANZ, *Manceps, redemptor, publicanus: contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander 1999, 123 ss., nonché un'opera di carattere monografico dedicata al regime delle miniere pubbliche che contiene un importante approfondimento della disciplina contenuta nelle tavole di *Vipasca*: ID., *Observaciones sobre el régimen jurídico de la minería en tierras públicas en época romana*, Santiago de Compostela 2001, 87 ss.

<sup>3</sup> Si tratta di un aspetto particolarmente complesso che emerge dalla lettura dei §§ 3 e 18 della seconda tavola di *Vipasca* in collegamento con il § 9 della prima. Sul punto, cfr. A. MATEO SANZ, *Nuevas reflexiones*, cit., 247 ss., il quale tenta di chiarire i tratti peculiari del regime dell'*usurpatio*, dell'*occupatio* e dell'*adsignatio* quali titoli idonei a legittimare lo sfruttamento dei pozzi metalliferi, su cui torneremo *infra* p. 67 ss. Ad ulteriore riprova del ruolo nevralgico che la seconda tavola di *Vipasca* continua a rivestire nell'ambito dei recenti studi sulla disciplina relativa allo sfruttamento delle miniere nel diritto romano del Principato, cfr. M.J. BRAVO BOSCH, *Derecho privado y derecho público en relación con los yacimientos mineros de Gallaecia*, in RGDR 11, 2008, 1 ss., in part. 20 ss.; EAD., *Gallaecia: normativa reguladora de canteras y minas*, in P.-I. CARVAJAL, M. MIGLIETTA (editori scientifici), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, I, Alessandria 2011, 459 ss., in part. 479 ss.

Una volta attribuita all'*occupator* dei pozzi la facoltà di scegliere i soci di suo gradimento al fine di ripartire con loro le spese in proporzione alle rispettive quote, la prescrizione del § 6 prende in considerazione l'ipotesi in cui un socio non avesse versato tempestivamente la parte di spese dovuta. In tal caso, il socio che avesse invece provveduto alle spese avrebbe dovuto fare affiggere nel luogo più frequentato del foro, per tre giorni consecutivi, il rendiconto degli esborsi sostenuti e darne comunicazione ai soci attraverso un banditore, in modo che ciascuno provvedesse nella misura stabilita. Qualora, ciononostante, qualcuno dei soci non avesse comunque versato il denaro dovuto o si fosse comportato dolosamente al fine di non adempiere o trarre in inganno gli altri soci, avrebbe perso la titolarità della quota e quest'ultima sarebbe andata ad incrementare le quote dei soci o del socio non inadempienti.

I paragrafi successivi riguardano invece le società di coloni: mentre il § 7 assegna ai coloni il diritto di richiedere agli altri soci il rimborso delle spese sostenute in buona fede, il § 8 prevede che i coloni possano vendere *inter se*, al prezzo più alto possibile, le quote del pozzo acquistate dal fisco di cui sia stato pagato il prezzo. L'alienante o l'acquirente avrebbero dovuto dare notizia della compravendita della quota al *procurator metallorum*, pena l'illiceità del contratto, mentre il colono debitore del fisco non avrebbe potuto procedere alla donazione della sua quota.<sup>4</sup>

2. *Occupator e colonus a Vipasca*. Status giuridico dei soggetti coinvolti nella procedura per l'ottenimento della concessione mineraria. Per meglio definire il campo di applicazione delle statuizioni appena riportate, è di fondamentale importanza chiarire il significato dei riferimenti all'*occupator* e al *colonus*,<sup>5</sup> quali possibili *socii* delle società minerarie ai sensi dei §§ 6, 7 e 8.

<sup>4</sup> In merito alla sostanziale unità dal punto di vista contenutistico dei §§ 6-8 della *lex metallis dicta*, si è espresso S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 123, nt. 232, il quale ha altresì sottolineato che tale caratteristica fu colta già dai primi editori della nostra fonte che, infatti, ritennero opportuno raggruppare le suddette norme in un solo paragrafo, corrispondente al quarto della *lex metallis dicta*. Si vedano, ad esempio, oltre al testo accolto in FIRA, I<sup>2</sup>, n. 104, le edizioni più datate di R. CAGNAT, *Un règlement minier*, cit., 442 s.; L. MITTEIS, *Neue Urkunden*, cit., 356, e L. CANTARELLI, *Miscellanea*, cit., 311.

<sup>5</sup> In ordine alle figure dell'*occupator* e del *colonus* menzionate nel nostro regolamento minerario, non sono mancate divergenze di vedute da parte degli studiosi. Al riguardo, J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 13 e 27, ha ritenuto che l'insieme dei diritti acquisiti dai privati autorizzati allo sfruttamento dei pozzi presentasse peculiarità tali da non permettere di individuare dei titoli ben definiti in base ai quali distinguere nettamente i due riferimenti, che sarebbero pertanto nella sostanza sinonimi; E. CUQ, *Un règlement*, cit., 112 ss., ha invece ritenuto plausibile che la qualifica di *occupator* spettasse specificamente a colui che aveva occupato il pozzo in seguito all'abbandono del colono che ne era precedentemente assegnatario; M. ROSTOWZEW, *Studien zur Geschichte des römischen Kolonates*, Leipzig-Berlin 1910, 358 ss., ha poi concluso che il titolare della concessione poteva essere solamente il colono che, tuttavia, avrebbe dovuto procedere all'*occupatio* del fondo per dare avvio alla procedura di assegnazione dello stesso. Di contrario avviso E. SCHÖNBAUER, *Das Bergrecht*, cit., 339 ss.; ID., *Beiträge*, cit., 76 ss., il quale ha ritenuto più convincente l'ipotesi della sostanziale coincidenza dei due soggetti, in quanto il lemma *colonus* indicherebbe, in maniera generica, colui che svolgeva effettivamente l'attività estrattiva, che poteva avere acquistato tale diritto anche previa occupazione del pozzo. Sulla scia del suddetto Autore si sono espressi G. ZANETTI, *Tipici atteggiamenti del diritto minerario in Sardegna*, in RSDI 31, 1958, 57 ss., in part. 132, e D. CAPANELLI, *Alcune note relative alle leges metalli Vipascensis*, in BIDR 25-26, 1984, 121 ss., in part. 129, il quale ha sottolineato, a riprova della verosimiglianza di tale ipotesi, che la disposizione riguardante il colono in Vip. II.1 rappresenterebbe l'aspetto premiale della previsione relativa agli occupanti. Sul punto ancora A. D'ORS, *Epigrafi*, cit., 117, il quale si è limitato

In prima battuta, infatti, sia l'*occupator* sia il *colonus* paiono variamente coinvolti nello sfruttamento delle miniere fiscali ubicate nel territorio di *Vipasca*<sup>6</sup> ed il loro ruolo appare collegato al tipo di gestione che caratterizzava tali miniere. Il sistema di gestione utilizzato nel distretto minerario vipascense era probabilmente quello della cd. 'régie indirecte'<sup>7</sup> ed im-

ad osservare che la distinzione tra *occupator* e *colonus* non avrebbe carattere tecnico, dal momento che tutti gli occupanti sarebbero stati altresì denominati coloni in quanto abitanti del distretto di *Vipasca*. Eppure, l'ipotesi della coincidenza dei due soggetti dal punto di vista della disciplina contenuta nella *lex metallis* non ha convinto D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen*, cit., 440 ss., in ragione delle peculiarità della procedura di acquisizione della concessione mineraria che caratterizzava il distretto vipascense, così come C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 129 ss., che ha distinto la posizione giuridica del *colonus*, come «statut juridique permanent», ravvisabile anche prima dell'inizio della procedura di acquisizione della concessione, da quella più specifica dell'*occupator*, che sarebbe stato «le colon qui exploite une concession selon la procédure de l'*occupatio*». Al proposito, si è espresso anche S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 113 ss., il quale, dopo avere ripercorso il significato delle due indicazioni in tutte le disposizioni del regolamento minerario, ha attribuito alle due figure significati specifici e differenti in virtù delle distinte fasi in cui si articolava la procedura di assegnazione dei pozzi; egli ha inoltre osservato, esaminando l'ipotesi prospettata dal Capanelli, che tale conclusione non sarebbe intaccata dal contenuto di Vip. II.1, in quanto questa disposizione, nella parte riferita al colono, non rappresenterebbe l'aspetto premiale di quella relativa all'occupante, ma un'ipotesi autonoma accostata alla prima in funzione della medesima fattispecie presupposta da entrambe.

<sup>6</sup> Le riflessioni sul regime di acquisizione del diritto di sfruttamento delle risorse del sottosuolo dei fondi del distretto minerario di *Vipasca* che ci accingiamo a proporre non possono prescindere da una notazione preliminare relativa allo *status* giuridico dei fondi in questione. Come è noto, infatti, la natura di fondi provinciali dei medesimi, ci obbliga a tenere costantemente conto, nell'interpretare i riferimenti alla proprietà di tali fondi, della difficoltà di ricondurre il regime di sfruttamento di essi entro gli schemi giuridici del diritto romano, anche se tali difficoltà non giungono ad impedire di ipotizzare che la gestione da parte dei privati fosse fondata sull'operatività di un regime di concessione. Sul punto, cfr. G.I. LUZZATTO, *Sul regime del suolo nelle province romane. Spunti critici e problematica*, in *I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo* (Atti del Convegno internazionale – Roma 1971), Roma 1974, 9 ss., in part. 47 ss.; nello stesso volume anche A. D'ORS, *La condición jurídica del suelo en las provincias de Hispania*, in *I diritti locali*, cit., 253 ss., in part. 267.

<sup>7</sup> In questi termini si è espresso C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 134 ss.; ID., *Les mines de la péninsule ibérique dans l'Antiquité romaine*, Rome 1990, 302 ss., ad avviso del quale questo sistema si contrapponeva a quello della 'régie directe' – probabilmente utilizzato in via principale per lo sfruttamento dei giacimenti d'oro – in cui la gestione delle risorse minerarie era interamente pubblica, senza che potessero intervenire imprenditori privati. L'illustre Autore francese ha inoltre posto l'accento sulla circostanza che il metodo di gestione indiretta delle risorse minerarie avrebbe avuto una diffusione considerevole, non soltanto in altre miniere ubicate in Spagna, come quelle del Sud Ovest, della Sierra Morena, della regione di Riotinto e del *Mons Marianus*, ma anche nelle miniere d'oro della Dacia e in quelle d'argento della Mesia Superiore nel II e nel III secolo d.C. Nell'ambito dell'amplessima letteratura relativa all'amministrazione delle miniere nell'epoca repubblicana e del Principato, ai fini di fornire un dettagliato quadro generale, si rimanda all'indagine di J.M. BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, *Administración de las minas en época romana. Su evolución*, in C. DOMERGUE (coord.), *Minería y Metalurgia en las antiguas civilizaciones mediterráneas y europeas* (Coloquio Internacional Asociado – Madrid 1985), II, Madrid 1989, 119 ss. (= *España romana*, Madrid 1996, 55 ss.). Inoltre, in merito ai diversi sistemi di amministrazione delle miniere ubicate nel territorio spagnolo, cfr. L. RODRÍGUEZ ENNES, *Consideraciones en torno al marco jurídico de la minería hispano-romana*, in RGDR 1, 2004, 1 ss., e, in ordine alle zone della Dacia e della Mesia Superiore, S. DUŠANI, *Aspects of Roman Mining in Noricum, Pannonia, Dalmatia and Moesia Superior*, in ANRW 2.6, 1977, 52 ss., in part. 88 ss., nonché agli ulteriori raggugli bibliografici ivi riportati.

plicava che l'esercizio dell'attività estrattiva fosse affidato ad imprenditori privati o a società 'ordinarie',<sup>8</sup> che la avrebbero svolta sotto il controllo dei funzionari pubblici.

Alla luce delle disposizioni conservate nel nostro regolamento minerario, il suddetto metodo di gestione parrebbe presupporre l'esistenza di un'articolata procedura finalizzata all'acquisizione della concessione mineraria.<sup>9</sup> Delle diverse fasi di tale procedura è rimasta traccia in:

Vip. II.1 *Aug(usti) praesens numerato. Qui ita non fecerit et conuictus erit prius coxisse venam quam pretium, sicut {su} / supra scriptum est, soluisse pars occupatoris commissa esto et puteum uniuersum proc(urator) metallorum / uendito. Is, qui probauerit ante colonum uenam coxisse quam pretium partis dimidia ad fiscum pertinen / tis numerasse, partem quartam accipito.*

2 *Putei argentari ex forma exerceri debent quae / hac lege continetur; quorum pretia secundum liberalitatem sacratissimi imp(eratoris) Hadriani Aug(usti) obser / uabuntur, ita ut ad eum pertineat proprietates partis, quae ad fiscum pertinebit, qui primus pretium puteo fecerit / et sestertia quattuor milia nummum fisco intulerit.*

Dopo avere ribadito l'obbligo di versare il denaro dovuto al fisco,<sup>10</sup> il § 1 dispone

<sup>8</sup> Di tale avviso si è mostrato J. ANDREAU, *Recherches récentes sur les mines à l'époque romaine*, I. *Propriété et mode d'exploitation*, in RN 31, 1989, 86 ss., in part. 91, la cui riflessione ha preso le mosse dai risultati dello studio di O. HIRSCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian*<sup>2</sup>, Berlin 1905, 146 ss., ad avviso del quale le soluzioni giuridiche elaborate per favorire lo sfruttamento delle risorse minerarie pubbliche avrebbero conosciuto tre diverse fasi: una prima fase, corrispondente in linea di massima con la fine della Repubblica, in cui la gestione sarebbe stata affidata alle *societates publicanorum*, una seconda fase, databile sino all'epoca degli Antonini, nella quale lo sfruttamento delle risorse pubbliche sarebbe stato demandato ad imprese di piccole dimensioni, ed una terza fase, dall'età degli Antonini in poi, caratterizzata dal sistema della gestione pubblica diretta. A sostegno di questa ipotesi giocherebbe un ruolo determinante la circostanza che la gestione delle dogane sarebbe stata ispirata allo schema della 'régie directe' dall'epoca di Marco Aurelio in poi. L'Autore francese ha invece sottolineato che se da un lato appare plausibile che in epoca repubblicana la gestione delle miniere fosse data in appalto ai *publicani* – come si dedurrebbe, almeno in relazione al territorio italico e in particolare alle miniere di Vercelli, dalla testimonianza di Plin. *N.H.* 33.78.21 –, appare altresì verosimile – in base al contenuto di Diod. 5.36.3 – che le miniere d'argento spagnole, già nella seconda metà del II secolo a.C., non fossero gestite da *societates publicanorum*, ma da imprese di piccole dimensioni o società 'ordinarie', ciascuna delle quali avrebbe sfruttato soltanto una parte della miniera, previo pagamento di un tributo. In base a tale ragionamento, lo studioso ha presumibilmente scelto di definire le società minerarie tra privati come società ordinarie, per contrapporle alle società dei publicani, senza perciò escludere *tout court* che si trattasse di società caratterizzate da una disciplina peculiare. Tuttavia, in favore della possibilità che le *societates publicanorum* fossero ancora coinvolte nella gestione di alcuni servizi di pubblica utilità nell'ambito del distretto minerario di *Vipasca*, quali la riscossione di alcune imposte, la cura dei bagni pubblici e l'esercizio dei mestieri di calzolaio, barbiere e lavapiatti, si è espressa M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981, 156 s., sull'opinione della quale ci soffermeremo ancora *infra* ntt. 34 e 51.

<sup>9</sup> Da intendersi riferita in modo particolare «...ad una miniera ancora ignota; nel qual caso il diritto di concessione è un termine ampio che comprende il diritto di ricerca preliminarmente e quello di utilizzazione, o escavazione del minerale», come osservato da F. MAROI, *Il contratto di concessione mineraria a compenso quotativo e la tutela possessoria*, in RSC 10.9, 1920 (= *Scritti giuridici*, I, Milano 1956, 147 ss., in part. 149).

<sup>10</sup> In favore di una diversa integrazione dell'*incipit* del § 1 si sono espressi E. CUQ, *Un réglemant*, cit., 98; A. D'ORS, *Epigrafi*, cit., 113 s., e S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 107 ss., ad avviso dei quali il testo originario sarebbe stato '[...pretium procuratori] Aug(usti) praesens numerato'; esso, pertanto, avrebbe disposto

che l'*occupator*, il quale avesse fuso il metallo senza avere prima versato il *pretium*, avrebbe perso i diritti acquisiti sul pozzo, dato che l'*universus puteus* sarebbe stato venduto all'asta dal *procurator metallorum*.<sup>11</sup> La seconda parte della stessa disposizione riguarda specificamente il *colonus*: prescrive, infatti, che coloro che avessero denunciato l'inizio della fusione del metallo da parte del colono, senza che quest'ultimo avesse pagato il '*pretium partis dimidiae ad fiscum pertinentis*', avrebbero ricevuto come ricompensa la quarta parte del valore del materiale estratto. Il paragrafo seguente contiene alcune prescrizioni specificamente dedicate ai *putei argentari*, poiché dispone, in ordine a tali pozzi, che l'obbligazione di versare il prezzo per ottenere la titolarità del diritto di sfruttamento avrebbe comportato la corresponsione di quattromila sesterzi, in ossequio al regime di favore introdotto da Adriano.

che il prezzo dovesse essere versato ad un *procurator Augusti*, probabilmente di rango più elevato rispetto al *procurator metallorum*. Di contrario avviso, C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 131 s., il quale ha posto l'accento sull'assenza – sia all'interno della nostra fonte, sia altrove – di indizi idonei a fare considerare verosimile l'esistenza di un *procurator* di rango equestre competente per la provincia della Lusitania o per tutto il territorio della Spagna. Lo studioso francese ha dunque concluso che il § 1 cominciasse con le parole '*Aug(usti) praesens numerato*', le quali avrebbero fatto riferimento al principe in carica, cioè Adriano, poiché quest'ultimo aveva probabilmente disciplinato in termini generali, mediante un provvedimento anteriore, l'avvio tramite *occupatio* della procedura per l'ottenimento della concessione del diritto di sfruttare i pozzi. Un'ulteriore ipotesi sul tenore testuale dell'*incipit* del § 1 è stata avanzata da C.G. BRUNS, *Fontes*, cit., 293, e M. ROSTOWZEW, *Studien*, cit., 352 s., i quali, in base al contenuto del paragrafo seguente, hanno ritenuto plausibile che il § 1 si aprisse con le parole '[...]*pretia secundum liberalitatem sacratissimi imp(eratoris) Hadriani Aug(usti) praesens numerato*': tale congettura, però, come posto in rilievo dal Lazzarini, op. cit., 110 s., porterebbe a non potere riferire '*praesens*' a '*pretium*', dal momento che quest'ultimo lemma risulterebbe al plurale (*pretia*) anziché al singolare. Di conseguenza, '*praesens*' potrebbe essere soltanto il soggetto dell'imperativo futuro '*numerato*' e starebbe ad indicare la necessità che il pagamento dei *pretia* dovesse essere effettuato personalmente dall'*occupator*. Tuttavia, l'Autore, in accordo con l'opinione del D'Ors, op. cit., 114, ha opportunamente evidenziato la maggiore verosimiglianza delle ipotesi ricostruttive che riferiscono '*praesens*' a '*pretium*', in quanto formulazioni del genere (*pecunia praesenti* o *aliquid praesens solvere*) sarebbero attestate anche in altre fonti – riportate dallo studioso alle ntt. 192 s. – per indicare l'obbligo di pagare in contanti. Queste ultime considerazioni paiono nel loro complesso convincenti e inducono a ritenere ragionevole che il testo del § 1 contenesse la formulazione '*Aug(usti) praesens numerato*', mentre per accogliere anche la proposta di integrare la parte di testo precedente con il riferimento ad un *procurator Augusti* superiore al *procurator metallorum* – per cui l'*incipit* del paragrafo sarebbe il seguente '[...]*pretium procuratori Aug(usti) praesens numerato*' – sarebbe forse opportuno riscontrare in qualche altra testimonianza delle fonti l'operatività di un siffatto *procurator* anche a *Vipasca*, dal momento che il semplice confronto che le testimonianze relative ad altre province non sembra condurre a conclusioni dotate di un sufficiente grado di verosimiglianza. Pertanto, i ragionamenti qui prospettati inducono, sulla scia di D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen*, cit., 405 e 413 s., ad adottare la soluzione più cauta che ricostruisce l'apertura del § 1 soltanto con la frase '*Aug(usti) praesens numerato*' senza inserire nel testo la menzione di un *procurator*.

<sup>11</sup> Sui profili giuridici di maggiore rilevanza relativi allo svolgimento delle aste, anche nel distretto minerario di *Vipasca*, cfr. il fondamentale approfondimento di M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma 1954, 118 ss. e 147 ss., che interpreta la controversa rubrica della statuizione del primo paragrafo della prima tavola di *Vipasca* (Vip. I.1 *Centesimae argentariae stipulationis*, in FIRA, I<sup>2</sup>, n. 105), sulla scia e ad integrazione delle opinioni sostenute al riguardo da G. DEMELIUS, *Zur Erklärung der lex metalli Vipascensis*, in ZSS 4, 1883, 33 ss., e E. SCHÖNBAUER, *Zur Erklärung der lex metalli Vipascensis*, in ZSS 45, 1925, 352 ss., nel senso di considerare la *centesima* come un'imposta sull'*auctio*, calcolata sul prezzo del bene oggetto di aggiudicazione.



Le disposizioni appena menzionate sono state interpretate tenendo altresì conto dell'ultimo paragrafo del testo a noi pervenuto della prima tavola di *Vipasca* che, d'altronde, fa espresso rinvio alla disciplina contenuta nella *lex metallis dicta*:

Vip. I.9 *Usurpationes puteorum siue pittaciarium. Qui intra fin[es metalli Vipascensis puteum locum] / que putei iuris retinendi causa usurpabit occupabitue e lege metallis dicta, b[iduo proximo quod usurpauerit occupa] / uerit apud conductorem socium actoremue huiusce uectigalis profiteatu[r]....*

Tale statuizione sembrerebbe rimettere all'iniziativa dei privati l'avvio della procedura per l'ottenimento della concessione del diritto di sfruttare un determinato pozzo: l'imprenditore intenzionato ad ottenere la concessione, infatti, dopo avere proceduto all'*usurpatio* o all'*occupatio* del fondo, per continuare l'attività di ricerca delle vene da coltivare, avrebbe dovuto provvedere al versamento entro due giorni di un tributo, che assumeva probabilmente la denominazione di '*pittaciarium*', così come indicato nella rubrica della disposizione.<sup>12</sup>

Essa contiene inoltre un espresso rinvio a quanto stabilito dalla *lex metallis* in relazione alla procedura per ottenere il diritto a sfruttare continuativamente il sottosuolo minerario del distretto di *Vipasca* ('*qui intra fin[es metalli Vipascensis puteum locum] / que putei iuris retinendi causa usurpabit occupabitue e lege metallis dicta*' [...]), riferimento che rende necessario interpretarne il disposto alla luce delle norme conservate in Vip. II.1 e 2. La *lex metallis dicta*, peraltro, si apre proprio con le disposizioni relative al pagamento del prezzo per

<sup>12</sup> Sull'entità di tale tributo non v'è chiarezza in dottrina, ma si tende ricondurre l'etimologia del lemma al latino *pittacium* e al greco *πιττάκιον*, che indicherebbero originariamente il supporto alla scrittura, come le tavoletta o il papiro, e avrebbero poi assunto il significato traslato di documento contenente l'attestazione di un credito o ricevuta di pagamento, come sottolineato da M. ROSTOWZEW, *Studien*, cit., 353 ss., in part. 356; E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 109 ss.; A. D'ORS, *Epigrafia*, cit., 104 s., a cui si rimanda per la rassegna delle opinioni più datate; D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen*, cit., 438 s.; C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 99 s., che hanno dunque ritenuto verosimile che il *pittaciarium* fosse l'imposta dovuta per l'iscrizione degli occupanti nel registro tenuto dal fisco. Per alcune trattazioni specifiche in merito alla procedura per l'ottenimento delle concessione mineraria, oltre agli Autori citati, cfr. A. VERGARA BLANCO, *Contribución a la historia del derecho minero. I: fuentes y principios del derecho minero romano*, in REHJ 12, 1987-1988, 13 ss., in part. 25 ss.; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid 1996, 193 ss.; G. NEGRI, *Sulle "concessioni" minerarie nel diritto romano*, in *I rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione nell'esperienza storico-giuridica* (Atti del Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto – Torino 1994), Napoli 1997, 57 ss., in part. 71 s. L'illustre Autore citato da ultimo collega inoltre il diritto di ottenere la concessione in seguito ad occupazione a consuetudini locali vigenti a *Vipasca* prima della conquista romana, e distingue tale momento iniziale di sfruttamento del singolo pozzo dal momento in cui veniva attribuita la concessione di sfruttamento – presumibilmente duratura – del sottosuolo attraverso una licitazione che avrebbe subordinato l'attribuzione della titolarità della concessione al pagamento di un prezzo iniziale e alla corresponsione periodica di una parte del prodotto. Lo studioso specifica altresì che l'impresario avrebbe potuto pagare l'acquisto anche in un'unica soluzione, probabilmente riferendosi al caso in cui avesse acquistato all'asta l'*universus puteus*: attraverso le suddette modalità avrebbe acquistato non già il pozzo come unità immobiliare, «bensì il diritto di ricerca e sfruttamento, con diritto di appropriazione di tutto o di parte del prodotto». In base a questo ragionamento, l'Autore conclude infatti che «ciò contribuisce a spiegare lo scambio terminologico fra locare e vendere, spesso non a caso in endiadi».

l'ottenimento della concessione nonché alle conseguenze derivanti dalla violazione di tale obbligo. Bisogna allora tentare di coordinare tali norme, anzitutto sotto il profilo relativo alla menzione del *'pittaciarium'* contenuta nella rubrica di Vip. I.9 e il riferimento al *'pretium'* contenuto all'inizio di Vip. II.1.

Sebbene non si possa del tutto escludere, nonostante la differenza terminologica, la sostanziale coincidenza delle due indicazioni, nel senso che entrambe sarebbero riferite al prezzo dovuto al fisco per potere proseguire l'attività di ricerca, da una più attenta lettura delle due disposizioni sembrerebbe emergere che si tratti di due distinte obbligazioni a carico dell'aspirante concessionario. In tal senso sembrano deporre diversi indizi, come la ricostruzione testuale *'biduo proximo'* in ordine al termine entro il quale avrebbe dovuto essere versato il *'pittaciarium'*: il suddetto termine, che consisteva in due soli giorni dall'*occupatio* o dall'*usurpatio* del fondo minerario, appare invero eccessivamente circoscritto per essere riferito al versamento di un importo tale da legittimare l'avvio dell'attività estrattiva vera e propria, mentre sembra attagliarsi meglio ad una sorta di 'imposta di registro'<sup>13</sup> che, dovendo essere corrisposta dopo una primissima prospezione del sottosuolo, attribuisce il diritto di proseguire legittimamente la ricerca intrapresa fino a determinare, se possibile, le condizioni per procedere all'estrazione del materiale metallifero.

Pertanto, la procedura intrapresa sarebbe proseguita, dopo una prima individuazione delle vene utili, con la corresponsione del prezzo da parte dell'*occupator*, prezzo presumibilmente più elevato nel caso dei pozzi argentiferi a causa del maggiore valore degli stessi rispetto ai pozzi cupriferi.<sup>14</sup> L'effettiva corresponsione di tale prezzo avrebbe consentito l'ottenimento del diritto di estrarre il metallo in maniera esclusiva;<sup>15</sup> in altre parole, un solo

<sup>13</sup> Stando all'interpretazione prospettata principalmente da M. ROSTOWZEW, *Studien*, cit., 353 ss., in part. 356; E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 109 ss.; A. D'ORS, *Epigrafi*, cit., 104 s.; D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen*, cit., 348 s.; C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 99 s., su cui cfr. nt. precedente.

<sup>14</sup> I dati a nostra disposizione sull'entità di tale prezzo sono purtroppo assai scarni, in quanto, per un verso, la lettera della disposizione contenuta in Vip. II.1 si limita a fare riferimento al *'pretium, sicut {su} / supra scriptum est'*, quindi ad un prezzo precedentemente indicato di cui non è rimasta traccia nel testo a noi pervenuto, e, per altro verso, il disposto di Vip. II.2 consente soltanto di dedurre che tale prezzo fosse pari a quattromila sesterzi per i pozzi argentiferi, *'secundum liberalitatem sacratissimi imp(eratoris) Hadriani Aug(usti)'*. Dal momento che un approfondimento sulla questione trascende la specifica finalità della presente indagine, ci possiamo limitare a condividere i risultati raggiunti al riguardo dalla dottrina dominante. Sul punto, non risultano infatti superate le considerazioni di C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 123 ss., ad opinione del quale tale prezzo avrebbe dovuto essere versato al fisco, una volta individuata una vena utile, prima di procedere all'estrazione ingente – ossia non finalizzata ad eseguire operazioni di prospezione – del *metallum*. L'Autore francese è inoltre giunto ad ipotizzare che tale prezzo fosse di entità fissa in relazione ai pozzi argentiferi, anche se, in effetti, come rilevato da S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 131 s., tale ipotesi risulta condivisibile soltanto se concepita in maniera circoscritta: non può infatti consentire di dedurre alcunché in ordine al prezzo da versare per l'ottenimento del diritto di sfruttare i pozzi cupriferi, né può estendersi al *'pretium partis dimidia ad fiscum pertinentis'* menzionato successivamente in Vip. II.1. Lo studioso ha infatti specificato, a tale proposito, che «...*pretium* assume due differenti accezioni, quella di corrispettivo della *pars putei* fiscale (o dell'*universus puteus* nell'ipotesi di vendita da parte del *procurator metallorum* conseguente a confisca) da pagare prima dell'inizio della coltivazione e quella di corrispettivo delle quote di pertinenza fiscale relative ai materiali concretamente estratti».

<sup>15</sup> Quanto detto pare confortato dalla circostanza che il § 2 della nostra fonte – riportato *supra* p. 69 – indichi espressamente la finalità del versamento del *pretium* con la precisazione *'ita ut ad eum pertineat pro-*

*occupator* avrebbe ottenuto il diritto di continuare a sfruttare l'*universus puteus*, ma nella prosecuzione dell'attività avrebbe potuto trattenere soltanto la metà del valore del materiale di volta in volta estratto dal sottosuolo, dovendo versare al fisco il *pretium partis dimidiae*.

La dottrina si è a lungo interrogata sull'entità e sul momento in cui dovesse essere pagato il '*pretium partis dimidiae ad fiscum pertinentis*', giungendo al riguardo a differenti conclusioni che possono essere così sintetizzate: per un verso,<sup>16</sup> si è sostenuto che il pagamento periodico al fisco del valore della metà del materiale estratto determinasse il prosieguo della concessione mineraria attraverso la realizzazione di una *colonia partiaria* tra concessionario e fisco, mentre, per altro verso,<sup>17</sup> si è ipotizzato che venisse realizzata una vendita del pozzo

*prietas partis, quae ad fiscum pertinebit, qui primus pretium puteo fecerit / et sestertia quattuor milia nummum fisco intulerit*, anche se l'utilizzo del tempo futuro nella forma verbale '*pertinebit*' relativamente alla *pars putei* su cui sarebbe stato acquistato il diritto di sfruttamento appare alquanto singolare, dato che il tenore complessivo della disposizione indurrebbe a pensare invece che il fisco avrebbe ceduto al privato il diritto di sfruttamento del pozzo. Tale apparente anomalia può forse ricondursi, da un lato, al particolare regime di concessione tratteggiato dalle nostre fonti, in base al quale il fisco avrebbe consentito lo sfruttamento dei pozzi da parte dei privati, mantenendo la titolarità di almeno di una parte di essi, e, dall'altro lato, al carattere atecnico dell'espressione '*proprietas*'.

<sup>16</sup> Le ipotesi avanzate a questo riguardo risentono della posizione assunta dai diversi Autori in ordine al contenuto del diritto di concessione di cui prima l'*occupator* e poi il *colonus* sarebbero stati titolari. Al proposito, infatti, una volta superata l'opinione di J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 12 ss., che ha distinto tre diversi modi di acquisto dei pozzi, cioè l'*occupatio* e la successiva eventuale vendita del pozzo abbandonato, la semplice *occupatio* di un *locus* non ancora sfruttato, nonché la vendita mediante asta e subasta, si sono espressi in favore della plausibilità dell'ipotesi della *colonia partiaria*, pur con diverse sfumature, E. CUQ, *Un réglemant*, cit., 98 ss., in part. 110 s., che ha però ritenuto più verosimile che il concessionario dovesse al fisco soltanto il *pretium partis dimidiae* e non quello iniziale, mentre paiono orientarsi per la verosimiglianza della corresponsione del *pretium* e del *pretium partis dimidiae*, M. ROSTOWZEW, *Studien*, 353 ss., in part. 358; D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen*, cit., 414 ss.; J.S. RICHARDSON, *The Spanish Mines and the Development of Provincial Taxation in Second Century B.C.*, in JRS 66, 1976, 139 ss., in part. 147; J.F. HEALY, *Mining and metallurgy in the greek and roman world*, London 1978, 130; D. CAPANELLI, *Alcune note*, cit., 121 ss., in part. 127 ss.; G. NEGRI, *Sulle "concessioni"*, cit., 71 s.; S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 119 ss.

<sup>17</sup> L'ipotesi relativa alla vendita è stata ritenuta plausibile da K. VOELKEL, *Die beiden Erztafeln*, cit., 192 ss., in part. 194 s., che però specifica che essa avrebbe comportato l'acquisizione da parte del colono del diritto all'*usus proprius* e non della *proprietas* «im eigentlichen Sinne»; E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 108 ss.; A. D'ORS, *Epigrafia*, cit., 77 ss. e 115 ss.; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Régimen*, cit., 197 ss., ed ha trovato ulteriore sostegno in seguito alle ricerche di A. MATEO SANZ, *Observaciones*, cit., 89 ss., in part. 126 ss.; ID., *Nuevas reflexiones* cit., 249 – a cui si rimanda altresì per una accurata rassegna delle posizioni assunte dalla dottrina precedente – che è giunto a ritenere che se l'impresario avesse dovuto corrispondere di volta in volta la metà del materiale estratto, la perpetuazione della titolarità della concessione sarebbe stata per lui eccessivamente onerosa, sulla base di un regime che, alla fin fine, sarebbe risultato confiscatorio. Tale conclusione ha convinto anche C. DOMERGUE, *Le régime juridique des mines du domaine public à Rome. À propos d'un ouvrage récent*, in *Mélanges de la Casa de Velázquez* 34.2, 2004, 221 ss., in part. 228 s., a ritenere più persuasiva l'ipotesi del pagamento del *pretium dimidiae partis* avvenisse in un'unica soluzione, come prezzo della compravendita del *puteus*, cioè in occasione dell'acquisto da parte dell'imprenditore della metà del pozzo di cui era titolare il fisco, mentre in precedenza l'illustre Autore francese, in ID., *La mine*, cit., 174 s.; ID., *Les mines*, cit., 302, aveva ritenuto verosimile che il fisco continuasse ad acquisire «la moitié du minerai produit» ed aveva altresì considerato possibile che il fisco, attraverso il *procurator metallorum*, esercitasse un controllo costante sull'entità della produzione del metallo.

da parte del fisco nei confronti del *colonus* e che, dunque, il prezzo in questione fosse invero il prezzo della vendita che avrebbe dovuto essere calcolato sulla base del valore – tuttavia difficilmente determinabile a priori – del pozzo.<sup>18</sup>

Alla questione, però, è stato dedicato un recente approfondimento<sup>19</sup> che, sulla base di uno studio dei lingotti provenienti dalla zona di nostro interesse, parrebbe indurre a propendere per la maggiore verosimiglianza dell'ipotesi tradizionale della ripartizione del valore del metallo di volta in volta estratto tra imprenditore e fisco. Questo sistema, a ben riflettere, sarebbe quello che avrebbe meglio perseguito l'esigenza del fisco di non vedere vanificato il proprio controllo sul metallo estratto in seguito alla concessione del diritto di sfruttare i giacimenti ad imprenditori privati, tanto che non si può escludere, alla luce dei contrassegni imperiali presenti sui lingotti, che tale controllo potesse avvenire non soltanto prima ma anche contestualmente alla fusione.

Alla articolata procedura appena descritta sembrano potersi ricollegare le conseguenze del mancato pagamento del *pretium*, da un lato, e del *pretium partis dimidia*, dall'altro lato, sancite dal disposto di Vip. II.1, il quale stabilisce che la mancata corresponsione del *pretium* da parte dell'*occupator* avrebbe comportato la vendita all'asta dell'*universus puteus*, mentre si limita ad affermare che la anticipata fusione da parte del *colonus* che non aveva versato il *pretium partis dimidia* avrebbe potuto essere provata da terzi, senza precisare se in tal caso, come nel precedente, sarebbe intervenuto il *procurator metallorum* per procedere alla vendita dell'intero pozzo o, *rectius*, del diritto di sfruttare il pozzo in maniera esclusiva.<sup>20</sup>

Tuttavia, il già menzionato § 8,<sup>21</sup> per quanto riferito all'eventuale alienazione delle quote da parte dei coloni che fossero tra loro soci, fornisce qualche dato ulteriore, dal momento che prescrive che i suddetti coloni potessero vendere tra loro le quote di cui erano titolari, purché ne avessero pagato il prezzo ed avessero informato il *procurator metallorum* della vendita. Questa statuizione, quindi, testimonia che il *procurator metallorum* svolgeva un ruolo di supervisione sia sull'alienazione delle quote sia, presumibilmente, sull'avvenuto pagamento

<sup>18</sup> A. MATEO SANZ, *Nuevas reflexiones*, cit., 249, di fronte al problema della difficoltà della determinazione preventiva del '*pretium partis dimidia ad fiscum pertinentis*', già sollevato da A. D'ORS, *Epigrafia*, cit., 115 s., ha ritenuto che questo potesse individuarsi sulla base di una «suficiente prospección de la parcela minera» a cui alluderebbe il testo di Vip. II.3 *Qui ex numero puteorum quinque unum / ad uenam perduxerit, in ceteris, sicut supra scriptum est, opus sine intermissione facito; ni ita fecerit, alii / occupandi potestas esto*. Ad avviso dell'Autore, infatti, tale norma presupporrebbe che il fisco controllasse altresì le tecniche di prospezione, anche se ciò non induce necessariamente a potere concludere che le tecniche di ricerca di allora permettessero di valutare con un certo grado di attendibilità le potenzialità dei pozzi sotto il profilo della quantità di metallo che questi avrebbero prodotto.

<sup>19</sup> S. GENOVESI, *L'amministrazione dei metalli di proprietà del princeps in età augustea: fonti archeologiche ed epigrafiche a confronto*, in A. STORCHI MARINO e G.D. MEROLA (a cura di), *Interventi imperiali in campo economico e sociale. Da Augusto al Tardoantico*, Bari 2009, 13 ss.

<sup>20</sup> Al proposito, S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 114, deduce «un controllo pubblico diretto e più attento rispetto all'attività degli *occupatores*, mediato invece dall'intervento dei *delatores* in relazione ai *coloni*», la cui ragione – come vedremo *infra* – potrebbe essere collegata alla diversità tra la posizione degli *occupatores* e quella dei *coloni* nell'ambito della procedura di acquisizione della concessione del diritto di sfruttamento del pozzo e soprattutto alla maggiore incertezza collegata alla fase iniziale di ricerca e sfruttamento delle vene di cui gli *occupatores* erano verosimilmente protagonisti.

<sup>21</sup> Riportato *supra* p. 66.

delle stesse da parte del venditore, e fa apparire altresì verosimile che un'analogha supervisione fosse da lui svolta con riguardo al versamento del *pretium partis dimidia*, anche tramite la possibilità di ricevere denuncia dell'inadempimento da parte dei terzi.

Inoltre, il § 11<sup>22</sup> prescrive al *colonus* di ogni pozzo, al fine di garantirne la sicurezza, di sostituire il materiale andato a male con altro nuovo e idoneo a permettere lo svolgimento dell'attività estrattiva. Quest'ultima disposizione parrebbe pertanto implicare che i coloni fossero anche responsabili della manutenzione della miniera, ossia che dovessero controllare che questa fosse tenuta in sicurezza, nonché dirigere le operazioni necessarie a tal fine.

Ad ogni modo, dalla complessiva lettura delle statuizioni sin qui menzionate sembrerebbe emergere che il *colonus*, per quanto tenuto alla manutenzione della miniera e all'estrazione dei materiali, avesse un ruolo di maggiore rilievo rispetto al semplice minatore o 'coltivatore' di essa,<sup>23</sup> dal momento che le disposizioni contenute nel § 1, così come quelle dei §§ 7 e 8, paiono altresì attestare che egli potesse essere un imprenditore dedito all'esercizio dell'impresa mineraria e che, a tale fine, potesse concludere un contratto di società con altri coloni.

Bisogna allora tentare d'individuare che tipo di rapporto contrattuale i coloni potessero avere con il fisco per cercare di comprendere, in particolare, quale fosse la loro posizione nell'ambito della procedura per l'ottenimento della concessione del diritto di sfruttamento dei giacimenti minerari fiscali. Per cercare di fare luce su quali fossero i titoli idonei a consentire lo sfruttamento delle miniere, vale la pena di tenere in considerazione un altro paragrafo del nostro statuto minerario:

Vip. II.18 *Qui puteos argentarios <aget> a cuniculo, qui / aquam metallis subducet, recedito et non minus quam sexagenos pedes utroque latere relin / quito, et eos puteos quos occupauerit adsignatosue acceperit in opere uti determinati erunt / habeto nec ultra procedito neue egbolas colligito neue ternagos ita agito extra fines putei adsignati, /*

L'*incipit* della norma si rivolge genericamente a colui che provvedeva alla coltivazione dei pozzi argentiferi, prescrivendogli di stare lontano dal cunicolo di scolo dell'acqua delle miniere e di tenere una distanza di almeno sessanta piedi per lato da esso. La statuizione specifica poi che egli avrebbe dovuto mantenere i pozzi che aveva acquisito mediante *occupatio* od *adsignatio* «come determinati in corso di coltivazione»,<sup>24</sup> senza avanzare né raccogliere scorie né scavare gallerie di esplorazione fuori dai confini del *puteus adsignatus*.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Vip. II.11 *Putei omnes diligenter fulti destinatique sunt, proque putri materia colonus cuiusque putei no / uam et idoneam subicito.*

<sup>23</sup> In questo senso, cfr. E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 77 s., che ha sostenuto che il *colonus* si sarebbe potuto identificare con 'qui puteum colit', trovando seguito in G. ZANETTI, *Tipici atteggiamenti*, cit., 132; mentre si sono espressi in senso opposto C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 12 e D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen*, cit., 441, il quale, nell'introdurre alcune riflessioni sulle differenze tra il regime dei coloni che emerge dal regolamento vipascense e quello dei coloni dei fondi del Nord Africa ai quali si rivolgevano la *lex Hadriana de rudibus agri* e la precedente *lex Manciana*, afferma efficacemente che le due figure *prima facie* non sembrano avere in comune niente di più che «das colere».

<sup>24</sup> Queste le parole della traduzione proposta con riferimento alla specificazione 'in opere uti determinati erunt' da S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 34.

<sup>25</sup> Mentre A. MATEO SANZ, *Nuevas reflexiones*, cit., 248, si limita a focalizzare l'attenzione sul primo

Nonostante il destinatario della disposizione sia inizialmente indicato come ‘*qui puteos argentarios <aget>*’, dal contenuto complessivo della stessa sembrerebbe potersi evincere che questi fosse invero titolare del diritto di sfruttare il pozzo in virtù di preventiva concessione. Sebbene lo statuto contenga un’altra disposizione dalla formulazione simile a quella appena menzionata, cioè la statuizione contenuta in Vip. II.14,<sup>26</sup> che impone a ‘*qui puteos aerarios aget*’ il rispetto di una distanza di quindici piedi per lato dal cunicolo di scolo delle acque dei pozzi cupriferi, in essa non ritroviamo alcun riferimento ai titoli su cui poteva fondarsi il diritto alla coltivazione, e ciò impone di concentrare l’attenzione sulla menzione, seppur incidentale, dei pozzi argentiferi *occupati* o *adsignati* contenuta in Vip. II.18.

Al riguardo, l’ultima indagine del Mateo Sanz<sup>27</sup> individua negli istituti dell’*occupatio* e dell’*adsignatio* il regime cristallizzato di attribuzione del diritto allo sfruttamento dei pozzi argentiferi da parte del fisco, alla luce della nostra *lex metallis*. L’Autore spagnolo, infatti, dopo avere sottolineato che in Vip. II.18 ed in tutto il testo della seconda tavola di *Vipasca* a noi pervenuto, a differenza che nella prima,<sup>28</sup> non viene fatta menzione dell’*usurpatio* quale titolo idoneo a consentire l’attribuzione del diritto temporaneo di sfruttamento dei pozzi, ha ritenuto plausibile l’ipotesi del Domergue,<sup>29</sup> ad avviso del quale l’*usurpatio* costituiva

segmento della disposizione, allo scopo di individuare il significato della distinzione tra *putei occupati* e *adsignati*, S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 115, pare attribuire al complessivo contenuto della statuizione in esame una rilevanza maggiore di quella datale da C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 120, per cui la norma contenuta in Vip. II.18 si sarebbe limitata a sancire il rispetto dei confini dei terreni in cui i pozzi erano ubicati. Infatti, ad avviso dell’Autore comasco la statuizione in oggetto non si sarebbe limitata soltanto a fissare le distanze da rispettare dai canali di scolo delle acque, ma avrebbe presupposto che alcune attività caratterizzanti l’attività estrattiva si sarebbero dovute obbligatoriamente svolgere entro i confini del fondo. Presenta inoltre un certo interesse notare che l’ultima disposizione riguarda solo i *putei adsignati*, come se i divieti di non procedere oltre i confini del fondo, di raccogliere scorie e di scavare gallerie di esplorazione concernessero in modo particolare non tanto i *putei occupati*, che si caratterizzavano probabilmente per un’attività di ricerca ancora *in fieri*, ma i fondi in cui erano già state individuate le vene produttive.

<sup>26</sup> Vip. II.14 *Qui puteos aerarios aget a cuniculo, qui aquam metallis / subducet, recedito et non minus quam quinos denos pedes utroque later[e] relinquit. /*

<sup>27</sup> A. MATEO SANZ, *Nuevas reflexiones*, cit., 248.

<sup>28</sup> Il riferimento all’*usurpatio* si trova infatti in Vip. I.9, riportato *supra* p. 71.

<sup>29</sup> Al proposito, C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 100 ss., ha inoltre specificato che, sebbene paia plausibile che entrambi i regimi fossero operativi al momento di emanazione della prima tavola di *Vipasca*, come dimostrerebbe il contenuto di Vip. I.9, al momento dell’emanazione della *lex metallis dicta* sarebbe rimasta in vigore soltanto l’*occupatio* quale modo di avviare la procedura di acquisizione della concessione. Ragionando in quest’ordine di idee, dunque, la rubrica del suddetto paragrafo, riferita alle *usurpationes puteorum siue pitaciarium*, sarebbe frutto di una redazione negligente, in quanto avrebbe dovuto contenere anche la menzione dell’*occupatio*. Prima dei chiarimenti del Domergue, la dottrina si era diversamente orientata sulla questione; infatti, K. VOELKEL, *Die beiden Erztafeln*, cit., 188 s., aveva già distinto i due istituti, ritenendo però che l’*usurpatio* fosse riservata ai pozzi già individuati ed esplorati, mentre l’*occupatio* alle zone in cui dovevano essere ancora individuate le vene da sfruttare, mentre E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 47 e 113 s., che inizialmente aveva ipotizzato che l’*occupatio* fosse il primo atto di acquisizione del diritto di sfruttamento e l’*usurpatio* fosse l’atto tramite il quale si intraprendeva la procedura per il rinnovo di tale diritto, è poi tornato sull’argomento in Id., *Von Bodenrecht zum Bergrecht. Studien Zur Geschichte des Bergbaurechtes*, in ZSS 55, 1935, 183 ss., in part. 218 s., ed è giunto a ritenere che l’*occupatio* fosse l’atto di acquisizione materiale dei pozzi di nuova individuazione, mentre l’*usurpatio* esplicasse gli stessi effetti

probabilmente un regime transitorio, operativo all'epoca repubblicana ed applicato all'inizio del Principato soltanto in via provvisoria, in vista della definizione della procedura di attribuzione dei pozzi da parte del fisco attraverso l'*occupatio* e l'*adsignatio*.<sup>30</sup>

Tuttavia, il Mateo Sanz si è spinto oltre quest'ultima ricostruzione e, sviluppando un'ipotesi formulata dal Voelkel,<sup>31</sup> è giunto alla conclusione che l'*usurpatio* svolgesse una funzione complementare rispetto all'*occupatio*: essa sarebbe stata una dichiarazione dei cavautori di volere continuare a sfruttare i pozzi già attivi ma abbandonati, in assenza della quale i pozzi interessati sarebbero stati acquisiti *tout court* dal fisco. L'*occupatio*, per converso, sarebbe stata l'atto mediante il quale avrebbe avuto inizio la procedura per l'acquisizione del diritto di sfruttamento di pozzi che non erano stati ancora sfruttati, procedura che si sarebbe potuta concludere con l'*adsignatio*, ossia con la concessione durevole del diritto di sfruttare il sottosuolo dei fondi occupati.<sup>32</sup>

Queste considerazioni, per quanto dotate di verosimiglianza, sembrano però trovare un riscontro soltanto parziale nelle nostre fonti: se, infatti, in relazione alla procedura per l'ottenimento della concessione, appare verosimile che l'*occupator*, una volta occupato il fondo, pagato il '*pittaciarium*' e individuato il giacimento da coltivare, potesse concludere con il fisco un contratto che gli avrebbe consentito, in virtù del pagamento del *pretium*, il diritto allo sfruttamento esclusivo del giacimento, che sarebbe stato confermato mediante l'*adsignatio* dello stesso, l'ipotesi relativa all'*usurpatio*, vista la laconicità della fonte in esame,<sup>33</sup> avrebbe forse bisogno di qualche ulteriore conferma. Tuttavia, in assenza di fonti che depongano in

rispetto ai pozzi abbandonati. A. D'ORS, *Epigrafi*, cit., 107 ss., in part. 109 s., ha inoltre ritenuto che tali indicazioni si riferissero allo stesso atto che assumeva però un duplice effetto giuridico: da un lato, quello dell'*occupatio*, quale atto materiale di presa di possesso, e dall'altro lato quello dell'*usurpatio*, quale manifestazione della volontà di essere titolare del diritto proprio dell'occupante. Sulla questione, cfr. anche D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen*, cit., 439, il quale si limita ad evidenziare che i riferimenti all'*occupatio* e all'*usurpatio* non indurrebbero a ritenere che si trattasse di titoli diversi, dato che l'*occupatio* dovrebbe piuttosto essere contrapposta, dal punto di vista semantico, all'*adsignatio*, mentre S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 118 ss., concorda con il Domergue in ordine al carattere di transitorietà del regime dell'*usurpatio*.

<sup>30</sup> Sul punto, A. MATEO SANZ, *Nuevas reflexiones*, cit., 247, ha infatti osservato che «el fisco asumió la administración de zonas mineras en plena explotación, debió de prever un sistema que permitiera continuar esas explotaciones bajo el nuevo régimen, a la vez que sometía las zonas mineras aún no explotadas a un nuevo régimen fiscal de prospección y explotación. Es razonable pensar que el fisco pudo exigir de los mineros asentados que declarasen la extensión y número de sus explotaciones, y que les concediera un plazo para tal declaración, pasado el cual, el fisco adquiriría pleno derecho sobre los terrenos del distrito minero que los actuales ocupantes no hubieran reclamado para sí».

<sup>31</sup> K. VOELKEL, *Die beiden Erztafeln*, cit., 188 ss.

<sup>32</sup> A. MATEO SANZ, *Nuevas reflexiones*, cit., 247 e nt. 11, specifica che l'ipotesi da lui avanzata riguardo all'*usurpatio* non sarebbe in contrasto con il significato che l'indicazione dell'*usurpatio* assume in Paul. 54 *ad edictum* D. 41.3.2 (*Usurpatio est usucapionis interruptio: oratores autem usurpationem frequentem usum vocant*), anzi presenterebbe con essa punti di contatto, dal momento che, a suo avviso, l'*usurpatio* menzionata in Vip. I.9 avrebbe interrotto il decorso del termine che avrebbe consentito al fisco di acquisire i terreni il cui possesso non era stato reclamato da alcun conduttore precedente, così come l'*usurpatio* definita in D. 41.3.2 sarebbe stata l'atto del proprietario idoneo ad interrompere il decorso del termine per l'usucapione altrui sopra i suoi beni.

<sup>33</sup> Si tratta ancora di Vip. I.9, riportato *supra* p. 71.

tal senso, ci si può limitare ad osservare che la menzione dell'*usurpatio*, quale atto attraverso cui avrebbe avuto inizio la procedura volta ad ottenere la titolarità della concessione, sia attestata soltanto nella prima tavola vipascense e non nella seconda, come se la rilevanza giuridica di tale atto fosse nel frattempo venuta meno, forse perché assorbita dal regime dell'*occupatio*.<sup>34</sup>

In ordine alla procedura per la concessione del diritto allo sfruttamento del sottosuolo minerario, è stata inoltre formulata un'ipotesi<sup>35</sup> secondo cui, per effetto del contratto di concessione durevole concluso con il fisco – e quindi verosimilmente in virtù dell'*adsignatio* del diritto allo sfruttamento del pozzo –, la condizione giuridica dell'*occupator* sarebbe mutata in quella di *colonus*. A questo proposito, emergono dal nostro statuto minerario alcuni dati ulteriori, dal momento che, oltre a prevedere termini abbastanza serrati per l'individuazione delle vene e l'inizio dei lavori di estrazione dei pozzi da parte dell'*occupator*, nel § 3<sup>36</sup> si fa riferimento alla possibilità di attribuire ad altri l'*occupandi potestas*' nel caso in cui il titolare di essa avesse condotto soltanto un pozzo su cinque alla vena e avesse interrotto l'attività di

<sup>34</sup> Al riguardo, si può infatti osservare che la lettera di Vip. I.9 – riportata *supra* p. 71 – pare consentire, nel suo senso complessivo, di supporre che in seguito ad *usurpatio* si avviasse un procedimento di ottenimento della concessione per certi versi analogo a quello che poteva essere intrapreso con l'*occupatio*. Tale dato indurrebbe quindi a reputare verosimile, oltre a quanto sostenuto da C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 101 s., quanto ipotizzato da A. MATEO SANZ, *Nuevas reflexiones*, cit., 247 s., soltanto nella misura in cui identifica l'*usurpatio* nell'atto attraverso il quale, secondo il regime transitorio configurato nella prima tavola di *Vipasca*, l'*occupator* iniziava ad occupare i terreni e in virtù del quale, una volta corrisposto il '*pittaciarium*' all'appaltatore della riscossione ('*apud conductorem socium actoremue huiusce vectigalis profiteatu[r]...*'), avrebbe potuto intraprendere le ricerche. Per quanto riguarda poi la possibilità di separare la concessione per lo sfruttamento della miniera dall'appalto per la riscossione di alcune imposte, nel senso che quest'ultimo servizio potesse essere appaltato alle società dei *publicani* anche nel sistema di gestione delle miniere di *Vipasca*, cfr. J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 28 s.; M.R. CIMMA, *Ricerche*, cit., 150 ss. e U. MALMENDIER, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln Weimar Wien 2002, 240 ss., secondo cui si trattava verosimilmente di miniere pubbliche sfruttate da privati, la cui organizzazione prevedeva che la riscossione di alcune imposte dovute al fisco fosse data in appalto a società di *publicani*. Ad avviso dei suddetti studiosi, il ruolo dei *publicani* nel sistema di gestione delle miniere fiscali appena descritto non sarebbe venuto meno neanche in epoca severiana, come dimostrerebbe il contenuto di D. 50.16.17.1 (Ulp. 10 *ad ed.*) '*Publica vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum et metallorum et picariarum*, se letto alla luce di quanto ulteriormente specificato in D. 39.4.1.1 (Ulp. 55 *ad ed.*) '*Hic titulus ad publicanos pertinet. publicani autem sunt, qui publico fruuntur (nam inde nomen habent), sive fisco vectigal pendant vel tributum consequantur: et omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani*. In senso contrario, si è invece espresso C. DOMERGUE, *Les mines*, cit., 302, ad avviso del quale il sistema di gestione utilizzato per le miniere di *Vipasca* avrebbe presupposto che i tributi collegati allo sfruttamento delle miniere, così come i proventi da essa derivanti, venissero percepiti non già da intermediari, ma direttamente dal fisco attraverso il *procurator metallorum*, anche se al riguardo andrebbe tenuta in considerazione la circostanza che la lettera di Vip. I.9 faccia riferimento a tre soggetti, il *conductor*, il *socius* e l'*actor*, che avrebbero potuto ricevere il pagamento del '*pittaciarium*': essi paiono essere – forse proprio in qualità di *publicani* – gli appaltatori del servizio di riscossione del tributo, come già posto in rilievo da J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 29; A. D'ORS, *Epigrafia*, cit., 104 e, di recente, da A.M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln Weimar Wien 2010, 283 ss.

<sup>35</sup> S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 120 s.

<sup>36</sup> Riportato *supra* nt. 18.



ricerca in relazione agli altri pozzi. Inoltre, nel § 4<sup>37</sup> viene richiamata la possibilità di perdere l'«*occupandi ius*» per colui che avesse iniziato l'attività nei venticinque giorni previsti, ma la avesse poi interrotta per dieci giorni di seguito e, infine, nel § 5<sup>38</sup> si prescrive che altri potessero acquisire l'«*occupandi ius*» sul pozzo che fosse rimasto inattivo per almeno sei mesi consecutivi, allo scopo di assicurare al fisco, in tempi rapidi, l'introito della *pars dimidia* derivante dallo sfruttamento del pozzo medesimo.

Questi rilievi sembrerebbero confermare, anche in ragione della già menzionata facoltà del fisco di revocare la concessione all'*occupator* che avesse fuso il materiale senza avere pagato il *pretium*, che quella dell'occupante fosse una concessione temporanea, caratterizzata da una spiccata precarietà, in quanto sottoposta ad una serie di condizioni collegate al solerte sfruttamento dei pozzi e al versamento del prezzo, ma che potesse tramutarsi, in seguito all'*adsignatio* da parte del *procurator metallorum*, verosimilmente sulla base della verifica del regolare svolgimento dell'attività estrattiva, in una concessione durevole, la quale avrebbe comportato per il colono il versamento periodico della *pars dimidia* del valore del materiale estratto.

D'altra parte, il testo dello statuto minerario a noi pervenuto non fa alcun cenno alla possibilità che il fisco revocasse la concessione dei *putei adsignati*, laddove i coloni che vi fossero tenuti continuassero a pagare con puntualità il «*pretium partis dimidia ad fiscum pertinentis*», né la cessione della concessione viene prospettata con riguardo ai pozzi sfruttati dai coloni, ma soltanto in relazione alle quote societarie dei *coloni inter se*,<sup>39</sup> né sembra essere ammessa la possibilità di costituire società «*miste*» tra *occupatores* e *coloni*: questi rilievi depongono, dunque, a favore della plausibilità dell'ipotesi relativa al cambiamento della condizione giuridica dell'*occupator* in quella di *colonus* in virtù dell'*adsignatio* del diritto di sfruttamento dei pozzi.

Se torniamo al problema da cui siamo partiti, le considerazioni appena formulate sembrano indurre a fornire una risposta positiva al quesito sulla possibilità che il *colonus* fosse un imprenditore titolare della concessione mineraria. Al riguardo, è parsa infatti verosimile l'esistenza di un procedimento di acquisizione della concessione mineraria, articolato in varie fasi, nell'ambito delle quali il conseguimento dello *status* di *colonus* rappresentava probabilmente il punto d'arrivo, che avrebbe comportato l'ottenimento della titolarità di una concessione durevole.<sup>40</sup>

Come orientarsi, a questo punto, tra le opinioni della dottrina che, per un verso, hanno considerato *occupatores* e *coloni* come soggetti sostanzialmente identici e, per altro verso, li hanno invece reputati soggetti distinti?<sup>41</sup> In base alle ipotesi qui prospettate, *occupator* e

<sup>37</sup> Vip. II.4 *Qui post dies XXV praeparationi impensarum dat[a]s opus quidem / statim facere coeperit, diebus autem continuis decem postea in opere cessauerit, alii occupandi [i]us esto.*

<sup>38</sup> Vip. II.5 *Puteum a fisco uenditum continuis sex mensibus intermissum alii occupandi ius / [es]to, ita ut, cum uenae ex eo proferentur, ex more pars dimidia fisco salua sit. / Tale statuizione sembrerebbe essere volta precipuamente a stabilire che colui che sarebbe subentrato a colui che aveva perso l'«*occupandi ius*» avrebbe dovuto, in caso di ulteriori estrazioni di *metallum*, versare comunque il «*pretium partis dimidia*» e non il prezzo iniziale.*

<sup>39</sup> Su questo aspetto, cfr. *infra* p. 85.

<sup>40</sup> Così S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 120 ss.

<sup>41</sup> Sul punto, cfr. *supra* nt. 5.

*colonus* sembrerebbero doversi considerare come soggetti giuridicamente differenti, dato che sarebbero stati in una condizione di titolarità temporanea o durevole del diritto allo sfruttamento delle risorse del sottosuolo. Eppure, appare normale che, in concreto, lo stesso soggetto o gli stessi soggetti – se tra loro soci – potessero essere in un primo momento *occupatores*, ossia avere la titolarità provvisoria della concessione mineraria, ed in un momento successivo *coloni*, cioè titolari di una concessione durevole.

In conclusione, ai fini dell'indagine intrapresa, preme fondamentale tenere conto della circostanza che, nell'ambito della procedura di assegnazione dei pozzi, fosse essa nella sua fase iniziale o già conclusa, coloro che avevano la titolarità dello *status* di *occupator* o *colonus* sarebbero potuti essere soci delle società minerarie disciplinate dai §§ 6, 7 e 8 della *lex metallis dicta*.

3. Società minerarie di *Vipasca* e rilevanza dell'*intuitus personae*. Dopo avere chiarito quali fossero i soggetti capaci di partecipare alle società minerarie, possiamo soffermare l'attenzione su un aspetto specifico del regime societario delineato dalla *lex metallis dicta*, cioè il rapporto tra la disciplina contenuta nel nostro regolamento minerario e la rilevanza dell'*intuitus personae* dei soci, tradizionalmente ritenuto – anche se non sono mancate significative opinioni critiche sul punto –<sup>42</sup> uno degli elementi caratterizzanti il contratto di società in epoca classica.

A tale scopo, vale la pena di ripercorrere brevemente il contenuto delle disposizioni della *lex metallis* che riguardano le società minerarie.

Il § 6,<sup>43</sup> dedicato alla società tra gli occupanti, si apre con l'indicazione della piena libertà di scelta dei soci per l'*occupator* in modo da potere dividere con loro le spese nella misura corrispondente alle rispettive quote ('*ita ut, pro ea parte, qua quis socius erit impensas conferat*'). Il medesimo paragrafo prende poi in considerazione l'ipotesi in cui un socio non avesse versato la quota di spese dovuta, prescrivendo al socio che avesse invece sostenuto

<sup>42</sup> Al proposito, in particolare, cfr. i rilievi sollevati dal Guarino che, nell'ambito di diverse riflessioni sulle ipotesi avanzate da V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1949-1950*, Napoli 1950, 150 ss. sulle cause di estinzione della *societas* nel periodo classico, ha posto in rilievo che le cause di norma collegate al carattere strettamente personalistico della *societas*, quali la morte, la *capitis deminutio*, la *renuntiatio* ed il fallimento del socio – a cui può probabilmente aggiungersi l'esercizio dell'*actio pro socio* – sarebbero precipuamente riferite alle società bilaterali, piuttosto che a quelle plurilaterali. Da queste considerazioni discenderebbe una sorta di 'inversa proporzionalità' tra il numero dei soci ed il 'peso' dell'*intuitus personae* di questi ultimi, a cui sarebbe collegata la progressiva attenuazione della rilevanza della persona dei soci con l'aumentare del numero dei componenti della compagine sociale. Per una puntuale analisi delle fonti più significative sul punto cfr. *amplius* A. GUARINO, «*Solutio societatis*», in LABEO 14, 1968, 130 ss. (= in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino 1970, 3 ss. ed in ID., *La società in diritto romano*, Napoli 1988, 123 ss.); ID., «*Dissensus sociorum*», in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, 135 ss. (= *La società*, cit., 157 ss.); ID., «*Societas consensu contracta*», Napoli 1972, 1 ss., in part. 83 ss. (= *La società*, cit., 1 ss., in part. 83 ss.). Sulla questione, cfr. M. TALAMANCA, v. *Società (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* 42, Milano 1990, 814 ss., in part. 840, che conclude per l'inammissibilità dell'ipotesi del Guarino, sottolineando, da un lato, che i frammenti che si riferiscono ad una società dualistica sembrerebbero testimoniare soltanto una semplificazione della discussione e, dall'altro lato, l'assenza di fonti che attestino la continuazione delle società con più di due soci nonostante il venire meno di uno o alcuni di essi.

<sup>43</sup> Per il testo di Vip. II.6, cfr. *supra* p. 66.

le spese di fare esporre ‘*in foro frequentissimo loco*’ il rendiconto degli esborsi erogati per tre giorni consecutivi, nonché di darne comunicazione agli altri soci tramite un banditore, al fine di indurre coloro che non lo avessero ancora fatto a contribuire alle spese. Dopodiché, nell’ipotesi in cui taluno dei soci avesse continuato a non adempiere oppure avesse tenuto un comportamento doloso al fine di non adempiere o ingannare gli altri soci, avrebbe perso la titolarità della quota, con la conseguenza che quest’ultima sarebbe andata ad incrementare proporzionalmente la quota del socio o dei soci che avevano pagato le spese.

Il principio del testo del § 6 permette subito di comprendere che la libertà di scelta dei soci – tanto con riguardo alle persone, tanto in ordine al loro numero – attribuita all’occupante<sup>44</sup> era volta a perseguire lo scopo di ripartire le spese. Emerge dunque con chiarezza che le disposizioni conservate nel § 6, finalizzate a disciplinare il diritto dell’occupante dei pozzi di operare in società, traggono origine dall’esigenza di dividere le ingenti spese necessarie per la ricerca delle vene e l’avvio della coltivazione delle stesse e, al contempo, di ripartire il rischio connesso all’esito incerto di tale attività.

La lettera del § 6 non fa però riferimento né al modo né al momento di costituzione della società mineraria: in relazione al primo profilo, in dottrina non risulta essere stata abbandonata l’ipotesi prospettata dal Mispoulet,<sup>45</sup> ad avviso del quale è probabile che il consenso per

<sup>44</sup> In relazione alla libertà dell’*occupator* di costituire società destinate all’esercizio dell’attività mineraria, J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 26 ss., ha osservato che la principale limitazione che questa avrebbe subito risiederebbe – insieme alla particolare procedura prevista nei confronti del socio inadempiente – nell’obbligo dei soci di partecipare ‘nécessairement’ alle spese collegate allo sfruttamento minerario in proporzione alla loro quota, come suggerirebbe il segmento di testo ‘*ita ut – conferat*’. Tale aspetto del regime delle società tra occupanti rappresenterebbe, a suo avviso, una prima deroga alla disciplina generale della *societas*, che attribuiva ai soci «*toute liberté aux contractants pour répartir à leur gré les pertes et les bénéfices entre les associés, sous la seule réserve que l’un des associés ne supporterait pas toutes les pertes tandis que l’autre recueillerait tous les bénéfices*», senza attribuire autonomo rilievo alle spese sostenute. In senso parzialmente diverso si è espresso E. CUQ, *Un règlement*, cit., 116, il quale ha ritenuto che la disposizione potesse configurare una deroga al regime generale soltanto laddove avesse previsto la partecipazione obbligatoria alle spese necessarie, che potrebbero individuarsi, in base al contenuto di D. 39.2.32 – su cui *infra* nt. 69 –, nelle spese di ristrutturazione di un edificio pericolante, ma non nelle spese di sfruttamento di una miniera. Di conseguenza, l’aver stabilito nel § 6 un regime derogatorio analogo a quello delle spese necessarie testimonierebbe la volontà del fisco di incentivare la coltivazione mineraria; sulla possibilità di instaurare un parallelismo tra regime delle spese collegate allo sfruttamento del sottosuolo e regime delle spese per la *refectio aedificiorum*, cfr. *infra*. L’impostazione del Mispoulet risulta condivisa da G. ZANETTI, *Tipici atteggiamenti*, cit., 132, mentre è merito di S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 157 ss. avere focalizzato l’attenzione su un aspetto di estrema rilevanza del regime fissato dal § 6: infatti, il riferimento alla corrispondenza proporzionale tra entità della partecipazione societaria e spese di gestione, entità economiche indubbiamente diverse dalle eventuali perdite di esercizio, non parrebbe escludere di per sé che le parti avessero piena libertà nell’attribuzione delle rispettive entità partecipative, né l’eventuale pattuizione della ripartizione delle perdite in proporzione diversa da quella degli utili. Continuando a ragionare su questa direttrice, pertanto, l’Autore comasco è giunto a ritenere che nel segmento del § 6 ‘*ita ut – conferat*’, l’utilizzo della locuzione avverbiale *ita ut* potrebbe presupporre non tanto l’inderogabilità del criterio di proporzionalità alle quote nella ripartizione delle spese, ma l’applicabilità della regola generale dell’imputabilità ai soci delle *impensae in societatem*, da cui poteva trarre origine la speciale procedura indicata nei confronti del socio inadempiente.

<sup>45</sup> In tal senso, J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 26 ss., il quale ha dedotto tale conclusione dalla circostanza che, per un verso, l’*incipit* del § 6 sembrerebbe lasciare libero l’*occupator* sotto il profilo delle formalità e, per altro verso, imporrebbe due restrizioni: l’obbligo di partecipare alle spese e di intraprendere la proce-

la costituzione della società venisse prestato senza particolari formalità. Per quanto questa ipotesi non sembri del tutto inverosimile, bisogna riflettere su alcuni dati del regime finora emerso relativamente alla posizione dell'*occupator* che potrebbero indurre a credere che vi fosse invece qualche formalità attraverso cui il fisco avrebbe avuto notizia della costituzione della società tra gli occupanti. Infatti, dalla trattazione precedente è parso possibile che l'*occupator*, una volta espletato a sue spese un primo accertamento delle potenzialità del sottosuolo, laddove volesse continuare la ricerca delle vene da coltivare, dovesse versare al fisco un tributo entro due giorni, il '*pittaciarium*', al fine di potere continuare l'attività intrapresa: ciò avrebbe probabilmente comportato la sua iscrizione in un registro.<sup>46</sup>

Di conseguenza, non si può escludere che, dopo una prima ricognizione lasciata alla sua libera iniziativa, l'*occupator* potesse ritenere vantaggioso costituire una società al fine di ripartire con i soci le spese collegate all'attività di ricerca ed al versamento del tributo e che il fisco, in occasione del versamento del tributo, registrasse altresì l'avvenuta costituzione della società tra gli *occupatores*. Tuttavia, a ben riflettere, anche qualora il fisco non avesse avuto preventiva notizia della costituzione della società, è plausibile che il *procurator metallorum* ne sarebbe stato comunque informato successivamente: si pensi, ad esempio, al caso in cui fosse stata intrapresa nei confronti del socio inadempiente la particolare procedura prevista dal § 6, a cui il *procurator metallorum* avrebbe dovuto probabilmente sovrintendere.<sup>47</sup>

La norma conservata nel § 6 sembra inoltre presupporre che la costituzione della società potesse avvenire in momenti diversi a seconda delle esigenze dell'*occupator*: da un lato, infatti, si potrebbe ipotizzare che l'*occupator*, una volta sostenute le spese, rendesse note queste ultime ad alcuni interessati in modo che costoro potessero decidere se entrare in società e quale quota di spese sostenere, dall'altro lato, pare altresì possibile che l'*occupator*, avendo già concluso il contratto di società, potesse informare i soci della necessità di sostenere determinate spese affinché questi provvedessero, oppure decidesse di anticipare le spese per ripartirle in un secondo momento con gli altri soci. In effetti, una lettura complessiva della norma sembrerebbe indurre a ritenere che accadesse con una certa frequenza che la società fosse previamente costituita per lo svolgimento dell'attività estrattiva, ma che un socio dovesse anticipare le spese, salvo farsele rimborsare in seguito dagli altri, in modo che l'attività

dura prevista nei confronti del socio inadempiente. Da quest'ultima disposizione sarebbe possibile dedurre che la finalità del fisco di permettere alle società minerarie di operare senza rallentamenti avesse carattere prioritario, tanto che la disciplina conservata nel § 6 rappresenterebbe l'unico caso in cui era prevista una sanzione amministrativa per fare rispettare un contratto tra privati.

<sup>46</sup> Sul punto, cfr. *supra* nt. 12.

<sup>47</sup> Come già osservato *supra*, il ruolo di costante supervisione da parte del *procurator metallorum* si può dedurre non soltanto dal riferimento contenuto in Vip. II.1, che attribuisce al *procurator metallorum* il compito di vendere all'asta il *puteus univertus* dell'*occupator* che avesse fuso il metallo senza avere previamente versato il *pretium* al fisco, ma anche dalla disposizione conservata nel § 8 – su cui ci soffermeremo ancora *infra* – che imponeva al colono che volesse vendere o comprare una quota della società mineraria di darne preventiva notizia al *procurator metallorum*. Proprio per questo motivo, appare più probabile che la comunicazione della conclusione del contratto di società, nonché dei soci che ne facevano parte, avvenisse prima dell'avvio della procedura di esclusione del socio inadempiente, anche qualora la creazione della società fosse avvenuta in un momento successivo rispetto alla corresponsione del '*pittaciarium*'.

mineraria non subisse blocchi né rallentamenti a causa del tempo necessario per reperire i capitali con cui finanziare il suo svolgimento.

In ragione di queste osservazioni, appare più chiaro anche il motivo per cui il prosieguo del § 6 sia dedicato all'ipotesi in cui un socio non avesse adempiuto all'obbligazione di versare la quota di spese dovuta anche dopo averne avuto notizia in maniera ufficiale. La statuizione, infatti, senza prevedere espressamente la possibilità di agire in giudizio nei confronti del socio inadempiente, stabilisce che qualora quest'ultimo avesse continuato a non adempiere anche dopo che il rendiconto delle spese sostenute dall'occupante era stato affisso nel luogo più frequentato del foro per tre giorni ed era stato reso noto ai soci tramite un banditore, avrebbe perso la titolarità della quota, che sarebbe stata divisa fra gli altri soci, così come nel caso in cui un socio avesse tenuto un comportamento doloso finalizzato a non adempiere o ingannare uno o più soci.<sup>48</sup>

Tuttavia, per comprendere a fondo la *ratio* della statuizione in oggetto, risulta altresì opportuno dedicare attenzione al contenuto della sanzione prevista per il socio che fosse rimasto inadempiente nonostante lo svolgimento della procedura prevista dal § 6: *'is eius putei partem ne habeto'*. Pertanto, la quota di cui il socio inadempiente era titolare sarebbe andata ad incrementare le quote dei soci che avevano adempiuto, il che implica che il socio inadempiente avrebbe perso anche qualsiasi *chance* di arricchimento futuro nel caso in cui l'attività estrattiva si fosse rivelata redditizia. Questa considerazione rende peraltro verosimile che il soddisfacimento delle pretese dei soci che avevano adempiuto avvenisse fondamentalmente attraverso la procedura *ex* § 6, piuttosto che tramite la possibilità di agire in giudizio per ottenere la condanna del socio inadempiente.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Al proposito, S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 162 s. e ntt. 121 e 122, ha sottolineato che la disposizione in esame parrebbe prendere in considerazione il persistente inadempimento del socio da un triplice punto di vista: sotto il profilo del 'semplice' mancato versamento delle spese anticipate, sotto il profilo della dolosa determinazione del proprio inadempimento e sotto il profilo dell'induzione in inganno degli altri soci al fine di non adempiere. Tale 'triplice prospettiva' però, ad avviso dell'Autore, non sarebbe stata colta *in toto* dagli studiosi che prima di lui hanno dedicato attenzione alla statuizione, in quanto J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 27 s., avrebbe colto principalmente il primo aspetto, così come C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 142. Al contrario, E. CUQ, *Un règlement*, cit., 117, non si è soffermato sul punto, ma ha osservato che l'inadempimento del socio sarebbe potuto derivare da due circostanze: l'intervenuta insolubilità del soggetto o la disapprovazione della gestione sociale. Inoltre D. CAPANELLI, *Alcune note*, cit., 131, mostra di intendere l'indicazione *'qui non ita contulerit'* come riferita al mancato apporto dei conferimenti. Su quest'ultima ipotesi, Lazzarini ha invece posto in evidenza che l'intera disciplina contenuta nel § 6 appare imperniata sul problema della ripartizione degli oneri economici in proporzione alle *partes* di cui i soci erano titolari, mentre l'avvenuto conferimento sarebbe «elemento presupposto e precedente, estraneo alle disposizioni in esame».

<sup>49</sup> Il mancato riferimento alla possibilità di agire in giudizio nei confronti del socio inadempiente ha indotto la dottrina a ritenere che la procedura descritta nel § 6 fosse l'unico mezzo a disposizione del socio che aveva anticipato le spese. In questo senso, cfr. E. CUQ, *Un règlement*, cit., 117, secondo il quale la procedura prevista dal § 6, che si sarebbe svolta davanti al *procurator metallorum*, avrebbe fatto venire meno la necessità di agire in giudizio per il socio che aveva anticipato le spese, dal momento che gli avrebbe fatto acquisire la titolarità della quota del socio inadempiente. Anche E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 80 s., si è orientato in questo senso, così come A. D'ORS, *Epigrafi*, cit., 124 s., il quale ha ritenuto che il rimedio a disposizione del socio fosse una 'specie' di *actio pro socio* che avrebbe dato origine ad una procedura *extra ordinem*, ma avrebbe conservato il carattere infamante dell'azione editale. D'accordo con questa ricostruzione, S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 163, il quale ha inoltre ritenuto verosimile che l'esclusione del socio inadempiente potesse

La disposizione conservata nel § 6 sembra quindi introdurre un procedimento in grado, nel suo insieme, di salvaguardare tutti gli interessi in gioco: per un verso, infatti, esso si mostra volto a sollecitare l'adempimento del socio in tempi molto rapidi per non compromettere la prosecuzione dell'attività estrattiva e non cagionare una perdita economica né ai soci che avevano adempiuto né al fisco, ma, per altro verso, sembra tutelare anche il socio inadempiente, garantendogli una comunicazione ufficiale, dunque una sorta di notifica, della necessità di adempiere attraverso l'esposizione del rendiconto nel foro e la comunicazione attraverso il banditore, per non perdere qualsiasi possibilità di profitto per il futuro. Alla luce delle finalità appena poste in evidenza, appare altresì coerente che, nell'ipotesi di persistente inottemperanza del socio, la società originaria non si estinguesse né se ne creasse una nuova nonostante l'esclusione del socio inadempiente<sup>50</sup>: tale disciplina, pertanto, sembrerebbe superare, almeno in una certa misura, l'idea classica di *societas* quale contratto di durata strettamente personalistico ed avvicinarsi invece alla disciplina propria delle *societates vectigalium publicorum* che, come le società minerarie in esame, svolgevano un servizio pubblico di importanza nevralgica.<sup>51</sup>

avvenire subito dopo il termine di tre giorni, in modo da assicurare una rapida soluzione della controversia che avrebbe garantito l'esercizio ininterrotto dell'attività mineraria.

<sup>50</sup> Sul punto, paiono cogliere nel segno le considerazioni di G. ZANETTI, *Tipici atteggiamenti*, cit., 134, ad avviso della quale «in base a questa mirabile organizzazione, l'impresa non solo aveva assicurato un avvenire, anzi una certa longevità, poiché essa era immune dalle cause che mettevano fine alle società ordinarie...».

<sup>51</sup> Sulla possibilità di riscontrare elementi di analogia tra il sistema di esclusione del socio inadempiente previsto dal § 6 e il regime che caratterizzava le *societates vectigalium* si è espresso E. CUQ, *Un règlement*, cit., 116 e nt. 4, che ha altresì individuato un frammento che ammette che un socio di una *societas vectigalium* potesse acquistare la titolarità della *pars* del socio che non era in grado di adempiere, nel caso in cui la società fosse stata amministrata *separatim*. Si tratta di D. 39.4.9.4 (Paul. 5 sent. = PS. 5.1a.5): *Socii vectigalium si separatim partes administrant, alter ab altero minus idoneo in se portionem transferri iure desiderat*, sul quale cfr. M.R. CIMMA, *Ricerche*, cit., 221 ss., la cui opinione risulta condivisa da F.-S. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main 2004, 217. Tale testimonianza, come specifica l'Autrice alla nt. 173, si inserisce tra quelle che mostrano che le società di pubblicani a cui venivano aggiudicati servizi pubblici di fondamentale rilevanza, come la percezione delle imposte, dovevano necessariamente essere sottoposte ad un regime che derogava la disciplina comune del contratto di società in modo da garantire la continuità dell'attività delle società medesime. Tali considerazioni, come già sottolineato ancor prima da J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 31, si collegano altresì all'idoneità ad avere rilevanza esterna riconosciuta da Gaio alle *societates vectigalium publicorum vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum* nel testo conservato in D. 3.4.1 pr. (Gai 3 ad ed. prov.): *Neque [societas] <societatem> neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coeretur. paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permixtum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt*. Al proposito, nell'ambito dell'amplessima bibliografia sulla rilevanza esterna della *societas vectigalium*, per una trattazione in termini generali, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 78 ss.; A. GUARINO, «*Solutio*», cit., 146 ss.; F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, 743 ss.; M. TALAMANCA, v. *Società (dir. rom.)*, cit., 829 ss.; ID., *La 'societas'. Corso di lezioni di diritto romano*, L. GAROFALO (ed. postuma a cura di), Padova 2012, 145 ss. Tuttavia, con specifico riguardo alla disciplina dalle società minerarie tra occupanti conservata in Vip. II.6, per quanto sia possibile individuare una certa affinità

Considerazioni in parte analoghe sembrano potersi estendere alle società fra coloni disciplinate dai §§ 7 e 8 della seconda tavola di *Vipasca*. Il § 7,<sup>52</sup> che presenta una formulazione più concisa rispetto al precedente, attribuisce anche al singolo colono o ai coloni che avessero contribuito alle spese il diritto di ripetere dagli altri soci il ‘*quod bona fide erogatum*’. Il § 8,<sup>53</sup> poi, subordina a diverse condizioni la facoltà di alienare le *partes puteorum* di cui il colono era titolare, al prezzo più conveniente possibile: la vendita sarebbe dovuta avvenire esclusivamente fra coloni (*inter se*), soltanto per quote di cui fosse stato interamente versato il prezzo al fisco e previa *professio* da parte del venditore o del compratore al *procurator metallorum*. La donazione della quota, infine, sarebbe stata vietata a colui che fosse stato debitore del fisco.

Dalla lettura delle due disposizioni sembra emergere che la disciplina delle società fra coloni esercenti l’attività estrattiva fosse fondamentalmente volta a perseguire, come quella delle società fra occupanti, l’esigenza di ripartire fra i soci le spese connesse all’esercizio dell’attività mineraria: al proposito appare rilevante, infatti, anche il riferimento al diritto del colono, facente parte di una società mineraria, al rimborso delle spese sostenute in buona fede, dal momento che parrebbe dettato dalla finalità di ripartire fra i soci il rischio connesso all’esercizio dell’attività estrattiva, in applicazione dei principi generali in materia di *societas*.<sup>54</sup>

Eppure, il regime appena illustrato in ordine alle società fra coloni sembra presentare alcune differenze rispetto alla disciplina delle società tra *occupatores*, presumibilmente in ragione della diversa condizione giuridica dei coloni rispetto agli occupanti. È già emerso, infatti, che i coloni potevano essere titolari di una concessione durevole del diritto allo sfruttamento dei pozzi in cui erano già state presumibilmente individuate alcune vene di utile coltivazione; il che parrebbe presupporre che l’incertezza connessa al buon esito delle ricerche nelle società fra coloni fosse forse meno marcata rispetto a quella che caratterizzava l’attività delle società di occupanti.<sup>55</sup> Appare consequenzario, perciò, che gli aspetti delle società fra coloni che abbisognavano di un’espressa previsione normativa fossero quelli relativi alla ripetizione delle spese da parte del socio che le aveva anticipate, così come i profili inerenti alla cessione delle quote, essendo forse meno frequente che i soci fossero inadempienti rispetto alle obbligazioni derivanti dal contratto di società, dato che la compagine sociale era verosimilmente

con le *societates vectigalium* sotto il profilo della continuità, sarebbe forse troppo azzardato ipotizzarne analogie sotto altri punti di vista e specialmente sotto l’aspetto della rilevanza esterna. Sulla questione appaiono infatti condivisibili le osservazioni del Mispoulet, op. cit., 28 ss., che pongono in evidenza le differenze tra le due discipline, come ad esempio la probabile assenza di un rappresentante comune delle società minerarie di *Vipasca*, a cui farebbe seguito la responsabilità dei singoli soci nei confronti del fisco e degli altri creditori.

<sup>52</sup> Cfr. *supra* p. 66.

<sup>53</sup> Cfr. *supra* p. 66.

<sup>54</sup> Tale statuizione, infatti, sembrerebbe configurare non tanto un’eccezione al principio generale per cui il socio avrebbe avuto diritto al rimborso delle spese necessarie per il perseguimento dell’oggetto sociale, come vorrebbe D. CAPANELLI, *Alcune note*, cit., 133 e nt. 58, ma un adattamento del medesimo principio alle caratteristiche dell’attività estrattiva: si pensi, ad esempio, al caso in cui fosse stata finanziata in buona fede la prosecuzione della coltivazione di una vena poi rivelatasi vana. In tale ipotesi, sebbene le spese potessero risultare a posteriori non necessarie, avrebbero potuto comportare un ingente sacrificio economico per chi le aveva sostenute in buona fede, sacrificio che presumibilmente avrebbe dovuto essere ripartito con gli altri soci.

<sup>55</sup> In questo senso si è infatti orientato E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 79.

già 'asestata' ed il perpetuarsi del vincolo societario avrebbe comunque consentito, nel caso in cui l'esercizio del *ius repetendi* da parte del socio che aveva anticipato le spese fosse risultato infruttuoso, che queste ultime venissero scomputate ai soci inadempienti in sede di calcolo degli utili.<sup>56</sup> Non si può però del tutto escludere che tale norma presupponesse altresì che, in assenza di utili, il socio potesse agire con l'*actio pro socio* per ottenere la condanna al rimborso da parte dei soci inadempienti.

Questi rilievi si riflettono altresì sull'aspetto delle società minerarie che più ci interessa in questa sede, dal momento che la possibilità che vi fosse l'uscita dei soci della compagine sociale senza che la società si estinguesse sembra essere ammissibile anche per le società di coloni, ma in una prospettiva differente rispetto alla fattispecie vista in precedenza per gli occupanti. Oltre alla possibilità di ripetere gli importi versati a titolo di spese, viene infatti riconosciuta ai coloni la facoltà di alienazione delle quote acquistate dal fisco, seppure soltanto nei confronti di altri coloni, ai sensi del § 8. In linea di principio, quest'ultima limitazione potrebbe essere letta sia in termini generici, ossia come riferita agli altri coloni già concessionari del diritto di sfruttare taluni pozzi ma non soci dell'alienante, perché soci di una società

<sup>56</sup> Al proposito, si può inoltre osservare che il contenuto del § 7 sulle società dei coloni presenta una tecnica redazionale che pare rivelare un approccio sostanzialmente opposto rispetto a quello che caratterizza la disciplina del § 6, relativo alle società di occupanti, dal momento che prende in considerazione non già l'ipotesi in cui il socio finanziatore delle spese dovesse intraprendere una particolare procedura nei confronti dei soci inadempienti, procedura che si sarebbe potuta concludere con l'esclusione di questi ultimi, bensì il diritto del socio finanziatore di ottenere la ripetizione di quanto speso senza dovere porre in essere nessuna particolare procedura. Questa differenza ha indotto peraltro alcuni esponenti della dottrina più datata, in particolare quella che ha ritenuto verosimile che la condizione giuridica dell'*occupator* e del *colonus* fosse praticamente la medesima – su cui cfr. *supra* nt. 5 – a chiedersi se la menzione dei *coloni* e successivamente dei *socii* nel § 7 sia effettivamente riferita agli stessi soggetti, in quanto, in tal caso, alla luce dei ragionamenti di tali Autori, le disposizioni del § 6 e quelle del § 7 sarebbero in parte contraddittorie poiché introdurrebbero due modi distinti di ottenere il rimborso a favore del socio finanziatore. Su tale problematica, si è espresso E. CUQ, *Un régime*, cit., 121 ss., in part. 123, il quale è giunto ad ipotizzare che nel testo del § 7 il riferimento ai *coloni* abbia un'accezione ampia, che comprende anche gli imprenditori che, pur non essendo *occupatores*, si servivano degli *occupatores* per l'esercizio iniziale dell'attività estrattiva. Sul punto è tornato J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 32 ss., il quale ha invece ritenuto che il § 7 fosse congiunto al § 6 ed iniziasse con le parole *et coloni*; da tale ipotesi ricostruttiva del testo discenderebbe che i soci che avevano sostenuto le spese potessero servirsi, oltre che della specifica procedura prevista dal § 6 con riguardo al socio inadempiente, anche dei mezzi generali per l'esercizio del *ius repetendi* di quanto speso in buona fede. In quest'ordine di idee sostanzialmente anche E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 79 s., mentre A. D'ORS, *Epigrafi*, cit., 125 s., ritenendo invece più plausibile che il § 7 iniziasse con *vel ii coloni*, ha concluso che la disposizione avrebbe ad oggetto una fattispecie ben distinguibile da quella del § 6, dato che si riferirebbe ai *coloni*, intesi genericamente come gli abitanti di *Vipasca*, che avevano provveduto al finanziamento dell'impresa mineraria come soggetti terzi; di conseguenza, tali coloni avrebbero potuto agire nei confronti dei soci con i mezzi ordinari e non con la particolare procedura infamante prevista dal § 6. Inoltre C. DOMERGUE, *La mine antique*, cit., 142 e nt. 7, dopo avere preso le mosse dall'idea che il testo del § 7 iniziasse con *et*, ha invece ritenuto verosimile che la procedura *ex* § 6 si potesse applicare anche ai *coloni* soci della società mineraria che non avessero provveduto alle spese. Successivamente D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen*, cit., 404, seguito da S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 18, 31 e 165, ha integrato l'*incipit* del § 7 con *ei vel iis colonis* – ricostruzione accolta anche nel presente lavoro – ed ha reso così possibile la comprensione della statuizione del § 7 come norma autonoma, riservata alla distinta fattispecie della società conclusa fra *coloni*, nell'ambito della quale uno o più membri avessero sostenuto le spese anche per gli altri.



mineraria diversa che operava a *Vipasca*, sia in termini restrittivi, cioè soltanto in ordine ai coloni che già fossero soci dell'alienante.<sup>57</sup>

La seconda ipotesi, però, appare dotata di maggiore verosimiglianza in quanto è presumibile che, una volta attribuita la concessione durevole del diritto allo sfruttamento dei pozzi, il fisco avesse interesse a mantenere il più possibile intatta la compagine sociale in virtù del rapporto fiduciario ormai instauratosi con i concessionari. Ciò potrebbe essere confortato dalla circostanza che il fisco volesse avere notizia, tramite il *procurator metallorum*, dell'alienazione delle quote da parte dei coloni: forse proprio al fine di vagliare se la distribuzione delle quote tra i coloni che sarebbe derivata dall'alienazione avrebbe continuato a garantire l'affidabilità del gruppo dei soci.

Quanto appena ipotizzato può forse essere avvalorato anche dalla previsione che chiude il testo del nostro paragrafo disponendo specificamente che il socio debitore del fisco non potesse donare la sua quota (*'ei qui debitor fisci erit, donare partem suam ne liceto'*): dalla formulazione della norma parrebbe infatti potersi desumere un rapporto diretto tra il singolo colono, socio stabile della società mineraria, ed il fisco.<sup>58</sup> A ben riflettere, inoltre, l'espresso divieto di donazione della quota potrebbe dipendere proprio dal rischio a cui il fisco sarebbe andato incontro nel caso in cui il socio inadempiente avesse donato la sua *pars putei*; a differenza dell'ipotesi di alienazione della quota – non a caso consentita al prezzo più alto possibile, ma comunque anch'essa condizionata dal preventivo pagamento del prezzo al fisco –, il carattere gratuito del negozio di donazione avrebbe infatti precluso al fisco la possibilità di rifarsi sul ricavato della cessione.

A questo punto, se volgiamo di nuovo lo sguardo al problema alla rilevanza dell'*intuitus personae* in relazione alla disciplina delle società minerarie nel loro insieme, possiamo sottolineare che la fattispecie presa in considerazione dal nostro regolamento in relazione alle società tra coloni riguarda soltanto la cessione volontaria delle quote da parte del socio, tanto che viene fatta menzione dell'interesse ad ottenere il prezzo più alto possibile dalla

<sup>57</sup> La questione è giustamente prospettata in questi termini da J.-B. MISPOULET, *Le régime*, cit., 34 s., ma è altresì influenzata dal concetto di generico *colonus* – sostanzialmente sovrapponibile a quello di *occupator* – da lui adottato. Egli infatti si domanda, con riferimento all'indicazione *inter se* del § 8, «comment faut-il interpréter ici le mot *coloni*? On peut l'entendre, dans un sens large, de tous exploitants du territoire minier de *Vipasca*, on dans un sens restreint, des exploitants d'un même puits, en un mot des *socii* de la même société minière». Nonostante, poi, il Mispoulet osservi che in favore dell'accezione specifica giocherebbero le circostanze che nel precedente § 7 la menzione del *colonus* sia stata intesa nel senso di *socius* e che il fisco avrebbe così rafforzato il rapporto instaurato tra i soci rimanenti, attribuendo loro il privilegio di potere essere gli unici destinatari delle quote, propende infine per l'adozione del significato più esteso della nozione di colono. A suo modo di vedere, infatti, non tutte le disposizioni della *lex metallis dicta* adottano un significato ristretto della nozione di colono e, laddove la disposizione contenuta nel § 8 avesse voluto indicare il colono socio di una società mineraria, avrebbe forse contenuto direttamente la menzione del socio e non quella generica del colono. Tuttavia, l'innegabile connessione tra il § 7 ed il § 8 della nostra *lex metallis* pare rappresentare un dato essenziale per propendere a favore dell'adozione del significato tecnico di colono socio di una società mineraria.

<sup>58</sup> Tale rapporto diretto, una volta individuata la compagine sociale più idonea all'esercizio dell'impresa mineraria, sembrerebbe infatti presupposto dalla circostanza che la disposizione contenuta nel § 8 paia dare per acquisito che il fisco, attraverso il *procurator metallorum*, potesse all'occorrenza controllare se il singolo socio avesse di volta in volta versato la quota di *pretium* dovuta.

vendita, mentre il presupposto su cui si basa la disciplina della società degli occupanti pare essere, all'opposto, quello di una sorta di esclusione automatica del socio a causa della sua inadempienza. Tuttavia, anche la disciplina delle società tra coloni sembra superare da un certo punto di vista l'essenzialità dell'*intuitus personae* propria del contratto di *societas*, dal momento che, come per le società fra occupanti, il venire meno del singolo socio non avrebbe comportato l'estinzione della società originaria né la creazione di una nuova società, per non compromettere il regolare svolgimento dell'attività mineraria.

4. Confronto con il regime delineato in D. 17.2.52.10. La peculiarità del regime delle società minerarie che emerge dalle statuizioni della seconda tavola di *Vipasca* sotto il profilo dell'attenuazione del carattere strettamente personale della società induce a proseguire l'indagine intrapresa nel tentativo di verificare l'attendibilità dell'ipotesi secondo la quale, anche in società che svolgevano un'attività diversa da quella mineraria, si potrebbe individuare un sistema di esclusione dei soci inadempienti simile a quello delineatosi per le società tra *occupatores*.

In particolare, alcuni Autori<sup>59</sup> che hanno dedicato importanti riflessioni alla seconda tavola di *Vipasca* hanno ritenuto che la disciplina delle società in essa riportata non sarebbe così peculiare come sembrerebbe *prima facie*, dal momento che un sistema di uscita dei soci inadempienti sostanzialmente analogo a quello previsto per le società minerarie tra occupanti emergerebbe dal frammento conservato in D. 17.2.52.10. Ad avviso di tali Autori, infatti, entrambe le fattispecie presupporrebbero la possibilità per il socio che avesse sostenuto le spese di acquisire la titolarità delle quote dei soci che avessero continuato a non adempiere malgrado il decorso del termine a loro disposizione, al fine di favorire il perseguimento dell'interesse pubblico allo svolgimento di una determinata attività.

Esaminiamo quindi il testo di

D. 17.2.52.10 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Idem (sc. Papinianus) respondit: socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum [certis] usuris intra quattuor menses, postquam opus reffectum erit, recipere potest exigendoque privilegio utetur aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat. finge enim malle eum magis suum consequi quam dominium insulae. oratio enim divi Marci idcirco quattuor mensibus finit [certas] usuras, quia post quattuor dominium dedit.*

<sup>59</sup> A tale proposito, cfr. E. CUQ, *Un règlement*, cit., 116, il quale ha ipotizzato che il sistema di esclusione dei soci previsto da Vip. II.6 fosse stato esteso alle fattispecie da cui emergesse la necessità di agire per il rimborso delle spese necessarie, come dimostrato del contenuto di D. 39.2.32 (Gai 28 *ad ed. prov.*) – il cui testo è riportato *infra* nt. 69 –, nonché Otto Gradenwitz che, nell'apparato critico della settima edizione di C.G. BRUNS, *Fontes*, cit., 293 ss., in part. 264, nt. 1, rimanda proprio a questo frammento e ricorda al lettore «*de oratione Divi Marci quae socio qui cessantium portiones insulae restituerit, dominium totius rei dedit*». Sul punto è tornato E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 80 s., il quale ha rinvenuto il medesimo 'Kaduzierungsrecht' nelle due discipline, nonché in C. 8.10.4 (su cui *infra* nt. 60); nel medesimo ordine di idee si è espresso anche A. D'ORS, *Epigraffa*, cit., 124 s., in part. 125, il quale ha posto in evidenza, con riferimento al sistema di esclusione del socio descritto in Vip. II.6, che «este sistema, después de todo, no es nuevo, pues aparece igual en el régimen de las sociedades edificadoras».

Il frammento, tratto dal trentunesimo libro del commentario *ad edictum* di Ulpiano, nel testo a noi pervenuto riporta un responso di Papiniano che prende in esame il caso del *socius* che ha pagato le spese per il restauro delle *portiones insulae*, anche in luogo degli altri soci che avrebbero dovuto provvedervi. Accanto al diritto di ottenere dagli altri, in via privilegiata ed entro quattro mesi dal restauro, il rimborso *pro quota* del capitale speso maggiorato delle *usurae*, una volta decorso il termine indicato, viene riconosciuta al *socius* che ha sostenuto le spese la facoltà di scegliere se diventare proprietario delle *portiones insulae* di cui erano titolari i *cessantes* oppure agire con l'*actio pro socio* per ottenere la rifusione del '*quod sua intererat*'. Tale facoltà, alla luce del ragionamento di Papiniano condiviso da Ulpiano, appare fondata sul presupposto che il *socius* potesse comunque preferire ('*fnge enim malle...*'), anche dopo il decorso del termine, ottenere il '*quod sua intererat*' piuttosto che il *dominium insulae*, nonostante il divo Marco Aurelio<sup>60</sup> avesse disposto, mediante un'*oratio in senatu habita*, che le

<sup>60</sup> La medesima regola si ritrova, peraltro, in una costituzione riportata nel *Codex*, successiva di circa ottant'anni rispetto all'*oratio divi Marci*, conservata in C. 8.10.4 (*Imp. Philippus A. et Philippus C. Victori*): *Si, ut proponis, socius aedificii ad refectionem eius sumptus conferre detractat, non necessarie extra ordinem tibi subveniri desideras. etenim si solus aedificaveris nec intra quattuor mensuum tempora cum centesimis nummus pro portione socii erogatus restitutus fuerit vel, quominus id fieret, per socium id stetisse constiterit, ius domini pro solido vindicare vel obtinere iuxta placitum antiquitus poteris.* [a. 245] *PP. IIII K. April. Philippo A. et Titiano cons.* Si tratta di un provvedimento del 245 d.C. destinato a Vittore, in cui Filippo Augusto e Filippo Cesare ribadiscono il principio affermato in D. 17.2.52.10, precisando, inoltre, che non sarebbe stato necessario agire *extra ordinem* nei confronti del *socius* che si rifiutava di adempiere all'obbligazione di versare le spese sostenute per la ristrutturazione dell'edificio comune, dal momento che qualora il socio inadempiente non avesse provveduto entro quattro mesi al versamento del capitale dovuto maggiorato delle *usurae centesimae* o avesse determinato con il suo comportamento il protrarsi dell'inadempienza, il socio che aveva sostenuto le spese avrebbe potuto ottenere la titolarità della sua quota dell'edificio in ossequio a quanto stabilito in precedenza. La lettera della costituzione permette di capire che fu probabilmente l'*oratio divi Marci* che fissò '*antiquitus*' il termine di quattro mesi per richiedere il rimborso delle spese maggiorate degli interessi, trascorso il quale il socio che aveva sostenuto le spese della *refectio* o della costruzione dell'edificio avrebbe acquistato la titolarità esclusiva della proprietà dell'edificio o comunque la quota del socio inadempiente. Se confrontiamo tale statuizione con quanto affermato nel testo conservato in D. 17.2.52.10, possiamo inoltre attribuire alla soluzione di Ulpiano e Papiniano l'introduzione di un temperamento della regola fissata da Marco Aurelio, temperamento in ragione del quale, anche qualora il termine di quattro mesi fosse trascorso senza che il *socius* finanziatore avesse ottenuto il rimborso, costui avrebbe comunque potuto agire in seguito senza essere obbligato a diventare proprietario della quota dell'edificio del socio inadempiente. Sul disposto delle due fonti la dottrina si è soffermata a lungo, dedicando attenzione a diversi profili di indagine ad esse collegati, che ci limitiamo a menzionare in questa sede, dato che non riguardano nello specifico l'oggetto della presente ricerca: in relazione al problema dell'aumento dei prezzi degli immobili di cui sarebbe testimonianza la decisione di Marco Aurelio riportata in D. 17.2.52.10, G. POLARA, «*Inquilini qui praedii adhaerent*» ed «*aestimatio*» di un legato nullo, in *BIDR* 72, 1969, 139 ss., in part. 161; con riguardo all'eventuale alternativa fra processo formulare e rimedio *extra ordinem*, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, 84 s. e poi A. D'ORS, *Rescriptos y cognicion extraordinaria*, in *AHDE* 47, 1977, 5 ss., in part. 7; in ordine alla possibile unificazione dell'*actio ex cautione damni infecti* e l'*actio pro socio*, S. TAFARO, *Il giurista mediatore tra istanze sociali e schema processuale: l'«actio ex cautione damni infecti»*, in *INDEX* 5, 1974/75, 66 ss., in part. 87 s., nt. 23; con riguardo alla questione dell'ammissibilità della *communio pro diviso* F. SERRAO, *Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a.C.*, in *Legge e società nella repubblica romana*, I, F. SERRAO (a cura di), 1981, Napoli, 1980, 152 s., nt. 253; sul contenuto del *privilegium exigendi*, sul momento della sua introduzione e sulle finalità dello stesso, V. SCARANO USSANI, «*Privilegium exigendi*» e *ideologia della città*

*usurae* relative all'importo delle spese anticipate potessero essere richieste entro il termine di quattro mesi, trascorso il quale il *socius* avrebbe acquisito il *dominium* dell'*insula*.

In relazione al testo del frammento appena riportato sono state avanzate diverse ipotesi di interpolazione: oltre ad avere rilevato, come già ipotizzato dal Cujas,<sup>61</sup> l'introduzione da parte dei commissari giustinianeî dell'aggettivo '*certis*' riferito ad '*usuris*', al posto dell'originario *centesimis*, e del successivo '*certas*' riferito ad '*usuras*', al posto dell'originario *centesimas*, nonché una incongruenza grammaticale nell'utilizzo del '*quamvis*',<sup>62</sup> il Pringsheim ha ritenuto interpolato l'intero segmento di testo compreso tra '*potest tamen*' ed '*insulae*'. Ad avviso dell'Autore tedesco, infatti, tale parte del frammento non soltanto risulterebbe inficiata da alcune anomalie stilistiche, quali il ridondante accostamento di '*magis*' al verbo '*malle*' e l'inelegante associazione '*finge – enim*' e '*oratio enim*', ma farebbe risultare la soluzione dei giuristi fondata, in chiave concessiva, sulla sequenza delle frasi '*quamvis – habebit*' e '*potest tamen – insulae*', che non avrebbe motivo d'essere espressa in tale modo, dal momento che la possibilità di agire nei confronti del socio inadempiente non sarebbe stata in discussione.

Le alterazioni del testo ipotizzate dal Pringsheim sono state ritenute plausibili anche dallo Schönbauer,<sup>63</sup> il quale è però giunto ad una conclusione opposta, ossia che il frammento,

*negli anni di Marco Aurelio*, in LABEO 29 1983, 255 ss., in part. 261 ss.; ID., *Le forme del privilegio. Beneficia e privilegia tra Cesare e gli Antonini*, Napoli 1992, 145 ss., e H. WIELING, *Privilegium exigendi*, in TR 61, 1988, 279 ss., in part. 280; sulla menzione dell'*oratio* in luogo del *senatus consultum* come se ne fosse presupposta la medesima efficacia normativa, D. ALBA MUSCA, *Da Traiano a Settimio Severo: «senatusconsultum» o «oratio principis?»*, in LABEO 31, 1985, 7 ss., in part. 15 ss.; ancora in merito alle finalità delle innovazioni introdotte da Marco Aurelio a tutela del *socius reficiens* e, nello specifico, sul privilegio a sua disposizione, A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino 1988, 210 ss.; ancora con specifico riferimento al problema della *communio pro diviso* sul modello della proprietà per piani, cfr. E.C. SILVEIRA MARCHI, *La proprietà per piani*, in INDEX 18, 1990, 265 ss., in part. 267, tornato in seguito sul tema nell'ambito di ID., *A propriedade horizontal no direito romano*<sup>2</sup>, São Paulo 1995, 51 ss., e ivi ulteriori ragguagli bibliografici.

<sup>61</sup> In J. CUJACII *in tit. X de aedificiis lib. VIII Cod., ad l. III, V et X*, in *Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem*, IX, Prati, 1839, 1786 ss., in part. 1789, la cui ipotesi risulta accolta nell'edizione Mommsen-Krueger, *ad h. l.*

<sup>62</sup> Ad opinione di F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig 1916, 148 s., infatti, il lemma '*quamvis*' male si concilierebbe con l'utilizzo del modo indicativo nelle forme verbali ad esso susseguenti.

<sup>63</sup> Sul punto, cfr. E. SCHÖNBAUER, *Beiträge*, cit., 80 s., ma altresì D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962, 198 ss., che ha focalizzato principalmente l'attenzione sull'interpretazione del riferimento all'azione a disposizione del socio che aveva anticipato le spese, dopo il decorso dei quattro mesi, al fine di ottenere il '*quod sua intererat*', arrivando ritenere tale riferimento di natura non genuina, dal momento che parrebbe rappresentare un riferimento all'*id quod interest* in senso del tutto atecnico. Siffatta conclusione, a suo avviso, sarebbe confermata da vari indizi: dalla circostanza che il testo lasci senza risposta la domanda relativa alla possibilità che la *portio* del *cessans*, una volta acquisita dal socio che aveva finanziato la *refectio*, potesse tornare al proprietario originario, dall'imprecisione del testo nel definire la somma dovuta al socio creditore in un primo momento come capitale anticipato, maggiorato degli interessi, e poi come '*quod sua intererat*' e, infine, dalla circostanza che la costituzione riportata in C. 8.10.4, il cui contenuto riprenderebbe nella sostanza quello di D. 17.2.52.10, non menzioni la possibilità per il socio creditore di ottenere il '*quod sua intererat*'. Sulle possibili alterazioni di origine compilatoria al testo del nostro frammento si è soffermato anche S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III,

una volta espunte le parti spurie, presupporrebbe l'applicazione di una disciplina analoga a quella che si evince da Vip. II.6 anche sotto il profilo rimediale, cioè che il socio inadempiente potesse incorrere soltanto nel 'Kaduzierungsrecht' e non nell'ulteriore responsabilità patrimoniale che sarebbe potuta derivare dalla condanna a versare al socio che aveva sostenuto le spese il 'quod sua intererat'. In effetti, per quanto questa considerazione non appaia inverosimile in ordine al regime delle società tra occupanti conservato in Vip. II.6,<sup>64</sup> sembra difficilmente prospettabile con riferimento alla soluzione descritta in D. 17.2.52.10.

Andiamo però per gradi: mentre appare del tutto plausibile l'ipotesi avanzata dal Cujas in ordine agli originari riferimenti alle *usurae centesimae*, piuttosto che a quelle *certae*,<sup>65</sup> per valutare la possibile origine compilatoria del segmento '*potest tamen – insulae*', è opportuno tenere conto dell'opinione di alcuni illustri esponenti della dottrina<sup>66</sup> che hanno riscontrato

Napoli 1940, 132 e nt. 1, che ha ritenuto spurio il riferimento al privilegio del creditore, ossia il segmento '*exigendo privilegio utetur*', senza però dedicare attenzione all'aspetto che interessa maggiormente in questa sede; ad ogni modo, per un'approfondita discussione sul punto ed ulteriori ragguagli bibliografici, cfr. V. SCARANO USSANI, «*Privilegium*», cit., 261 ss.; ID., *Le forme*, cit., 145 ss.

<sup>64</sup> Sul punto cfr. *supra* p. 83.

<sup>65</sup> Il riferimento alle *usurae centesimae* è infatti presente in C. 8.10.4, che – come già visto *supra* nt. 60 – riprende in buona misura il contenuto di D. 17.2.52.10: di conseguenza, tale riferimento potrebbe essere stato sostituito da un intervento frettoloso di Triboniano, come ipotizzato dal Cujas in J. CUJACII *in tit. X de aedificiis lib. VIII Cod., ad l. III, V et X*, cit., 1789.

<sup>66</sup> Sembrano presupporre la genuinità del frammento, in virtù dell'adozione di un ordine di idee che parrebbe non escludere l'esistenza della *societas re contracta* integrata dalla *communio incidens*, P. BONFANTE, *Il "ius prohibendi", nel condominio*, in *Rend. R. Ist. Lombardo* 46, 1913, 665 ss. (= *Scritti giuridici varii*, III, Torino 1926, 382 ss., in part. 410 e nt. 1); ID., *Corso di diritto romano. La proprietà*, II.2, G. BONFANTE, G. CRIFÒ (rist. a cura di), Milano 1968, 47 e nt. 2, il quale lo ha interpretato come relativo ad un condominio dell'*insula*, dando per scontato che tra i condomini potesse utilizzarsi l'*actio pro socio*; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris 1928, 173 s., che lo ha infatti annoverato tra le fonti che riguarderebbero le riparazioni dei beni in comunione tra 'les associés', e V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante*, I, Roma 1928, 458, il quale, una volta accolta l'idea che il frammento sia dedicato a risolvere problematiche relative al condominio, non ha trovato particolari problemi a concludere, con riferimento al *socius* che aveva sostenuto le spese, che «prima del decorso dei quattro mesi egli aveva diritto soltanto a ottenere il rimborso del capitale speso coi relativi interessi, dopo i quattro mesi poteva a sua scelta o agire per ottenere il rimborso del capitale speso e dei relativi interessi, oppure farsi aggiudicare le quote dei condomini morosi». Anche E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in *BIDR* 39, 1931, 73 ss., in part. 87 ss., ha considerato il testo sostanzialmente genuino, in base al presupposto che fra i condomini fosse sempre esperibile l'*actio pro socio*, dato che agire per la divisione dell'*insula* sarebbe stato un «mezzo mastodontico» viste le finalità del *socius reficiens*, anche se la dottrina successiva, a partire da J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris 1934, 58 s., seguito poi da M. BRETONNE, «*Consortium*» e «*communio*», in *LABEO* 6, 1960, 171, nt. 13, ha messo in dubbio queste conclusioni. Sul frammento, sebbene *incidenter tantum*, si è espresso in termini parzialmente diversi V. ARANGIO-RUIZ, '*Societas re contracta*' e '*communio incidens*', in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo 1936, 355 ss. in part. 374, in quanto ha ritenuto che esso rappresenti uno di quei passi, estratti dai commentari *ad edictum*, in cui risulta evidente la connessione tra il rimedio indicato ed il contratto consensuale. Sulla scia di Bonfante e Scialoja, hanno inoltre preso in considerazione il frammento, inquadrandolo ancora una volta tra le fattispecie relative al condominio, A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, I, Torino 1930, 27, nt. 2; G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova 1937, 111 ss.; E. VOLTERRA, v. '*Senatus consulta*', in

nel testo del nostro frammento una certa coerenza interna in ragione della quale non si dovrebbe escludere *tout court* che la soluzione di Ulpiano desse, sin dalla sua formulazione originaria, tre diverse opzioni al *'socius qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit'*, tra cui anche la possibilità di agire dopo il decorso del termine di quattro mesi qualora non reputasse vantaggioso acquisire il *dominium* delle *portiones* dell'*insula* di cui erano titolari i soci inadempienti.

Al riguardo, è stato infatti opportunamente osservato<sup>67</sup> che il *socius* che aveva anticipato le spese poteva ritenere più conveniente, una volta decorsi i quattro mesi, non acquistare la titolarità della *portio* del *cessans* o delle *portiones* dei *cessantes*, ma agire per ottenere il *'quod sua intererat'*, dato che, per avere anticipato le spese della *refectio*, poteva avere subito delle

*Noviss. Dig. it.*, 16, Torino 1969, 1047 ss., in part. 1075 (= *Scritti giuridici*, V, Napoli 1993, 210 ss., in part. 238). Estremamente rilevanti paiono altresì le considerazioni di H. HONSELL, *Quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1968, 161 s., in part. 162 e nt. 13, il quale, pur ammettendo che il testo abbia subito qualche rimaneggiamento compilatorio, come indurrebbero a pensare la circostanza che *'quamvis'* sia seguito dai verbi all'indicativo ed il 'Pleonasmus' *'magis malle'*, non ritiene convincenti le conclusioni di D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 199, illustrate *supra* alla nt. 63, nella misura in cui arriva a considerare interpolato anche il segmento *'potest tamen – insulae'*, dal momento che non sarebbe del tutto illogica la possibilità che il *socius* che aveva anticipato le spese potesse preferire, decorsi i quattro mesi, agire per ottenere l'*id quod interest* piuttosto che diventare proprietario della *portio* o delle *portiones* dei soci inadempienti. Il riferimento, presente nella suddetta parte del testo, alla possibilità di ottenere il *'quod sua intererat'* non sarebbe perciò un riferimento del tutto impreciso all'*id quod interest*, come vorrebbe il Medicus, ma sarebbe tutto sommato consequenziale, visto che poteva effettivamente esserci differenza tra l'ammontare delle spese anticipate, maggiorate delle *usurae*, nonché del costo delle conseguenze sopportate a causa di tale anticipazione, ed il valore della *portio* o delle *portiones insulae* che il *socius* avrebbe acquisito. Non è improbabile, infatti, ad avviso dell'Honsell, che la *'Klagmöglichkeit'* menzionata nel segmento di testo in esame fosse stata prevista dal giurista, presumibilmente sul presupposto che fra i soci fosse stato concluso un contratto di società, proprio allo scopo di fare ottenere l'*id quod interest* al *socius* che aveva anticipato le spese nel caso in cui, per esempio, per pagare la *refectio* fosse risultato inadempiente rispetto ad altre obbligazioni e avesse dovuto perciò subire le conseguenze della mora, quali l'applicazione di una pena convenzionale o il riscatto dei beni dati in pegno. Nell'ambito della dottrina più recente, hanno mostrato di presupporre la genuinità di D. 17.2.52.10, F. SERRAO, *Lotte*, cit., 152 s., nt. 253, il quale, nel riferire la fattispecie descritta nel frammento ancora una volta al condominio, rinviene il fondamento dell'ammissibilità dell'*actio pro socio* nello svolgimento di un'attività di gestione in comune fra i condomini. Anche E.C. SILVEIRA MARCHI, *La proprietà*, cit., 267; ID., *A propriedade*, cit., 51 ss., inquadra la fattispecie come un condominio, sottolineando – come già avevano già fatto Bonfante, op. cit., 47 nt. 2 e Branca, op. cit., 111 nt.3 – l'esistenza di una regola sostanzialmente analoga nel § 98 del Codice siro-romano. Tale ordine di idee pare accolto da M. SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el derecho romano*, Jaén 2003, 132 s., mentre J. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid 1992, 241 s., si orienta per considerarla una fattispecie relativa alle spese sostenute dal socio in funzione del perseguimento dell'oggetto sociale. Al riguardo si è espresso, seppur ancora per inciso, anche J.M. RAINER, *Der Paries communis im klassischen römischen Recht*, in ZSS 105, 1988, 488 ss., in part. 511 s.; ID., *Probleme der Stadterhaltung in der Spätantike*, in TR 59, 1991, 259 ss., in part. 261 s., il quale si è limitato a citare il frammento per osservare che l'*oratio divi Marci* avrebbe introdotto una riforma per consentire al socio di ottenere il rimborso delle spese, muovendo però dal presupposto che la *societas* in esso menzionata, fosse un *'Konsensualvertrag'*. Mostrano poi di ragionare in tal senso, Th. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Berlin 1998, 98 ss.; F.-S. MEISSEL, *Societas*, cit., 195 ss.; A.M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen*, cit., 444 e nt. 1.

<sup>67</sup> H. HONSELL, *Quod*, cit., 162 e Th. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis*, cit., 101.

perdite economiche superiori al valore delle *portiones*, per quanto esso fosse presumibilmente cresciuto per via del restauro. Bisogna tuttavia tenere altresì in considerazione che una parte di quella dottrina<sup>68</sup> che ha considerato il frammento sostanzialmente genuino ha interpretato la fattispecie in esso tratteggiata come se riguardasse un caso di condominio e non di società: di conseguenza, secondo tale ipotesi, i riferimenti al *socius* contenuti in D. 17.2.52.10 sarebbero da interpretare non già come relativi al socio parte di una *societas* consensuale, ma al condomino.

Per un verso, visto che il problema centrale prospettato nel frammento è relativo al rimborso delle spese sorto tra più condomini di un edificio restaurato, la verosimiglianza di tale interpretazione non sembra potersi del tutto scartare; per altro verso, però, manca nel nostro testo qualsiasi riferimento esplicito al condominio, così come all'eventuale possibilità di agire con l'*actio communi dividundo* per il *socius* che aveva anticipato le spese.<sup>69</sup> A quest'ultimo

<sup>68</sup> In questo senso, cfr. P. BONFANTE, *Il "ius prohibendi"*, cit., 410 e nt. 1; ID., *Corso*, cit., 47 e nt. 2; V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 458; E. EIN, *Le azioni*, cit., 87 ss.; A. POGGI, *Il contratto*, cit., 27, nt. 2; G. BRANCA, *Danno*, cit., 111 ss.; E. VOLTERRA, v. *'Senatus consulta'*, cit., 238; F. SERRAO, *Lotte*, cit., 152 s., nt. 253; E.C. SILVEIRA MARCHI, *La proprietà*, cit., 267; ID., *A propriedade*, cit., 51 ss.; M. SALAZAR REVUELTA, *Evolución*, cit., 132 s.

<sup>69</sup> Dato il problema centrale del frammento, non sarebbe stato forse fuori luogo un riferimento all'*actio communi dividundo* quale mezzo a disposizione dei condomini per avviare il giudizio divisorio che avrebbe potuto portare alla condanna degli inadempienti, tenendo altresì in considerazione la necessità di liquidare «i rapporti di dare e avere sorti tra i tra i soci durante lo stato di comunione in materia di *damna, impensae, fructus...*», secondo quanto specificato da G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale. I. Divisio e vindicatio*, in AUPA 42, 1992, 259 ss., in part. 260, a cui si rimanda altresì per la principale letteratura sul rimedio in oggetto. In questo senso, si è altresì espresso M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., 77, ad avviso del quale, sebbene l'azione divisoria avrebbe portato alla conseguenza – probabilmente sgradita ai condomini – dello scioglimento della comunione, questa si sarebbe potuta anche evitare se le parti fossero giunte ad un accordo prima della sentenza. La menzione di tale azione, infatti, seppur ritenuta da E. EIN, *Le azioni*, cit., 87 ss., un rimedio eccessivo in relazione alla questione riferita nel frammento ulpiano, sarebbe stata presumibile sulla scorta del contenuto di D. 39.2.32 (Gai 28 *ad ed. prov.*): *Si aedibus meis proximae sint aedes meae et tuae, quaeritur, an, si hae vitium mihi faciant, cavere mihi debeas pro damno propriarum mearum aedium, scilicet pro qua parte dominus existes. et hoc plerisque placet: sed movet me, quod ipse meas aedes reficere possim et impensas pro socio aut communi dividundo iudicio pro parte consequi. nam et si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant et circa refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis aut communi dividundo [...]*. Si tratta di un frammento oggetto di numerose discussioni – riportato solo nella parte che rileva ai fini della presente indagine –, in cui il giurista, di fronte ad un quesito relativo alla necessità di tutelare mediante *cautio damni infecti* un soggetto che fosse contemporaneamente comproprietario di una costruzione che poteva arrecare danno agli edifici contigui ed esclusivo proprietario di tali ultimi, chiarisce che la *cautio damni infecti* non sarebbe stata necessaria, in quanto il condomino avrebbe potuto ottenere tutela '*pro socio aut communi dividundo iudicio*', laddove si fosse trovato a dover finanziare la *refectio* dell'edificio comune. Tale soluzione dà occasione al giurista di soffermarsi sulle differenti opinioni sorte al riguardo e di porre in evidenza che la conclusione proposta era stata adottata dai maestri sabiniani, '*nostri praeceptores*', i quali, con riferimento al caso dei comproprietari di *aedes*, avevano escluso la necessità della *cautio damni infecti*, poiché colui che si era sobbarcato le spese di ristrutturazione dell'edificio comune avrebbe potuto agire *pro socio* o *communi dividundo*. Per quanto concerne le ipotesi di interpolazione avanzate sul testo di D. 39.2.32 e le ulteriori problematiche da esso poste in collegamento con le testimonianze contenute in D. 39.2.41 e PS. 5.10.2 relative al *paries communis*, ma anche in ordine alle controversie tra scuole, nonché per una rassegna delle opinioni della dottrina più datata, cfr. M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio"*,

viene invece concessa soltanto l'*actio pro socio* al fine di ottenere la condanna del *cessans* o dei *cessantes* non al semplice rimborso delle spese con gli interessi, ma all'*id quod interest*: tale elemento indurrebbe allora a non potere escludere neanche che i soci avessero preventivamente concluso un accordo per costituire tra loro una società.<sup>70</sup>

Per valutare con maggiore attenzione il problema qui prospettato, risulta altresì importante cercare di comprendere il contenuto dell'*oratio divi Marci*, sinteticamente menzionata alla fine del nostro frammento come il provvedimento mediante il quale fu fissato il termine di quattro mesi per il rimborso delle spese e delle *usurae* al *socius reficiens*, trascorso il quale quest'ultimo avrebbe acquisito la titolarità delle *portiones* dei *cessantes* (*'oratio enim divi Marci idcirco quattuor mensibus finit certas usuras, quia post quattuor dominium dedit'*).

Al riguardo, giova tenere a mente che la dottrina<sup>71</sup> tende oramai a ritenere che si trat-

(*Corso di diritto romano*), Palermo 1970, 40 ss.; ID., *Contributi in tema di legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano 1972, 341 ss., in part. 352 s.; S. TAFARO, *Il giurista*, cit., 76 ss.; D. NÖRR, *Cicero, Topica 4.22. Zur Anwendung der cautio damni infecti bei einer Kommunnauer und zum rhetorisch-philosophischen Topos ἀπὸ τοῦ αἰτίου*, in *Symposion 1977, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Chantilly, 1.-4. Juni 1977)*, J. MODRZEJEWSKI, D. LIEBS (Hgb. von), Köln Wien 1982, 269 ss., in part. 272 ss.; E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI* 63, 1997, 1 ss., in part. 70 s.; Th. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis*, cit., 91 ss.; F.-S. MEISSEL, *Societas*, cit., 296 ss.

<sup>70</sup> Infatti, a ben riflettere, dal tenore del frammento non sembra necessariamente ricavabile l'esistenza di una *societas re contracta*. Si è espresso in questo senso, M. TALAMANCA, v. *Società (dir. rom.)*, cit., 820, ad avviso del quale, sebbene talvolta le fonti utilizzino il termine *socius* come riferito al condomino, «da questo fatto non si può, però, ricavare l'esperibilità dell'*actio pro socio* al di fuori dell'accordo volto a costituire la società stessa». L'Autore si era inoltre soffermato sulla nostra fonte in ID., *La 'societas'*, cit., 77, ed aveva avuto modo di porre in risalto l'importanza della *sedes materiae* in cui il frammento è stato collocato dai giustinianeî, nonché che «per Ulpiano, come si è visto, la società è soltanto quella consensuale».

<sup>71</sup> Nello specifico, P. BONFANTE, *Il "ius prohibendi"*, cit., 409 s. e nt. 2; ID., *Corso*, cit., 47, ha sottolineato, da un lato, che in seguito alla riforma di Marco Aurelio il condomino che finanziava i restauri avrebbe avuto a disposizione 'mezzi energici' per ottenere il rimborso delle spese e, dall'altro lato, ha collegato il regime contenuto nell'*oratio* alla diffusione della prassi di rinunciare alla titolarità della quota di condominio qualora il restauro apparisse al condomino economicamente svantaggioso. In una prospettiva d'indagine diversa si è espresso G. BRANCA, *Danno*, cit., 111 ss., il quale ha considerato l'*oratio* in oggetto come il provvedimento che avrebbe fatto venire meno la necessità di prestare la *cautio damni infecti*, in quanto il condomino che non avesse provveduto al rimborso entro quattro mesi avrebbe perso *tout court* la propria quota; mentre E. VOLTERRA, v. *'Senatus consulta'*, cit., 238, ha efficacemente riassunto il complessivo articolato normativo dell'*oratio*, individuandolo, anche in base a D. 20.2.1, nella statuizione che aveva disposto che il pegno di un edificio, concesso al creditore mutuante di una somma per la ricostruzione di una casa, giовasse anche a colui che, in esecuzione di un mandato del proprietario, avesse finanziato il costruttore o il condomino per consentire loro di costruire un edificio o di restaurarlo. L'*oratio* aveva poi stabilito che se il creditore o il mandatario non fossero stati soddisfatti entro quattro mesi tramite il rimborso della somma spesa per la *refectio* maggiorata delle *usurae* al 12%, avrebbero potuto ottenere la proprietà dell'intero edificio. Sul tema, si è espresso anche S. TAFARO, *Il giurista*, cit., 87 s., nt. 23, che ha posto l'accento sulla circostanza che l'*oratio* in oggetto – indicata come *oratio Severi* a causa di una semplice svista – avrebbe unificato il regime dell'*actio ex cautione damni infecti* con quello dell'*actio pro socio*. E poi tornato sulla questione, anche se *incidenter tantum*, D. NÖRR, *Cicero*, cit., 272 s., il quale si è limitato ad osservare ancora che l'*oratio Marci* avrebbe introdotto una disciplina speciale in favore di colui che aveva finanziato la riparazione del bene comune, poiché avrebbe fatto venire meno la necessità che a costui venisse previamente prestata una *cautio damni infecti*; tale disciplina starebbe stata applicabile non soltanto alle spese relative all'edificio comune ma anche a quelle riferite al *paries communis*, come si deduce dal contenuto di PS. 5.10.2. Inoltre V. SCARANO



tasse di una disposizione, forse inserita in un articolato normativo di contenuto più ampio, mediante la quale era stato stabilito, al fine di incentivare il solerte svolgimento dei lavori di restauro degli edifici decadenti, che il *socius* che avesse provveduto a finanziare la *refectio* del bene comune non soltanto sarebbe stato titolare del *privilegium exigendi* nei confronti dei soci che gli dovevano rimborsare le spese, ma avrebbe potuto, qualora questi ultimi non avessero provveduto al rimborso entro quattro mesi, diventare proprietario delle loro *portiones*. Non sembra tuttavia che l'*oratio* abbia attribuito al *socius* la facoltà di scegliere se agire, una volta decorsi i quattro mesi, per ottenere il '*quod sua intererat*' anziché il *dominium* delle *portiones* dei *cessantes*: questa facoltà sembra piuttosto riconducibile alla soluzione formulata da Ulpiano, sulla scorta di Papiniano. Pertanto, anche se la menzione dell'*oratio* appare utile per comprendere che il problema di fondo prospettato al giureconsulto riguardava probabilmente il mancato rimborso delle spese della *refectio* fra i titolari delle quote di un edificio, non pare che costituisca un indizio decisivo per risolvere il problema dell'inquadramento della fattispecie in termini di condominio o *societas* consensuale.

Se tiriamo ora le fila del discorso sin qui svolto, in assenza di una descrizione del rapporto giuridico in base al quale i *socii* si erano trovati ad essere comproprietari dell'*insula* nella fattispecie descritta nel frammento conservato in D. 17.2.52.10, ci si può limitare ad osservare che tale fonte pare presentare sia indizi idonei a fare presumere la contitolarità del *dominium* dell'edificio fra i *socii*, sia indizi che indurrebbero a ritenere altresì plausibile che tale contitolarità fosse strumentale al perseguimento dell'oggetto sociale di un contratto di società volto all'esercizio dell'attività di restauro degli edifici che si trovavano in

USSANI, «*Privilegium*», cit., 261 ss.; ID., *Le forme*, cit., 141 ss. e H. WIELING, *Privilegium*, cit., 280, vista la finalità delle loro indagini, hanno focalizzato l'attenzione sul complessivo campo di applicazione del provvedimento di Marco Aurelio in ordine al *privilegium exigendi*, anche con riguardo all'estensione del *pignus insulae* a colui che, su mandato del *dominus*, avesse fornito il denaro al finanziatore, come sembrerebbero attestare D. 20.2.1 e D. 42.5.24.1, mentre A. PALMA, *Iura*, cit., 210 ss., ponendosi sulla scia del Bonfante, ha ritenuto che l'*oratio*, da un lato attraverso l'attribuzione del *privilegium exigendi* al finanziatore e dall'altro lato mediante la sanzione della perdita della titolarità della quota per i condomini inadempienti, mirasse a fare conseguire al *dominus reficiens* il rimborso in maniera più semplice che in precedenza, per contrastare la diffusione della prassi dei condomini di abbandonare la propria quota qualora non fossero intenzionati a pagare le spese, e di cagionare così la rovina degli edifici e del centro urbano. Sul contenuto dell'*oratio* si è soffermato anche J.M. RAINER, *Der Paries*, cit., 511 ss.; ID., *Probleme*, cit., 261 s., il quale ha posto l'accento sulla circostanza che il provvedimento non avrebbe necessariamente attribuito all'*actio pro socio* la specifica funzione di tutelare il finanziatore, dal momento che un siffatto utilizzo potrebbe essere stato già attestato in precedenza, come dimostrerebbe il contenuto di D. 39.2.32, riportato *supra* nt. 69. In questo senso, le considerazioni del Rainer sembrano cogliere nel segno, dal momento che non vi sono testimonianze certe che il regime di semplificazione della tutela del finanziatore del restauro del bene comune, di cui l'*oratio divi Marci* sembra recepire il contenuto, limitando però la possibilità di adempiere per gli altri condomini entro il termine di quattro mesi, avesse previsto l'*actio pro socio* quale esclusivo rimedio in suo favore. Anzi, il raffronto fra il contenuto di D. 17.2.52.10 e D. 39.2.32 parrebbe indurre a ritenere più plausibile che i rimedi a favore del finanziatore fossero sia l'*actio communi dividundo* sia l'*actio pro socio* e che quest'ultima intervenisse a tutela del finanziatore qualora i restauri del bene comune fossero funzionali al perseguimento dell'oggetto di un contratto di società. Da ultimo si è limitato a ripercorrere le ipotesi prospettate dalla dottrina maggioritaria F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003, 226 e nt. 259, in quanto la prospettiva d'indagine prescelta gli ha imposto di approfondire il carattere di normativa processuale e non sostanziale dell'*oratio*.

condizione di degrado. Di conseguenza, in relazione alla fattispecie prospettata nel frammento appare tutto sommato condivisibile l'opinione di chi ha recentemente sottolineato che «das Miteigentum im Rahmen eines Gesellschaftsvertrags gebildet worden ist»,<sup>72</sup> nel senso che la contitolarità dell'edificio era stata forse acquisita dai soci di una società edile – magari anche ad un prezzo conveniente, visto che si trattava probabilmente di *insulae* decadenti – allo scopo di svolgervi l'attività di *refectio*, che sarebbe risultata meno rischiosa in seguito all'applicabilità dell'*oratio divi Marci*, anche nel caso in cui un solo socio avesse anticipato le spese per gli altri. Infatti, a ben riflettere, nel caso in cui i proprietari dell'*insula* fossero rimasti tutti i soci della società edile, come parrebbe ipotizzabile prima dell'introduzione della regola contenuta nell'*oratio divi Marci*, l'attività sarebbe stata più rischiosa, dal momento che il socio o i soci che avessero finanziato la *refectio* sarebbero stati privi di quella particolare tutela, capace evidentemente di esercitare una certa pressione psicologica nei confronti dei *cessantes*, consistente nella possibilità di diventare titolari delle *portiones* di costoro in virtù di una sorta di automatismo.

Venendo ora a riflettere sui profili di analogia tra la disciplina appena esposta e quella delle società minerarie tra *occupatores* contenuta in Vip. II.6, possiamo anzitutto osservare che entrambe paiono ispirate al perseguimento di un interesse pubblico: nel primo caso si tratta dell'interesse alla *refectio aedificiorum* e, più in generale, al decoro urbano, mentre nel secondo caso, come già abbiamo avuto occasione di constatare, si tratta dell'interesse all'esercizio continuativo dell'impresa mineraria. In entrambe le ipotesi, inoltre, sembra che si possa verificare l'esclusione del singolo *socius* inadempiente senza che per questo la società venga meno; ambedue le discipline, pertanto, potrebbero implicare, almeno in una certa misura, l'attenuazione della rilevanza dell'*intuitus personae* dei soci in vista dell'esigenza di favorire il perseguimento dell'interesse pubblico allo svolgimento di determinate attività quali lo sfruttamento delle risorse minerarie e la cura del decoro urbano.

Tuttavia, non può non osservarsi che le due discipline sembrano altresì presentare alcune differenze di non scarso rilievo. Cattura anzitutto l'attenzione la circostanza che il caso descritto nel testo di Ulpiano paia presupporre che il socio menzionato nel frammento fosse socio della società edile, ma anche titolare di una quota dell'edificio restaurato, mentre l'occupante socio della società mineraria operava verosimilmente in regime di concessione provvisoria e, pertanto, la prosecuzione della titolarità di tale diritto sarebbe stata condizionata all'ottenimento della concessione durevole allo sfruttamento delle miniere ubicate sui fondi di proprietà del fisco, secondo lo schema, già messo in luce in precedenza, della gestione indiretta.<sup>73</sup> Inoltre, il termine di tre giorni, indicato in Vip. II.6 come il termine entro il quale il socio *occupator* inadempiente avrebbe dovuto adempiere, pena l'esclusione dalla società, appare di brevissima entità se paragonato al termine di quattro mesi che avrebbe consentito il medesimo effetto in relazione al socio parte di una società edile.

Infine, la possibilità di esclusione del socio inadempiente nelle società di quest'ultimo tipo appare come una mera eventualità, dal momento che dalla soluzione formulata da Ulpiano, sulla scia di Papiniano, emerge che il socio che aveva anticipato le spese avrebbe comunque potuto scegliere di non diventare titolare delle quote altrui ma di agire con l'*actio pro socio*, anche

<sup>72</sup> Così si è infatti espresso Th. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis*, cit., 100.

<sup>73</sup> Cfr. *supra* pp. 68 ss.

dopo il decorso del termine, per ottenere il *'quod sua intererat'*. Una possibilità del genere non sembra invece configurabile per il socio che aveva anticipato le spese nelle società minerarie tra occupanti, mentre è apparso plausibile per quelle fra coloni: in merito alle società minerarie del primo tipo, infatti, è emerso – in ragione della previsione della particolare procedura prescritta nei confronti del socio inadempiente – che questi non avrebbe probabilmente avuto la facoltà di scegliere se agire per il rimborso delle spese dopo la scadenza del termine, in quanto la quota del socio inadempiente sarebbe stata ripartita tra i soci rimasti.

Alla base di tali differenze sembra esserci l'interesse pubblico allo svolgimento dell'attività mineraria senza rallentamenti né blocchi, interesse che avrebbe favorito l'esclusione del socio inadempiente nel più breve tempo possibile e, nel contempo, avrebbe consentito l'individuazione della compagine sociale in grado di sobbarcarsi in maniera continuativa le ingenti spese connesse all'incertezza dell'attività mineraria, compagine a cui avrebbe potuto attribuirsi, in un secondo momento, tramite *adsignatio*, la concessione durevole del diritto allo sfruttamento dei pozzi. Un interesse così forte, caratterizzato dalla necessità di essere salvaguardato in maniera permanente, non pare potersi rilevare rispetto al decoro urbano. Per quanto in precedenza sia emersa la preoccupazione di Marco Aurelio di favorire la *refectio aedificiorum* attraverso un meccanismo che desse al socio finanziatore la possibilità di ottenere entro un determinato termine e in via privilegiata il rimborso delle spese anticipate o, qualora i *socii* non avessero provveduto a tale rimborso, il *dominium* delle *portiones* dell'*insula* di cui erano titolari, non sembra possibile affermare che l'esigenza di uno svolgimento continuativo del restauro degli edifici urbani fosse così pregnante come quella relativa all'attività mineraria. Anche perché, a ben riflettere, tale interesse si sarebbe in larga misura esaurito, *ipso facto*, una volta avvenuta la *refectio* ed il problema di un altro restauro per il medesimo edificio non si sarebbe presumibilmente posto per alcuni anni.

5. Osservazioni conclusive. Le considerazioni prospettate nel corso della presente indagine in ordine alla disciplina delle società minerarie conservata nei §§ 6, 7 e 8 della seconda tavola di *Vipasca* rendono ora opportuna qualche osservazione volta ad evidenziarne conclusivamente i punti salienti.

La circostanza che, in base alle prescrizioni conservate in Vip. II.6, 7 e 8, il diritto di costituire società minerarie sia parso riferito soltanto a *occupatores* e *coloni*, in relazione ai pozzi ubicati nel distretto minerario di *Vipasca*, ha suggerito di dedicare preliminarmente attenzione alla condizione giuridica di tali soggetti. Una volta chiarito che l'*occupator* era probabilmente titolare di una concessione precaria, connessa alla fase di avvio dell'attività mineraria, ed il *colonus* era invece titolare di una concessione durevole, relativa a pozzi in cui l'estrazione del *metallum* era già avviata, è stato possibile comprendere le motivazioni alla base della disciplina relativa alle società minerarie tratteggiata nella seconda tavola di *Vipasca*, il cui esame ha infatti posto in evidenza un regime societario in parte differente a seconda che si trattasse di società tra *occupatores* o *coloni*.

Dall'analisi del § 6, è peraltro emerso che le società tra *occupatores*, i cui soci potevano essere scelti liberamente dall'*occupator* che avesse intrapreso l'attività di ricerca, si caratterizzavano per l'esistenza di un particolare procedimento nei confronti di coloro che non avessero adempiuto all'obbligazione di versare la parte di spese dovuta, procedimento che avrebbe potuto comportare l'esclusione di questi ultimi dalla compagine sociale, con la con-

seguinte ripartizione della loro quota fra i soci rimasti, senza che la società venisse meno.<sup>74</sup> Con riguardo alle società tra *coloni*, la disciplina contenuta nel § 7 è parsa ispirata ancora una volta all'esigenza di ripartire fra i soci le spese, ma tale esigenza è risultata perseguita in maniera diversa, cioè principalmente mediante l'espresso riconoscimento ai coloni del diritto di richiedere agli altri soci il rimborso delle spese sostenute in buona fede.

Alla luce delle disposizioni conservate nel § 8, i coloni sarebbero stati altresì titolari del diritto di vendere *inter se* le quote del pozzo di cui avevano pagato il prezzo al fisco, ma soltanto previa comunicazione della compravendita della quota al *procurator metallorum*, pena l'illiceità del contratto. È dunque parso verosimile, per un verso, che la mancata corresponsione delle spese da parte del colono non avrebbe condotto necessariamente alla sua esclusione dalla compagine sociale, dal momento che quest'ultima era probabilmente già assestata. Pertanto, è parso altresì verosimile, nell'ipotesi in cui l'esercizio del *ius repetendi* da parte del socio che aveva anticipato le spese si fosse rivelato inutile, che queste ultime venissero scomputate ai soci inadempienti in sede di calcolo degli utili, senza che perciò questi ultimi uscissero dalla società oppure che, in assenza di utili, il socio potesse preferire servirsi del rimedio generale dell'*actio pro socio* per ottenere il rimborso. Per altro verso, la possibilità che il singolo socio uscisse dalla società è sembrata invece rimessa alla sua iniziativa, purché egli avesse regolarmente provveduto ad adempiere alle sue obbligazioni nei confronti del fisco.<sup>75</sup>

Tali rilievi hanno indotto a ritenere ammissibile che anche nelle società tra coloni vi fosse la possibilità di uscita dei soci dalla compagine sociale senza che la società si estinguesse, ma che essa avesse una funzione diversa rispetto a quella che rivestiva con riguardo alle società tra occupanti, in quanto sarebbe stata rimessa alla volontà dei soci e non avrebbe operato come un 'automatismo sanzionatorio' nei confronti di coloro che avessero continuato ad essere inadempienti rispetto all'obbligazione di versare la parte di spese dovuta, come invece previsto per le società tra occupanti. Queste ultime, infatti, data l'estrema delicatezza della fase iniziale dello sfruttamento delle risorse del sottosuolo, sono sembrate fondate su un sistema di prosecuzione della *societas* volto a garantire l'individuazione della compagine sociale più affidabile sotto il profilo finanziario proprio attraverso l'esclusione dei soci che non erano in grado di provvedere alle spese.<sup>76</sup>

Le peculiarità della disciplina prevista con riguardo alle società fra occupanti sotto il profilo dell'attenuazione della rilevanza dell'*intuitus personae* dei soci ha trovato ulteriore conferma in seguito al confronto con il regime emerso dall'analisi del frammento conservato in D. 17.2.52.10. L'esame delle due discipline, infatti, sebbene abbia fatto emergere alcuni elementi di analogia tra esse, come la possibilità di esclusione del socio inadempiente senza che la società venisse meno, al fine di garantire il perseguimento di un interesse pubblico, ha fornito soprattutto la possibilità d'individuare rilevanti elementi di divergenza, forse non ancora posti sufficientemente in risalto dalla dottrina. Essi sono parsi ricollegabili alla circostanza che mentre l'interesse pubblico al decoro urbano, una volta avvenuta la ristrutturazione dei singoli edifici, sarebbe già stato realizzato, l'interesse relativo all'esercizio dell'impresa mineraria, sia per gli introiti da essa derivanti per il fisco, sia per l'estrema rilevanza delle

<sup>74</sup> Cfr. *supra* pp. 80 ss.

<sup>75</sup> Cfr. *supra* pp. 85 ss.

<sup>76</sup> Cfr. *supra* pp. 87 ss.

attività che per suo tramite si sarebbero potute realizzare, sarebbe stato soddisfatto soltanto preservando al massimo grado la continuità dell'impresa.<sup>77</sup>

Le riflessioni esposte, in conclusione, inducono a considerare le peculiarità delle società minerarie descritte dalla *lex metallis dicta* come una conseguenza del ruolo nevralgico che lo svolgimento dell'attività mineraria rivestiva per il fisco. La persistenza di tale ruolo nevralgico, come posto in risalto in dottrina,<sup>78</sup> può forse rappresentare la chiave di comprensione della fortuna che il meccanismo di esclusione dei soci previsto dal nostro regolamento ha avuto in alcuni importanti statuti minerari medievali, quali il Codice Minerario di Massa Marittima, datato tra il 1311 e il 1325, ed il Breve di Villa di Chiesa, comunemente ritenuto di data anteriore al 1327.

<sup>77</sup> Cfr. *supra* pp. 88 ss.

<sup>78</sup> In questo senso si sono espressi D. SIMONCELLI, *Le società minerarie romane*, in *Rivista dei demani, acque, miniere, usi civici* I.1, 1931, 1 ss., nonché G. ZANETTI, *Tipici atteggiamenti*, cit., 130 ss., in part. 142 s., la quale, in occasione di un accurato approfondimento di più ampio respiro sulla disciplina delle miniere site in Sardegna nel corso dei secoli, ha posto in risalto i punti di contatto tra la disciplina delle società minerarie tra *occupatores* conservata in Vip. II.6 e quella delle società dei minatori medioevali. L'Autrice si è infatti soffermata sulla presenza nel Breve di Villa di Chiesa di una particolare procedura – simile a quella disciplinata in Vip. II.6 – per l'esclusione dei 'parzonavili' inadempienti, così come nel Costituto di Massa, in cui si ritrova, al c. 16, una disciplina che imponeva al socio inadempiente, il quale avesse continuato a non versare le somme dovute nonostante la diffida formale, la decadenza dai suoi diritti sulla miniera a vantaggio degli altri soci che avevano sostenuto le spese al suo posto. Tali dati sono sottolineati sulla scia della Zanetti, anche da S. LAZZARINI, *Lex metallis*, cit., 160 e s., nt. 319.



MONICA DE SIMONE  
(Università di Palermo)

*‘Proletarius iam civis’.*  
A proposito di un’interpretazione di  
Bernardo Albanese di XII *Tab.* 1.4.

ABSTRACT

Basing her study on Bernardo Albanese’s interpretation of the syntagm *‘proletarius iam civis’* – which is upheld as the original content of XII *Tab.* 1.4 – the author intends to take to heart the results gained by the Scholar from Palermo, who acknowledged an early link between *proletarius* and *proles*, and a primary meaning of *proles* closely related to the idea of belonging to *civitas*. Hence, the author proposes to resurvey the literary and legal tradition that coupled *proletarius* and *proles*, by considering the interpretation of the Festus’s lemma *proletarium*. Such interpretation is the effective evidence of a long-lasting tradition that, undeniably stemming from the decemviral precept that embodied the syntagm *proletarius iam civis*, joined *proletarii* with *proles* and *progenies* as suitable terms for showing the legal condition which is also represented through other terms such as *suboles*, *liberi* and *filii familias*. Therefore, the relation between the terms *proletarius* and *proles* would have been built because of their mutual suitability for expressing the idea of ‘belonging to a community’. In conclusion, the author proposes that Cic., *leg.* 3.7, where the syntagm *‘probleum describunto’* is comprised, should be attributed to such a tradition as well.

PAROLE CHIAVE

*Proletarius; proles; civis; civitas; vindex.*





‘PROLETARIUS IAM CIVIS’.  
A PROPOSITO DI UN’INTERPRETAZIONE DI  
BERNARDO ALBANESE DI XII TAB. 1.4.\*

SOMMARIO. 1. L’interpretazione di Bernardo Albanese di XII Tab. 1.4. 2. Il problema paleografico della tradizione testuale di Gell. 16.10.5 che tramanda il precetto. Il dubbio dell’inciso ‘iam civi’: la espunzione di Wilhelm Heraeus e la difesa di Bernardo Albanese. 3. Fest.-Paul., v. *proletarium*. *Proletarii* ‘quasi proles progenie’ di cui si compone la *civitas*. *Proles* e *progenies* espressioni di una metafora linguistica che li assimilò ad altri termini, quali *liberi* e *filii familias* e che, per tale via, portò all’attribuzione ad entrambi del significato giuridico di ‘appartenenti alla comunità’. Analisi della tradizione che testimonia tali correlazioni. 4. Ragioni sulle quali, in tale tradizione, si fonda in particolare la correlazione di *proletarii* a *proles*. 5. Alla medesima tradizione letteraria che correla *proletarii* a *proles* va ascritto Cic., *leg.* 3.7 ove compare l’inciso ‘*prolem describunto*’. 6. Conclusioni su XII Tab. 1.4.

1. In uno stimolante studio relativo al precetto contenuto in

XII Tab. 1.4: *Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario [iam civi] quis volet vindex esto*<sup>1</sup>

Bernardo Albanese<sup>2</sup> prospettava alcune riflessioni su tre questioni: l’identificazione del più probabile tenore testuale della norma; la precisa individuazione dei caratteri originari in base ai quali si operò la distinzione tra *adsidui* e *proletarii*; l’originaria collocazione della norma nel sistema decemvirale ed il suo rapporto con la clausola edittale che nel sistema del processo formulare permetteva al *vocatus* di *dare vindicem* (nel Digesto ormai *fideiussor*), purché ‘*locuples pro rei qualitate*’.<sup>3</sup>

Quanto alla prima, il Maestro palermitano accoglieva la lezione del testo decemvirale ove compare il sintagma ‘*iam civi*’.<sup>4</sup>

\* La presente ricerca si inserisce nell’ambito del P.R.I.N. 2010-2011 “L’autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento”.

<sup>1</sup> Utilizziamo l’edizione di S. RICCOBONO, in FIRA, I<sup>2</sup>, *Leges*, 27.

<sup>2</sup> B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4: il ‘vindex’ per ‘adsidui’ e ‘proletarii’*, in *Index* 26, 1998, (= *Scritti giuridici* III, Torino 2006, dai quali citiamo), 539 ss.

<sup>3</sup> Cfr. D. 2.6.1; D. 2.6.3; D. 2.8.2; D. 2.8.5.1; *Lex Gall. Cis.* c. 21, lin. 21 ss.

<sup>4</sup> Sul problema della tradizione testuale del precetto si veda *infra*, nel testo, pp. 106 ss.

Sosteneva che *adsiduus*, in coerenza con il significato originario del termine *adsidere*, predicante 'la sistemazione in un luogo', indicasse in origine il *civis* appartenente all'antico esercito cittadino, perché collocato da Servio Tullio in una delle quattro tribù urbane e nell'originaria probabile unica *classis*. La qualifica non avrebbe avuto in origine relazione specifica e diretta con la condizione patrimoniale, ma sarebbe stata legata all'appartenenza all'antico esercito cittadino. Erano *adsidui* tutti i *cives* maschi chiamati a prestare servizio militare come *classici*.<sup>5</sup> Riconosciuto tale originario significato, affermava che *proletarius* - adoperato in opposizione a *adsiduus* - dovesse invece indicare colui che veniva iscritto nelle prime tribù rustiche, assumendo di conseguenza la condizione di *civis*. *Proletarii* sarebbero stati i membri di famiglie di basso rango sociale, in origine esclusi dalla *classis* e solo in prosieguo aggregati come *ausiliarii*.<sup>6</sup>

Egli difendeva dunque la riconducibilità al testo decemvirale sia della qualifica *civis* apposta a *proletarius* sia dell'avverbio 'iam', che avrebbe avuto la specifica funzione di indicare la circostanza che i *proletarii* erano divenuti *cives* «ormai», «a partire dal momento» della iscrizione nelle tribù rustiche.<sup>7</sup>

Desumeva da tali conclusioni la soluzione alla seconda questione della quale si era proposto di occuparsi: l'originaria distinzione tra *adsidui* e *proletarii* non doveva essere stata fondata in origine su ragioni di carattere patrimoniale (come avvenne certamente in prosieguo di tempo quando *adsiduus* indicò *locuples*, vale a dire il ricco, e *proletarius* il povero)<sup>8</sup> bensì su ragioni attinenti all'iscrizione dei *cives* nelle tribù territoriali arcaiche, l'una di remota origine (*adsiduus*) l'altra di recente ammissione (*proletarius*).

Tale nuova lettura scardinava profondamente l'interpretazione, fino ad allora quasi unanimemente seguita in dottrina, di XII Tab. 1.4 quale disposizione fondata su ragioni patrimoniali, «volta ad impedire che la posizione e l'aspettativa del creditore attore venisse compromessa e comunque deteriorata dall'intervento di un *vindex* più povero del debitore convenuto» e che «tendeva a conservare fra creditore (attore) e debitore (convenuto), dal punto di vista patrimoniale, la situazione precedente all'intervento del *vindex*».<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Così B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, cit., 547 ss. il quale richiamava la contrapposizione tra *classici* e *proletarii* testimoniata da Gellio nel notissimo *Noct. Att.* 19.8.15: *classicus adsiduusque aliquis scriptor, non proletarius*, in cui si indicava con 'classicus adsiduusque scriptor' uno scrittore importante. *Classis* era termine remoto che indicava l'intero esercito, almeno quello dei *pedites*. Cfr. Fest.-Paul. v. *Classis procincta* (L. 49); Fest., v. *Procincta classis* (L. 251); Fest.-Paul., v. *Classici testes* (L. 49); Gell. 10.15.4.

<sup>6</sup> Diversa la ricostruzione di chi fonda sin dalle origini l'appartenenza alle prime tribù rustiche sulla proprietà fondiaria privata. Si veda, per tutti, la lucida sintesi di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli 2007, 60 ss. e il recente studio di M. HUMM, *Tribus et citoyenneté: extension de la citoyenneté romaine et expansion territoriale*, in M. JEHNE - R. PFEILSCHIFTER (ed.), *Herrschaft ohne Integration? Rom und Italien in republikanischer Zeit*, Frankfurt am Main 2006, 39 ss.

<sup>7</sup> Ciò spiegherebbe la ragione per la quale nel precetto non erano designati *cives* gli *adsidui*, «*cives* per antonomasia e da sempre» (Cfr. B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, cit., 550). La qualifica *cives* di *proletarii* è anche in Non., v. *proletarii* (L. 228): *cives dicebantur, qui in plebe tenuissima erant et non amplius quam mille et quingentes aeris in censum deferebant. Ennius Annali* (183): *proletariu' publicitus scutisque feroque ornatur ferro*.

<sup>8</sup> G. NICOSIA, *Il processo romano privato II. La regolamentazione decemvirale*, Catania 1984, 51 ss., pensa ad un originario più proprio significato di 'pieno di luoghi, di terreni'.

<sup>9</sup> Così, limpidamente, F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. 1. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli 2008, 255.

Quanto alla terza questione, collegata inscindibilmente alla seconda, Bernardo Albanese ammetteva la plausibilità della tradizionale collocazione del precetto in esame nella prima tavola in connessione alla *in ius vocatio*,<sup>10</sup> ma ricostruiva diversamente il rapporto storico tra XII Tab. 1.4 ed il tenore della clausola edittale che permetteva al *vocatus* di *dare vindicem*, purché ‘*locuples pro rei qualitate*’.<sup>11</sup> Prospettava vale a dire una diversa ipotesi rispetto a quella tradizionale che ne fondava la collocazione sulla accennata equivalenza - sorta in età progredita - tra *adsiduus* e *locuples*.<sup>12</sup> Il pretore avrebbe sì preso a modello il dettato di XII Tab. 1.4 perpetuando la possibilità di *dare vindicem* per il *vocatus*, ma avrebbe abbandonato la condizione presente nel precetto decemvirale (non più utilizzabile, poiché erano venute meno le due categorie originarie di *adsidui* e *proletarii*).<sup>13</sup> Avrebbe invece inserito quella del ‘*locuples pro qualitate rei*’ che sarebbe stata prevista per il *vindex* della *manus iniectio iudicati* in un altro precetto delle stesse Dodici Tavole andato perduto, ipotizzato connesso con XII Tav. 3.1-4.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Si ricordi l'antica tesi di S. SCHLOSSMANN, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in ZSS 24, 1903, 273 ss. il quale sosteneva che per la *in ius vocatio* non fosse mai stato previsto un *vindex*. Si vedano, per tutti, i rilievi contrari di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma 1962, 258 ss. Sulle funzioni del *vindex* in età risalente si vedano: P. MARIA, *Le vindex dans la legis actio per manus injectionem et dans l'in jus vocatio: thèse pour le doctorat*, Paris 1895; É. CUQ, v. *vindex*, in *Daremberger-Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* V, 899 ss.; O. LENEL, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in ZSS 25, 1904, 23 ss.; ID., *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 65 ss.; N. CORODEANU, *Sur la fonction du vindex. Étude de droit romain*, Bucarest 1919; L. WENGER, *Institutiones des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, 92 s.; S. DÜLL, *Vom vindex zum iudex*, in ZSS 54, 1934, 112 ss.; L. ARU, *Il processo civile contumaciales. Studio di diritto romano*, Roma 1934, 39 s. e 61 ss.; F. LEIFER, *Zum römischen vindex-Problem*, in ZSS 50, 1936, 5 ss.; F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto di obligatio*, in SDHI 6, 1940, 151 ss.; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*<sup>2</sup>, Milano 1955, 129 ss.; G. BROGGINI, *Vindex und iudex. Zur Ursprung des römischen Zivilprozesses*, in ZSS 76, 1959, 113 ss. ed in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966, 128 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 166 ss.; F. LA ROSA, *Il vindex nella in ius vocatio e il garante del vadimonium*, in *Studi in onore di Emilio Betti III*, Milano 1962, 299 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römischen Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, 49 s. e 98 ss.; G. PUGLIESE, *Les voies de recours sanctionnant l' "in ius vocatio"*, in RIDA 3, 1949, 261 ss.; ID., *Il processo civile romano*, cit., 379 ss.; A. FERNANDEZ BARREIRO, *El Vindex en la in ius vocatio*, in AHDE 41, 1971, 809 ss.; G. WESENER, v. *vindex*, in PWRE, suppl. XIV 1974, 885 ss.; G.I. LUZZATTO, v. *vindex*, in NNDI 20, 1975, 828 ss.; G. NICOSIA, *Il processo romano privato II*, cit., 56 ss.; ID., *Vindex e manus iniectio nelle XII Tavole*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti Convegno Pavia, 26-27 aprile 1985, Padova 1987 (=Silloge. Scritti 1956-1996 II, Catania 1998, dai quali citiamo), 473 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1993, 32 ss.; A. TRISCUOGGIO, *Sul vindex della in ius vocatio in età decemvirale. In margine a XII Tab. 1.4.*, in *Scritti in onore di G. Nicosia VIII*, Milano 2007, 294 ss.*

<sup>11</sup> La collocazione nella prima tavola di desume, come rilevato dallo stesso B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, cit., 551 ss., anche dal tenore di D. 2.4.22.1 e Gai 4.46.

<sup>12</sup> Cfr. Varrone, *De vita pop. rom.* 1, in Non., v. *proletarii* (L. 93-94), su cui *infra*, nel testo, p. 120; Non. v. *proletarii* (L. 228), riportato *supra*, nt. 7; Cic., *Top.* 2.10; Cic., *rep.* 2.40, su cui *infra*, nel testo, p. 118; *Lex Urs.* 21. Ritiene che ciò sia avvenuto al tempo di Sesto Elio F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli 1993, 164; ID., *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli 2003, 144 ss.

<sup>13</sup> Si legga, ad esempio, L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano 2005, 54 ss.

<sup>14</sup> B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, cit., 556 ss. individua indizio dell'esistenza di un tale precetto in D. 50.16.234.1.

Le Dodici Tavole avrebbero dunque previsto due diverse figure di *vindex*, una per il *vocatus in ius*, l'altra per il *iudicatus*, per le quali sarebbero state previste due diverse condizioni: una di carattere sociale, che considerava «essenziale una certa adeguatezza della rilevanza sociale» del *vindex* rispetto alla persona a favore della quale interveniva,<sup>15</sup> l'altra di naturale patrimoniale che considerava essenziale l'adeguatezza delle condizioni economiche del *vindex* al valore della responsabilità del *iudicatus*.

Le conclusioni di Albanese, rigorosamente architettate in un disegno argomentativo unitario impeccabile, qui solo sinteticamente ricordato, ci inducono oggi a prospettare alcune nostre riflessioni sulle intuizioni che avevano portato il Maestro ad affermare che *proletarius* - adoperato in XII Tab. 1.4 in opposizione a *adsiduus* - dovesse indicare colui che veniva iscritto nelle prime tribù rustiche, assumendo di conseguenza la condizione di *civis*.

Si tratta dunque di riprendere le fila dell'argomentazione albanesiana relativa alla sola questione del significato originario di *proletarius*.

2. Com'è più che noto, in un passaggio delle *Noctes Atticae* (Gell., *Noct. Att.* 16.10) Gellio racconta di una discussione, avvenuta nel Foro alla presenza di amici e scaturita dalla lettura di un libro degli *Annales* di Ennio nel quale si alludeva alla vicenda di Q. Marcio Filippo, console nel 281 a.C., che nel *bellum Tarentinum* aveva dovuto ricorrere ai *proletarii* per reclutamenti straordinari. Gellio aveva chiesto ad uno degli amici presenti, esperto di *ius civile*, quale fosse il significato del termine. Costui si era rifiutato di rispondere, asserendo '*iuris, non rei grammaticae peritum esse*' e meritando per questo il disappunto di Gellio il quale si aspettava proprio da un esperto di *ius civile* una spiegazione, poiché Ennio aveva tratto il termine *proletarius* da un precetto delle Dodici Tavole:

Gell., *Noct. Att.* 16.10.5: *Nam Quintus Ennius verbum hoc ex XII tabulis vestris accepit, in quibus, si recte commemorari, ita scriptum est: Adsiduo vindex adsiduus esto. Proletario iam civi, cui, quis volet vindex esto.*<sup>16</sup>

<sup>15</sup> B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, cit. Così anche G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., 262 s.

<sup>16</sup> Utilizziamo l'edizione Teubneriana: *Gellius Noctes Atticae, recensuit H. Hosius*, II, Stuttgart 1959, 175. Sul testo si vedano, almeno, per i profili che qui più interessano: F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 14 ss.; F. D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, cit., 74 ss.; A. CHERICI, "Otium erat quodam die Romae in foro". *Divagazioni su milizia, paesaggi, danze e cavalieri nella Roma più antica*, in *Annali della fondazione per il Museo «Claudio Faina»* 17, 2010, 201 ss. Analogo riferimento a un episodio storico di reclutamento di *proletarii* è tramandato da Non., v. *proletari* (L. 93-94), il quale, dopo averli definiti '*plebei, qui nihil rei publicae exhibeant, sed tantum prolem sufficiant*' (definizione di cui ci occuperemo *infra* nel testo, p. 119) e dopo aver riportato un passaggio dell'orazione *De tribunis militum* di Catone '*expedito pauperem, plebeium atque proletarium*', riferisce la notizia, tratta dagli *Annales* di Cassio Emina: '*tunc Marcus pro consule primum proletarios armavit*'. Chiudeva il lemma un riferimento al precetto delle Dodici Tavole tratto dal *De Vita Populi Romani lib. I* di Varrone: '*quibus erant pecuniae satis, locupletis, adsiduos; contrarios proletarios. adsiduo neminem vindicem voluerunt [locupleti]*'. La notizia del reclutamento di *proletarii* nel *bellum Tarentinum* è ripresa da Aug., *De Civ. Dei* 3.17 e Oros. 4.1.2-3, riportati *infra*, nt. 69.

Soltanto alcuni manoscritti che compongono una delle famiglie dell’archetipo dei libri 9-20 delle Notti Attiche di Gellio<sup>17</sup> tramandano il sintagma ‘iam civi’ tra *proletarius* e un complesso di lettere che appare in tutti i manoscritti essere ‘*cuiquis*’.

La lezione con ‘iam civi’, accettata nei primi decenni dell’800 da Otfried Müller<sup>18</sup> e accolta poco dopo da Rudolf Schöll nell’edizione delle Dodici Tavole del 1866,<sup>19</sup> divide sin dal secolo scorso le più autorevoli edizioni sia delle Dodici Tavole<sup>20</sup> sia delle Notti Attiche di Gellio.<sup>21</sup>

Tale stato della tradizione testuale aveva in passato imposto agli studiosi che non si erano fermati soltanto al dato paleografico di verificare se esistessero ragioni plausibili sulle quali poter fondare la scelta tra le due lezioni (con o senza ‘iam civi’) e, una volta scelta la lezione e sciolto il gruppo *cuiquis*, di stabilire se il testo - che Gellio sostiene ‘*commemnisse*’ - corrispondesse o meno al presumibile tenore originario del precetto decemvirale.

Invero, nei primi decenni del secolo scorso si era fermamente opposto all’accoglimento della lezione comprendente ‘iam civi’ Wilhelm Heraeus,<sup>22</sup> il quale su basi paleografiche ipotizzava che ‘iam’ fosse da ritenere il risultato di un errore di trascrizione: gli amanuensi avrebbero infatti mal sciolto la sigla ‘īā’, abbreviazione di ‘*in alio codice*’, verosimilmente utilizzata nell’archetipo accanto a *ciui*, ‘*in alio codice ciui*’ e inserita, nel testo ‘*proletario cuiquis volet*’, prima di *cui*: *proletario ī ā ciui cuiquis volet*. Ne sarebbe derivata, dunque, l’erronea trascrizione ‘*proletario iam ciui cui quis volet*’.

<sup>17</sup> Sullo stato della tradizione manoscritta delle *Noctes Atticae* si legga P.K. MARSHALL, *Texts and transmission: a survey of the Latin Classics*, Oxford 1983, 178 s. e le pagine introduttive dell’edizione Zanichelli, *Aulo Gellio, Le notti Attiche libri I-III*, a cura di F. Cavazza, 40 ss. e dell’edizione UTET, *Le notti Attiche di Aulo Gellio*, a cura di G. Bernardi-Perini, Torino 1992, 27 ss.

<sup>18</sup> O. MÜLLER, *Etymologische Erörterungen von Rechts-Ausdrücken*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* 5, 1833, 192, per il quale « jam, was sehr willkürlich entfernt wird, ist steigend ». Ricostruiva invero il tratto del precetto: *proletario jam quiqui civis volet vindex esto*. Per le versioni di studiosi precedenti si può vedere H. E. DIRKSEN, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel Fragmente*, Leipzig 1824, 154 ss.

<sup>19</sup> R. SCHÖLL, *Legis duodecim Tabularum reliquiae*, Leipzig 1866, 75 e 116.

<sup>20</sup> Accolgono la lezione con ‘iam civi’: M. VOIGT, *Die XII Tafeln: Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie -Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I Aalen 1966 (Rist. dell’ed. anastatica di Leipzig 1883), 701; S. RICCOBONO, in FIRA, I<sup>2</sup>, *Leges*, 27; C. G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui, post curas Th. Mommseni editionibus quintae et sextae adhibitae, septimum edidit O. Gradenwitz. Pars prior. Leges et negotia*, Tubingae 1909, 18. Essa appare recepita anche nel *Thesaurus Linguae Latinae*, VII, v. *iam*, col. 87. La rigettano: D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Darmstadt 1994, 116; M.H. CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes II*, London 1996, 589.

<sup>21</sup> Accolgono la lezione con ‘iam civi’: A. Gellii *Noctium Atticatum libri XX*, vol. I, ex recensione M. Hertz, Lipsia 1871, 160; *Gellius Noctes Atticae, recensuit H. Hosius*, II, Stuttgart 1959, 175 (edizione Teubneriana); *The Attic Nights of Aulus Gellius, with an english translation by J. C. Rolfe*, III, London 1961 (edizione The Loeb Classical Library). La respingono: A. Gellii *Noctes Atticae, recognovit brevique adnotatione critica instruxit P. K. Marshall*, II, Oxford 1990, 489 (edizione Oxford Classical texts); *Le notti attiche di Aulo Gellio, a cura di G. Bernardi Perini*, II, Torino 1992, 1174 (Classici UTET); *Aulu-Gelle, Les Nuits attiques XVI-XX, Texte établi et traduit par Y. Julien*. 2e tirage, Paris 1998, 21 (edizione Les Belles Lettres).

<sup>22</sup> W. HERAEUS, *Ein Textproblem in einem Zwölf Tafelgesetz*, in *Rheinisches Museum für Philologie* 82, 1933, 317 ss.

Heraeus, inoltre, aveva suggerito di espungere anche ‘cui’, proponendo la lezione ‘*proletario cuii quis volet*’, almeno del testo del precetto citato da Gellio. Aveva invece supposto che l’originario testo del precetto decemvirale fosse privo anche di ‘*cuii*’ e che dunque suonasse ‘*proletario quis volet*’,<sup>23</sup> come proponeva ancor prima, ad esempio, Berger.<sup>24</sup>

Ora, per quanto l’ipotesi di Heraeus di un errore nella tradizione del testo possa risultare ammissibile, non è tuttavia provabile con certezza e non appare a nostro parere sufficiente a indurre a rinunciare a verificare l’opposta possibilità che il testo di Gellio contenesse l’inciso ‘*iam civi*’ e che esso potesse anche corrispondere al dettato originario delle Dodici Tavole.

La presenza di *civis* appare a noi del tutto plausibile, almeno per il testo gelliano, in ragione di:

Gell., *Noctes Att.* 16.10. 6: *Petimus igitur ne annalem nunc Q. Enni sed duodecim tabulas legi arbitrere et quid sit in ea lege ‘proletarius cuii’ interpretere.*<sup>25</sup>

Per quel che riguarda invece il dettato decemvirale, l’indagine non può che spostarsi su un altro terreno, diverso da quello paleografico, per verificare se possano essere rintracciati nella tradizione letteraria o giuridica successiva alle XII Tavole indizi che in qualche modo abbiano conservato memoria della funzione che avrebbe rivestito, nel tenore del precetto decemvirale, la qualifica di *civis* apposta a *proletarius*<sup>26</sup> e, più in particolare, l’avverbio ‘*iam*’.

<sup>23</sup> W. HERAEUS, *Ein Textproblem*, cit., 320.

<sup>24</sup> E. H. BERGER, *Tabulae duodecim*, in PWRE IV A2, Stuttgart 1932, col. 1929. Seguono oggi la lettura di Heraeus: V. PISANI, *Testi latini arcaici e volgari*<sup>2</sup>, Torino 1960, 46. In letteratura, infine, non accolgono la lezione con ‘*iam civi*’, ad esempio: A. PAGLIARO, *Proletarius*, in *Helikon* 7, 1967, 396; ID., *Testo ed esegesi delle XII tavole (1.4.)*, in *La critica del testo. Atti del II Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del diritto*, Firenze 1971, cit., 568; J. C. RICHARD, *Proletarius: quelques remarques sur l’organisation servienne*, in *L’Antiquité Classique* 47, 1978, 440 ss.; ID., *Les origines de la plèbe romaine*, 1978, 367 ss. e, in particolare, alla nt. 227; G. NICOSIA, *Il processo romano privato II*, cit., 46 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII tavole*, Cagliari 1992, 186 e 366; ID., *I destinatari delle «Noctes Atticae»*, in *Labeo* 42, 1996, 276 ss.; J. VON UNGERN-STERNBERG, *Proletarius - eine wortgeschichtliche Studie*, in *Museum Helveticum: schweizerische Zeitschrift für klassische Altertumswissenschaft* 59, 2002, 97 ss. La accolgono, ad esempio: G. RADKE, *Sprachliche und historische Beobachtungen zu den Leges XII Tabularum*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrik von Lübtow zum 70 Geburtstag*, Berlin 1970, 227 ss., per il quale l’assenza del sintagma ‘*iam civi*’ in alcuni manoscritti sarebbe giustificabile a causa del “cumulo di parole simili” («ist bei der Häufung ähnlicher Buchstaben entschuldbar»), l’avverbio ‘*iam*’ avrebbe la specifica funzione di rappresentare qualcosa di nuovo nel censimento («steht bei Aufzählungen und beim Übergang zu etwas Neuem») e assumerebbe il significato di ‘inoltre’, ‘tra l’altro’ «ferner, übrigens» (per l’interpretazione di Radke del precetto decemvirale si veda ancora *infra* nt. 27). Sottolineava la rilevanza nel precetto dell’avverbio ‘*iam*’ L. R. MÉNAGER, *Nature et mobiles de l’opposition entre la plèbe et le patriciat*, in *RIDA* 19, 1972, 374 ss., per il quale l’avverbio va tradotto «désormais, dorénavant» ed è testimonianza dell’avvenuto riconoscimento della qualità di *civis* del *proletarius* e della conseguente possibilità di esser parte di un giudizio. Da ultimo, aderisce alla lezione con ‘*iam civi*’: A. TRISCIUOLIO, *Sul vindex della in ius vocatio in età decemvirale. In margine a XII Tab. 1.4.*, cit., 294 ss.

<sup>25</sup> La qualifica *cives* di *proletarii* è anche in Non., v. *proletarii* (L. 228), come riportato *supra* nt. 7.

<sup>26</sup> Ricordiamo che era ammessa da T. MOMMSEN, *Die römischen Tribus in administrativer Beziehung*, Altona 1844, 11; ID., *Römisches Staatsrecht*, III.1, 238 nt. 3.

E in tale prospettiva non possono che essere illuminanti le conclusioni, già accennate, cui perveniva Bernardo Albanese: l'avverbio ‘iam’ avrebbe avuto la specifica funzione di indicare la circostanza che i *proletarii* erano divenuti *cives* «ormai», «a partire dal momento» della iscrizione nelle tribù rustiche.

A sostegno di tale interpretazione lo studioso adduceva la testimonianza tramandata da un lemma festino, al quale la dottrina non aveva inspiegabilmente prestato la necessaria attenzione, consideratane - come vedremo - la rilevanza:

Paul-Fest., v. *inprolus vel inprolis* (96 L.): *qui n o n d u m esset adscriptus in civitate*.<sup>27</sup>

Il prefisso *in-*, con valore negativo, e la relazione – non esplicitamente testimoniata in altra fonte – di *proles* con *adscriptus in civitate* induceva Albanese a ipotizzare plausibile un'originaria contrapposizione tra *inprolus n o n d u m adscriptus in civitate* e *proletarius i a m civis: proletarii* indicava quanti fossero stati *adscripti in civitate* in quanto *proles* e dunque, rispetto agli *inproles n o n d u m adscripti, i a m cives*.

Egli accettava così la correlazione di *proles* con un risalente significato legato all'idea di appartenenza alla *civitas* e ammetteva un'antica connessione di *proletarius* con *proles*. Infine, sebbene avesse dichiarato di non «azzardare congetture» e «chiudere lì il discorso su *proletarius*»,<sup>28</sup> «aggiungendo un'ultima riflessione» richiamava:

Fest.-Paul., v. *proletarium* (253 L.): *capite census, dictum quod ex his civitas constet, quasi proles progenie; idem et proletanei*

pervenendo alla conclusione di non considerare «arbitrario desumere da questa testimonianza l'esistenza di una tradizione che collegava specificamente, in qualche modo, la qualifica di *proletarius* con l'acquisto della *civitas*».<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Invero, diversi anni prima del lavoro di Albanese, G. RADKE, *Sprachliche und historische Beobachtungen zu den Leges XII Tabularum*, cit., 228 s., aveva fatto riferimento proprio a tale lemma e al possibile rapporto tra *inprolis* e \**proletus*, ricavandone un'ipotesi diversa da quella elaborata dallo studioso palermitano. Secondo Radke \**proletus* sarebbe stato chi fosse giunto ad una certa età e, in opposizione a *improlis*, colui che fosse iscritto già alle liste censorie, già appartenesse vale a dire alla lista degli adolescenti che erano scritti nelle liste dei cittadini, senza tuttavia avere particolari requisiti. L'ipotesi prospettata dall'autore è quella del *filius* che fosse stato diseredato. Ne consegue che secondo Radke *proletarii* potevano essere sia patrizi che plebei. Molto interessante il cenno di Caio Mario Vittorino, in un passaggio del primo libro, *De orthographia*, dell'*Ars grammatica*: “*improles enim est qui nondum vir est*” (cfr. H. KEIL, *Grammatici latini* VI, Hildesheim 1961, 20.10). *Improlis* è dunque il *puer* che non aveva ancora assunto la *toga virilis* (o *toga libera*) e non era così ancora entrato a far parte, quale elemento attivo, della *civitas*. Si vedano, ad esempio: G. AMIOTTI, *Religione e politica nella iniziazione romana. L'assunzione della toga virile*, in *Religione e politica nel mondo antico*, Milano 1981, 137; G. PIÉRI, *Statut des personnes et organisation politique aux origines de Rome*, in RHD 59, 1981, 591; C. FAYER, *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. II, *Sponsalia Matrimonio Dote*, Roma 2005, 412 ss. Sul valore della toga quale «abito (non metaforico)», «linea di inclusione giuridicamente rilevante ed incisiva sul piano della realtà» del maschio nella comunità romana: D. MANTOVANI, *Lessico dell'identità*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia 2010, 43 s.

<sup>28</sup> B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, cit., 551.

<sup>29</sup> B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, cit., 551.

Le intuizioni di Albanese fin qui sintetizzate ci inducono oggi ad inoltrarci in un percorso di indagine che tenterà di fare tesoro dei risultati raggiunti dal Maestro per rintracciare conferma dell'opportunità di richiamare il lemma festino *proletarium*, intravedendovi testimonianza efficace di una tradizione che, partendo plausibilmente proprio dal precetto decemvirale che conteneva il sintagma *proletarius iam civis*, correlava *proletarii* con *proles* e *progenies*, legando il termine ad un'originaria idea di appartenenza alla *civitas*. In conclusione, proporremo che a tale tradizione vada ascritto anche un celebre brano di Cicerone, *leg. 3.7*, nel quale compare il sintagma '*prolem describunt*', testimonianza a nostro parere di un linguaggio, volutamente arcaizzante, che ripeteva moduli espressivi risalenti, relativi ad antiche competenze poi passate ai censori.<sup>30</sup>

### 3. Rileggiamo dunque:

Fest.-Paul., v. *proletarium* (253 L.): *capite census, dictum quod ex his civitas constet, quasi proles progenie; idem et proletanei.*

Il lemma è, come spesso avviene per i testi di Festo, di difficile traduzione, anche a causa delle incongruenze grammaticali costituite dal passaggio dal singolare *proletarium* al plurale *his* e dalla mancanza di concordanza tra il nominativo *proles* e l'ablativo *progenie*.<sup>31</sup>

Ci limiteremo ad analizzare unicamente il tratto che qualifica i *proletarii* soggetti dei quali la *civitas* tende a comporsi come se fossero '*proles progenie*'.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Fermamente contrari ad accettare una derivazione semantica di *proletarius* da *proles* sono: V. PISANI, v. *Proletarius*, in *Atti del Sodalizio Glottologico Milanese*, 1948, 45 s.; ID., *Testi latini arcaici e volgari*, cit., 46 per il quale la connessione con *prōlēz* «ingenuamente riportata da antichi e moderni» è «assurda». Sarebbe infatti inspiegabile *-tar-*. L'autore presume allora un *l* sabino da 'd' per \**prō-dēt-ātoris*, il cui secondo elemento *dēt* da *dhēt*, con perdita dell'aspirazione, sarebbe analogo a *θής θητ-ός* «operaio che lavora per salario»; A. PAGLIARO, *Proletarius*, cit., 396; ID., *Testo ed esegesi delle XII tavole (1.4.)*, cit., 569 s., il quale considerava *proletarius* termine il cui valore non poteva che essere determinato in opposizione a '*adsiduus*', 'residente, stanziale'. Ne riconosceva così una derivazione dal vocabolo, appartenente al campo linguistico rurale, *prōtēlum*, «fila di bestie da soma attaccate una dietro l'altra per un traino», quale risultato di una metatesi da *prōtēlārius*, indicante il soggetto «non stanziale, non residente, non stabile in una sede». La derivazione di *proletarius* da *proles* veniva dunque rifiutata e considerata una escogitazione degli antichi, «inappagante per i moderni glottologi». B. HEMMERDINGER, *Proletarius / servus*, in *Belfagor* 28, 1973, 96 s.. Per il termine *prōtēlum* si veda W. MEYER-LÜBKE, v. *prōtēlum*, in *Romanisches etymologisches Wörterbuch*<sup>3</sup>, Heidelberg, 1935, 562. Aderiscono alla tesi di Pagliaro, ad esempio: G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di interdicta*, in *AUPA* 40, 1988, 193 nt. 58, che considera «verosimile» ritenere *proletarius* «una metatesi di '*proletarius*', indicante, in contrapposizione ad *adsiduus* (= residente), il soggetto che migra»; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*<sup>13</sup>, Roma 2006, 73 nt. 18, il quale considera di natura «popolare» la connessione etimologica tra *prōtēlārius* e *prōlēz*.

<sup>31</sup> Nell'edizione di Müller è accettata la proposta di correzione di Huscke: Fest.-Paul., v. *proletarium* (226 M.): *capite census, dictum quod ex his civitas constet, quasi prolis\* progenie; iidem et proletanei.* Lindsay, in nota, riporta la correzione di Mommsen *prole seu progenie*.

<sup>32</sup> Il congiuntivo '*constet*' assume qui un valore ottativo. Non ci occupiamo né del problema del rapporto, nella tradizione letteraria, tra *proletarius* e *capite census*, che qui appaiono equiparati, per il quale si veda, ad esempio, D.J. GARGOLA, *Aulus Gellius and the property qualifications of the proletarii and the capite censi*, in *CIPh* 84, 1989, 231-234, né del rapporto semantico tra *proletarius* e *proletaneus*, per il quale rimandiamo a V. PISANI, v. *Proletarius*, cit., 45 s. e G. RADKE, *Sprachliche und historische Beobachtungen zu den Leges XII Tabularum*, cit., 229.



Riteniamo utile a tale scopo evidenziare, in rapida sintesi, le analogie tra i termini *proles* e *progenies* anche attraverso il riferimento ad un gruppo di sostantivi che insieme a *proles* comprende termini quali *suboles* e *liberi* e unitamente a *progenies* ingloba vocaboli quali *propages* e *propago*, espressione tutti di una metafora, derivata dal mondo dell’agricoltura, della pianta che innestandosi nel terreno produce proprie ramificazioni.<sup>33</sup> Tale metafora, ben nota peraltro in altri ambiti culturali, esprime bene come vedremo l’idea di una discendenza genetica, cui inerisce anche una chiara valenza giuridica: *proles* e *progenies* assumono il medesimo valore di *liberi*, vale a dire *filii familias*, e, per tale ragione, il comune significato di appartenenti alla comunità.

*Proles* è termine arcaico<sup>34</sup> composto, come comunemente si ritiene, da una radice indoeuropea *\*leudh-* che concorse alla formazione di *alo*<sup>35</sup> e dal prefisso *pro-*, che condivide con *progenies*.

*Alo*, insieme all’incoativo *alēscō*, trae origine dal mondo vegetale e indica sia la funzione generale della crescita<sup>36</sup> sia l’idea specifica della discendenza genetica.<sup>37</sup> Dalla sua radice *\*leudh-* di formarono numerosi altri termini tra i quali, di primario rilievo per quanto attiene ai temi qui trattati, *suboles* ma anche, almeno secondo gli studi di Èmile Benveniste, *liberi*.<sup>38</sup>

Si legga per quel che riguarda *suboles* il lemma:

Fest., v. *suboles* (L. 402): *ab olescendo, id est crescendo, ut adolescentes quoque, et adultae, et indoles dicitur Lucretius lib. V (4,1232): “sive virum soboles, sive est muliebris origo.” Vergillus (Ecl. 4,49):<sup>39</sup> «Cara deum suboles, magnum Iovis incrementum»<sup>40</sup>*

<sup>33</sup> Si veda, in proposito, da ultima, M. BRETIN-CHABROL, *L’arbre et la lignée. Métaphores végétales de la filiation et de l’alliance en latin classique*, Grenoble 2012, *passim*.

<sup>34</sup> Si legga: “*Thesprote, si quis sanguine exortam tuo prolem inter aras sacrificas sacram imolet, quid meritis hic sit, dubium an id cuiquam fuat.*” Cfr. O. RIBBECK, *Scaenicae Romanorum poesis fragmenta I. Tragicorum Romanorum fragmenta*<sup>3</sup>, Lipsiae 1897, 253.

<sup>35</sup> H. OSTHOFF, *Etymologia II*, in *Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur* 20, 1895, 90; W. D. LEBEK, *Verba prisca*, Göttingen 1970, 28 e 293; A. WALDE - J. B. HOFFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch I*<sup>4</sup>, Heidelberg 1982, v. *alo*, 31 s., II<sup>4</sup>, v. *prōlēs*, 369; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*<sup>4</sup>, Paris 1994, v. *alo*, 23 s..

<sup>36</sup> L’uso di *proles* in contesti legati al mondo vegetale è testimoniato ad esempio in: Verg., *Georg.* 2.3: *Hactenus arborum cultus et sidera caeli; nunc te, Bacche, canam, nec non silvestria tecum virgulta et p r o l e m tarde crescentis olivae.*

<sup>37</sup> Si legga, in particolare, H. OSTHOFF, *Etymologia II*, cit., 90; C. MOUSSY, «*Alō, alēscō, adolēscō*», in *Etrennes de septantaine. Travaux de linguistique et de grammaire comparée offerts à Michel Lejeune*, Paris 1978, 167 ss.; W. D. LEBEK, *Verba prisca*, cit., 28 e 293; S. FASCE, v. *suboles*, in *Enciclopedia virgiliana IV*, Roma 1988, 1054; M. BETTINI, *Antropologia e cultura romana. Parentela, tempo, immagini dell’anima*, Roma 1998, 180 ss.; L. BELTRAMI, *Il sangue degli antenati. Stirpe, adulterio e figli senza padre nella cultura romana*, Bari 1998, 15 nt. 33 e 29; B. GARCÍA-FERNÁNDEZ, *Los grupos lexemáticos de alo y alesco. Reconstrucción de una familia etimológica casi deshecha*, in *Revista de Estudios Latinos* 2, 2002, 33 ss.

<sup>38</sup> È. BENVENISTE, *Liber et liberi*, in *Revue des Études Latines* 14, 1936, 52; ID., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I. Economia, parentela, società*, Torino 2001 (trad. it. a cura di M. Liborio di *Vocabulaire des institutions indo-européennes*. 1. *Économie, Parenté, Société*, Paris 1969), 247 ss.. Cfr., ancora, *infra*, nel testo, p. 113.

<sup>39</sup> Su questo testo di vedano A. TRAINA, «*Magnum Iovis incrementum (Ecl. 4.49)*», in *Scritti in onore di Carlo Diano*, Bologna 1975, 449 ss.; R. BRUNO, «*Cara deum suboles, magnum Iovis incrementum*» (Virg., B. IV,9), in *Latomus* 57, 1998, 417 ss.

<sup>40</sup> Si leggano anche: Paul. - Fest., v. *suboles* (403 L.): *ab olescendo, id est crescendo, dictae, ut adolescentes*

nel quale viene fatto appunto derivare, insieme ad altri termini quali *adolescentes*, *adultae*, *indeles*, dal verbo *olesco*<sup>41</sup> che significa crescere, assumendo, in particolare, il valore specifico di discendenza.<sup>42</sup>

Quanto a *liberi*, come accennavamo, basti qui ricordare i noti studi di Èmile Benveniste<sup>43</sup> che indagò le vicende storiche legate alle radici etimologiche del termine, collettivo - com'è più che noto - con il quale venivano indicati, sin da epoca risalente, i *filii familias*. *Liberi* derivò, secondo l'insigne linguista, proprio dal tema italico \**leudh-* di quell'unica radice del ceppo indoeuropeo che, come dicevamo, formò anche *alo*. Pervenne alla conclusione

*et adultae et indoles. Lucretius "Sive virum soboles, sive est muliebris origo."* Una testimonianza risalente è in Plaut., *Pseud.* 892-893: *Em, subolem sis vide: iam hic quoque scelestus est, coqui sublingulo.* Altre più recenti: Cic., *Phil.* 2.55 e 54: *O miserum te, si haec intellegis, miseriozem, si non intellegis hoc litteris mandari, hoc memoriae prodi, huius rei ne posteritatem quidem omnium saeculorum unquam immemorem fore, consules ex Italia expulsos cumque iis Cn. Pompeium, quod imperi populi Romani decus ac lumen fuit, omnis consulares, qui per valetudinem exequi cladem illam fugamque potuissent, praetores, praetorios, tribunos pl., magnam partem senatus, omnem subolem iuventutis unoque verbo rem publicam expulsam atque exterminatam suis sedibus!* [55] *Ut igitur in seminibus est causa arborum et stirpium, sic huius luctuosissimi belli semen tu fuisti. Doletis tris exercitus populi Romani interfectos; interfecit Antonius. Desideratis clarissimos civis; eos quoque vobis eripuit Antonius. Auctoritas huius ordinis adflicta est; adflixit Antonius. Omnia denique, quae postea vidimus (quid autem mali non vidimus?), si recte ratiocinabimur, uni accepta referemus Antonio. Ut Helena Troianis, sic iste huic rei publicae [belli] causa pestis atque exitii fuit. Reliquae partes tribunatus principii similes. Omnia perfecit quae senatus salva re publica ne fieri possent providerat. Cuius tamen scelus in scelere cognoscite;* Cic., *ad fam.* 10.33.1: *nam et robur et suboles militum interiit, si quidem, quae nuntiantur, ulla ex parte vera sunt.* Mart. 6.25.1: *Marcelline, boni suboles sincera parentis.* Sul valore del prefisso *sub* di *suboles* si veda per tutti, con bibl. precedente, M. BRETIN-CHABROL, *L'arbre et la lignée*, cit., 59 ss. Sul termine *suboles* si veda, ancora, F. BADER, *La formation des composés nominaux du latin*, Paris 1962, 230; M. BETTINI, *Antropologia e cultura romana*, 180 ss.; L. BELTRAMI, *Il sangue degli antenati*, cit., 29.

<sup>41</sup> Considerano *olesco*, non attestato in altre fonti, un'invenzione di Festo gli autori citati *supra* alla nt. 37.

<sup>42</sup> 'Suboles' è equiparato all'espressione 'prolem populi' in Gell., *Noct. Att.* 2.15.3: *Apud antiquissimos Romanorum neque generi neque pecuniae praestantior honos tribui quam aetati solitus, maioresque natu a minoribus colebantur ad deum prope et parentum vicem atque omni in loco inque omni specie honoris priores potioresque habiti. A convivio quoque, ut scriptum in antiquitatibus est, seniores a iunioribus domum deducebantur, eumque morem accepisse Romanos a Lacedaemoniis traditum est, apud quos Lycurgi legibus maior omnium rerum honos aetati maiori habebatur. Sed postquam suboles civitati necessaria visa est et ad prolem populi frequentandam praemiis atque invitamentis usus fuit, tum antelati quibusdam in rebus qui uxorem quique liberos haberent senioribus neque liberos neque uxores habentibus.* Si tratta del passaggio delle Notti Attiche nel quale vengono ricordati gli onori anticamente riservati alla vecchiaia, le ragioni per le quali tali onori furono poi attribuiti a mariti e padri e viene commentato il *caput VII* della *lex Iulia de maritandibus ordinibus*. Sia *proles* sia *suboles* appaiono ancora accomunati in un testo di Cicerone nel quale l'Arpinate li considera 'verba inusitata', 'licentia poetarum' che avevano 'etiam in oratione dignitatem': Cic., *de orat.* 3.152-153: *Tria sunt igitur in verbo simplici, quae orator adferat ad inlustrandam atque exornandam orationem: aut inusitatum verbum aut novatum aut translatum.* 153. *Inusitata sunt prisca fere ac vetustate ab usu cotidiani sermonis iam diu intermissa, quae sunt poetarum licentiae liberiora quam nostrae; sed tamen raro habet etiam in oratione poeticum aliquod verbum dignitatem. Neque enim illud fugerim dicere, ut Caelius "qua tempestate Poenus in Italiam venit," nec "p r o l e m" aut "s u b o l e m" aut "effari" aut "nuncupare" aut, ut tu soles, Catule, "non rebar" aut "opinabar"; aut alia multa, quibus loco positus grandior atque antiquior oratio saepe videri solet.* Il termine continuò tuttavia ad essere utilizzato nel linguaggio giuridico. Così ad esempio: D. 23.3.10.2; D. 24.3.22.7; D. 35.1.64.1; C. 2.41.1.1; C. 5.27.11.3.

<sup>43</sup> Citati *supra* alla nt. 38.

che *liberi* esprimesse un’originaria connessione tra l’idea di libertà come appartenenza alla comunità e l’idea dell’appartenenza alla comunità fondata sulla collocazione giuridica nella linea di discendenza genetica di un *pater*. *Liberi* erano dunque in origine coloro che appartenevano alla comunità politica in quanto *filii familias*, soggetti discendenti giuridicamente da un *pater*, membro della comunità.<sup>44</sup>

Torniamo a *proles*. Il prefisso *pro-* esprime il significato di ‘in avanti’, ‘fuori da’<sup>45</sup> e concorre alla formazione anche di *progenies*, composto dalla radice di *geno*, *gigno*<sup>46</sup> e di altri sostantivi,<sup>47</sup> quale in particolare *propages*<sup>48</sup> e l’analogo e più recente *propago*,<sup>49</sup> entrambi composti dalla radice del verbo

<sup>44</sup> Non possiamo soffermarci su un’analisi puntuale del valore che il termine *liberi* assunse nell’esperienza giuridica più risalente, analisi che riserviamo ad uno studio, dal quale hanno preso spunto queste pagine, di prossima pubblicazione. Alcune nostre considerazioni sono state sinteticamente anticipate in M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un’antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in AUPA 54, 2010-2011, *passim*.

<sup>45</sup> M. BETTINI, *Antropologia e cultura romana*, cit., 172; F. BADER, *La formation des composés nominaux du latin*, cit., 245 e 345 ss.; L. BELTRAMI, *Il sangue degli antenati*, cit., 15 ss.

<sup>46</sup> La radice è \**gen* che indica una nascita che «consacre l’appartenance à une fraction sociale» e concorre a formare termini quali *ingenuus*. Cfr. É. BENVENISTE, “*Liber et liberi*”, cit., 53.

<sup>47</sup> Altri sostantivi: *prognatus*, *progenitor*, *pronepos*, *proavus*, *prosapia*. Per quest’ultimo termine si leggano: Fest., v. *prosapia* (252 L.): *progenies, id est porro sparsis et quasi iactis liberis, quia supare significat iacere et disicere*; Non., v. *prosapia* (L. 94): *est generis longitudo: dicta a prosupando aut proserendo*. Cato *Originum liber* I (29): ‘*veteres prosapia*’. – *et multa alia apud multos. Vetus verbum* era definito da Cicerone (*Tim.* 39). Cfr. anche Plaut., *Cur.* 393 e *Merc.* 634, Quint., *Inst. Orat.* 1.6.40 e 8.3.26. Si veda, in particolare, sulla probabile connessione di *prosapia* con il termine *sopio*: L. BELTRAMI, *Il sangue degli antenati*, cit., 16 ss. Cfr. anche I. 3.3. pr. *Lex duodecim tabularum ita stricto iure utebatur et praeponerat masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi iunguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione unde cognati accommodata vocabant. Prosapia* appare legato a *proles* in un passo di Quintiliano nel quale entrambi sono considerati termini ai quali ‘*dignitatem dat antiquitas*’: Quint., *Inst. Orat.* 8.3.24-26: 24. *Cum sint autem verba propria ficta tralata, propriis dignitatem dat antiquitas. Namque et sanctiorem et magis admirabilem faciunt orationem, quibus non quilibet fuerit usus, eoque ornamento acerrimi iudicii P. Vergilius unice est usus*. 25. (...) 26. +*Aerumnas*+ *quid opus est, tamquam parum sit si dicatur +quod horridum+?* “*Reor*” *tolerabile, “autumo” tragicum; “prolem” +dicendi versum ei+, “prosapiam” insulsum. Quid multa? totus prope mutatus est sermo*.

<sup>48</sup> C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*, Bologna 1983, 46 s.; F. BADER, *La formation des composés nominaux du latin*, cit., 231; M. BRETIN-CHABROL, *L’arbre et la lignée*, cit., 118 ss. Si legga per la sinonimia di *propages* con *progenies*, nell’originario significato legato all’idea di crescita nel mondo vegetale: Paul.-Fest., v. *propages* (253 L.): *progenies a propagando, ut faciunt rustici, cum vitem vetulam subprimunt, ut ex una plures faciant. Propages* è testimoniato anche in Pacuv., *trag.* 20 e Aus. 2.3.19; cfr. anche Non., *propages* (L. 90): *est series et adfixio continuo vel longe ducta. pages enim compactio; unde compages et propagare genus, iuge, longe mittere*. Pacuvius *Antiope* (20); *salvété, gemini méa propages sanguínis*. Ennius (Ann. 587): *nobis unde forent fructus vitaque propagamen*. Ancora in età imperiale il termine *propago* compare nella titolatura imperiale, come risulta oltre che da numerose testimonianze epigrafiche (‘*propagator imperii*’ era, ad esempio, Settimio Severo), anche nella legenda monetale ‘*propagatores imperii*’ di alcuni medaglioni conati per M. Aurelio e Commodo e in una emissione conata in occasione del matrimonio tra Caracalla e Fulvia Plautilla (*propago imperii*). Si veda in tema, da ultimo, con i riferimenti bibliografici precedenti, G. MIGLIORATI, *Iscrizioni per la ricostruzione storica dell’impero romano: da Marco Aurelio a Commodo*, Milano 2011, 84 s.

<sup>49</sup> Si veda L. BELTRAMI, *Il sangue degli antenati*, cit., 28 secondo cui tale metafora rappresenta «efficacemente anche l’articolarsi della *gens* in *familiae*». L’Autrice richiama in proposito Corn. Nep., *Att.* 18.2:

*pango* che indicava in origine l'idea della pianta che si innesta fermamente nel terreno.<sup>50</sup>

Anche tali termini finirono tutti per assumere il significato di crescita nell'ambito di una discendenza, attraverso un processo di sviluppo semantico analogo a quello che riguardò i citati *suboles* e *liberi* e che fu accolta dalla tradizione letteraria e giuridica in una sinonimia tesa a esprimere l'idea di appartenenza ad una comunità fondata, secondo il modello costituito dal concetto giuridico di *filius familias*, su un'appartenenza genetica.<sup>51</sup> Si trattava non di una semplice discendenza naturalistica bensì di una discendenza qualificata dalla presenza di un presupposto strettamente giuridico: la nascita a seguito di *iustae nuptiae* o l'esistenza di meccanismi che giuridicamente erano ad essa equiparati (*adrogatio* ed *adoptio*), come espresso, in particolare, com'è noto, dal termine *liberi*.

Testimonianza efficace della sinonimia di *liberi* con *suboles* nella tradizione giuridica è ad esempio in:

D. 24.3.1 (Pomp. 15 *ad Sab.*) *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.*<sup>52</sup>

*sic familiarum originem subtexuit ut ex eo clarorum virorum propagines possimus cognoscere* e Cic., *Phil.* 1.13: *Fuerit ille Brutus, qui et ipse dominatu regio rem publicam liberavit et ad similem virtutem et simile factum stirpem iam prope in quingentesimum annum propagavit.* Altro esempio di figura metaforica legata al mondo dell'agricoltura che esprime l'idea dell'analogia tra la crescita vegetale e la procreazione è Serv., *Ad Aen.* 3.136: *apud veteres neque uxor duci neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat.* M. BRETIN-CHABROL, *L'arbre et la lignée*, cit., 118 ss., richiama tra le altre testimonianze: Serv., *ad Aen.* 4.231: *'Propago' autem si genus significet, 'pro' brevis est, ut 'sit Romana potens Itala virtute propago'; si de arbore dicas, producitur 'pro', ut 'flexos propaginis arcus expectant'.*

<sup>50</sup> Fest., v. *pangere* (234 L.): *figere; unde plantae pangi dicuntur, cum in terram demittuntur.* Secondo A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine*, cit., v. *pango*, 479, da questo originario significato sarebbe derivata un'accezione più recente di 'stabilire solidamente' che è testimoniato in alcuni precetti delle Dodici Tavole (1.6 e 8.2) ed in espressioni quali *'pangere finis, terminos'* e *'pangere pacem'*. Si veda, da ultima, M. BRETIN-CHABROL, *L'arbre et la lignée*, cit., 116 ss.

<sup>51</sup> *Propago* appare legato a *suboles*, ad esempio, in: Cic., *Marc.* 23: *Omnia sunt excitanda tibi, C. Caesar, uni, quae iacere sentis, belli ipsius impetu, quod necesse fuit, percussa atque prostrata: constituenda iudicia, revocanda fides, comprimendae libidines, propaganda suboles: omnia, quae dilapsa iam difflexerunt, severis legibus vincienda sunt.* Il concetto di *propaganda suboles*, utilizzato certamente ai tempi di Cicerone per i fini ideologici e politici di incentivo all'incremento demografico, doveva riflettere un'origine risalente legata a valori sociali e giuridici connessi all'idea primitiva di 'appartenenza genetica' al gruppo. Espressione più pura era costituita dalle famiglie patrizie, le cui origini erano radicate nella storia della *civitas*. Efficace, in tal senso, la testimonianza dell'elogio di Gneo Cornelio Scipione Ispano (CIL I<sup>2</sup> 2.15): *Virtutes generis meis moribus accumulavi | progeniem genui, facta patris petiei | maiorum optenui laudem ut sibi me esse creatum | laetentur stirpem nobilitavit honor.* Si leggano: A. TEDESCHI, *Lezione di buon governo per un dittatore. Cicerone, Pro Marcello: saggio di commento*, Bari 2005, 120 s.. Il termine *suboles* è anche in Flor., 1.1.4: *Ab his Amulius iam septima subole regnabat*, su cui si veda: G. PUCCIONE, *Interpretazione di 'suboles' in Floro (1.1.4)*, in ANSP 25, 1956, 234 ss.. Altre fonti, con bibl., in L. BELTRAMI, *Il sangue degli antenati*, cit., 29.

<sup>52</sup> Abbiamo avuto modo di occuparci di questo testo in un nostro precedente lavoro: M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi*, cit., 31 n. 77 al quale ci permettiamo di rimandare. Si vedano anche B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano III. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto Pubblico*, Milano 1954, 77

Il frammento è posto dai compilatori ad apertura del titolo ‘*Solutum matrimonio dos quemadmodum petatur*’. Il principio ‘*Dotium causa semper et ubique praecipua est*’ era spiegato da Pomponio in ragione dell’interesse, di rilevanza pubblica,<sup>53</sup> a che la dote fosse conservata alla *mulier*. Era necessario, infatti, che le donne fossero provviste della dote perchè potessero contrarre matrimonio allo scopo di generare la stirpe, *ad subolem procreandam*, di procreare i *liberi*, e *maxime* di ripopolare con essi la *civitas: replere liberis civitatem*.

La funzione del matrimonio fu espressa nell’esperienza romana dalla nota clausola ‘*liberorum quaerendorum causa*’.<sup>54</sup>

Si rivela con chiarezza nel testo di Pomponio la coincidenza di significato tra *suboles* e *liberi*, termini adatti entrambi ad indicare la condizione di filiazione legittima, che giuridicamente era funzionale a ripopolare la *civitas*. Ed è altresì evidente l’eco, ancora persistente, di un originario fondamento costituito da un ancestrale principio di connessione tra l’‘appartenenza genetica’ e quella politica.

Ne conserva memoria Varrone:

Varro, *Saturarum Menippearum* Fr. 235:<sup>55</sup> *si qui patriam, maiorem parentem, extinguit, in eo est culpa; quod facit pro sua parte is, qui se eunuchat aut alioqui liberos <non> producit.*<sup>56</sup>

“Se qualcuno ha annientato la patria, che è l’ascendente più alto<sup>57</sup> ha la stessa responsabilità di chi per se stesso si rende eunuco o per qualche altra ragione non crea *liberi*”. Non

s.; S. SOLAZZI, “*Favor dotis*”, in SDHI, 21 1955, 304 s.; C. SANFILIPPO, *Corso di Diritto Romano. La dote*, Catania 1959, 14; A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio Rei Uxorae*, Köln/Wien 1969, 85 ss.; G. LONGO, *Utilitas publica*, in *Labeo* 18, 1972, 31 ss.; T. HONSELL, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, in ZSS, 95 1978, 93 ss.; J. VENDRAND-VOYER, *Normes civiques et métier militaire à Rome sous le Principat*, Clermont Ferrand 1983, 286; M. SARGENTI, *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova 1986, 264 s.; E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana*, in SCDR 13, 2001, 32; R. SCEVOLA, ‘*Utilitas publica*’. II. *Elaborazione della Giurisprudenza Severiana*, Padova 2012, 65 ss. Cfr. anche D. 23.3.2; D. 42.5.18; D. 35.1.64.1; D. 25.4.1.13; PS. 2.19.2; Cic., *Phil.* 2.55 e 54, riportati, quest’ultimi, *supra* nt. 40 con bibl. ivi citata.

<sup>53</sup> Cfr., ad esempio, D. 23.3.2; D. 42.5.18.

<sup>54</sup> Sul valore che assunse tale clausola nell’esperienza giuridica più risalente ci permettiamo di rimandare il lettore al nostro M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un’antica prassi*, cit., 29 ss.

<sup>55</sup> Cfr. anche Non., v. *eunuchare* (L. 151): *Varro Lege Maenia* (235): *si qui patriam, maiorem parentem extinguit, in eo est culpa quod facit pro sua parte is qui se eunuchat aut alioqui † liberos producit*. Il testo va corretto: *alioqui liberos <non> producit*.

<sup>56</sup> Utilizziamo l’edizione Teubneriana M. Terentius Varro, *Saturarum Menippearum fragmenta* edidit R. Astbury, Monachii Lipsiae Saur 2002, 42. Si tratta di un riferimento ad un passaggio del testo di una *lex Maenia de dote*, emanata nel 186 a. C. su proposta del pretore *T. Maenius*.

<sup>57</sup> Espressione analoga a ‘*Patria maior parens*’ è in Cic., *rep.*, *Fragmenta proemii: sic quoniam plura beneficia continet patria, et est antiquior parens quam is qui creavit, maior ei profecto quam parenti debetur gratia*, riferito da Non., *Antiquior melior* (L. 688). Si vedano: G. PETRONE, *Metafora e tragedia: immagini culturali e modelli tragici nel mondo romano*, Palermo 1996, 48 ss.; M. LENTANO, *L’Heautontimorumenos di Terenzio e quello di Valerio Massimo. Due note sulla paternità punita*, in *Dionisio. Bollettino dell’Istituto Nazionale del Dramma Antico*, n.s., 5, 2006, 8 ss.

*procreare suboles o non producere liberos* equivaleva, dunque, a ‘*patriam, maiorem parentem, extinguere*’.<sup>58</sup>

Il riferimento ad un’identica concessione tra il fine della procreazione e l’interesse pubblico alla sopravvivenza e alla crescita della comunità era utilizzato anche da Cicerone:

Cic., *Cluent.* 11.32: *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus [secundis] accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset.*

Di fronte alla *quaestio de veneficis* (il processo si svolge nel 66 a. C.) Cicerone difende Aulo Cluenzio Abito dall’accusa, mossa da Oppianico, suo fratellastro, di omicidio per avvelenamento del suo patrigno, Oppianico padre, padre naturale dell’accusatore. Nell’intento di tratteggiare la figura di Oppianico padre, Cicerone introduce un resoconto dettagliato dei numerosi crimini che gli imputa, tra i quali l’avvelenamento della cognata incinta, moglie del fratello Auria. In tale contesto si colloca il riferimento al ricordo della donna di Mileto condannata di delitto capitale per aver interrotto la propria gravidanza, corrotta dagli eredi sostituiti. Non ingiustamente, afferma Cicerone, venne condannata la donna, poichè aveva tolto “al padre la speranza, al nome la continuazione, al parentado un’aiuto, alla famiglia l’erede, alla città lo sperato cittadino”.<sup>59</sup>

È evidente la rilevanza pubblica della condizione di *filius*, il suo essere un *civis designatus*.

Analoga rilevanza del rapporto tra l’ ‘appartenenza genetica’ e quella politica, appare nel più che noto:

Cic., *off.* 1.54: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae. Sequuntur fratrum coniunctiones, post consobrinorum sobrinorumque, qui cum una domo iam capi non possint, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Sequuntur conubia et affinitates ex quibus etiam plures propinqui; quae propagatio et suboles origo est rerum publicarum. Sanguinis autem coniunctio et benivolentia devincit homines [et] caritate.*<sup>60</sup>

<sup>58</sup> L’espressione *ad subolem procreandam* è anche in un frammento del commentario alla *Lex Iulia et Papia* di Terenzio Clemente, che forse riportava il pensiero di Giuliano, nel quale compare ancora la connessione con l’interesse pubblico: D. 35.1.64 pr.-1 (*Clementius 5 ad legem Iuliam et Papiam*): *Hoc modo legato dato “si Lucio Titio non nupserit” non esse legi locum Iulianus aiebat. 1. Quod si ita scriptum esset “si Ariciae non nupserit”, interesse, an fraus legi facta esset: nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum: legem enim utilem rei publicae, subolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione.*

<sup>59</sup> Cfr. Cic., *Tusc.* 1.14.31.

<sup>60</sup> Sull’influenza di Panezio nella composizione del *De Officiis* e del tratto cui appartiene anche il nostro brano, si veda ad esempio: M. BRETONE, *Storia*, cit., 37 ss., nel quale l’autore ricorda l’immagine dei ‘cerchi concentrici’ di M. POHLENZ, *L’ideale della vita attiva secondo Panezio nel De officiis di Cicerone*, trad. it. di *Antikes Führertum. Cicero de officiis und das Lebensideal des Panaitios*, Leipzig-Berlin 1934, a cura di M. Bellucioni, Brescia 1970, 66; É. BENVENISTE, *Termes de parenté dans les langues indo-européennes*, in *L’Homme*

I diversi gradi e modelli di aggregazione parentale, dalla *prima societas*, che *in ipso coniugio est*, alla *proxima in liberis* fino ai *propinqui* costituiscono tutti il fondamento, l'origine da cui promanano le aggregazioni politiche, poichè ne costituiscono le ramificazioni che, promanando da comuni radici, ne garantiscono la crescita e la sopravvivenza.

4. Riteniamo di poter a questo punto proporre la nostra lettura del tratto del lemma festino *proletarium*, dal quale siamo partiti, ove è detto che la *civitas* si compone dei *proletarii* 'come se fossero' *'proles progenie'*.

La *civitas* accoglieva al proprio interno i *proletarii* grazie ad un atto di legittimazione analogo a quello che permetteva di includervi i *filii familias*: come i *filii* anche i *proletarii* divenivano dunque *'proles progenie'* della *civitas*.

Per il *filius* l'atto di legittimazione era costituito dalla *professio censualis* del *pater*, per la quale si legga:

Fest., v. *procapis* (251 L.): *progenies, quae ab uno capite procedit*.<sup>61</sup>

I *filii* appartenevano alla comunità, ed erano dunque *cives*, in quanto *progenies* che *procedit ab uno capite*. Il *civis pater familias* - che era *caput*, apparteneva alla struttura organizzata quale titolare del patrimonio familiare, *pater e patronus*<sup>62</sup> - con la *professio censualis* legittimava il *filius* ad occupare il proprio posto nella *civitas*. Il *filius* a sua volta avrebbe poi rivestito la condizione di *procapis*.<sup>63</sup>

Analogamente, se abbiamo ben visto, i *proletarii* venivano accolti in origine all'interno della comunità, divenendo così *cives*, anch'essi tramite un atto di legittimazione, un atto di cooptazione costituito, come aveva già intuito Bernardo Albanese, dalla iscrizione nelle nuove tribù rustiche che venivano via via create. Come i *filii familias* anche i *proletarii* contribuivano così a formare (*constare ex*) la *civitas*: i primi in ragione della *professio censualis* del *pater*, i secondi in ragione dell'atto di iscrizione in una *tribus*.

È verosimile dunque che a seguito di tale iscrizione venne a formarsi la tradizione letteraria che, in particolare, connetteva *proletarius* a *proles*: il termine *proletarii* non stava dunque ad indicare quanti rilevassero per il fatto di fornire la propria prole alla *civitas*,<sup>64</sup> bensì - più propriamente e diversamente da quel che comunemente in dottrina si è fin qui sostenuto - quanti di per sé fossero considerati *'quasi proles'*, *progenies* della *civitas*.

5, 1965, 11 ss.; A.R. DYCK, *On the Composition and Sources of Cicero 'De officiis' 1.50-58*, in *California Studies in Classical Antiquity* 12, 1979, 77 ss.; G. LOBRANO, *Qualche idea, dal punto di vista del diritto romano, su origine e prospettive del principio di laicità*, in *Diritto e Storia* 10, 2010-2011.

<sup>61</sup> Il *pater* che dichiarava il *filius* al *census* era a sua volta definito *duicensus*: Fest-Paul., v. *duicensus* (L. 58): *dicebatur cum altero, id est cum filio census*. Si veda in proposito: E. LO CASCIO, *Il census a Roma e la sua evoluzione dall'età serviana alla prima età imperiale*, in *MEFRA* 113, 2001, 567 nt. 9.

<sup>62</sup> Sulle posizioni in dottrina circa l'originario significato di *caput* in connessione alla prima forma di censimento si veda per tutti E. LO CASCIO, *Il census a Roma*, cit., 567 ss.

<sup>63</sup> Y. THOMAS, *Droit domestique et droit politique à Rome*, in *MEFRA* 94, 1982, 561 ss.

<sup>64</sup> Nel medesimo fraintendimento incorreva Aug., *De civ. Dei* 3.17.3: *Tum vero tam multa bella ubique crebruerunt, ut inopia militum proletarii illi, qui eo, quod proli gignendae vacabant, ob egestatem militare non valentes hoc nomen acceperant, militiae conscriberentur*.

Ora, non v'è dubbio che nella tradizione letteraria tale originario significato di *proletarii*, quale '*proles progenie*' della *civitas*, fu presto destinato ad essere offuscato, a seguito del consolidarsi delle differenti modalità con le quali, realizzatosi il sistema serviano, e assestatosi il numero definitivo delle tribù, il *civis* partecipava alla comunità politica, modalità fondate oramai prevalentemente su criteri economici. Appare allora spiegabile una certa ambiguità individuabile in alcune testimonianze che hanno probabilmente indotto a quel fraintendimento in dottrina, al quale accennavamo, secondo il quale i *proletarii* sarebbero stati considerati quanti rilevassero per il solo fatto di fornire alla *civitas* i propri figli.

Tali testimonianze, a nostro parere, riescono ad essere invece ricondotte al significato da noi prospettato se collocate nell'ambito di quella tradizione letteraria che abbiamo fin qui esaminato. Così, ad esempio:

Cic., *rep.* 2.40: (...) *qui cum locupletis assiduos appellasset ab asse dando, eos qui aut non plus mille quingentos aeris aut omnino nihil in suum censum praeter caput attulissent, proletarios nominavit, ut ex iis quasi proles, id est quasi progenies civitatis, expectari videretur.*(...)<sup>65</sup>

A parlare è Scipione e il riferimento è alla riforma di Servio Tullio<sup>66</sup> il quale '*etiam verbis ac nominibus ipsis fuit diligens*'.

*Nominavit proletarios*, indicò con il termine *proletarii* '*qui aut non plus mille quingentos aeris aut omnino nihil in suum censum praeter caput attulissent*', coloro che avessero dichiarato nel proprio censo non più di mille e cinquecento assi o complessivamente nulla se non se stessi, poiché sembrava utile che da loro si attendesse - come prole, progenie della *civitas* - nuova linfa vitale che accrescesse in tal modo la *civitas*.

Il termine *proles* non va inteso, dunque, come la prole del *proletarius*. Più propriamente, a noi pare indubitabile che esso vada inteso, qui come in contesti analoghi, nel significato che abbiamo fino a qui individuato. Connesso all'idea di crescita, *proles* è termine che indica colui che si innesta nella struttura della *civitas* accrescendola, *id est quasi progenies civitatis*,<sup>67</sup> rappresentandone perciò un elemento strutturale, come se ne costituissero una progenie.

Da allora la *civitas* avrebbe cominciato a *constare* anche *ex proletariis*.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> L. R. MÉNAGER, *Nature et mobiles de l'opposition. Remarques sur le pécule et les "honores" des fils de famille*, 327; J.J. NICHOLLS, *Cicero De re publica 2.39-40 and the centuriate assembly*, in Cl. Ph. 59, 1964, 102 ss.; E. GABBA, *Esercito e società nella tarda Repubblica romana*, Firenze 1973, 6 ss.

<sup>66</sup> Cic., *rep.* 2.37.

<sup>67</sup> Sul valore dell'avverbio '*quasi*' nel discorso argomentativo romano rimandiamo a G. ROMANO, *Brevi considerazioni su Paul. 32 <33> ad ed. D.19.4.1.4: tra tradizione testuale e proposte emendative*, in TSDP 5, 2012, 55 ss. e alla bibliografia citata alla nt. 89.

<sup>68</sup> Rende bene l'idea espressa dall'avverbio *quasi* nel tratto del lemma festino *proletarium* '*quasi proles progenie*', e del passo ciceroniano che stiamo analizzando, *quasi proles, id est quasi progenies civitatis* il noto passo liviano: Liv., 1.8.4-5: *Crescebat interim urbs munitionibus alia atque alia appetendo loca, cum in spem magis futurae multitudinis quam ad id quod tum hominum erat munirent. 5. Deinde ne vana urbis magnitudo esset, adiciendae multitudinis causa vetere consilio condentium urbes, qui obscuram atque humilem conciendo ad se multitudinem natam e terra sibi prolem ementiebantur, locum qui nunc saeptus*



Alla medesima tradizione letteraria è da ascrivere anche il passo delle Notti Attiche che tramanda il precetto decemvirale 1.4, con il quale abbiamo aperto la nostra indagine, nel quale Gellio racconta che Giulio Paolo, poeta suo contemporaneo, fu chiamato '*de sententia deque ratione vocabuli proletarius docere*':

Gell., *Noct. Att.* 16.10.13: ... *non capitibus censione, sed prosperiore vocabulo a munere officioque prolis edendae appellati sunt, quod, cum re familiari parva minus possent rempublicam iuvare, subolis tamen gignendae copia civitatem frequentarent.*

“Furono chiamati (*proletarii*) non a causa della condizione di *capite census* ma, con un termine più favorevole, in ragione del compito di generare prole poichè, potendo essere meno utili allo Stato per lo scarso patrimonio, tuttavia avrebbero ampliato la *civitas* con l'abbondanza della 'generanda' prole”.

Le due espressioni '*prolis edendae*' e '*subolis gignendae*' sono palesemente analoghe e vanno intese nel senso più proprio, corrispondente al più antico assetto istituzionale ove i *proletarii* costituivano essi stessi, naturalmente inclusi i propri successori, prole della *civitas*.<sup>69</sup>

Ancora, infine, deve essere ricordata la tarda testimonianza di Nonio Marcello:

Non., v. *proletari* (L. 93-94): *dicti sunt plebei, qui nihil rei publicae exhibeant, sed tantum prolem sufficient.* (...) <sup>70</sup>

*Proletarii* sono detti i plebei che non mettano a disposizione nulla alla *res publica* ma che solamente riproducano prole. L'espressione '*sufficere tantum prolem*' rende bene l'avvenuto

*descendentibus inter duos lucos est asyllum aperit.* Efficace appare nella nostra prospettiva d'indagine il riferimento agli antichi fondatori della città che accrescevano la propria comunità inglobando (*conciendo ad se*) l'*obscura atque humilis multitudo* attraverso modalità che rendevano i nuovi arrivati soggetti a pieno titolo appartenenti alla comunità, fingendo che fossero *proles*. I nuovi *cives* entravano a far parte della comunità sulla base di un fondamento diverso da quello che legittimava quanti tecnicamente, vale a dire, giuridicamente, fossero *proles* della comunità. La *obscura atque humilis multitudo*, era '*nata e terra*', era costituita vale a dire da '*terrae filii*', '*filiis che patrem ciere non possunt*'. Sul tema del valore originario del termine *asyllum* si legga per tutti, da ultimo, A. CHERICI, *Il fanum Voltumnae e i santuari comunitari dell'Italia antica*, cit., 311 ss. Sul valore dell'espressione '*terrae filii*', si veda L. BELTRAMI, *Il sangue degli antenati*, cit., 92 ss.

<sup>69</sup> Analoga estensione riecheggia in Aug., *De Civ. Dei* 3.17.3: *Tum vero tam multa bella ubique crebruerunt, ut inopia militum proletarii illi, qui eo, quod proli gignendae vacabant, ob egestatem militare non valentes hoc nomen acceperant, militiae conscriberentur* (già riportato *supra* nt. 64). La notizia del reclutamento di *proletarii* nel *bellum Tarentinum* è ripresa da Oros. 4.1.2-3: *Anno ab urbe condita CCCCLXIII Tarentini Romanam classem forte praetereuntem, spectaculo theatri prospectam hostiliter invaserunt, quinque tantum navibus uix per fugam elapsis; cetera retracta in portum classis et profligata est; praefecti navium trucidati, omnes bello utiles caesi, reliqui pretio venditi sunt.* 2. *Continuo missi Tarentum a Romanis legati, ut de inlatis quererentur iniuriis, pulsati ab isdem auctas insuper iniurias rettulerunt. His causis bellum ingens exortum est.* 3. *Romanos, qui quantique hostes circumstreperet permetientes, ultima adegit necessitas proletarios quoque in arma cogere, hoc est eos qui in urbe semper sufficiendae prolis causa vacabant, militiae adscribere: quippe cum frustra de prole cura est, nisi rebus praesentibus consulatur.*

<sup>70</sup> La parte finale del testo è riportata *supra* alla nt. 16.

processo di offuscamento nella tradizione letteraria subito dall'originario significato attribuito a *proletarius*.<sup>71</sup>

5. Ma a conservare integro l'originario valore di *proles* e l'antica connessione con *proletarii* rimane a nostro giudizio il testo ciceroniano che vorremmo provare a sottoporre all'attenzione del lettore quale testimonianza che può essere ascritta alla tradizione letteraria che, come abbiamo visto, correlava *proles* ad un originario significato connesso all'idea di appartenenza alla *civitas*. Questa la testimonianza:

Cic., *leg. 3.7*: *Censoris populi aevitatis suboles familias pecuniasque censento, urbis templa vias aquas aerarium uectigalia tuento, populique partis in tribus describunt, exin pecunias aevitatis ordinis partiunt, equitum peditumque prolem describunt, caelibes esse prohibento, mores populi regunt, probum in senatu ne relinquunt. Bini sunt, magistratum quinquennium habent; reliqui magistratus annui sunt; eaque potestas semper esto.*<sup>72</sup>

Il testo appare esemplificativo del linguaggio e dello stile dell'intero *De legibus*, per i quali si è parlato in dottrina di ricercato 'arcaismo'<sup>73</sup> e che, come è noto, fu volutamente impresso da Cicerone alle parole di Marco quale cifra stilistica delle *leges*.<sup>74</sup>

Per tale ragione non sarà difficile desumere la rilevanza, nel quadro di questa nostra breve indagine, degli stilemi ivi tramandati, che sembrano ripetere moduli espressivi risalenti, volutamente inseriti da Cicerone, esperto conoscitore della più antica tradizione, nell'intento per noi prezioso dell'Arpinate di far trapelare le più antiche strutture organizzative della *civitas*.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Medesima modalità espressiva si ritrova in Verg., *Georg.* III. 62-65: *cetera nec feturae habilis nec fortis aratris. Interea, superat gregibus dum laeta iuventas, solve mares; mitte in Venerem pecuaria primus, atque aliam ex alia generando suffice prolem.*

<sup>72</sup> Utilizziamo l'edizione "Les Belles Lettres", *Cicéron, Trité des Lois. Texte établi et traduit par G. De Plinval*, Paris 1959, 84. Sul testo si vedano: A.E. ASTIN, *The Censorship of the Roman Republic: Frequency and Regularity*, in *Historia* 31, 1982, 174 ss.; F. FONTANELLA, *Introduzione al De legibus di Cicerone II*, in *Athenaeum* 86, 1998, 185 ss.; B. ALBANESE, *Quattro brevi studi. IV. A proposito di due precetti sui censori del «De legibus» di Cicerone*, in *Labeo* 46, 2000 (= *Scritti giuridici IV*, Torino 2006, dai quali citiamo), 822 ss.; C. FAYER, *La famiglia romana III*, cit., 567; A. R. DYCK, *A Commentary on Cicero De Legibus*, Michigan 2007, 449 ss.

<sup>73</sup> G. PASCUCCI, *L'arcaismo nel De legibus di Cicerone*, *Studia Fiorentina A. Ronconi*, Firenze 1970; E. ROMANO, *Senso del passato e paradigma dell'antico: per una rilettura del De legibus di Cicerone*, in *Incontri triestini di filologia classica* 9, 2009-2010, 1 ss.

<sup>74</sup> Cic., *de leg. 2.7*: MARCUS: *Expromam equidem ut potero, et quoniam et locus et sermo <haudquaquam> familiaris est, legum leges voce proponam.* QUINTUS: *Quidnam id est?* MARCUS: *Sunt certa legum verba Quinte, neque ita prisca ut in veteribus XII sacratisque legibus, et tamen, quo plus auctoritatis habeant, paulo antiquiora quam hic sermo <noster> est. Eum morem igitur cum brevitate si potero consequar. Leges autem a me edentur non perfectae — nam esset infinitum —, sed ipsae summae rerum atque sententiae.* QUINTUS: *Ita vero necesse est. Quare audiamus.* Sul valore di questo passaggio si veda da ultima G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino 2012, 158 ss.

<sup>75</sup> C'è chi ha supposto si trattasse del *liber auspicii* di Valerio Messalla (su cui H. FUNAIOLI, *Grammaticae Romanae fragmenta*, Lipsiae 1907, 501 ss.). Si veda per tutti A. R. DYCK, *A Commentary on Cicero De Legibus*, cit., 449.

La trama del testo va letta come un insieme di antiche formulazioni, fortemente ‘arcaizzanti’ sia nello stile sia nel contenuto.<sup>76</sup>

Lasciamo da parte il passaggio, non utile ai nostri fini, che riporta un formulario relativo alla *tuitio* di *templa vias aquas aerarium vectigalia* e leggiamo il tratto che qui interessa:

*Censoris populi aevitatis suboles familias pecuniasque censento,<sup>77</sup> (...) populique partis in tribus describunt, exin pecunias aevitatis ordinis partiunt, equitum peditumque prolem describunt (...).*

Si tratta di un testo difficile. Nella prima frase ‘*aevitas*’ è arcaico di *aetas*. Raro in letteratura è tuttavia presente in

XII Tab. 1.3: *si morbus aevitasve vitium escit, iumentum dato. si nolet, arceram ne sternito.*

Il sintagma *familias pecuniasque* mai testimoniato al plurale,<sup>78</sup> allude al complesso patrimoniale e ripete il carattere antiquario sia di *aevitas*, sia di *suboles*, indicando in particolare gli schiavi e la consistenza del patrimonio mobiliare, valutato in origine in assi librali<sup>79</sup> e destinato in prosieguo di tempo a lasciare il posto al nuovo criterio della proprietà immobiliare.<sup>80</sup>

“I censori<sup>81</sup> valuteranno<sup>82</sup> le età,<sup>83</sup> le stirpi, i patrimoni del popolo”.

I termini utilizzati e l’ordine nel quale sono indicati - età, stirpe, consistenza patrimoniale - induce ad ipotizzare che Cicerone, come anticipavamo, ripetesse uno stilema relativo ad operazioni molto antiche, probabilmente anteriori alla nascita della stessa censura e connesso

<sup>76</sup> Si legga, ad esempio, U. COLI, *Tribù e centurie dell’antica Repubblica romana*, in SDHI 21, 1955 (= *Scritti di diritto romano* II, Milano 1973, dai quali citiamo), 589: «parole di sapore arcaizzante, che ci riportano alle origini della censura».

<sup>77</sup> Cfr. *Tab. Her.* l. 147s. (FIRA I<sup>2</sup>, *Leges*, n. 13, p. 151): *censum | agito; eorumque nomina praenomina patres aut patronos tribus cognomina et quot annos | quisque eorum habet et rationem pecuniae ex formula census, quae Romae ab eo, qui tum censum | populi acturus erit, proposita erit, ab ieis iurateis accipito.*

<sup>78</sup> Il plurale, come dicevamo mai attestato, è, secondo B. ALBANESE, *Quattro brevi studi. A proposito di due precetti sui censori*, cit., 823, «giustificato dalla generalità del precetto, e soprattutto dalla simmetria con gli altri due plurali precedenti».

<sup>79</sup> Plin., *Nat. Hist.* 33.3.43. Sul significato di *pecunia*: É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*. I, cit., 35 ss. Più in particolare, sul significato di *pecunia* in *Tab. Her.* l. 142 ss. (FIRA I<sup>2</sup>, *Leges*, n. 13, p. 151): B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano* (II). III. *Sui frammenti di censoriae tabulae in Var., De l. lat.* 6,86-87, 319.

<sup>80</sup> Si tratterebbe di un ricordo di quella che, analizzando Gell., *Noct. Att.* 16.10, A. CHERICI, “*Otium erat quodam die Romae in foro*”, cit., 206 chiama «fase pre-censuaria, pre-economica».

<sup>81</sup> ‘*Censoris*’ è un arcaico nominativo plurale per ‘*censores*’.

<sup>82</sup> Non., v. *Censere et arbitrari veteres cognitione quadam socia ac similia verba esse voluerunt.* (...) *idem enim valet censere et arbitrari*; Fest., v. *Censores* (51 L.): *censores dicti sunt quod rem suam quisque tanti aestimare solitus sit, quanti illi censuerint*; Fest., v. *censio* (57 L.): *aestimatio, unde censorios*.

<sup>83</sup> ‘*Aevitatis*’ è un arcaico accusativo plurale per ‘*aevitates*’.

a quella primordiale organizzazione serviana, finalizzata a strutturare l'esercito, nella quale ruolo fondamentale aveva la distinzione tra *iuniores* e *seniores*.<sup>84</sup>

Leggiamo il tratto successivo:

*populique partis in tribus describunt.*

Il riferimento è all'iscrizione dei *cives* nelle tribù territoriali. Dato il contesto, deve essere presunto che si tratti ancora di un'antichissima funzione, nata a seguito della riforma serviana.

Di *pars populi* Cicerone parla, nello stesso *De legibus*, nel celebre:

Cic., *leg. 3.11*: *De capite civis nisi per maximum comitiatum ollosque quos censores in partibus populi locassint ne ferunt.*<sup>85</sup>

L'espressione '*locare in partibus populi*', come è stato di recente ribadito,<sup>86</sup> allude ad una funzione risalente, anteriore all'istituzione della stessa censura, strumentale all'organizzazione del comizio centuriato.

In una prospettiva, che ci pare l'unica percorribile, di stretta connessione tra l'originaria distribuzione dei *cives* in tribù e in classi e centurie, ai fini della composizione dell'ordinamento centuriato,<sup>87</sup> *partes populi* dovrebbe far riferimento ad una partizione dei *cives* all'interno di ogni singola *tribus*, partizione che viene espressa nel successivo tratto di Cic. *leg. 3.7*:

*exin pecunias aevitatis ordinis partiunt, equitum peditumque prolem describunt.*

I tentativi di interpretazione avanzati fino ad oggi in dottrina distinguono due frasi indicanti diverse funzioni censorie: una *partitio* in ragione della *pecunia*, dell'*aevitas* e dell'*ordo* (*exin pecunias aevitatis ordinis partiunt*) ed una *descriptio* della *proles* degli *equites* e dei *pedites*, ove *proles* viene per lo più ricondotto dalla moderna dottrina al significato generico di 'figli'.<sup>88</sup>

<sup>84</sup> Cfr. Fest., *pro censu classis iuniorum* (290 L.). Si vedano, per tutti, G. VALDITARA, *Appunti sull'ordinamento centuriato*, in *Studi di diritto pubblico romano*, Torino 1999, 23 ss. e, da ultima, G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, cit., 135.

<sup>85</sup> Assente dal dettato originario doveva essere l'inciso '*ollosque quos censores in partibus populi locassint*'. Si legga in proposito A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, in *Labeo* 34, 1988 (= *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, dalle quali citiamo), 88 ss., il quale, per altro, ritiene che - nel quadro di una tesi che data l'introduzione della *provocatio ad populum* nel 300 a. C. - la norma non costituisse un precetto delle XII tavole). Diversa l'opinione di G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, cit., 161 nt. 448 e 172 ss. che considera risalente la funzione del *locare in partibus populi*, originariamente affidata, agli albori della repubblica, alla magistratura suprema e con la quale si allude certamente al comizio centuriato.

<sup>86</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, 172 ss.

<sup>87</sup> Cfr. U. COLI, *Tribù e centurie dell'antica repubblica romana*, cit., 588, che seguendo Mommsen, affermava: «(...) premessa e presupposto per la distribuzione della cittadinanza in centurie e classi è la distribuzione della cittadinanza in tribù».

<sup>88</sup> F. CANCELLI, *M. T. Cicerone, Le Leggi. »Introduzione testo traduzione e note*,<sup>3</sup> Roma 2008, 168 traduce: «distribuiscono la gioventù dei cavalieri e dei fanti».

Il passo appare in realtà poco chiaro e probabilmente costituisce l’esito di un’erronea tradizione testuale: difficile appare infatti comprendere il valore di *ordo* nell’elencazione della *partitio* in base al criterio timocratico e gerontocratico (*pecunias aevitatis*) e, ancor più, il significato del tratto *peditumque partiunto prolem describunto* con il quale apparirebbe indicata, secondo almeno le letture alle quali facevamo cenno, una funzione censoria volta a distribuire nell’organizzazione dell’esercito i figli degli *equites* e dei *pedites*.

Ora, a noi pare che non sia da escludere che, come è stato sostenuto, vi sia stato un errore nella tradizione del testo che ne ha determinato il tenore attuale.

Noi crediamo che l’intera frase debba essere letta con una modifica, per altro già proposta in passato, che sposta *partiunto* dopo il binomio *equitum peditumque*.

*Censoris ... exin pecunias aevitatis ordinis equitum peditumque partiunto prolem describunto.*<sup>89</sup>

La prima parte della frase riguarderebbe così la partizione in ragione delle consistenze patrimoniali e delle età nei diversi ordini degli equiti e dei pediti.<sup>90</sup>

La convocazione dei *comitia centuriata* non poteva prescindere da una collocazione dei *cives* nelle tribù. Per ciascuna di esse i *cives* erano convocati sulla base di una *descriptio* che tenesse conto della consistenza patrimoniale, dell’età e dell’*ordo* degli *equites* e dei *pedites*.

<sup>89</sup> B. ALBANESE, *Quattro brevi studi. A proposito di due precetti sui censori*, cit., 824, in nota, ritiene probabile «la caduta di alcune parole nella tradizione manoscritta di questa parte del testo, che nella forma attuale, è assai manchevole». A. R. DYCK, *A Commentary on Cicero De Legibus*, cit., 452, anche sulla base di un cenno di T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1, 253 nt. 1, secondo cui *exin pecunias aevitatis ordines partiunto equitum peditumque* «seltsamer Weise in den Ausgaben gezogen werden zu dem folgenden *prolem describunto*», suppone che *partiunto* sia stato inserito per errore e propone di espungerlo o, in alternativa, di spostarlo. Considera di conseguenza autonomo *‘prolem describunto’*. Così anche B. COHEN, *La notion d’‘ordo’ dans la Rome antique*, in *Bulletin de l’Association Guillaume Budé* 2, 1975, 277 e E. ROMANO, *Senso del passato e paradigma dell’antico*, cit. 7. Per il sintagma *‘equitum peditumque’* cfr.: Cic., *Tusc. Disp.* 4.1: *Cum multis locis nostrorum hominum ingenia virtutesque, Brute, soleo mirari, tum maxime in is studiis, quae sero admodum expetita in hanc civitatem e Graecia transtulerunt. Nam cum a primo urbis ortu regis institutis, partim etiam legibus auspicia, caerimoniae, comitia, provocationes, patrum consilium e q u i t u m peditumque d i s c r i p t i o, tota res militaris divinitus esset constituta, tum progressio admirabilis incredibilisque cursus ad omnem excellentiam factus est dominatu regio re p. liberata. Nec vero hic locus est, ut de moribus institutisque maiorum et disciplina ac temperatione civitatis loquamur; aliis haec locis satis accurate a nobis dicta sunt maximeque in is sex libris, quos de re publica scripsimus*; Cic. *Tusc.* IV.2: *Cum multis locis nostrorum hominum ingenia virtutesque, Brute, soleo mirari, tum maxime in is studiis, quae sero admodum expetita in hanc civitatem e Graecia transtulerunt. Nam cum a primo urbis ortu regis institutis, partim etiam legibus auspicia, caerimoniae, comitia, provocationes, patrum consilium equitum peditumque descriptio, tota res militaris divinitus esset constituta, tum progressio admirabilis incredibilisque cursus ad omnem excellentiam factus est dominatu regio re p. liberata. Nec vero hic locus est, ut de moribus institutisque maiorum et disciplina ac temperatione civitatis loquamur; aliis haec locis satis accurate a nobis dicta sunt maximeque in is sex libris, quos de re publica scripsimus*; Dion. Hal. 4.16; Plaut. *Poen.* 830 ss.: *quid illuc est genus, | quae illic hominum corruptelae fiunt. di vestram fidem, | quodvis genus ibi hominum videas, quasi Acheruntem veneris, | e q u i t e m p e d i t e m, libertinum, furem an fugitivom velis, | verberatum, vinctum, addictum.*

<sup>90</sup> T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1, 253, che in nota traduce *ordo* con *centuriae*; U. COLI, *Tribù e centurie dell’antica repubblica romana*, cit., 589 trascrive solo il tratto *‘exin pecunias aevitatis ordinis equitum peditumque partiunto’*, ritenendolo pertanto autonomo; B. COHEN, *La notion d’‘ordo’ dans la Rome antique*, cit., 273 nt. 2 e 277.

I medesimi criteri (*pecunia aevitas ordo*) per la *discriptio* del *populus* si riscontrano in altri passi dello stesso Cicerone. Si legga il commento che, nello stesso *De legibus*, fa Marco della *lex de capite civis* sopra riportata:

Cic., leg. 3.44: *Ferri de singulis <ni>si centuriatis comitiis noluerunt. Discriptus enim populus censu ordinibus aetatibus plus adhibet ad suffragium <con>silii quam fusa in tribus convocatus*

ove viene distinta l'ipotesi della convocazione del *populus* nella forma del comizio centuriato, *discriptus* a seconda delle consistenze patrimoniali (*censu*), dell'*ordo*, dell'età (*aetatibus*) dalla forma del comizio tributo, *convocatus in tribus* non *discriptus* ma *fusa*.

Si legga anche:

Cic., *flacc.* 7.15: *Nullam enim illi nostri sapientissimi et sanctissimi viri vim contionis esse voluerunt; quae scisceret plebes aut quae populus iuberet, submota contione, distributis partibus tributim, et centuriatim discriptis ordinibus, classibus, aetatibus, auditis auctoribus, re multos dies promulgata et cognita iuberi vetarique voluerunt.*<sup>91</sup>

‘*Distributis partibus tributim*’ corrisponde al ‘*populique partis in tribus discribunto*’ di Cic. leg. 3.7 e ‘*centuriatim discriptis ordinibus, classibus, aetatibus*’ a ‘*discriptus enim populus censu ordinibus aetatibus*’ di Cic., leg. 3.44 e ‘*pecunias aevitatis ordinis equitum peditumque partiunto*’ di Cic. leg. 3.7.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> Riportiamo il testo nell'edizione UTET, *Le orazioni di cicerone*, II, a cura di Giovanni Bellandi, Torino 1981, nel quale abbiamo tuttavia eliminato la virgola che viene posta dopo *distributis partibus*, spostandola dopo *tributim*.

<sup>92</sup> Cfr. anche: Cic., *rep.* 4.2: *Scipio: gratiam, quam commode ordines discripti aetates classes equitatus, in quo suffragia sunt etiam senatus, nimis multis iam stulte hanc utilitatem tolli cupientibus, qui novam largitionem quaerunt aliquo plebiscito reddendorum equorum.* Cic., *Har. resp.* 11: (...) *Deinde eandem domum populus Romanus, cuius est summa potestas omnium rerum, comitiis centuriatis omnium aetatum ordinumque suffragiis eodem iure esse iussit quo fuisset.* L. 1.43.13: *Nec mirari oportet hunc ordinem qui nunc est post expletas quinque et triginta tribus, duplicato earum numero centuriis iuniorum seniorumque, ad institutam ab Ser. Tullio summam non convenire. Quadrifariam enim urbe divisa regionibus collibus qui habitabantur, partes eas tribus appellavit, ut ego arbitror, ab tributo; nam eius quoque aequaliter ex censu conferendi ab eodem inita ratio est; neque eae tribus ad centuriarum distributionem numerumque quicquam pertinere.* Si veda infine anche: Svet., *Caes.* 80.4: *Qui primum cunctati utrumne in Campo per comitia tribus ad suffragia vocantem partibus divisus e ponte deicerent atque exceptum trucidarent, an in Sacra via vel in aditu theatri adorirentur, postquam senatus Idibus Martiis in Pompei curiam edictus est, facile tempus et locum praetulerunt.* Si tratta del passo di Svetonio che descrive il progetto dei congiurati per uccidere Cesare. In un primo momento erano indecisi se ucciderlo mentre chiamava nel Campo al voto le tribù in parti divise buttandolo *a ponte* e, atteso giù, ucciderlo o assalirlo nella via Sacra o mentre entrava in teatro. Diversa l'interpretazione di G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, cit., 173 nt. 490, che pensa che l'espressione *partibus divisus* non alluda alla distribuzione del *populus* bensì dei congiurati, i quali si sarebbero divisi in due gruppi, uno avrebbe buttato *e ponte* Cesare, l'altro lo avrebbe ucciso.

I *cives*, iscritti nelle tribù, erano chiamati al voto '*partibus divisis*'. La distribuzione in tribù dei cittadini era indispensabile per votare nei *comitia centuriata* attraverso una distribuzione all'interno della stessa tribù di ciascun *civis* il quale sapeva bene al momento della propria iscrizione al censo, in base alla consistenza patrimoniale di quale ordine e di quale centuria faceva parte e, in base alla propria età, se tra i *iuniores* o tra i *seniores*.

Torniamo a Cic. *leg.* 3.7.

Spostato *partiunto* e considerato unitario il tratto '*exin pecunias aevitatis ordinis equitum peditumque partiunto*', resta da analizzare l'ultima parte, che acquista così una valenza autonoma, nella quale compare il termine *proles*:

*prolem describunto.*

L'interpretazione che ne proponiamo è forse ardita ma è quella che, a nostro avviso, rispecchia più da vicino il carattere antiquario delle formulazioni tramandate nell'intero testo.

Crediamo plausibile che qui '*prolem*' stia ad indicare non i figli bensì una categoria specifica di soggetti che, nella primordiale struttura serviana, venivano fatti oggetto di *discriptio* a seguito della divisione territoriale in *tribus*. Il sintagma '*prolem describunto*' potrebbe vale a dire conservare memoria proprio di quella risalente procedura – di cui parlava Albanese - di iscrizione alle nuove tribù nascenti di nuovi cittadini, *proletarii* e dell'esistenza di un terzo *ordo*, accanto agli *equites* e *pedites*, di cui essi venivano a fare parte.<sup>93</sup>

6. È in conclusione allora plausibile, con tutte le cautele imposte da simili tentativi di ricostruzione, immaginare che Cic., *leg.* 3.7 sia da collocare nell'alveo di quella tradizione letteraria che attribuiva a *proles* un risalente valore legato all'idea di appartenenza alla *civitas*. Ed è ancora possibile pensare che tale tradizione, giudicata 'ingenua' nella prospettiva linguistica, riveli invece moltissimo delle originarie idee sulle quali fondava nella prima Roma il principio dell'appartenenza politica e che non possa essere escluso che essa abbia preso l'avvio, data la nota 'persistenza delle Dodici Tavole nella cultura romana',<sup>94</sup> proprio dal tenore del precetto decemvirale XII *Tab.* 1.4, che non è imprudente ipotizzare possa avere contenuto, come sosteneva Bernardo Albanese, il sintagma *proletarius iam civis*.

L'architettura del discorso del Maestro palermitano, dal quale siamo partiti e che era costruita attorno alla congettura dell'esistenza nel sistema decemvirale di due diverse condizioni richieste al *vindex* del *vocatus* e del *iudicatus* - una di carattere sociale, l'altra di naturale patrimoniale - appare ai nostri occhi del tutto plausibile. In particolare, appare plausibile che il valore di XII *Tab.* 1.4 sia desumibile dalla doppia struttura del precetto:

<sup>93</sup> Sostiene l'esistenza nel primo sistema serviano di tre *ordines*, *equites pedites proletarii*: B. COHEN, *La notion d' 'ordo' dans la Rome antique*, cit., 273 ss.. Di *ordo proletariorum* parlava Gellio in Gell. 16.10.12: *Proletariorum tamen ordo honestior aliquanto et re et nomine quam capite censorum fuit*.

<sup>94</sup> E. ROMANO, *Effigies antiquitatis. Per una storia della presenza delle Dodici Tavole nella cultura romana*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli umanisti*, Pavia 2005, 451 ss.

una prima parte, *adsiduus adsiduo vindex esto*, «precetto base»<sup>95</sup> che rispecchia la natura più risalente di norma a tutela del ‘gruppo sociale originario’ e una seconda parte, più recente, «complementare» alla prima, che assolve ad una funzione di tutela dei *proletarii*,<sup>96</sup> in quanto nuovi *cives*.

<sup>95</sup> Di doppia struttura della norma parla G. NICOSIA, *Vindex e manus iniectio nelle XII Tavole*, cit., 474.

<sup>96</sup> Pensava già ad una funzione di tutela dei proletarii A. WATSON, *Le XII Tavole: caratteri di un'antica codificazione*, in *Conferenze storico – giuridiche dell'istituto di Storia del diritto e filosofia del diritto*, Perugia 1980, 162 s., al cui pensiero aderisce C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, 34.



GIANFRANCO PURPURA  
(Università di Palermo)

Il χειρέμβολον e il caso di Saufeio:  
responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano

ABSTRACT

Interpretation of D. 49.1.3 and 19.2.31, famous texts on liability and documentation in maritime transport, especially in light of new archeological finds submarines.

PAROLE CHIAVE

*Receptum; custodia; trasporto marittimo.*



## IL XEIPEMBOΛON E IL CASO DI SAUFEIO: RESPONSABILITÀ E DOCUMENTAZIONE NEL TRASPORTO MARITTIMO ROMANO

Una questione marginale è stata considerata in dottrina quella che verte attorno al *χειρέμβολον*,<sup>1</sup> termine utilizzato nell'unico testo di Ulpiano trasmessoci dal Digesto per denotare una attività del *navicularius* o del *magister navis* collegata alla pratica del trasporto marittimo di mercanzie e alla connessa responsabilità per custodia:

D. 4. 9. 1. 3 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus praeponuntur, ut ναυφύλακες et diaetarii. Si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeponeit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod χειρέμβολον appellant. Sed et si hoc non extet,<sup>2</sup> tamen de recepto navicularius tenebitur.*

Nonostante la modesta reputazione del problema suscitata dal testo, non sono stati pochi coloro che in dottrina, nel corso del tempo, hanno dedicato ad esso attenzione tentando di risolvere il «mistero» di una prassi commerciale greco romana,<sup>3</sup> sicuramente ben più risalente dell'età di Ulpiano, come potrebbe indicare la collocazione palinogenetica del frammento, riferito come il precedente<sup>4</sup> al commento del termine *nauta*, non ancora differenziato in varie

<sup>1</sup> N. DE MARCO, *Un problema minimo: il χειρέμβολον*, in SDHI 65, 1999, 355 ss. «Menu détail d'un sujet immense, le mot χειρέμβολον constitue un *hapax* dans les sources grecques et latines» [J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Χειρέμβολον. En marge de l'histoire du droit maritime*, in *Byzantine Law. Proceedings of the International Symposium of Jurists* (Thessaloniki, 10-13 december 1998), Thessaloniki 2001, 209]; J. ROUGÉ, *L'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, Paris 1966, 383.

<sup>2</sup> Così nella *Littera Florentina* e nella *Bononiensis*; *exercet* è *scriptura secundaria* della *Flor.*, *profecta a correctore primario*. La correzione trova conferma nella versione dei Basilici (53. 1. 9, Scheltema): *πίοιση*.

<sup>3</sup> Così anche in R. MARTINI, XEIPEMBOΛON (*Noterella in margine al receptum nautarum*), in *Studi Volterra*, IV, Milano 1971, 199 e 203; A. D'ORS, XEIPEMBOΛON, in *Humanitas*, 2, Coimbra 1948-1949, 255 e 259.

<sup>4</sup> D 4.9.1.2 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Qui sunt igitur, qui teneantur, videndum est. Ait praetor "nautae". Nautam accipere debemus eum qui navem exercet: quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint: sed de exercitore solummodo praetor sentit. Nec enim debet, inquit Pomponius, per remigem aut mesonautam obligari, sed per se vel per navis magistrum: quamquam si ipse alicui e nautis committi iussit, sine dubio debeat obligari.*

specializzazioni e impiegato dal pretore nella clausola edittale per indicare il soggetto obbligato *de recepto*. E che Ulpiano in tali rari frammenti ci preservi un certo numero di vetusti termini tecnici (come ‘*mesonauta*’, *ναυφύλαξ* e *χειρέμβολον*, appunto), utilizzati nel diritto marittimo greco e attraverso l’editto discussi nei relativi commentari, è da tempo generalmente riconosciuto in dottrina,<sup>5</sup> superando alcune perplessità connesse ad una ingiustificata ipercritica interpolazionista.<sup>6</sup>

Ulpiano dunque osserva che sulle navi esistono addetti a mansioni di custodia – come i *custodes navium*, sorveglianti armati per la protezione del carico,<sup>7</sup> e i *diaetarii*, personale della *diaeta* preposto dal *magister* allo stivaggio<sup>8</sup> – e manifesta l’opinione che se uno di costoro abbia effettuato il *receptum*, debba riconoscersi nei confronti dell’*exercitor* la relativa azione, poiché costui preponendoli ha acconsentito a che i terzi affidino loro le cose da trasportare, sebbene lo stesso *navicularius* o il *magister* abbia compiuto ciò che è detto *χειρέμβολον*. Conclude affermando che, anche se il suddetto atto non sussista, il *navicularius* tuttavia risponderà *de recepto*.

Ancora una volta la conclusione del brano sulla scarsa rilevanza del *χειρέμβολον* sembra orientare verso l’antichità di una pratica in parte superata al tempo del giurista, piuttosto che indurre a ritenere alla menzione, da parte di Ulpiano, di una pittoresca usanza marittima del commercio solo a lui contemporanea.

Decifrare però il contenuto dell’atto in questione, e quindi il suo valore in rapporto alla documentazione del trasporto marittimo romano, si è rivelato arduo, come si è detto, sin dall’età più antica.

Nulla può infatti ricavarsi dai Basilici, che si limitano ad annotare che l’atto può essere posto in essere dal *magister navis*.<sup>9</sup>

Andrea Alciato, intorno al 1538, spiega il termine come «*manus immissionem, ... signum, quod magister navis in prora residens manu dat, cum nautis imperat, ut aliquid faciant, seu aliquem recipiant, vel non recipiant*»; giustifica il curioso riferimento alla prua della nave premettendo l’affinità del termine in questione con il rostro (*ἔμβολον*, appunto) ma conclude

<sup>5</sup> L.R. MÉNAGER, *Naulum et receptum rem salvam fore. Contribution a l’étude de la responsabilité contractuelle dans le transports maritime en droit romain*, in RHD 38, 1960, 196 s., 203; J. ROUGÉ, *Recherches sur l’organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l’empire romain*, Paris 1966, 218; C.M. MOSCHETTI, v. ‘*Nave (dir. rom.)*’, in Enc. dir. 27, Milano 1977, 570; K.M.T. ATKINSON, *Rome and the Rhodian Sea-Law*, in IVRA 25, 1974, 91 nt. 157 e soprattutto N. DE MARCO, *Un problema minimo: il χειρέμβολον*, cit., 357.

<sup>6</sup> F. DE MARTINO, *Note di diritto romano marittimo, Lex Rhodia III*, in RDN 4, 1938, 77; F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, in Ann. Univ. Bari 13, 1953, 72 nt. 4. Riflettendo ancora tale atteggiamento critico J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Χειρέμβολον*, cit., 212, considera il *χειρέμβολον* una creazione linguistica tardiva, anche se poi ritiene tale pratica osservata «*bien des siècles avant l’apparition du terme*». Per una condivisibile rivalutazione dell’antichità della prassi e dell’informazione ulpiana cfr. invece N. DE MARCO, *Un problema minimo: il χειρέμβολον*, cit., 357.

<sup>7</sup> Attestati nei papiri e in numerosi rinvenimenti subacquei, ma soprattutto a Spargi. Cfr. P.A. GIANFROTTA, *Commerci e pirateria: prime testimonianze archeologiche sottomarine*, in MEFRA, 93, 1981, 1, 229 ss.

<sup>8</sup> G. PURPURA, *Il naufragio nel diritto romano: problemi giuridici e testimonianze archeologiche*, in *Atti IX Rassegna di archeologia subacquea*, Giardini Naxos, 22 ottobre 1994 = AUPA 43, 1995, 475 e nt. 43 (<http://www.unipa.it/dipstdir/portale/ARTICOLI%20PURPURA/II%20naufragio%20nel%20diritto%20romano.doc>).

<sup>9</sup> Bas. 53. 1. 9 (Scheltema): ...*κὰν αὐτὸς ποίησῃ τὸ χειρέμβολον*.

correttamente osservando di non averlo mai riscontrato e che la spiegazione fornita necessaria, a suo avviso, di un più ampio approfondimento.<sup>10</sup>

Jacopo Cuiacio, nella metà del XVI sec., elude in pratica il ‘minimo’ problema ritenendo il χειρέμβολον un atto assimilato all’assunzione della responsabilità per custodia – *vulgaris nauticorum vox* – senza avventurarsi in una più dettagliata spiegazione.<sup>11</sup>

E tale via è stata seguita in tempi più recenti da tutti coloro che, preferendo schivare la questione della determinazione concreta dell’atto, hanno parlato genericamente di un gesto simbolico per l’assunzione della responsabilità *de recepto* da parte dell’*exercitor*,<sup>12</sup> per poi dividersi tra chi, pur considerando il χειρέμβολον di ‘origine postclassica’, vi ha individuato solo un ‘residuo storico’ in base al presupposto che il *receptum* fosse ormai divenuto un *naturale negotii*, al punto che non vi fosse più bisogno ormai di alcuna formalità o speciale dichiarazione per far sorgere la relativa responsabilità,<sup>13</sup> e chi al contrario ha ritenuto la menzione ulpiana prova della persistenza di un uso che non costituiva un mero formalismo, dimostrando che nel III sec. il *receptum* non fosse ancora divenuto un *naturale negotii*.<sup>14</sup>

Si è comunque ritenuto che il termine fosse suscettibile di rinviare a espressioni risalenti come ἐμβάλλειν χεῖρα δεξιαν ο ἐμβάλλειν χεῖρὸς πίστιν, nel senso di stringersi la mano destra in segno di promessa, considerando con ciò risolto il problema.<sup>15</sup>

Ma J. Velissaropoulos osserva: «l’expression ἐμβάλλειν χεῖρὸς πίστιν se retrouve chez les auteurs tragiques, mais ni à l’époque classique ni en droit hellénistique, la poignée de main qui symbolise un rapport de confiance ne fait naître d’obligations contractuelles ou autres».<sup>16</sup> Inoltre R. Martini correttamente rileva l’incongruità del termine ἐμβάλλειν, corrispondente al latino *inicere*, certamente «sproporzionato rispetto all’atto di mettere la propria mano ... in quella di un altro»<sup>17</sup> e, recuperando la proposta di Alciato di un cenno di mano per impartire un ordine ai marinai, ha suggestivamente accostato il gesto dell’assunzione della responsabilità per custodia alla raffigurazione contenuta in un affresco tombale di Ostia, ove una delle figure ritratte a prua di una nave, nel momento dell’imbarco delle merci, tiene una mano alzata, appunto la destra.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> A. ALCIATO, *Parergon iuris seu obiter dictorum*, Lugduni 1560, I, cap. 44, 103 s.

<sup>11</sup> J. CUIACIO, *Opera*, Napoli 1722, 744; *Observationes et emendationes*, lib. XXVII cap. 31 col. 1213.

<sup>12</sup> J. PARIS, *La responsabilité de la custodia*, Nancy 1926, 33; F. DE MARTINO, *Note di diritto marittimo*, cit., 77; ancora un «gesto con la mano» viene considerato il χειρέμβολον da A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino 2007, 143.

<sup>13</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 72 nt. 4.

<sup>14</sup> L.R. MÉNAGER, *Naulum et receptum rem salvam fore*, cit, 203 s.

<sup>15</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 72 nt. 4; L.R. MÉNAGER, *Naulum et receptum rem salvam fore*, cit, 203 s.

<sup>16</sup> J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, Χειρέμβολον, cit., 213; ID., *Altgriechische πίστις Vertrauenshaftung*, in *Symposion 1993, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien-Köln-Weimar 1994, 185 ss.; E. JAKAB, *Bemerkungen zur Vertrauenshaftung im altgriechischen Recht*, in *Symposion 1993, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, cit., 191 s.

<sup>17</sup> R. MARTINI, ΧΕΙΡΕΜΒΟΛΟΝ, cit., 203.

<sup>18</sup> Cfr. M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell’impero romano*, Firenze 1965, immagine fuori testo tra pp. 194 e 195.



Secondo Martini, il defunto *Abascantus* al centro della raffigurazione, *mentor nauticarius* di Ostia, sarebbe stato rappresentato a bordo della nave *Isis Geminiana* affiancato dal suo *adiutor*,<sup>19</sup> dal *magister navis Farnaces*, ma soprattutto con il *navicularius* seduto a prua, che accanto ad un sacco con la scritta *feci* alza appunto la destra «in segno (simbolico) di assunzione della responsabilità (*receptum salvum fore*) per il trasporto del sacco di grano postogli accanto».<sup>20</sup> Ma l'identificazione dei personaggi non appare sicura, potendo *Abascantus* essere il *navicularius vel magister*, che funge al tempo stesso da *mentor*, di una piccola imbarcazione per il trasporto di aridi, e il personaggio seduto - stranamente anonimo nell'ipotesi di Martini, che fa fulcro proprio sul gesto di costui – essere piuttosto il mercante caricatore che sta affidando la mercanzia per il trasporto.<sup>21</sup> Il *χειρέμβολον* secondo Ulpiano sarebbe stato invece effettuato dal *navicularius vel magister* e il gesto della mano alzata del personaggio anonimo potrebbe essere piuttosto interpretato come un segno di rilascio della merce per il trasporto, quindi effettuato dal mercante caricatore.<sup>22</sup>

In realtà l'accostamento del *χειρέμβολον* all'affresco di Ostia non è stato per la prima volta proposto all'attenzione degli studiosi da Martini nel 1971, ma già da A. D'Ors nel 1949. Questi, considerando il personaggio principale della scena, *Abascantus*, un *navicularius* di Ostia impegnato nel servizio dell'annona, ha finito però per escludere il collegamento dell'affresco con la prassi del *χειρέμβολον*<sup>23</sup> per volgersi invece verso una proposta innovativa, non priva di seguito in dottrina: quella cioè di considerare il *χειρέμβολον* non un gesto o un atto, come si è fatto finora, ma una cosa, un oggetto.

<sup>19</sup> Costui impugna un attrezzo per registrare le partite e tenere conto dei *modii* degli aridi imbarcati, così come *Abascantus* sostiene sotto il braccio destro il regolo (*rutellum*) per rasare i modii. Cfr. G. PURPURA, *Alle origini delle consuetudini marittime mediterranee. Symbola, sylai e lex Rhodia*, in Convegno Trani, 30-31 maggio 2013 (in corso di stampa) = IURA, Portale di diritto romano e dei diritti dell'antichità del Dipartimento di Storia del Diritto dell'Università di Palermo (<http://www.unipa.it/dipstdir/portale/>).

<sup>20</sup> R. MARTINI, XEIPEMBOΛON, cit., 206.

<sup>21</sup> L'affresco della necropoli di Porta Laurentina ad Ostia quindi sarebbe relativo ad uno dei due personaggi indicati nominativamente; molto probabilmente commemorativo del centrale *Abascantus*.

<sup>22</sup> G. PURPURA, *Alle origini delle consuetudini marittime mediterranee*, loc. ult. cit.

<sup>23</sup> A. D'ORS, XEIPEMBOΛON, cit., 255 s.

In tale ottica il χειρέμβολον potrebbe essere stato un documento, una sorta di ricevuta di carico rilasciata dal *navicularius* o dal *magister* da costui preposto, quale atto esplicito di accettazione del carico e dei rischi connessi. La proposta di D'Ors si è basata sull'omologia con altri vocaboli greci, come σύμβολον e χειρόγραφον, ma soprattutto sulla correzione di D. 4.9.1.3, presente nella *Florentina* e confermata dai Basilici, ‘...si hoc non extet’,<sup>24</sup> che risulterebbe appropriata a un oggetto, una cosa che verrebbe realizzata dal trasportatore. Tale «cosa» non si identificherebbe allora, né con il *receptum nautarum*, né con il contratto di trasporto per mare.<sup>25</sup> In conclusione, potrebbe trattarsi di un *ostrakon*, «un trozo de vasija de barro», di uso assai frequente, anche se a noi appare solo attraverso quest'unica menzione ulpiana.<sup>26</sup>

L'ipotesi di D'Ors ha raccolto in dottrina, come si è detto, ampio consenso. Da J. Rouge<sup>27</sup> a J. Velissaropoulos la quale, sottolineando che il *navicularius* è responsabile nei confronti del caricatore in virtù del contratto di trasporto, ha innanzitutto osservato che con tali *ostraka* costui non riceveva una garanzia per l'arrivo delle mercanzie sane e salve, ma solo per la presa in carico delle merci imbarcate;<sup>28</sup> quest'ultima è stata quindi indotta ad accostare tali ricevute alle ἀποχαι γράμματα menzionate nei contratti papirologici solo a partire dal IV sec. d.C. come ricevute rilasciate dal trasportatore in doppio esemplare, ma probabilmente già risalenti a una pratica ben più antica, quella ellenistica del σύμβολον e dell'αντισύμβολον.<sup>29</sup> Così L. De Salvo, pur rinviando alla Velissaropoulos, ha pensato a «un oggetto in uso presso i ναύκληροι tolemaici»; esso ha «comme fonction première de servir de preuve du contrat de transport».<sup>30</sup> «Con tutta la prudenza che richiede l'uso della terminologia moderna», M. Amelotti e L. Migliardi preferiscono piuttosto parlare di «polizza di carico» o – come fa incidentalmente la Velissaropoulos – di «connaissance-chargeur»,<sup>31</sup> ma forse sarebbe preferibile l'accostamento alla semplice bolla di accompagnamento,<sup>32</sup> che oggi viene compilata in tre esemplari, uno conservato dal mittente, un altro dal vettore, il terzo consegnato al destinatario.

Un notevole progresso, dopo D'Ors, per la soluzione della questione del χειρέμβολον, è stato impresso da N. De Marco, che proponendo la derivazione del termine da χειρί ἐμβάλλειν, «ove χεῖρ, al dativo, assume valore strumentale, e ἐμβάλλω conserva il significato di ‘spingere (βάλλειν) in/dentro (ἐν)’, quindi, per tradurre letteralmente l'intera espressione, ‘spingere con

<sup>24</sup> Cfr. *supra* nt. 2. A. D'ORS, XEIPEMBOΛON, cit., 257 s.

<sup>25</sup> Così, seguendo D'Ors, J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, Χειρέμβολον, cit., 214.

<sup>26</sup> A. D'ORS, XEIPEMBOΛON, cit., 257 s.

<sup>27</sup> J. ROUGÉ, *L'organisation du commerce maritime en Méditerranée*, cit., 383.

<sup>28</sup> J. VELISSAROPOULOS, *Les nauclères grecs. Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l'Orient hellénisé*, Geneve-Paris 1980, 300 s.

<sup>29</sup> J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, Χειρέμβολον, cit., 216 J. HERRMANN, *Symbolon und Antisymbolon in den Papyri*, in *Actes du XV Congr. Intern. de Papyrologie*, Bruxelles 1979, 222 ss.; J. VELISSAROPOULOS, *Les nauclères grecs*, cit., 291 s.

<sup>30</sup> L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I corpora naviculariorum*, Messina 1992, 316.

<sup>31</sup> M. AMELOTTI, L. MIGLIARDI ZINGALE, *Una dichiarazione di naukleros del 237 a.C. in un papiro inedito della collezione genovese*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 6, Napoli 1984, 3016 s.

<sup>32</sup> Così già L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi*, cit., 316.

la mano'», vi vede in definitiva «una sorta di sigillo (facciamo il caso dell'*anulus* impresso sulla tavoletta cerata), un 'visto' che il *navicularius* ovvero il *magister* da costui preposto apponevano a un documento, questo sì, contenente l'indicazione dei beni che, o caricandoli sulla nave o portandoli al proprio seguito, il caricatore o passeggero affidava per il trasporto».<sup>33</sup>

Infine L. Bove, seguendo tale ipotesi interpretativa, ha ritenuto di avere rintracciato un probabile riscontro documentale nella *TPSulp.* 80 (= *Tab. Pomp.* 47), contenente un *mandatum per epistulam* con *χειρέμβολον*.<sup>34</sup> Tale *tabella* cerata, secondo G. Camodeca conterrebbe infatti «una bolla di consegna spedita da un mercante peregrino *Theophilus* ad un suo corrispondente *Aphrodisius*, che agiva sulla piazza di Puteoli: il carico della nave consisteva in anfore e altri minori contenitori (*urnalia, sematae*) di vino e di sottoprodotti del vino (*acetum, defrutum*, forse *mulsum*), oltre che eventualmente di miele, sostanze che, come è noto, di regola, si mescolavano al vino».<sup>35</sup> Bove ritiene che, piuttosto che bolla di consegna o ricevuta di carico, afferente al trasporto e proveniente dal *nauta*, si possa trattare di un mandato conferito, come si è detto, *per epistulam* dal caricatore al destinatario per il ritiro a destinazione delle merci trasportate sul quale però «il *magister navis*, o chi per lui, avesse apposto, sulla *tabula* che conteneva tale *epistula* (con l'indicazione della merci caricate e da sbarcare a destino), anche il suo sigillo a conferma (non del conferito mandato, ma) della esatta indicazione delle merci da lui ricevute all'imbarco e da consegnare a destino così facendo assumere all'*epistula* (di conferimento del mandato e, come tale, rilevante solo nel rapporto interno tra mandante e mandatario) anche la natura di *χειρέμβολον* a valere pur nei confronti del *nauta* il quale, peraltro, avrebbe dovuto risponderne comunque *ex recepto* anche nel caso in cui esso non fosse intervenuto (Paul. (*sic*)<sup>36</sup> D. 4.9.3.1 cit.: ... *sed et si hoc non extet, tamen de recepto navicularius tenebitur*)».<sup>37</sup>

Il percorso di ricerca seguito per l'identificazione del *χειρέμβολον*, dalle prime incerte ipotesi al probabile riscontro documentale, con la *TPSulp.* 80 sembrerebbe così essere giunto al termine; ma non è così.

La proposta di Bove suscita infatti alcune perplessità.

Innanzitutto il fatto che nella *TPSulp.* 80 manca proprio l'elemento fondamentale sul quale si basa tutta la ricostruzione: il sigillo cioè del *magister navis*, o di chi per lui avrebbe dovuto avallare l'*epistula* del caricatore indirizzata al destinatario delle merci. Non solo il *χειρέμβολον* in D. 4.9.3.1 promana dal solo *navicularius* o dal *magister*, ma è assai poco credibile che, se si fosse trattato di una sorta di 'visto' apposto su di un documento altrui, Ulpiano non ne facesse menzione alcuna.

Occorre dunque orientarsi verso una soluzione diversa, la quale tuttavia, non trascurando i lenti progressi della dottrina, possa essere in grado di dare conto di tutti i controversi aspetti del problema.

<sup>33</sup> N. DE MARCO, *Un problema minimo: il χειρέμβολον*, cit., 360 s.

<sup>34</sup> L. BOVE, *TPSulp.* 80 (= *Tab. Pomp.* 47): un *mandatum per epistulam* (con *χειρέμβολον*: *Ulp. D. 4.9.1.3*)?, in *Studi Grelle*, Bari 2006, 21 ss.

<sup>35</sup> G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (TPSulp.). *Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Roma 1999, 184.

<sup>36</sup> Evidente svista per Ulpiano.

<sup>37</sup> L. BOVE, *TPSulp.* 80, cit., 24 s.

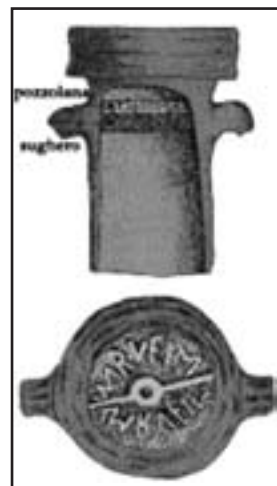


Nel 1986 A. Hesnard e P.A. Gianfrotta nel tentativo di attribuire un senso alle iscrizioni sui copritappi d'anfora in pozzolana, che si rinvenivano frequentemente nei relitti e che costituiscono una fonte importante per la storia del commercio romano, hanno dischiuso una nuova linea d'indagine epigrafica. Innanzitutto occorre sottolineare che tali reperti, confusi con i tappi di sughero del sistema di chiusura dell'anfora, non hanno nulla a che fare con il metodo impiegato per sigillare il vino o altri prodotti, ma costituiscono una, apparentemente superflua, copertura con segni o iscrizioni, in materiale effimero, dell'opercolo di chiusura di sughero, protetta all'interno del collo del recipiente e destinata di solito ad essere distrutta nel momento dell'apertura del contenitore.

Nell'interpretazione di tali iscrizioni, Hesnard e Gianfrotta hanno proposto di modificare il percorso prosopografico generalmente seguito per la loro identificazione - quello cioè di partire dal nome iscritto sull'opercolo, estendendo quindi la funzione del personaggio identificato a tutti gli altri nomi restituiti (dal particolare al generale) - e deciso invece di prendere in considerazione il complesso delle informazioni su tali reperti come un insieme coerente da studiare in seguito ad una classificazione, elaborando cioè un'ipotesi interpretativa che si potesse applicare a tutti i casi, finendo poi per confrontarla ai dati noti per certi personaggi particolari.<sup>38</sup>

I suddetti autori hanno innanzitutto stabilito che, mentre i bolli impressi sull'argilla delle anfore riguardavano la fase della produzione, i ben caratteristici «timbrì impressi sui tappi di chiusura (o, meglio, sui copritappi di pozzolana o di materiale simile che sigillavano i tappi di sughero)» costituivano invece certamente testimonianze riconducibili alla commercializzazione e al trasporto delle merci, con nomi di personaggi talvolta imbarcati a bordo delle navi, «vérifiant le remplissage de ce qu'ils achetaient et s'en portant ainsi garants: *mercatores et navicularii*».<sup>39</sup> Tale pratica era relativa ad una convenzione generale, conosciuta e compresa in tutti i luoghi d'imbarco e di sbarco delle anfore vinarie negli ultimi due secoli della Repubblica, poco evolutasi nel tempo<sup>40</sup> ed essa ha portato a distinguere navi totalmente locate da un unico *mercator*, navi imbarcanti invece anfore di un'unica impresa commerciale, scafi caricati da diversi *mercatores* indipendenti gli uni dagli altri e infine navi con carichi di associazioni tra *mercatores* e *navicularii*.<sup>41</sup>

Ciò che a noi più interessa sono i carichi di diversi *mercatores* indipendenti gli uni dagli altri, ove ovviamente l'identificazione dei prodotti trasportati, attraverso copritappi di pozzolana per le anfore vinarie, ma anche con sigilli in argilla o piombo per ceste e sacchi di varie



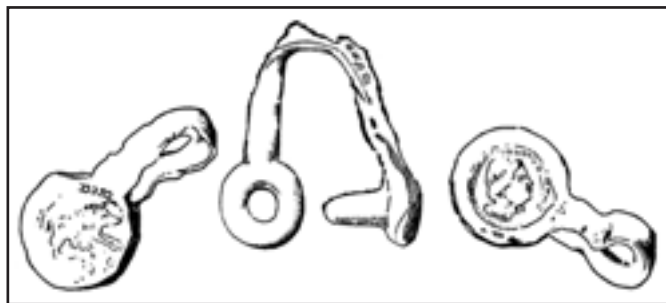
<sup>38</sup> A. HESNARD, P.A. GIANFROTTA, *Les bouchons d'amphore en pouzzolane*, in *Anfore romane e storia economica: un decennio di ricerche*, Atti del colloquio (22-24 maggio 1986), *Coll. de l'École française de Rome* 114, Roma 1989, 393 ss.

<sup>39</sup> A. HESNARD, P.A. GIANFROTTA, *Les bouchons d'amphore en pouzzolane*, cit., 405 e nt. 44. La presenza a bordo dei mercanti caricatori può essere verificata attraverso il riscontro con i nomi graffiti sul vasellame di bordo di uso quotidiano.

<sup>40</sup> A. HESNARD, P.A. GIANFROTTA, *Les bouchons d'amphore en pouzzolane*, cit., 394.

<sup>41</sup> A. HESNARD, P.A. GIANFROTTA, *Les bouchons d'amphore en pouzzolane*, cit., 394.

mercanzie,<sup>42</sup> etichette lignee e plumbee per il *garum*<sup>43</sup> o altro, avrebbe potuto essere rilevante per l'identificazione delle diverse partite di merci da riconsegnare, sia per il caricatore che per il trasportatore.



Numerosi indizi archeologici indicano tuttavia che l'operazione della sovrapposizione di un opercolo di pozzolana iscritto o impresso si effettuava a bordo della nave che provvedeva al trasporto «par un personnage embarqué dont le rôle n'a rien à voir avec la

production du vin mais bien avec sa commercialisation».<sup>44</sup> Non solo sono state riscontrate a bordo di diversi relitti matrici per timbrare,<sup>45</sup> ma anche riserve di pozzolana,<sup>46</sup> che diversamente dal piombo o dalla pece, non sembrano essere utilizzabili per la manutenzione dello scafo: «on peut imaginer que celui qui appose les timbres sur les bouchons transporte sa réserve de pouzzolane avec lui».<sup>47</sup>

Si potrebbe a tal punto supporre che l'operazione del *χειρέμβολον* alla quale si riferisce Ulpiano in D. 4.9.3.1, effettuata dal *navicularius* o dal *magister navis* – e, si noti, non dal mercante caricatore – sia consistita nella *adsignatio* in varia maniera di ogni tipo di merce, non solo vino, al momento dell'imbarco (*illatio*). A tal fine qualche utile indizio potrebbe fornire

<sup>42</sup> Si tratta dei poco studiati piombi mercantili. Cfr. M. ROSTOWZEW, *Catalogue des plombs de l'antiquité, du Moyen Age et des temps modernes conservés au Département des médailles et antiques de la Bibliothèque nationale*, Paris 1900 (Bologna-Forni, 1977), 7 ss.; G. LAFAYE, v. 'Tessera', in DS, V, Paris 1919, 132; A. SALINAS, *Piombi antichi siciliani. Primo articolo*, in *Annali dell'Istituto di Corrispondenza Archeologica* 38, Palermo 1971 [breve notizia in ID., *Rassegna Archeologica Siciliana* 2, settembre 1871 (estratto dalla Rivista Sicula)]; ID., *Descrizione di una raccolta di antichi piombi siciliani detti mercantili*, in *Annali dell'Istituto di Corrispondenza Archeologica* 36, Roma 1864; B. PACE, *Arte e civiltà della Sicilia Antica*, I, 1958, 418-420; B. ROCCO, *Nuovi piombi mercantili dalla Sicilia greca*, in *Sicilia Archeologica*, 4, 1971, 27, 36. Si è sostenuto che un piombo mercantile con l'immagine di un verro sul *recto* ed un *kantharos* sul *verso* abbia contrassegnato le merci di Verre esportate in franchigia, come nel caso di un altro governatore, Q. Giunio Bleso, proconsole d'Africa nel 22–23 d.C. G. MANGANARO, *La Sicilia da Sesto Pompeo a Diocleziano*, in ANRW, II.11, I, Berlin–NewYork 1988, 40 nt. 194; G. PURPURA, *Attività marittime e rinvenimenti archeologici nella Sicilia romana*, in *Atti del Convegno 'La marittimità in Sicilia'*, Napoli 1997, 67 ss. = *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli 1996, 328 ss.

<sup>43</sup> Il relitto di Annaba (Algeria), conteneva anfore «africane» con striscioline di piombo avvolte intorno alle anse, che indicavano una provenienza del contenuto da varie officinae. R. LEQUÉMENT, *Étiquettes de plomb sur des amphores d'Afrique*, in MEFRA 87.2, 1975, 667 ss., ha supposto che queste officine fossero industrie africane per la lavorazione del pesce.

<sup>44</sup> A. HESNARD, P.A. GIANFROTTA, *Les bouchons d'amphore en pouzzolane*, cit., 397 s.

<sup>45</sup> Ad es. nel relitto di Cap Negret o a Fos e nel porto di Monaco.

<sup>46</sup> Ad es. nel relitto della Maïre A o della Chrétien A del I sec. a.C.

<sup>47</sup> A. HESNARD, P.A. GIANFROTTA, *Les bouchons d'amphore en pouzzolane*, cit., 397 s.

D. 4.9.1.8 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Recipit autem salvum fore utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum.*

«Se Ulpiano sentiva il bisogno di discutere della necessità di una *adsignatio*», scrive De Robertis che tuttavia ritiene il testo affetto da numerosi guasti,<sup>48</sup> «ciò vuol dire che in quest'atto i classici riconoscevano una manifestazione solenne di volontà o quanto meno una vera e propria presa in consegna»,<sup>49</sup> ma lungi dall'essere, come finisce per concludere De Robertis,<sup>50</sup> «un gesto simbolico di assunzione», tale attività finiva per consistere nell'apposizione di un marchio per l'identificazione della mercanzia.

Un'altra congettura, avanzata da D'Ors<sup>51</sup> per dissipare l'incertezza sul termine *χειρέμβολον*, può forse ulteriormente supportare l'ipotesi proposta. D'Ors infatti ritiene che da tale antico termine possa derivare la parola del castigliano corrente «*chirimbolo*», usata prevalentemente al plurale per designare «utensili, vasi o cose simili». «Se llaman asi (*chirimbolos*) los trastos o trebejos que están amontonados en alguna partes. Y es curioso el observar que entre la gente joven esa palabra suele ya aplicarse a cualquier pieza mecánica, como boton, presilla, sujetador etc. cuyo verdadero nombre no resulta patente. Se trat, pués, de un término de comodidad para designar un objeto pequeño de nombre dudoso. Ahora bien; no deja de ser interesante el que también se vea en él una referencia especial a los cacharros o vasijas. Este es también un aspecto que puede reforzar la relación con nuestro *ostrakon*, que no es más que un trozo de vasija. Tales recibos, una vez agotada su función, serian acumulados en lugares de residuos o basureros, y de ahí también esa idea de objetos inservibles amontonados».<sup>52</sup>

Certamente molto meglio di tante diverse 'ricevute' (*ostraka*) di varie partite di mercanzie imbarcate con testi iscritti, gli opercoli di pozzolana utilizzati per riconoscere le numerose anfore imbarcate – oggetti piccoli e inservibili, accumulati in un angolo, ai quali non si sapeva bene che nome attribuire – si prestano perfettamente per spiegare la «muy misteriosa palabra del castellano familiar»: *chirimbolos*.

Resta però da chiarire un aspetto giuridicamente rilevante: per quale motivo Ulpiano ricorda soltanto il *navicularius* o il suo *magister* per tale operazione - e non anche il mercante caricatore, il quale pure avrebbe dovuto essere interessato al riconoscimento della propria mercanzia imbarcata tramite *adsignatio*, al fine della successiva riconsegna all'arrivo - e per quale ragione tale operazione si effettuava solo all'imbarco e non prima ad opera del mercante caricatore?

La risposta sembra ritrovarsi in uno dei più noti e dibattuti testi in materia di trasporto e della connessa responsabilità per custodia, che sembra adesso adattarsi assai bene al problema apparentemente «minimo», fin qui dibattuto:

<sup>48</sup> F. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 72 nt. 3.

<sup>49</sup> F. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 72 nt. 3, adduce a supporto la *lex horrei* in CIL VI, 33747: '*Quisquis habens conductum horreum sua ibi reliquerit et custodi non adsignavit, horrearius sine culpa erit*'.

<sup>50</sup> F. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 73.

<sup>51</sup> A. D'ORS, *XEIPEMBOΛON*, cit., 258 s.

<sup>52</sup> A. D'ORS, *XEIPEMBOΛON*, cit., 259.

D. 19.2.31 (Alf. 5 Dig. a Paulo Epit.): *In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. Secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.*

[Avendo più persone caricato sulla nave di Saufeio del frumento confondendolo, Saufeio aveva restituito ad una sola il frumento dalla quantità in comune e poi la nave era andata perduta. Si pose la questione se tutti gli altri possano agire con l'azione di diversione del carico contro l'armatore per la loro parte di frumento. <Il giurista> rispose che due sono i generi delle cose locate, in modo che o si restituisca la stessa cosa (così come si danno in locazione al tintore i vestiti affinché li pulisca) o si restituisca <altrettanto> dello stesso genere (come quando è dato dell'argento epurato al fuoco ad un fabbro perché ne siano fatti vasi, oppure dell'oro perché <ne siano fatti> anelli); nella prima situazione la cosa resta del proprietario, nella seconda <questi> diviene creditore. Lo stesso diritto vale per il deposito; infatti, se qualcuno abbia depositato denaro contato cosicché non lo consegnò né chiuso né sigillato, ma lo conti, colui, presso il quale è stato depositato, non deve nient'altro che pagare altrettanto denaro. Secondo quanto risulta, il frumento è divenuto di proprietà di Saufeio ed è stato correttamente dato. Ma, se il frumento di ciascuno fosse stato racchiuso in comparti della nave separati da tavole o in sacchi o in altri recipienti in modo tale che si potesse riconoscere di chi fosse, non avremmo potuto farne lo scambio, ed allora colui, al quale apparteneva il grano che l'armatore aveva consegnato, avrebbe potuto rivendicarlo. E perciò <il giurista ha risposto> che non approvava <l'uso del> le azioni di diversione del carico, poiché o le merci erano dello stesso genere di quelle consegnate al marinaio da divenire di proprietà del mercante facendo sorgere un credito e non sembra che vi fosse diversione, poiché erano del marinaio, o erano la stessa cosa che era stata consegnata che si doveva rendere e vi era per il locatore un'azione per il furto e perciò inutile era il giudizio per il carico dirottato. Ma, se il frumento fosse stato dato in modo tale che si fosse potuto adempiere con cose simili, il conduttore rispondeva soltanto per colpa (infatti, in un affare per il quale si concludeva un contratto con una causa rilevante per entrambi, si rispondeva per colpa), né vi era in alcun modo colpa per aver restituito il frumento <tratto dalla massa comune>

ad uno solo, poiché era stato necessario cominciare a restituirlo a qualcuno, anche se <in questo modo l'armatore> rendeva la condizione di costui migliore rispetto a quella degli altri].<sup>53</sup>

Avendo più mercanti imbarcato del frumento sulla nave di Saufeio, stivandolo alla rinfusa, costui aveva prelevato ad uno scalo della nave<sup>54</sup> una certa quantità del grano comune, restituendola ad uno dei mercanti; ma successivamente la nave era perita con tutto il carico e dunque gli altri (*ceteri*) caricatori-ricevitori chiesero ad Alfeno un parere per intentare una azione per il 'dirottamento del carico', che venne però esclusa nella risposta del giurista, facendo riferimento a una fondamentale distinzione in *duo genera rerum locatarum* per il trasporto delle merci. Pertanto il mercante che aveva riavuto la propria quota di grano avrebbe dovuto, secondo il responso, considerarsi fortunato e Saufeio senza colpa o responsabilità alcuna.

Il testo è tra quelli più controversi, ma oggi si propende a riconoscerne la sostanziale genuinità.<sup>55</sup>

L'argomentare del giurista repubblicano, probabilmente Servio, prima ancora di Alfeno,<sup>56</sup> si è sviluppato su due piani, quello della *locatio* e successivamente quello del deposito. Tale duplicità di piani, «che tanto ha stimolato affrettate critiche demolitrici, in passato», è stata lucidamente chiarita da B. Albanese, che ha sottolineato innanzi tutto «la marcata genericità della *quaestio*, posta evidentemente da un profano, o da chi non aveva voluto, comunque affrontare preliminarmente il problema della qualificazione del rapporto tra i mercanti e Saufeio».<sup>57</sup>

Seguendo tale linea di pensiero, N. De Marco ha infatti sostenuto convincentemente che l'*actio oneris aversi*, menzionata anch'essa come il χειρέμβολον in questo unico testo, non sia locuzione tecnica ma azione non determinata dagli interroganti, volta a reprimere il fatto dell'*oneris aversio*,<sup>58</sup> di cui i caricatori-ricevitori, non essendo giuristi, a un giurista, appunto,

<sup>53</sup> *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, trad. it. a cura di S. SCHIPANI, III, Milano 2007.

<sup>54</sup> N. DE MARCO, *L'Actio oneris aversi. Appunti su di un equivoco ricostruttivo*, in *Labeo* 49, 2003, 141 nt. 4 ritiene verosimile la concatenazione temporale piuttosto ravvicinata tra l'inizio delle operazioni di scarico e la perdita della nave postulata da E. DE SANTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2 (Alfenus libro V digestorum a Paulo epitomatorum)*, in *SDHI* 11, 1945, 94, in base allo stretto collegamento della forma sintattica *reddiderat de communi et navis perierat* e dunque che all'arrivo a destinazione fosse iniziato lo scarico con la riconsegna dalla massa a uno solo dei caricatori-ricevitori, alla quale avrebbe subito fatto seguito la perdita della nave. Cfr. anche N. BENKE, *Zum Eigentumswerb des Untemebmers bei der locatio conductio irregularis*, in *ZSS* 104, 1987, 194 nt. 118. Ma nel porto stesso, o piuttosto nella prosecuzione del viaggio verso altri porti? Cfr. R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1995, 271 nt. 104. La richiesta relativa 'al dirottamento del carico' proposta nel testo (cfr. *infra* nt. 74) lascia invece supporre che il trasporto commesso a Saufeio non avesse una destinazione unica per tutti i caricatori (ne dubita N. DE MARCO, *L'Actio oneris aversi*, cit., 141 nt. 2); B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in *AUPA*, 32, 1971, 89 dubita che la restituzione possa essere avvenuta addirittura prima della partenza.

<sup>55</sup> B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit., 88 ss.; N. De Marco, *L'Actio oneris aversi*, cit., 143 ss.; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 68 ss.; in parte R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., 271 ss.

<sup>56</sup> Sul punto con ampia lett. cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 66 s. nt. 3.

<sup>57</sup> B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit., 92 ss.

<sup>58</sup> La collocazione del frammento nell'opera di Alfeno in accostamento al *furtum* (nel V dei *Digesta* per O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, 52; nei ll. XXXV-XXXVIII per F.P. BREMER, *Iurisprudentia antehadriana*, I, Lipsiae 1898, 324) ha indotto a ritenere l'azione in questione, come relativa alla «sottrazione del

chiedevano se esistesse e se fosse consigliabile.<sup>59</sup> E nella stessa ottica sono state considerate giustificate le espressioni del testo che facevano riferimento a una *confusio* (*frumentum confunderunt*) o a una *communio* (*reddere de communi*) tra i *complures*, che non sono né una interpolazione, né una improprietà di linguaggio da parte di Alfeno,<sup>60</sup> bensì imprecisioni dei *complures*.<sup>61</sup>

La genericità della *quaestio* proposta non chiariva neppure se si trattasse di *locatio mercis vehendae* o di deposito e determinava una risposta che fosse in grado di affrontare entrambe le ipotesi, in concomitanza con la consuetudine commerciale romana che, in casi del genere, era solita non qualificare espressamente il rapporto cui le parti davano vita.<sup>62</sup>

Sostenendo dunque l'ipotesi di una eventuale *locatio*, il giurista si era collocato in pieno sul piano materialistico, oggettivo, dei *duo genera rerum locatarum*, distinguendo il caso (ad es. quello dei *vestimenta fulloni curanda data*) nel quale il conduttore aveva l'obbligo di restituire la medesima cosa (*idem*), dal caso in cui il conduttore assumeva l'obbligo di consegnare una cosa diversa, ma della stessa materia (*eiusdem generis*). Nella prima ipotesi il giurista sottolineava il permanere della *res locata* nel locatore, nella seconda la *mutatio dominii* e quindi l'*in creditum iri* dell'oggetto della *locatio*. Identica concezione si riscontrava a proposito del deposito:<sup>63</sup> se si trattava di *pecunia clusa* o *obsignata*, ovvero del grano isolato con paratie o in recipienti, non si verificava alcuna *mutatio dominii*, diversamente sorgeva un *in creditum iri* dell'oggetto depositato da restituire nella stessa materia.

Emerge così una nozione di *credere*, che comprende anche un'ipotesi di *locatio operis*,<sup>64</sup> palesemente grezza, più rudimentale di quella editale, ma anche il fatto che il testo si presenta «quasi come un fossile, nel CJC, di una dottrina ormai superata»<sup>65</sup> sul trasporto marittimo alla rinfusa in base alla quale - e ciò è rilevante per i nostri fini - in virtù del principio *casum*

carico» (v., ad es., A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010, 256) e quindi suscitato il dibattito problema del rapporto tra *actio furti* e *actio oneris aversi* sul quale cfr. R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., 273 nt. 108, con lett. *ivi* cit.; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 67 nt. 4.

<sup>59</sup> N. DE MARCO, *L'actio oneris aversi*, cit., 157.

<sup>60</sup> E. DE SANTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 98 ss.; L. DE SARLO, *I Digesta di Alfeno Varo*, Milano 1939, 57; A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio-conductio 'irregularis'*, in SCDR 7, 1995, 210 s.

<sup>61</sup> A. WILINSKI, *D. 19.2.31 und die Haftung des Schiffers im altrömischen Seetransport*, in *Annales Univ. Mariae Curie-Sklodowska* 7, 1960, 353 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in SDHI 31, 1965, 100 nt. 33; R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., 271 nt. 102; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 76.

<sup>62</sup> B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit., 93; R. FIORI, *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano*, in RDN 39, 2010, 149 ss.

<sup>63</sup> B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit., 94.

<sup>64</sup> B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit., 96.

<sup>65</sup> R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 74. Non solo le *merces* affidate al *nauta* entrano nella sua proprietà immediatamente (*continuo*), smentendo la compatibilità della comunione tra i mercanti e la distinzione dei *duo genera rerum locatarum*, sostenuta da N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der locatio conductio irregularis*, cit., 203 s., ma è altamente improbabile un'alterazione in proposito con una soluzione, superata in età giustiniana, che ammettesse il passaggio di proprietà nella *locatio*; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 73 s.

*sentit dominus*, sarebbe stato interesse particolare del *navicularius* o del *magister* contrassegnare con χερρέμβολον le mercanzie all'atto della consegna, per escludere ogni eventuale dubbio che sarebbe potuto sorgere dalla *mutatio dominii* e dalla conseguente sopportazione del rischio a suo carico.

Il permanere della *res locata* nel locatore - *dominus*<sup>66</sup> con l'obbligo per il conduttore (*nauta*) di restituzione della medesima cosa (*idem*) implicava infatti che, in caso di naufragio o di *vis maior*, il *nauta* finisse per essere esentato. Diversamente invece si sarebbe potuto argomentare nel caso di trasporto alla rinfusa, poiché la *mutatio dominii* e la sopportazione del rischio da parte del *nauta* non avrebbe escluso, anche in caso di naufragio o di *vis maior*, l'obbligo di consegnare una cosa diversa, ma della stessa materia (*eiusdem generis*), a causa dell'indistruttibilità del *genus* anche in caso di forza maggiore.<sup>67</sup>

Tuttavia - nota De Robertis - la richiesta dell'*actio oneris aversi* da parte dei mercanti caricatori derivava dalla «consapevolezza di non poter agire per la mancata consegna della parte di carico a ciascuno spettante...: il che vale in imputabilità del *nauta* pel mancato adempimento».<sup>68</sup>

Tentando di spiegare il discorso di Alfeno, R. Fiori ritiene che esso si articoli attraverso la combinazione dei *duo genera* con le due prospettive delle azioni reipersecutorie e delle azioni penali, «disposte secondo un complicato chiasma»:<sup>69</sup>

1. profilo reipersecutorio dell'*idem*, che avrebbe consentito la *vindicatio* presso il terzo che lo ha ricevuto;
2. profilo penale dell'*idem genus*, che esclude l'*actio oneris aversi* per la *mutatio dominii*;
3. profilo penale dell'*idem*, che esclude anch'esso l'*actio oneris aversi* per la spettanza dell'*actio furti*;
4. profilo reipersecutorio dell'*idem genus*, che esclude la *culpa* di Saufeio, «poiché (a restituire) da qualcuno (si) doveva ben cominciare – e ciò anche se la posizione di questo è stata avvantaggiata rispetto agli altri».<sup>70</sup>

Sembra comunque che al momento della proposizione ad Alfeno della *quaestio*, per i mercanti caricatori di merci alla rinfusa anche la via della distinzione in *duo genera rerum locatarum*, che avrebbe potuto consentire di eccepire la *mutatio dominii* e la sopportazione

<sup>66</sup> La sopportazione del rischio da parte dei mercanti caricatori al tempo di Alfeno, e ancora di Giustiniano, è attestato da Sen., *De ben.* 7.10.2: *nullam excusationem (maiores) receperunt* e in I. 3.14.2: *Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amisit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihil minus obligatus permanet. 'Is quidem qui mutuum accepit'* non si riferisce ovviamente al mutuatario della *pecunia traiecticia*, né ad un *nauta* – trasportatore alla rinfusa, *sine recepto*, dopo Alfeno.

<sup>67</sup> «Dalla *locatio* di cose generiche derivava una responsabilità illimitata in caso di mancata consegna, come fin troppo chiaramente si evince dal testo in questione», F.M. DE ROBERTIS, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi*, cit., 101 nt. 35, 107 nt. 78; R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., 263 s.

<sup>68</sup> In merito all'inimputabilità del *nauta* cfr. F.M. DE ROBERTIS, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi*, cit., 104 nt. 53: «...è certo che per il *naufragium*, anche nell'ipotesi più radicale di contratto garantito mediante *receptum*, soccorreva, fin dall'età di Labeone, apposita eccezione liberatoria: e siamo solo a qualche lustro di distanza da Alfeno Varo».

<sup>69</sup> R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 77 s.

<sup>70</sup> R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 78.

del rischio da parte di Saufeio risultasse già preclusa.<sup>71</sup> E' infatti impensabile che dei mercanti caricatori non fossero a conoscenza del meccanismo dell'inversione del rischio in conseguenza della *mutatio dominii*, del trasporto alla rinfusa e della pratica del *χειρέμβολον*.<sup>72</sup>

Ciò non può che essere avvenuto, come propone De Robertis, attraverso il pretore che avrebbe sottratto il *nauta* - in seguito al riconoscimento della clausola edittale relativa al *receptum* - e quindi il regime dei trasporti marittimi, «alla illimitata responsabilità che sarebbe dovuta discendere dall'automatica applicazione dei principi regolanti la prestazione di cose individuate nel *genus*»,<sup>73</sup> ammettendola soltanto in seguito alla prestazione del *receptum*; oppure tramite un parere di Servio o di uno dei suoi *auditores*, con argomentazioni in parte riprese nella risposta di Alfeno [*...sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum*'].

Non sarebbe comunque rimasta in tal caso ai mercanti caricatori altra risorsa che esperire il disperato tentativo di ribadire la violazione contrattuale per 'diversione dalla rotta prevista',<sup>74</sup> sostenendo di essere stati così sfavoriti e mirando ad ottenere, non tanto il limitato

<sup>71</sup> R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 76 ipotizza che i *complures* abbiano prospettato una ricostruzione giuridica della fattispecie poi non accolta nel responso, e aver richiesto un'azione penale analoga all'*actio furti* proprio perché ritenevano di essere *domini* del frumento. «Se così fosse, potremmo immaginare che al contrario Alfeno, ritenendo che non vi fosse alcuna comunione tra i mercanti e che la proprietà del grano fosse passata a Saufeio, abbia risposto che non c'è stata alcuna *aversio*».

<sup>72</sup> Diversamente R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 76 (cfr. nt. precedente). R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., 276, imputando al commento di Paolo la parte finale del *responsum*, presume una sottrazione dolosa del carico prima del naufragio, celata dietro la riconsegna di una *pars frumenti* ad uno dei caricatori e quindi sostiene che costoro vorrebbero «impedire al conduttore fraudolento di servirsi della regola applicata nella locazione marittima 'irregolare' in caso di naufragio (condanna al valore d'acquisto delle merci trasportate), al fine di godere dei vantaggi di quella operazione economica, senza aver rischiato originariamente il capitale». Mancano però gli elementi per supportare la presunta sottrazione dolosa del carico e anzi la nave è stata data dal giurista per effettivamente perduta.

<sup>73</sup> F. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 102; ID., *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi*, cit., 105 ntt. 57 e 63, 107 nt. 78; ID., *Ancora sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)*, in RDN 24, 1958, 251.

<sup>74</sup> Non dunque nel senso traslato e tecnico del termine *aversio*, cioè per la 'sottrazione del carico', ma nel suo significato principale e tecnico, per l'aver dunque seguito una rotta inidonea per il trasporto affidato, che favoriva uno solo dei mercanti caricatori. Le opinioni che si sono contese il campo sulla misteriosa *actio oneris aversi*, secondo A. BISCARDI (NNDI, I, 267, s.v.), si riducono sostanzialmente a tre («poiché la tesi che essa fosse un'*actio furti* speciale, riconosciuta dal *ius civile*, è ormai abbandonata): a) l'*actio oneris aversi* era un'azione contrattuale analoga all'*actio locati*, come tale caduta precocemente in desuetudine in seguito alla generalizzazione ed allo sviluppo di questa (P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, 115 ss.); b) l'*actio oneris aversi* era nient'altro che l'*actio locati* nella sua esperibilità per il caso di *oneris aversio* (G. BESELER, *Aequitas*, in ZSS 45, 1925, 467); c) l'*actio oneris aversi* era identificabile con l'*actio furti adversus nautas*, che è un'azione pretoria (S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo: L'actio oneris aversi*, in RDN 2, 1936, 268 ss.). Più recenti sono la messa a fuoco della letteratura effettuata da A. BESSENYÖ, *Das Rätsel der actio oneris aversi. Eine Exegese von D. 19.2.31*, in *Iura antiqua-iura moderna, Festschrift Ferenc Benedek*, Kiado 2001, 23 ss., che la ritiene una *condictio triticaria*, basata sulla presunta configurazione come mutuo del rapporto di Saufeio con i suoi caricatori (p. 54) e la valutazione di B.



soddisfaccimento in proporzione sull'unica quota preventivamente ad uno solo restituita, ma ciascuno dal *nauta* l'integrale recupero del rispettivo carico per disparità di trattamento. L'alternativa posta da Alfeno tra *actio furti* in caso di trasporto di cose determinate ed esclusione di essa, anche per la *mutatio dominii*, in caso di trasporto alla rinfusa, avrebbe finito per escludere in Saufeio, *furtum, culpa* o disparità di trattamento, «...poiché da qualcuno era stato pur necessario cominciare a restituire».

Ai nostri fini comunque riassumendo, in una fase iniziale dei trasporti marittimi romani dopo le guerre puniche, i contatti con gli alleati greco – italici e le prime imprese di navigazione gestite da cittadini romani<sup>75</sup> – tralasciando più antichi coinvolgimenti marittimi della «grande Roma dei Tarquinii» - il rischio avrebbe potuto essere assunto dal *dominus mercium* che imbarcava le proprie mercanzie contrassegnate spedendole oltremare, poiché la nave avrebbe potuto sparire, senza lasciare alcuna traccia; così come veniva necessariamente sopportato dal mutuante nella *pecunia traiecticia*. A tale scopo il padrone o le seguiva personalmente o le faceva accompagnare da un soggetto (ἐπίπλοος) di sua fiducia, il κερμακόλουθος della *pecunia traiecticia*. Con l'evolversi dei trasporti e l'impiego di corrispondenti locali, ciò non fu più necessario, ma con l'incremento dei carichi di derrate alimentari o di altre merci individuate solo per contrassegni di categoria, che avrebbero potuto vantaggiosamente essere stivate alla rinfusa, si pose il problema della *mutatio dominii* e della conseguente inversione dell'onere del rischio dal mercante caricatore al *nauta* trasportatore. Questi, per evitare ciò, trovava vivo interesse nel contrassegnare le mercanzie in vario modo, rinunciando alla pur conveniente pratica del trasporto alla rinfusa, soprattutto in un periodo di pirateria e naufragi, come dalla seconda metà del II sec. a.C. alla seconda metà del I a.C.<sup>76</sup>

Alla fine dell'età repubblicana si verificò infatti un aumento progressivo del tonnellaggio delle navi itineranti<sup>77</sup> e quindi nella stiva di una grande oneraria la confusione dei prodotti dei

FORSCHNER, *Das Schiff des Saufeius* (8 November 2011), in *Forum historiae iuris* (<http://www.forhisiur.de/en/2011-11-forschner/>), che la considera un'azione penale desueta. Convincentemente N. DE MARCO, *L'actio oneris aversi. Appunti su di un equivoco ricostruttivo*, cit., ha sostenuto però che si tratta in realtà di equivoco ricostruttivo, basato su una espressione atecnica utilizzata dagli interroganti. La marcata genericità della *quaestio* proposta al giurista come ultima risorsa dagli insoddisfatti mercanti, adusi a concordare puntualmente le rotte da seguire per ogni navigazione, come nella singrafe di Lacrito e nelle orazioni pseudo-demosteniche in genere, che nel celebre prestito di Callimaco (D. 45.1.122.1), potrebbe suggerire che costoro possano aver proposto di agire per una presunta deviazione di rotta, la quale finiva per rendere migliore la condizione di uno rispetto agli altri, mirando così all'intero recupero delle rispettive quote. Ma Alfeno per un trasporto alla rinfusa, proprio nella parte finale del *responsum* ('...quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisse'), esclude l'ammissibilità della proposta formulata - ricordiamo - non da giuristi e relativa ad una deviazione che, in caso di merci chiaramente identificate avrebbe invece potuto determinare *culpa (actio locati)* o addirittura *furtum (actio furti adversus nautas)*.

<sup>75</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 94 ss., 101 ss.; ID., *D. 19,2,31 e il regime dei trasporti marittimi*, cit., 95 ss.; C. VACANTI, *Guerra per la Sicilia e guerra della Sicilia. Il ruolo delle città siciliane nel primo conflitto punico*, Napoli 2012.

<sup>76</sup> S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo: L'actio oneris aversi*, cit., 519, ritiene rovinosa una tal pratica, scartandola («Non si possono senza necessità e senza prove indiscutibili attribuire ai giuristi romani dottrine così antieconomiche»). Diversamente F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 102 nt. 5.

<sup>77</sup> P. ARNAUD, *Les routes de la navigation antique*, Paris 2005. Si vedano, ad es., i grandi carichi naufragati ad Albenga, con oltre 10000 anfore (100/90 a.C.), o alla Madrague de Giens, con oltre 8000 anfore (70/50

diversi mercanti avrebbe potuto essere elevata. Vi si sarebbe potuto ovviare, non solo attraverso il travaso in grandi contenitori, come i *dolia*, ma anche mediante la sovrapposizione delle mercanzie in strati e la restituzione all'arrivo di derrate non contrassegnate nella medesima quantità e qualità delle imbarcate, deponendole cioè alla rinfusa e assicurandone la riconsegna tramite la prassi dei vasetti campione (δείγματα), in grado di garantire la qualità.<sup>78</sup>



Il grande vantaggio di tale opportunità per il *nauta* e i suoi sottoposti appare infatti evidente, in quanto si superavano le notevoli difficoltà per il *magister navis* e i suoi *diaetarii* nello stivaggio di mercanzie eterogenee di diversi mercanti caricatori in strati sovrapposti da restituire secondo un ordine preordinato in base agli scali. Le condizioni meteo marine avrebbero potuto infatti facilmente sovvertire il piano di carico predisposto in seguito ad un mutamento della rotta, resosi necessario. A complicare lo stivaggio il fatto che occorresse mantenere ben compatto ed elastico il carico ad ogni scalo, interponendo ramaglie per ammortizzare gli urti, pena

la sicurezza dell'imbarcazione, e fosse necessario adattare inoltre le forme diverse delle mercanzie e delle anfore sopravvenute nei ristretti spazi disponibili.

E' chiaro che la restituzione di cose individuate solo nel *genus*, avvalendosi dei vasetti campione, ampiamente utilizzati da tempo anche nella prassi greco - egizia e romana del trasporto annonario di partite frumentarie dei diversi villaggi, da tenere però in quei trasporti ben distinte,<sup>79</sup> avrebbe semplificato notevolmente le operazioni di sbarco e d'imbarco da ripetere

a.C.) e uno scafo di 375 t. di stazza, per una lunghezza di circa 40 m. (C. BELTRAME, *Archeologia marittima del Mediterraneo. Navi, merci e porti dall'antichità all'età moderna*, Roma 2012, 112).

<sup>78</sup> Per rinvenimenti romani nel porto di Marsiglia e a Pompei v. B. LIOU, M. MOREL, *L'orge des Cavares: une amborette à inscription peinte trouvée dans le port antique de Marseille*, in *Rev. Arch. de Narbonnaise* 10, 1977, 189 ss.; per Alessandria, O. GUÉRAUD, *Un vase ayant contenu un échantillon de blé (δείγμα)*, in *JJP* 4, 1950, 107 ss. Sull'ampio impiego dei δείγματα, tanto nel commercio greco, che romano, cfr. D. GOFAS, *Δείγμα, Recherche historique sur le droit des affaires grec*, *Ἱστορική έρευνα έπί τοῦ Ἑλληνικοῦ δικαίου τῶν συναλλαγῶν*, Athènes 1970, 139 ss.; G. GERACI, *Mensura, pondus e probatio nel rifornimento granario di Roma imperiale (e di Costantinopoli)*, in *Politica, retorica e simbolismo* 2, 2002, 155 ss., con attestazioni papiracee anche nel commercio tra privati dal III sec. a.C. al V/VI sec. d.C. [P.Cairo Zen. III, 59522; P.Cairo Zen. IV, 59696; P.Col. I, 51; P.Oxy. I, 113 (II d.C.); C. Th. 14.4.9 (*digma* 417 d.C.)]. Una tavoletta di Ercolano (TH 4) del 2 settembre del 60 d.C., con la dicitura '...signa salva praestari' relativa alla integrità dei sigilli sui contenitori di vini in uno *stabulum*, garantiva non solo dal punto di vista quantitativo, ma anche qualitativo, soprattutto se, ai fini della *degustatio*, l'assaggio del vino, una volta pronto, fosse avvenuto tramite *ampullae* sigillate, di compagno ai *dolia* stessi, per evitare l'apertura del recipiente, analogamente ai δείγματα frumentari (M.V. BRAMANTE, *TH 4 e la prassi romano - campana de re rustica*, in *Index* 42, 2014, 150; D. VERA, *Un'iscrizione sulle distribuzioni pubbliche di vino a Roma (CIL VI, 1785 = 31931)*, in *Studi Grelle*, Bari 2006, 309 s.). Il foro che si constata nella parte inferiore del corpo di numerose anfore, chiuso da un turacciolo, serviva probabilmente per facilitare l'operazione della *degustatio* (cfr., ad es., G. PURPURA, *Alcuni rinvenimenti sottomarini lungo le coste della Sicilia Nord-Occidentale*, in *Sicilia Archeologica* 28-29, 1975, 63 fig. 8).

<sup>79</sup> J. FRÖSEN, *Chi è il responsabile? Il trasporto del grano nell'Egitto greco e romano*, in *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia. Università di Perugia* 1, *Studi classici* 18, 1980, 173.

numerose volte nel corso di una navigazione itinerante, evitando fastidiose ‘rotture del carico’.

È inverosimile ritenere che tale ben nota usanza mediterranea non si fosse rapidamente diffusa e non venisse adottata dalla comunità marittima.

Si rendeva così compatibile la disposizione delle merci a bordo con un modello redistributivo, non più secondo una sequenza di carico e di scarico obbligatoria, in quanto alcune merci non avrebbero dovuto essere adesso estratte prima di altre.

Quando dunque si stabilì che fossero i mercanti caricatori di cose individuate nel *genus* a sopportare il rischio, che potevano comunque trasferire sul *nauta* in seguito ad assunzione convenzionale del *receptum*, corrispondendo naturalmente un nolo più alto, non solo si favorirono gli armatori, ma soprattutto si ammise che le merci potessero essere ormai trasportate alla rinfusa, senza necessità di contrassegnarle, se non ai fini della loro generica riconoscibilità.

Nel 1986, sulla ‘Secca dei mattoni’ nell’isola di Ponza,<sup>80</sup> è stato rinvenuto un relitto di una nave mercantile romana della prima metà del I sec. a.C. che trasportava anfore vinarie Dressel 1 (A, B e C) di provenienza accertata dalla zona di Minturno.<sup>81</sup> Alcune recavano opercoli di pozzolana, che adesso possiamo denominare χερέρμβολα, con impresso il nome di Aulo Saufeio, personaggio che è stato ritenuto un esponente di una grande e nota famiglia,<sup>82</sup> probabilmente originaria di Preneste, che aveva interessi economici a Minturno e Delo nella prima metà del I sec. a.C., anche gestiti da parenti, liberti e servi, come attestano le iscrizioni delle due località.<sup>83</sup> Questo *navicularius*, o un suo figlio omonimo, è stato da P.A. Gianfrotta collegato al trasportatore di cereali menzionato in D. 19.2.31,<sup>84</sup> ma non è affatto facile averne attualmente certezza.



Non solo la *quaestio* del Digesto potrebbe riferire un caso di scuola con un nome di comodo, tratto magari da una nota famiglia di proprietari di navi e mercanti, ma la ricorrente

<sup>80</sup> La denominazione ‘Secca dei mattoni’ è recente e deriva dal ricordo del un carico di una nave del secolo scorso che vi naufragò. C.G. GALLI, *Il relitto della ‘secca dei mattoni’*, in *Archeologia subacquea. Studi, ricerche e documenti*, I, Roma 1993, 117.

<sup>81</sup> C.M. BELFIORE, M.F. LA RUSSA, D. BARCA, G. GALLI, A. PEZZINO, S.A. RUFFOLO, M. VICCARO, G.V. FICHERA, *A trace element study for the provenance attribution of ceramic artefacts: the case of Dressel 1 amphorae from a late-Republican ship*, in *Journ. of Arch. Science* 43, 2014, 91 s.

<sup>82</sup> Ö. WIKANDER, *Senatores and Equites, III. The case of the Saufeii*, in *Op. Rom.* 17, 1989, 205 ss.; P.A. GIANFROTTA, *Note di epigrafia marittima. Aggiornamenti su tappi d’anfora, ceppi d’ancora e altro*, in *Epigrafia della produzione e della distribuzione, Actes de la VII Rencontre franco-italienne sur l’épigraphie du monde romain*, Rome 1994, 594 s.; altre segnalazioni dei Saufeii in Occidente (Spagna) nel I sec. d.C. in M. STEFANELLE, *Osservazioni epigrafiche su materiali provenienti dai fondali delle Isole Pontine*, in *AMM* 11, 2014, 74 s.

<sup>83</sup> L’Aulo Saufeio attestato a Delo intorno al 100 a.C., poi a Minturno tra il 90 e il 50 a.C., sembra avere un figlio o un fratello con lo stesso prenome. P.A. GIANFROTTA, *Nuovi rinvenimenti subacquei per lo studio di alcuni aspetti del commercio marittimo del vino (I sec. a.C. - I sec. d.C.)*, in *II Colloqui Internacional d’Arqueologia romana, El vi a l’antiguitat. Economia, producció i comerç al Mediterrani Occidental, Actes*, Badalona 1998, 106; Id., *Note di epigrafia marittima*, cit., 594 s.

<sup>84</sup> P.A. GIANFROTTA, *Nuovi rinvenimenti subacquei*, cit., 106.

omonimia familiare e l'arco di tempo non esattamente determinato, rendono incerto ogni tentativo d'identificazione. Gli scavi poi effettuati a Ponza sono stati inizialmente e prevalentemente interventi di emergenza, non certo mirati ad accertare la presenza di cereali nel relitto o di particolari strutture per lo stivaggio ('...*separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum...*').<sup>85</sup> Si è solo constatata l'esistenza di un tavolato ligneo ben conservato, forse destinato a separare due diversi compartimenti con anfore dei tre tipi.<sup>86</sup> Il carico, che si completava con varie partite di ceramica a vernice nera, ha suggerito inizialmente di ricostruire la rotta della nave ritenendola partita dalla costa pugliese, per la presenza di anfore 'brindisine' e Lamboglia 2 di probabile produzione adriatica, per poi far scalo in Campania, forse a Pozzuoli, prima di affondare a Ponza, essendo diretta verso la Gallia o la Spagna.<sup>87</sup> Ma adesso, abbandonata l'ingenua pretesa di ricostruire le rotte delle navi in base alla sequenza dei prodotti rinvenuti a bordo, destinati invece ad ampia circolazione e a continui scambi di porto in porto, in base a modelli di distribuzione commerciale, sia con rotte dirette, che di cabotaggio, e/o 'vagabondaggio' (*trampling*),<sup>88</sup> ed accertata la provenienza dall'area laziale, forse da Minturno, delle anfore Dressel 1 A, riferibili a Aulo Saufeio, si è ipotizzata invece una partenza da Pozzuoli per una esportazione di vino e ceramica verso la Gallia-Spagna, attraverso le Bocche di Bonifacio.<sup>89</sup>

In riferimento specifico al problema dei *χειρέμβολα*, potrebbero suscitare perplessità i copritappi in pozzolana con il nome di Saufeio che non dovrebbero riferirsi all'armatore della nave, ma a un mercante caricatore. Tuttavia si potrebbe pensare che l'armatore miri così a distinguere le proprie anfore dalle mercanzie di altri, trasportate alla rinfusa su una delle diverse navi possedute.

Ciò che comunque il relitto di Ponza attualmente può palesare è solo una realtà di trasporti con differenti mercanzie di vari caricatori, tra i quali un Aulo Saufeio da Minturno, che potrebbe essere stato al tempo stesso anche l'armatore della nave naufragata.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> In base ad una informazione orale degli scavatori. Ciò non esclude, ovviamente, la possibilità in futuro di una ricerca mirata al riguardo. Un accurato elenco dei relitti con carico archeologicamente accertato di cereali in J. SALIDO DOMÍNGUEZ, *El transporte marítimo de grano en época romana. Problemática arqueológica*, in *Escuela Española de Historia y Arqueología en Roma- CSIC*, Braga 2013, 141 ss. (<http://digital.csic.es/handle/10261/84500>).

<sup>86</sup> G. GALLI, *Il relitto della 'secca dei mattoni'*, cit., 117.

<sup>87</sup> G. GALLI, *Il relitto della 'secca dei mattoni'*, cit., 129.

<sup>88</sup> C. BELTRAME, *Archeologia marittima del Mediterraneo*, cit., 174 s.; J. NIETO PRIETO, *Excavacions arqueològiques subaquàtiques a Cala Culip*. I, Girona; cfr. anche ID., *El pecio Culip IV: observaciones sobre la organización de los talleres de terra sigillata de la Graufenseque*, in *Archaeonautica* 6, 1986, 115, sui riflessi dell'utilizzazione delle navi con *dolia* nella valutazione dei modelli di distribuzione dei prodotti.

<sup>89</sup> G. GALLI, *Nuovi recuperi sottomarini a Ponza*, in *Archeologia subacquea*, II, Roma 1997, 160 ss.; G. GALLI, M. LA RUSSA, *La rotta della nave della Secca dei Mattoni di Ponza: nuovi elementi dalle analisi degli impasti delle anfore*, in *Atti del IV Convegno di Archeologia Subacquea* (Genova 29-31 ottobre 2010), in *AA.VV., A trace element study for the provenance*, cit., 101 ss.

<sup>90</sup> L'identificazione del Saufeio del testo del Digesto invece con un *eques L. Saufeius*, amico di Attico, risale a F.P. BREMER, *Iurisprudencia Antehadriana*, I, Leipzig 1896, 332, ma è ritenuta troppo ottimistica da R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 66 nt. 1.

A partire dalla fine del I sec. a.C., con l'*exceptio* labeoniana<sup>91</sup> si ammise che persino il *nauta* che avesse effettuato il *receptum*, cioè assunto convenzionalmente specifico obbligo di *salvas merces in portum perducere*, percependo così un più elevato nolo, avrebbe potuto tuttavia essere esentato dai rischi del naufragio e della pirateria, ma non ovviamente da altri rischi rientranti nei c.d. *casus minores* (*incendium, iactus mercium, ictus fulminis, mortes servorum, latronum hostiumve incursus, fugae servorum, ruina, rapinae, tumultus, animalium casus mortesque, etc.*).<sup>92</sup>

Senza *receptum*, sia che le merci fossero contrassegnate o fossero prive di marchi, esse viaggiavano ormai indifferentemente a rischio dei mercanti caricatori, come avveniva già nella pratica ellenistica dei trasporti annonari, ove la responsabilità del marinaio per il trasporto fluviale trovava nel diritto greco-egizio fondamento contrattuale, non legale, come ha opportunamente sostenuto Cenderelli in contrasto con Meyer Termer, osservando che la ricorrente preoccupazione dei mittenti di inserire nelle singrafi nautiche (*ναυλωτικὰ συγγραφαί*) clausole espresse di garanzia non può certo spiegarsi con l'assillo di rendere il vettore, in tal modo, più sollecito e attento alla custodia del carico e di precostituire in tal modo una prova più sicura dell'obbligo di garanzia in vista di eventuali future contestazioni,<sup>93</sup> bensì con il fatto che il regime del trasporto fluviale in Egitto non prevedeva automaticamente a carico del *nauta* la responsabilità assoluta e illimitata di conservazione delle merci, ma essa avrebbe potuto essere pattuita, corrispondendo un più elevato nolo, come nel regime romano della fine dell'età repubblicana.

In pratica, dopo la conquista romana dell'Egitto e l'incremento dei carichi annonari di derrate alimentari o di altre merci individuate solo per contrassegni di categoria, i due regimi, il romano e il greco-egizio, apparivano in sintonia e tale constatazione propone la questione della possibile influenza dell'uno sull'altro.<sup>94</sup>

Esclusa la tesi isolazionista, proposta da Meyer Termeer, di uno sviluppo autonomo cioè dell'uno rispetto all'altro senza influenze reciproche, e quella di un influsso del regime romano su quello greco-egizio per la sicura precedenza del secondo sul primo, non resta che pensare, come già proposto da De Robertis,<sup>95</sup> che entrambi derivassero, come altri istituti del diritto marittimo (*prestito marittimo, lex Rhodia, etc.*), dalla collaudata pratica mercantile del mondo ellenistico, naturalmente adattando gli sperimentati rapporti entro gli schemi

<sup>91</sup> D. 4.9.3.1 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari*; F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 85, 102; F.M. DE ROBERTIS, *Ancora sul receptum nautarum (Actio de recepto e actio locati)*, in RDN, 24, 1958, 256 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi*, cit., 106. R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., 264.

<sup>92</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 86 e nt. 4.

<sup>93</sup> A. CENDERELLI, Rec. a A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, [Studia Amstelodamensia ad epigraphicam, ius antiquum et papyrologiam pertinentia, XIII, Terra, Zutphen 1978], in RHD, 49, 1981, 180 ss. Cfr. anche E. JAKAB, *Vertragsformulare im Imperium Romanum*, in ZSS 123, 2006, 91 s.

<sup>94</sup> A. CENDERELLI, Rec. a A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, cit., 184 s.

<sup>95</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 156 ss.

familiari ai rispettivi ambiti.<sup>96</sup> La struttura particolare del *receptum* romano, tale da apparire un istituto isolato nel sistema della responsabilità contrattuale, può ben spiegarsi supponendone la «derivazione da elementi sviluppatisi all'esterno dell'ordinamento giuridico romano, e privi di ogni coordinazione con esso».<sup>97</sup>

Se tale influsso si verificò, come sembra naturale e probabile, l'abbondante documentazione papirologica relativa al trasporto annonario e alle *ναυλωτικαὶ συγγραφαί*, può forse contribuire a chiarire, con le opportune cautele, la prassi della documentazione romana<sup>98</sup> che, come ha affermato Bove, fu oltremodo proclive già sul finire dell'età repubblicana alla documentazione scritta, «e ciò pur in un contesto ancora apparentemente dominato dal rispetto (peraltro, non paralizzante) del rito orale nell'effettiva preferenza che invece veniva data alla redazione per iscritto della relativa documentazione al di là del ricorso agli altri mezzi di prova».<sup>99</sup>

A corredo dunque della *locatio mercis vehendae*, comprovata da testimoni, ma riversata *ad probationem tantum* in un atto documentale che avrebbe potuto assumere la forma della *testatio*, al fine di schivare il rischio implicito nel trasporto alla rinfusa (prima della recezione da parte del pretore dei criteri adottati in materia dalla perfezionata pratica mercantile del mondo ellenistico e dell'ulteriore intervento di Alfeno, allo scopo di favorire l'incremento della navigazione)<sup>100</sup> si realizzavano dei *χειρέμβολα* di vario tipo (su pozzolana, piombo, argilla, legno, *etc.*) a cura del *nauta* e dei suoi sottoposti, abilitati alla ricezione, stivaggio e custodia delle mercanzie. Successivamente tale pratica, utile per l'identificazione, ma non più per trasferire il rischio, che avrebbe potuto essere adesso assunto volontariamente tramite *receptum*, non cessò, ma si mantenne assai a lungo.<sup>101</sup>

Prima di prendere in considerazione l'ampio sviluppo sul finire dell'età repubblicana e l'inizio dell'impero di trasporti alla rinfusa, facenti capo soprattutto a imprese della zona di Minturno, rivelato dai rinvenimenti archeologici subacquei, appare opportuno completare il quadro della possibile documentazione romana del trasporto. È probabile che la *TPSulp.*

<sup>96</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 164. Id., *La responsabilità del nauta*, in Labeo 11, 1965, 381; L.R. MÉNAGER, *Naulum et receptum*, cit., 196 e s. In riferimento al prestito marittimo si osservava: «Nonostante concezioni giuridiche profondamente diverse ed il trascorrere di molti secoli, le regole fondamentali ed i meccanismi in base ai quali veniva limitato il rischio delle operazioni commerciali transmarine potrebbero essere i medesimi dall'età greca fino all'età tardo romana e potrebbe essersi realizzata, in questo caso, una straordinaria unità e stabilità, inconcepibile per noi moderni in rapporto ad un istituto del commercio». G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in AUPA 39, 1987, 195.

<sup>97</sup> A. CENDERELLI, Rec. a A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, cit., 185.

<sup>98</sup> E. JAKAB, *Vectura pro mutua: Überlegungen zu TP 13 und Ulp. D. 19, 2, 15, 61*, in ZSS 117, 2000, 244 ss.; Id., *Vertragsformulare*, cit., 99 ss.

<sup>99</sup> L. BOVE, v. 'Documento (storia del diritto)', in Digesto - IV ed., Civile, 7, Torino 1991, 19.

<sup>100</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 163.

<sup>101</sup> Ad es., attualmente oltre duemila copritappi d'anfora con stampigliature del IV/V - VIII sec. d.C. provenienti da Antinopolis sono oggetto della realizzazione di un *corpus* a cura di D. MINUTOLI [Tavola rotonda 'Amphorae loquuntur', Parigi, 17-18 maggio 2013 e in Atti XV Convegno di Egittologia e Papirologia, Siracusa, 12-14 dicembre 2013 (in preparazione)].

80 (= *Tab. Pomp.* 47) ritenuta da Bove un *mandatum per epistulam* con χερήμεβολον,<sup>102</sup> sia piuttosto una copia della triplice lista di accompagnamento delle merci che, al momento dell'imbarco, avrebbe potuto essere predisposta per il mercante caricatore (o ad opera del medesimo), per il *nauta* e infine per il destinatario (in forma epistolare appunto, in *TPSulp.* 80).<sup>103</sup> Infatti il controllo delle mercanzie, da consegnare al destinatario, identificate dai marchi e da costui verificate rilasciando una quietanza,<sup>104</sup> sarebbe stato grandemente facilitato da tale documentazione, come avveniva già da tempo in Egitto e nella prassi mercantile mediterranea, ove si utilizzavano documenti di trasporto che assicuravano il riconoscimento dei prodotti, garantendone la qualità e quantità, e vari accorgimenti nell'imbarco (*παράδοσις*), nello sbarco e nella pesatura delle merci (*ζυγοστασία*),<sup>105</sup> tanto più che, fin dall'età ellenistica, proprietari di navi private venivano anche ingaggiati nel servizio del trasporto del grano di stato.<sup>106</sup> V'è chi ha addirittura ipotizzato che la visita in Egitto di alcuni romani, come Lucio Mummio nel 112 a.C.,<sup>107</sup> talvolta in compagnia di altri, venisse effettuata proprio per apprendere le pratiche della progredita amministrazione e del commercio ellenistico per poi diffonderle nel mondo romano.

In questi ultimi anni i rinvenimenti subacquei hanno rivelato un fenomeno insospettato, quello dei relitti con *dolia*, soprattutto di navi di età augustea, relativi cioè a trasporti alla rinfusa, ma anche con anfore e altre merci, stivate nei restringimenti di poppa e di prua. Tali rinvenimenti, pian piano, sono notevolmente cresciuti per quantità e distribuzione, rispetto alla situazione delle ricerche già focalizzata da Gianfrotta nel 1985.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Cfr. *supra*, nt. 34.

<sup>103</sup> Nel trasporto annonario in Egitto si redigeva «una lettera di carico con le ricevute richieste in tre copie. Una spetta allo stratego, una al sitologo del magazzino centrale e la terza per accompagnare il carico. Il sitologo invia il suo rapporto sul carico direttamente ad Alessandria»; J. FRÖSEN, *Chi è il responsabile?*, cit., 171 e s.

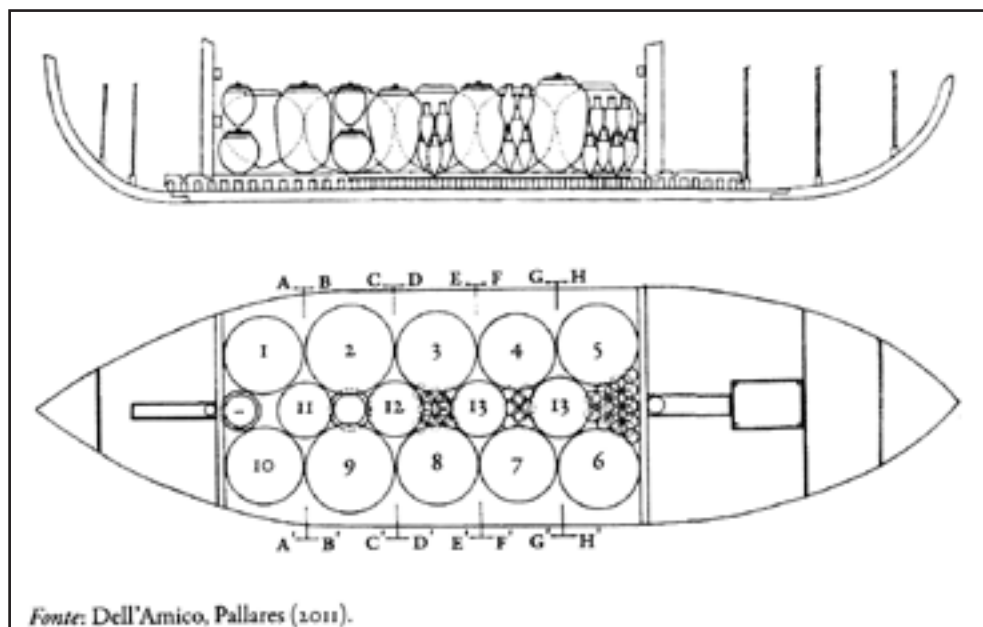
<sup>104</sup> Il P. Grenf. II, 108 del 167 d.C. è stato, ad es., ritenuto contenente una quietanza rilasciata dal destinatario della merce e attestante la regolarità dell'avvenuta consegna (*quas has res infra (supra?) scriptas meas sanas salvas recepisse scripsi*), ma altri lo hanno considerato una copia della convenzione con la quale il *nauta* assumeva il *periculum*, in seguito al *receptum*. F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 157 nt. 1.

<sup>105</sup> M. ROSTOVZEV, *Kornhebung und transport im griechisch-römischen Ägypten*, in *APF* 3, 1904-6, 201 ss.; J. SCHWARTZ, *Le Nil et le ravitaillement de Rome*, in *BIFAO* 47, 1948, 179 ss.; A. SWIDEREK, *The responsibility in corn-transport to Alexandria: ΣΙΤΟΛΟΓΟΙ, ΕΠΙΠΛΟΟΙ, ΔΕΙΓΜΑΤΟΚΑΤΑΓΟΓΕΥΣ. (P. Berol. inv. 1419 e 7441)*, in *Eos* 58, 1969-70, 63 ss., spec. 64; P.J. SIJPESTEIJN, K.A. WÖRP, *Documents on transportation by ship*, in *ZPE* 20, 1976, 158 ss.; J. FRÖSEN, *The transport du blé et le rôle des epiplooi*, in *Arctos* 12, 1978, 5 ss.; ID., *Chi è il responsabile?*, cit., 161 ss., spec. 171 ss.; A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, [Studia Amstelodamensia ad epigraphicam, ius antiquum et papyrologiam pertinentia, XIII, Terra, Zutphen 1978; G. GERACI, *L'Egitto provincia frumentaria, in Le Ravitaillement en blé de Rome et des centres urbains des débuts de la République jusqu'au Haut-Empire. Actes du colloque intern. de Naples (14-16 février 1991)*, Roma 1994, 279 ss.; H. HAUBEN, *Les propriétaires de navires privés engagés dans le transport de blé d'état à l'époque ptolémaïque*, in *Akten des 21. Internationalen Papyrologenkongresses*, Berlin 1995, *APF* 3, 1997, 430 ss.; G. GERACI, *Mensura, pondus e probatio*, cit., 165 ss.

<sup>106</sup> H. HAUBEN, *Les propriétaires de navires privés engagés dans le transport de blé d'état*, cit., 430 ss.

<sup>107</sup> J. FRÖSEN, *Chi è il responsabile?*, cit., 175.

<sup>108</sup> P.A. GIANFROTTA, *Testimonianze sottomarine al Circeo*, in *Atti Convegno "Incontro con l'Archeologia"*, Sabaudia, 27 ott. 1984, 46; ID., *Due relitti augustei carichi di dolia: quelli di Ladispoli e del Grand Ribaud*



Ben oltre le quaranta presenze accertate nel 1998,<sup>109</sup> relative al periodo compreso tra l'età augustea e la metà del I sec. a.C.,<sup>110</sup> circa metà delle quali si ricollegano a Minturno e a famiglie di *naviculari-mercatores*, come i *Pirami*, i *Peticii* e probabilmente gli stessi *Saufeii*.<sup>111</sup>

Non è allora affatto improbabile il collegamento tra la situazione attestata in D. 19.2.31, che implicava il superamento degli ostacoli che avevano reso rischioso per gli armatori il trasporto alla rinfusa, e il contemporaneo sviluppo nella costruzione di navi con *dolia* - finora attribuito soltanto ad una innovazione tecnica, e non giuridica - riferibili prevalentemente alla zona di Minturno, per giustificare il quale si è pensato a «favori concessi da Augusto ad amici o a *clientes*, magari per ripagare solidarietà ed aiuti precedentemente ricevuti in frangenti cruciali della lotta politica, sia per servizi resi dalla città nella guerra contro Sesto Pompeo, ... ma non è da trascurare un probabile coinvolgimento nella contesa politica del

*D*, in *I Colloqui Internacional d'Arqueologia romana, El vi a l'antiguitat. Economia, producció i comerç al Mediterrani Occidental, Actes*, Badalona 1985 (1987), 285 ss.; ID., *A roman shipyard at Minturno: indications from underwater archaeology*, in *Tropis II, 2nd International Symposium on ship construction in Antiquity*, Delphi 1987, 196 ss.; A. HESNARD ET ALII, *L'épave romaine Grand Ribaud D (Hyères, Var)*, in *Archaeonautica* 8, 1988, 14 s.; 35 ss.; ID., *Eraclé, Peticio e il commercio marittimo, Dalla villa di Ovidio al santuario di Ercole*, Sulmona 1989, 177 ss.; ID., *Nuovi rinvenimenti subacquei per lo studio di alcuni aspetti del commercio marittimo del vino*, cit., 106 ss.; P. POMEY, *Des bateaux citernes: les épaves à dolia*, in P. POMEY (a cura di) *La navigation dans l'Antiquité*, Aix-en-Provence 1997, 185; P. SERRA, *I relitti con dolia tra il I a.C. e il I d.C.: Ladispoli A, Grand Ribaud D, Diano Marina, Ile Rousse e Petit Congloué. Alcuni aspetti del traffico commerciale nel Mediterraneo*, Roma 2010-2011 ([http://www.academia.edu/5496642/I\\_relitti\\_con\\_dolia](http://www.academia.edu/5496642/I_relitti_con_dolia)).

<sup>109</sup> P.A. GIANFROTTA, *Nuovi rinvenimenti subacquei*, cit., 108.

<sup>110</sup> Ad eccezione del relitto di Cap Bénat del I sec. a.C. e del relitto di Punta Ala, che si data al III sec. d.C.

<sup>111</sup> P.A. GIANFROTTA, *Nuovi rinvenimenti subacquei*, cit., 108: «... e non si può escludere che altre ancora tra esse possano essere in seguito assimilabili».



ricco ambiente affaristico minturnese attraverso sovvenzioni economiche - certamente non a fondo perduto -, oltre che con l'armamento di navi». <sup>112</sup>

I grandi vantaggi di tale tipo di trasporto (rapidità di carico e scarico, minore peso ed ingombro dei contenitori, più vantaggiosi delle anfore, ...), che implicarono la costruzione d'imbarcazioni particolari, con rinforzi strutturali dell'ossatura, costituita da soli madieri senza semiordinate, che garantiva una migliore solidità dello scafo per il trasporto di *dolia* con mercanzie *eiusdem generis*, sono evidenti. Si tratta di navi medio piccole, tra i 18 e i 22 m., rinforzate con torelli per far fronte alla maggiore e meno distribuita pressione esercitata sulla carena dal carico di *dolia*, rispetto a quella impressa dal carico di anfore. <sup>113</sup> Dunque tra l'età augustea e la metà del II sec. d.C. è certo che il vino venne commercializzato anche sfuso in numerosi *dolia* e *doliola*, anche quattordici nel relitto di Diano Marina (tra i duemila e i tremila litri, ciascun *dolium*, milleduecento i *doliola*), ma non è da escludere, visti i vantaggi, che ciò sia avvenuto anche per altri prodotti, come grano, olio, pesce salato, *etc.*

E' stato osservato che tale sistema di trasporto per il vino venne probabilmente abbandonato a causa delle frequenti fratture dei *dolia* che si producevano per le frizioni o gli urti nel corso della navigazione. Si constata infatti che molti dei contenitori provenienti dai relitti presentano numerose riparazioni antiche con grappe plumbee ed è probabile che lo spargimento del carico nella stiva in conseguenza della rottura dei *dolia* durante una navigazione tempestosa abbia potuto determinare lo spostamento del baricentro della nave, il conseguente capovolgimento e l'affondamento. Si giustificerebbe così l'elevato numero di relitti di tale tipo, e anche il progressivo abbandono del sistema di trasporto alla rinfusa di merci di più bassa qualità, standardizzate, implicante una rete di destinazioni di riferimento correlate a scambi di prodotti reciprocamente compatibili per la necessità di effettuare viaggi di ritorno a pieno carico.

Sembra che in età imperiale, accanto al trasporto in *dolia*, si sia consolidato un modello commerciale su rotte dirette, prive cioè di 'rotture del carico', in navi di media portata (non più di grande stazza), che collegavano i porti principali, dai quali poi ripartiva un traffico di redistribuzione su scafi di minore tonnellaggio. <sup>114</sup>

Nel III sec. d.C. il giurista Paolo però menzionava ancora *multae naves vinariae*, <sup>115</sup> che si è ritenuto possibile collegare all'innovazione tecnica del più razionale sistema di trasporto alla rinfusa di mercanzie standardizzate di più bassa qualità, che adesso possiamo ritenere determinata soprattutto da un progresso nel campo del diritto, ad opera del pretore e della giurisprudenza tardo repubblicana, che aveva così decisamente contribuito al commercio e alla più ampia diffusione delle derrate alimentari di prima necessità dell'impero.

<sup>112</sup> P.A. GIANFROTTA, *Nuovi rinvenimenti subacquei*, cit., 108.

<sup>113</sup> C. BELTRAME, *Archeologia marittima del Mediterraneo*, cit., 115, 136 e 161.

<sup>114</sup> X. NIETO, *Le commerce de cabotage et de redistribution*, in *La navigation dans l'Antiquité*, cit., 154 ss.; C. BELTRAME, *Archeologia marittima del Mediterraneo*, cit., 161.

<sup>115</sup> D. 47.2.21.5 (Paul. 40 *ad Sab.*): ...*quid deinde si nave vinaria (ut sunt multae, in quas vinum effunditur), quid dicemus de eo, qui vinum hausit? An totius oneris fur sit?*



CARMELA RUSSO RUGGERI  
(Università di Messina)

Ancora qualche riflessione sulla politica legislativa di Giustiniano  
in riguardo ai *iura* al tempo del *Novus Codex*

ABSTRACT

By starting from some recent observations about the possible dating of the *iura* codification's project at the time of the *Novus Codex*, the Author shows that the numerous indications contained in the introductory constitutions of the *Corpus iuris* allow us to exclude that in the 529 A.D. Justinian had already thought to intervene on the classical jurisprudence and, therefore, that the order of the *Digesta* or the *Quinquaginta decisiones* could be contained in the constitution addressed to Mena and inserted in the title I.15 of the first Code as reconstructed by P. Oxy. XV 1814.

PAROLE CHIAVE

*Novus Codex Iustiniani; iura; Giustiniano.*



## ANCORA QUALCHE RIFLESSIONE SULLA POLITICA LEGISLATIVA DI GIUSTINIANO IN RIGUARDO AI *IURA* AL TEMPO DEL *NOVUS CODEX*

1. Propongo in queste pagine delle recenti riflessioni occasionalmente sollecitate dalla lettura ad altro proposito di alcune considerazioni della Campolunghi in ordine al possibile contenuto delle costituzioni del I Codice di Giustiniano relative alla giurisprudenza.<sup>1</sup>

Come è noto, infatti, il P. Oxy. XV, 1814 edito nel 1922 dall'Hunt (con la collaborazione dello De Zulueta) ci ha restituito un frammento dell'Indice del *Novus Codex* di Giustiniano riguardante i titoli 11-16 del I libro con le relative *inscriptiones*.<sup>2</sup> Il titolo I. 15 (corrispondente al titolo I. 17 del *Codex repetitae praelectionis* dedicato a '*de veteri iure enucleando et auctoritate iuris prudentium qui in Digestis referuntur*') contiene, presumibilmente sotto la rubrica '*de auctoritate iuris prudentium*' (almeno secondo la preferibile e più verosimile integrazione del lacunoso papiro), due costituzioni: una rivolta *ad senatum* ed una diretta al prefetto del pretorio Mena.

Ora, la prima costituzione è direi quasi universalmente identificata in dottrina con quella parte della *oratio ad senatum* emanata nel 426 da Valentiniano III<sup>3</sup> e recepita poi nel 438, per la parte orientale dell'Impero, da Teodosio II e contenente la c.d. legge delle citazioni, con la quale – come è noto – si intervenne per regolamentare l'uso dei *iura* nei tribunali del tempo.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Cfr. M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza. In Pomponio e in Giustiniano*, II, 2, Perugia 2007, 423 ss.

<sup>2</sup> Il papiro, che per gli editori risalirebbe agli anni immediatamente successivi al 529, si trova ora anche in *Le costituzioni giustinianee nei papiri e nelle epigrafi*<sup>2</sup>. *Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium, Subsidia I*, (a cura di M. Amelotti – L. Migliardi Zingale), Torino 1985, 17 ss. ed in G. PURPURA, *Diritto, papiri e scrittura*, Torino 1999, 142 ss. Per la letteratura esistente su questa rilevante testimonianza rimando agli autori già citati in C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano 1999, nt. 11, cui si aggiunga, tra gli altri, M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, in AUPA 46, 2000, 494; D. DALLA, *Introduzione a un corso romanistico*<sup>4</sup>, Torino 2004, 123; R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*<sup>3</sup>, Bologna 2006, 105 e *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, in IURA 2008-2009, 122 e, da ultimo, S. CORCORAN, *Justinian and His Two Codes Revisiting P. Oxy. 1814*, in JJP 38, 2008, 73 ss.

<sup>3</sup> O, meglio, a suo nome dalla cancelleria occidentale dell'Impero, visto che Valentiniano era stato incoronato *Augustus* nel 425 ad appena sei anni (cfr. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in Labeo 29, 1983, 282).

<sup>4</sup> Su ciò rinvio alla bibliografia già citata in C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 83 nt. 13; ma anche nella letteratura successiva l'orientamento prevalente resta sempre in questa direzione: per tutti, v. J.H.A. LOKIN-T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. LOKIN, B. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bi-*

Quanto alla seconda, sono state avanzate varie congetture. Bonfante, ad esempio, pensava che essa fosse la legge ordinativa delle *Quinquaginta decisiones*;<sup>5</sup> per il De Francisci, invece, con la costituzione in oggetto Giustiniano avrebbe riservato a sé il potere di risolvere i conflitti di opinioni tra i giuristi;<sup>6</sup> ma non è mancato chi ha anche ipotizzato che nel 529 il progetto di codificazione dei *iura* che avrebbe condotto poi ai *Digesta* sarebbe stato già programmato e che la costituzione rivolta a Mena ne avrebbe costituito appunto una prima esternazione.<sup>7</sup>

Ebbene, sempre in riferimento alle *leges* del *Novus Codex* delle quali ci stiamo qui interessando, Maria Campolunghi, nel commentare la costituzione *Cordi* con cui fu pubblicata la nuova *emendatio* del Codice, riprende alcuni vecchi interrogativi e propone alcune a mio avviso interessanti sollecitazioni.

Una prima riguarda la costituzione rivolta *ad senatum* e con buona probabilità – come si è detto – contenente la c.d. legge delle citazioni, della quale non è tuttavia dato sapere – osserva l'autrice – «quale ne fosse il tenore nella redazione giustiniana – se, come nel testo ancora accessibile, delimitasse le citazioni ai cinque giuristi (o al massimo ad autori da questi eventualmente utilizzati), facesse prevalere l'opinione della maggioranza o altrimenti di Papiniano, e ove non ne fosse possibile la determinazione lasciasse il giudice libero di decidere secondo il proprio discernimento; oppure, se avesse operato altre scelte».<sup>8</sup>

D'altronde, la stessa presenza di una seconda costituzione pervenutaci sotto il titolo '*de auctoritate iuris prudentium*' e rivolta a Mena indurrebbe in realtà ad ipotizzare, sempre ad avviso dell'autrice, «una qualche deroga rispetto alla linea dell'automatismo escogitata nel tardo impero».<sup>9</sup>

Sotto un diverso profilo, poi, l'autrice osserva come la tesi secondo cui già nel 529 la posizione giustiniana non fosse più perfettamente conforme alla legge del canone e dunque

*zantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 108 e 111; M. BREONE, *Storia del diritto romano*<sup>14</sup>, Bari 2012, 381 s.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Introduzione agli studi giuridici*, Bologna 2013, 443; A. LOVATO, *Giustiniano e la consummatio nostrorum digestorum*, in MEFRA 125-2, 2013, 5, 18 e nt. 8. Si mostra cauto al riguardo, invece, M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., 494.

<sup>5</sup> Così cfr. P. BONFANTE, *Un papiro di Ossirinco e le "Quinquaginta decisiones"*, in BIDR 26, 1914, 132 ss. (= *Scritti giuridici vari*, IV, *Studi generali*, Roma 1925, 227 ss.).

<sup>6</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Frammento di un indice del I Codice di Giustiniano*, in Aegyptus 3, 1922, 68 ss. (ma v. anche *Storia del diritto romano*, III, 1, Milano 1936, 256 s.).

<sup>7</sup> È questa, ad esempio, la tesi di G. L. FALCHI, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, Roma 1989, 103 ss, per il quale appunto Giustiniano, già messosi sulla via del Digesto, con la legge rivolta a Mena avrebbe ordinato le *decisiones* intese come lavori di assaggio di un più organico progetto ancora compiutamente da definire, ma i cui contorni erano stati già intravisti e delineati nel 529 (ma dello stesso autore v. anche *Osservazioni sulle Quinquaginta decisiones di Giustiniano*, in *Studi Biscardi* V, 1984, 121 ss. e *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-533) e la codificazione di leges e iura*, in SDHI 59, 1993, 1 ss.). Ancora prima, però, il Longo, in C. LONGO - G. SCHERILLO, *Storia del diritto romano. Costituzione e fonti del diritto*, Milano 1944, 333 nt. 1, sembrava credere che Giustiniano all'epoca pensasse già alla compilazione di *iura*. Più recentemente, si esprime in favore dell'idea per cui nel corso della redazione del I Codice Giustiniano avesse maturato l'idea di procedere ad una raccolta degli scritti degli antichi giureconsulti avviando a tal fine alcuni lavori preparatori L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2003, 78.

<sup>8</sup> Così M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 437.

<sup>9</sup> M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 437.

l'idea del Digesto avesse cominciato ad affiorare non sarebbe in sé del tutto incompatibile con la posizione subordinata che il I Codice nel § 3 della costituzione *Summa* assegna ai *iura* rispetto alle *leges*, giacché, considerati i dieci anni di tempo inizialmente preventivati per la realizzazione del progetto, si sarebbe comunque dovuto nel frattempo in qualche modo provvedere a regolamentare il ricorso alla giurisprudenza, alla quale – fino all'annuncio del Digesto – non poteva in effetti ufficialmente riconoscersi «altro valore se non quello che si eredita dal passato».<sup>10</sup> Il che spiegherebbe l'inserimento nel *Novus Codex* della legge delle citazioni, seguita però anche da una propria specifica normazione.

Per finire, nella direzione di un qualche intervento sui *iura* già inserito nel I Codice spingerebbe – a detta dell'autrice – un'ulteriore circostanza: e cioè il silenzio della *Deo Auctore* sull'allontanamento che le *Quinquaginta decisiones* avrebbero rappresentato rispetto alle direttive previste da *Summa 3* in ordine alla *recitatio* delle costituzioni imperiali, cosa che è difficile pensare che la fine sensibilità giuridica di Triboniano avrebbe potuto consentire. Una circostanza – anche questa – che indurrebbe appunto a pensare che in realtà già il Codice del 529 prevedesse qualcosa al riguardo o nella prima o nella seconda costituzione del titolo 15 del I libro.<sup>11</sup>

2. Ebbene, come è noto, le questioni messe sul tappeto dalla collega perugina non sono certo questioni nuove, giacché riprendono sostanzialmente tutti gli interrogativi ed i dubbi che da tempo hanno tormentato gli autori che si sono specificamente occupati del tema e che ancora oggi hanno impedito di pervenire ad un'ipotesi condivisa in dottrina sulla politica legislativa di Giustiniano in riguardo ai *iura* dal 528 alla data di avvio ufficiale del Digesto. Interrogativi e dubbi che derivano soprattutto dal fatto che, come si sa, il I Codice di Giustiniano non ci è purtroppo pervenuto e le costituzioni introduttive del *Corpus iuris*, che pure non mancano di fornirci informazioni sull'origine e sullo svolgimento dei progetti legislativi di Giustiniano, quanto al ruolo della giurisprudenza ai tempi del I Codice si limitano solo ad alcune laconiche affermazioni.<sup>12</sup> E se a ciò si aggiunge poi la circostanza che il fortuito ritrovamento attraverso il papiro di Ossirinco XV, 1814 del titolo 15 del I libro, che avrebbe potuto davvero consentirci di fare piena luce al riguardo, è purtroppo limitato al solo Indice e, pur rivestendo grande importanza, non ci ha permesso comunque di sapere quale fosse il contenuto delle costituzioni ivi inserite, si capisce come non sia stato e non sia tutt'ora facile mettere un punto fermo sull'argomento. Il che non significa, però, che non sia utile tornare a riflettervi, magari sollecitati, come è accaduto appunto a me, dalla recente proposizione di vecchie e nuove considerazioni.

In premessa, credo sia necessario tuttavia ancora una volta espressamente ribadire che sul tema si possono solo formulare ipotesi più o meno plausibili, più o meno verosimili, giacché, come si è appena detto, il testo delle due costituzioni inserite nel titolo I, 15 del *Novus Codex*, la cui conoscenza ci avrebbe presumibilmente dato la possibilità di sapere con certezza quale era nel 528/29 la politica giustiniana in ordine al problema dell'uti-

<sup>10</sup> M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 438.

<sup>11</sup> M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 452.

<sup>12</sup> Mi riferisco in specie al breve cenno ai *labores* dei *iuris veteres interpretores* contenuto in *Summa 3*, su cui v. *infra* 159 s.

lizzazione dei *iura* e se già esistesse o meno un piano organico dell'intero lavoro da compiere, non ci è purtroppo pervenuto ed il contenuto delle *leges* in oggetto non è dunque (almeno allo stato degli atti) in alcun modo ricostruibile.<sup>13</sup> Meno pessimista sarei invece quanto alla individuazione del tenore della rubrica del titolo I, 15 pervenutoci attraverso il Papiro Oxy. XV, 1814, purtroppo guasto proprio nella parte in cui fa ad essa riferimento. Che si accetti l'integrazione comunemente condivisa (e che anch'io ritengo per varie ragioni preferibile)<sup>14</sup> *'de auctoritate iuris prudentium'*, proposta dall'Hunt<sup>15</sup>, o che si voglia colmare le lacune del testo con *'de responsis iuris prudentium'*, come suggeriva ad esempio il De Francisci sulla base di C. Th. 1. 4,<sup>16</sup> non c'è dubbio comunque che Giustiniano ha dedicato un apposito titolo alle opere dei *prudentes* e che è in questa sede che con ogni probabilità l'imperatore ha inserito ed esternato le sue direttive sull'utilizzo dei *responsa* della giurisprudenza classica nei tribunali imperiali.

Ciò posto, se l'impossibilità di ricostruire con certezza il tenore degli interventi giustiniani sui *iura* contenuti nel I Codice è incontrovertibile, io credo tuttavia che si possa ugualmente tentare di comprendere quale fosse lo stato della politica imperiale in materia giurisprudenziale negli anni 528/29 (almeno nelle sue linee essenziali) innanzi tutto operando per così dire 'per esclusione', saggiando cioè la credibilità – principalmente alla luce delle fonti, ma anche di quel buon senso al quale, non smetterò mai di ricordarlo, Mario Talamanca giustamente a mio avviso con la forza della sua autorevolezza ci richiamava<sup>17</sup> – delle più svariate ipotesi che al riguardo sono state formulate e, "per esclusione" appunto, cercare poi di individuare una congettura che sia compatibile con ciò che resta.

D'altra parte, come è noto, pur in assenza di notizie certe, non mancano tuttavia fattori che possono soccorrerci in questo compito.

Di estremo aiuto può essere infatti, ad esempio, l'osservazione del contenuto delle costituzioni imperiali in cui è citata la giurisprudenza classica emanate dalla data di pubblicazione

<sup>13</sup> Sull'impossibilità di avanzare ricostruzioni 'verificabili' sulla base di una fonte come la nostra, il cui contenuto ci è del tutto sconosciuto v., in specie, D. MANTOVANI, *Sulle consolidazioni giuridiche tardo antiche*, in *Labeo* 41, 1995, 257; ma nello stesso senso anch'io mi ero già espressa in C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 92.

<sup>14</sup> Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 83.

<sup>15</sup> In favore di questa ricostruzione v., per tutti, P. BONFANTE, *Un papiro di Ossirinco*, cit., 132, G. SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione Deo Auctore*, in *RIL* 63, II serie, 1930, 203; G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 84; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983, 35 e nt. 47; M. G. BIANCHINI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, I, Torino 1983, 62; G. L. FACHI, *L'importanza dei papiri per lo studio della compilazione del Digesto*, in *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (22-25 ottobre 1985), Milano 1988, 505 nt. 11 e *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, cit., 107 nt. 89; G. PURPURA, *Diritto, papiri e scrittura*, cit., 142, 144 e 146; R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, cit., 103.

<sup>16</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Frammento di un indice*, cit., 74, la cui opinione è condivisa da H. NIEDERMEYER, *Rec. a P. DE FRANCISCI, Frammento di un indice*, in *ZSS* 46, 1926, 492 s.

<sup>17</sup> Buon senso che – dichiarava, e non a torto, il compianto Maestro, con la schiettezza che lo contraddistingueva – è una «virtù indispensabile a chi pratica le nostre discipline quanto scarsamente diffusa»: cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR* 42-43, III s., 2000/2001, 541.



del *Novus Codex* fino all'avvio ufficiale dei *Digesta*, giacché, se davvero già nel 529 si fosse in qualche modo intervenuto sui *iura* modificando il regime automatico e le prevalenze nell'utilizzazione degli stessi introdotti da Valentiniano III e Teodosio II, dalle nuove costituzioni si dovrebbero poter evidenziare le linee guida della diversa scelta imperiale.

Di non minore utilità sono poi le informazioni forniteci al riguardo dalle costituzioni introduttive del *Corpus iuris*, e in particolare dalla *Deo Auctore*, dalla *Tanta* e dalla *Cordi*, nelle quali Giustiniano come è noto dà conto in modo dettagliato del procedere di tutto il suo progetto legislativo.

Da non sottovalutare, per finire, sono poi, più in generale, alcune considerazioni di ordine logico che possono farsi al riguardo.

### 3. Cominciamo proprio da queste ultime.

Si è già detto che uno dei principali motivi che ha indotto parte della dottrina ad ipotizzare un intervento autoritativo sui *iura* già ai tempi del I Codice è costituito dalla presenza nel titolo I, 15, accanto alla costituzione indirizzata *ad senatum* e con buona verosimiglianza contenente la legge di Valentiniano III e Teodosio II, di una seconda costituzione rivolta al prefetto del pretorio Mena. In altri termini, il fatto stesso che Giustiniano abbia emanato una *lex* che il successivo inserimento nel titolo 15 del I libro del Codice fa presumere riguardasse proprio la giurisprudenza potrebbe in effetti indurre a credere che l'imperatore abbia introdotto appunto una qualche deroga o una qualche innovazione al regime previsto dalla legge del canone.

L'argomento è certamente non di poco conto e risponde di sicuro ad una sua logica. Tuttavia, io credo che non manchino in realtà degli indizi che consentono di escludere, almeno sotto il profilo qui considerato, che la seconda costituzione del titolo I, 15 del *Novus Codex* avesse realmente modificato il sistema di utilizzazione dei *iura* disposto dall'*oratio Valentiniani ad senatum*.

Infatti, se è vero che la collocazione nel titolo I, 15 della legge indirizzata al prefetto del pretorio Mena porta a credere in un qualche intervento suppletivo effettuato da Giustiniano in materia, non si può non considerare tuttavia la circostanza che anche la costituzione *Summa* con la quale fu confermato il 7 aprile del 529 il *Novus Codex* risulta essere indirizzata a Mena.<sup>18</sup> Ebbene, nel § 3 della legge introduttiva del Codice, come è noto, Giustiniano si rivolge direttamente proprio a Mena e, nell'intimargli di dare valore di legge al Codice e di vietare sotto pena di *crimen falsi* la citazione di qualunque altra costituzione ivi non inserita, ricorda al suo prefetto che per la risoluzione di qualunque questione dovesse considerarsi ormai sufficiente il solo Codice, '*adiectis veterum iuris interpretatorum laboribus*'. Si legga il noto brano contenuto in:

*Summa, 3 Hunc igitur in aeternum valiturum iudicio tui culminis intimare perspeximus, ut sciant omnes tam litigatores, quam disertissimi advocati, nullatenus eis licere de caetero constitutiones ex veteribus tribus codicibus, quorum iam mentio facta est, vel ex iis, quae novellae consti-*

<sup>18</sup> E in specie, come recita l'*inscriptio*, a "*Menae viro illustri praefecto praetorio, expraefecto huius almae urbis ac patricio*". A Mena, d'altronde, appaiono indirizzate tutte le leggi emanate dalla costituzione *Haec quae necessario* alla costituzione *Summa*: sul punto cfr. G. L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-533) e la codificazione di leges e iura*, cit., 6 ss.

*tutiones ad praesens tempus vocabantur, ut, falsi crimini omnes tam litigatores quam disertissimi advocati nullatenus eis licere de cetero constitutiones ex veteribus tribus codicibus, quorum iam mentio facta est, vel ex iis, quae novellae constitutiones ad praesens tempus vocabantur, in cognitionalibus recitare certaminibus, sed solum eidem nostro codici insertis constitutionibus necesse esse uti, falsi crimini subdendis his, qui contra hoc facere ausi fuerint: cum sufficiat earundem constitutionum nostri codicis recitatio adiectis etiam veterum iuris interpretatorum laboribus ad omnes dirimendas lites.*

Ora, non sto qui ad insistere sulla già da più parti evidenziata funzione integrativa e subordinata che Giustiniano, in linea con la politica teodosiana, sembra assegnare nel brano succitato ai ‘labores’ dei ‘veteres iuris interpretores’ rispetto alle *leges*;<sup>19</sup> né mi interessa per il momento la questione se, nominando gli antichi *prudentes*, egli alludesse ai soli giuristi del canone, come anche a me sembra più verosimile, o meno.<sup>20</sup> Ciò che mi preme in questa sede sottolineare è che, se davvero l'imperatore, attraverso la costituzione inserita nel Codice e dunque certamente emanata in una data anteriore a quella di *Summa*, avesse già prescritto al prefetto del pretorio di modificare in qualche misura le regole di utilizzazione dei *iura* fino a quel momento vigenti, come ipotizza appunto da ultimo la Campolunghi, è da credere che lo avrebbe specificato e ribadito nella costituzione con cui, ordinandogli di dare forza di legge al *Novus Codex*, gli aveva al tempo stesso rammentato e ribadito il valore suppletivo assegnato ai *iura* ai fini della risoluzione delle controversie. Il fatto che si sia invece limitato a richiamare *sic et simpliciter* le opere e le sentenze dei *iuris prudentes* senza nulla aggiungere al riguardo già di per sé dimostra a mio avviso che non era intervenuta in materia alcuna considerevole novità. Una conclusione – questa – che credo possa valere anche (ed anzi direi soprattutto) in riferimento alle altre più specifiche ipotesi che come si è detto sono state formulate al riguardo, prima tra tutte quella secondo cui la *lex* inserita nel Codice e rivolta a Mena sarebbe stata la costituzione ordinativa delle *Quinquaginta decisiones* o la costituzione attraverso cui si sarebbero addirittura già programmati e (sia pure non ancora compiutamente) avviati i *Digesta*: opinioni – queste – che, a parte ogni altra considerazione, mal si conciliano anch'esse con il silenzio in proposito della costituzione *Summa* e, ancor più, con il riserbo con cui in essa Giustiniano allude ai *iura*. Un silenzio ed un riserbo che, come è stato esattamente già osservato,<sup>21</sup> non sarebbero facilmente comprensibili qualora già al tempo del I Codice i *Digesta* o, quanto meno, un *corpus* di *leges* che risolvesse autoritativamente alcuni dei contrasti giurisprudenziali fossero già stati ufficialmente preordinati, soprattutto

<sup>19</sup> Per tutti, cfr. G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, cit., 124 ss.; M. G. BIANCHINI, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, I, Milano 1973, 122 (= *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, 101); G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi*, cit., 23 e ntt. 24 e 25; ma sul punto rimando anche a quanto già osservato in C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 93 s.

<sup>20</sup> Ritene che, nel riferirsi ai *veteres iuris interpretores*, Giustiniano pensasse ai soli Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino, ad esempio, P. PESCANI, *Il piano del digesto e la sua attuazione*, in *BIDR* 77, 1974, 223.

<sup>21</sup> In tal senso cfr. in specie R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, cit., 105 s., alla cui opinione (già espressa nell'edizione del 1993) ho avuto modo di aderire in *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 93 nt. 42.

considerato che l'imperatore non si è mai risparmiato nel ricordare ed esaltare anche a fini propagandistici, nelle costituzioni introduttive del *Corpus iuris*, gli interventi più innovativi effettuati in attuazione dell'immane progetto legislativo ideato e realizzato tra il 529 ed il 534. E se al silenzio della *Summa* si aggiunge l'analogo silenzio sul punto della *Deo Auctore*, della *Tanta* e della *Cordi*, nelle parti appunto in cui accennano alle prime tappe del disegno legislativo di Giustiniano,<sup>22</sup> l'illazione secondo cui il piano che prevedeva una diversa forma di regolamentazione dei *iura* fosse già stato programmato attraverso il *Novus Codex* appare chiaramente ancora più inverosimile.<sup>23</sup>

#### 4. Ancora un'altra considerazione.

Come si è detto, un ulteriore indizio a favore dell'idea secondo la quale già il primo Codice avesse previsto qualcosa di nuovo in ordine ai *iura*, nella prima o nella seconda delle costituzioni inserite nel titolo I, 15, sarebbe offerto, secondo Maria Campolunghi, dall'osservazione per cui la fine sensibilità di Triboniano non avrebbe potuto consentire l'allontanamento che le *Quinquaginta decisiones* avevano determinato rispetto alle prescrizioni sulla *recitatio* delle costituzioni imperiali contenute nella *Summa* 3<sup>24</sup> senza che se ne facesse alcun cenno o se ne offrisse una giustificazione nella *Deo Auctore*. Un silenzio – anche questo – che appunto, secondo l'autrice, potrebbe indurre a credere che già il I Codice avesse autorizzato l'esistenza fuori da esso di testi imperiali o di un loro *corpus* autonomo ai fini dell'utilizzazione del diritto giurisprudenziale.<sup>25</sup>

L'obiezione non mi sembra in realtà particolarmente probante.

Infatti, come la stessa autrice peraltro non manca di evidenziare,<sup>26</sup> è indubbio che il divieto imposto in *Summa* 3 tanto ai *litigatores* che agli *advocati* di *recitare* le costituzioni imperiali non inserite nel Codice riguardava unicamente le costituzioni emanate anteriormente alla pubblicazione del *Novus Codex*, come si evince inequivocabilmente d'altronde dall'esplicito riferimento ivi contenuto alle costituzioni tratte '*ex veteribus tribus codicibus, quorum iam mentio facta est*', costituzioni che, se inserite nel nuovo testo, non potevano appunto più essere utilizzate nella loro versione originaria; se scartate, non potevano più essere utilizzate tout court.

Ciò posto, è evidente allora che il divieto non concerneva né poteva concernere le *leges* che lo stesso Giustiniano avrebbe emanato successivamente per far fronte alle nuove intervenute esigenze: leggi che era direi fisiologico e naturale dunque poter utilizzare senza che

<sup>22</sup> Mi riferisco in particolare a *Deo Auctore* pr., *Tanta* 1 e *Cordi* 1.

<sup>23</sup> Ma non meno eloquente è la totale assenza di riferimenti alle opere giurisprudenziali che si riscontra nella costituzione *Haec quae necessario* (sulla quale v., di recente, G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il codice teodosiano ed il codice giustiniano a confronto*, in MEFRA 125-2, 2013, 59), un'assenza – anche questa – che evidenzia palesemente come un intervento sui *iura* non facesse ancora parte dei disegni di Giustiniano.

<sup>24</sup> Che aveva appunto vietato di citare altre costituzioni al di fuori di quelle inserite nel Codice.

<sup>25</sup> Così M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 452.

<sup>26</sup> Cfr., infatti, M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 452, la quale, pur riconoscendo che le indicazioni date da Giustiniano nella *Summa* 3 vietassero l'utilizzazione di norme precedenti e non già successive, conclude tuttavia che «l'esistenza di un cospicuo numero di suoi testi non compilati – anche ove siano stati previsti fin dall'inizio; tanto più in quanto siano testimoni magari di un mutamento di rotta – non può non creargli imbarazzo».

ciò fosse avvertito come una deroga o un allontanamento dalle regole stabilite in *Summa* 3. Né vale richiamarsi in proposito al «carattere esclusivo» o all'«unicità di punto di riferimento» che l'imperatore voleva imprimere alla sua legislazione,<sup>27</sup> quale si evincerebbero anche da *Tanta* 19 e 23. Tale principio di esaustività, infatti, oltre ad escludere unicamente le fonti anteriori che non erano state incluse nelle nuove raccolte, era soprattutto indirizzato ai terzi (cioè ai *litigatores*, agli *advocati*, ai funzionari imperiali, etc.) e non si riferiva certo all'imperatore: altrimenti dovremmo arrivare all'assurdo di dover pensare che egli si fosse per tal via definitivamente preclusa ogni futura possibilità di normazione!<sup>28</sup> Inoltre, come si sa, una cosa sono gli enunciati di principio, altra cosa è la realtà: e Giustiniano mostra di essere pienamente consapevole della relatività del fenomeno giuridico, tant'è che non manca di esternare sul punto il suo pensiero, laddove – prima ancora di ordinare in *Tanta* 19 che *'omne quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus'*<sup>29</sup> – ricorda come, essendo il diritto umano in infinito movimento e potendo dunque emergere in futuro questioni non ancora risolte o mal risolte, spettasse all'imperatore, per volere divino, ordinare e disciplinare con misure adeguate tutto ciò che di nuovo accadeva.<sup>30</sup> Si legga, infatti, quanto Giustiniano scrive in

*Tanta* 18 *Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeponit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere. Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. Et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definit, ut, si quid in edicto positum non inveniatur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.*

Non credo che il testo abbia bisogno di particolari commenti, se non forse per evidenziare come Giustiniano stesso sottolinei l'antica risalenza del principio che attribuiva proprio

<sup>27</sup> Così M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 452.

<sup>28</sup> Sul «dogma della *esaustività* dell'ordinamento giuridico visto nel suo complesso» affermato da Giustiniano in *Tanta* 19 v., da ultimo, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, cit., 80, che esattamente sottolinea come nella «prospettiva giustiniana, questo ordinamento veniva costituito esclusivamente dalle disposizioni promulgate dall'imperatore, il quale avocava a sé, in quanto Sovrano-legislatore, la produzione delle norme e il loro coordinamento all'interno di un sistema stabile che poteva essere modificato e aggiornato *esclusivamente attraverso un provvedimento imperiale*».

<sup>29</sup> Concetto ripreso poi in *Tanta* 23, laddove ribadisce che il diritto contenuto nei tre codici fino ad allora emanati valesse *in omnem aevum e in omnibus causis*.

<sup>30</sup> Sulla piena consapevolezza, da parte di Giustiniano, che «il diritto, in quanto *res humana*, e cioè appartenente al mondo della storia, è nella condizione perenne di doversi adeguare alle necessità di quest'ultima» cfr. le belle pagine di G. G. ARCHI, *Nuovi valori e ambiguità nella legislazione di Giustiniano*, in *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana*, *Caratteri e problematiche*, Ravenna 1985, 238 s.

all'autorità imperiale il compito di colmare ed emendare tutto ciò che di imperfetto si fosse nel tempo scoperto, secondo quanto già affermato dal giurista Giuliano e dall'imperatore Adriano. Il che conferma che la possibilità di utilizzare le costituzioni imperiali emanate dopo il *Novus Codex* anche ai fini della risoluzione delle controversie giurisprudenziali non doveva aver rappresentato, per la fine sensibilità giuridica di Triboniano, alcuna eccezione rispetto al divieto sancito dalla *Summa 3* né doveva avergli creato alcun imbarazzo,<sup>31</sup> essendo appunto da sempre comunemente riconosciuta all'*augustum remedium* la funzione di provvedere alle *res humanae* disciplinando e modificando *'et modis et regulis competentibus omnia quae noviter contingunt'*: e ciò tanto più se si crede poi che lo stesso Triboniano abbia concretamente collaborato – come a me sembra assai probabile sia accaduto – alla stesura delle costituzioni introduttive e, dunque, anche alla scrittura di quel § 18 della *Tanta* che così esplicitamente si esprime al riguardo.

E peraltro, proprio le osservazioni che precedono consentono a mio avviso di dissentire anche dall'ipotesi a suo tempo formulata in proposito dal De Francisci, secondo il quale Giustiniano, nel confermare la legge di Valentiniano III e Teodosio II, avrebbe tuttavia, attraverso la costituzione rivolta a Mena contenuta nel titolo I, 15 del I Codice, riservato a sé il potere di risolvere i conflitti di opinioni tra giuristi.<sup>32</sup> Un'ipotesi – anche questa – che mal si concilia con quanto lo stesso imperatore dichiara proprio in *Tanta 18*, dove – non si ometta di considerare – egli giunge addirittura ad affermare che sarebbe stato Dio a proporre alle cose umane *l'imperialis fortuna* per far fronte alle continue modifiche alle quali per natura il diritto umano era soggetto.<sup>33</sup> Ma se dunque il potere di intervenire sul diritto vigente (di qualunque natura fosse), nei modi e con le norme che riteneva più opportuni, spettava già per natura fisiologicamente all'imperatore, provenendo anzi da Dio, che bisogno avrebbe avuto Giustiniano di emanare un'apposita costituzione con la quale esplicitare la riserva di un potere che già gli era da sempre universalmente riconosciuto? In altre parole e per quanto più specificamente ci riguarda, perché l'imperatore, nel confermare i criteri automatici di risoluzione delle controversie giurisprudenziali a suo tempo introdotti dalla legge del canone, avrebbe dovuto avvertire la necessità di formalizzare il suo diritto comunque ad intervenire in futuro in materia con un'apposita legge, visto che era pienamente consapevole che potesse farlo anche in mancanza di espresse previsioni al riguardo?

##### 5. Terza ed ultima breve considerazione.

Sempre Maria Campolunghi osserva poi, come si è detto, che la presenza nel *Novus Codex* della legge delle citazioni non sarebbe in sé un argomento determinante contro l'idea per cui già nel 529 il progetto dei *Digesta* si fosse cominciato ad affacciare, giacché, considerati i tempi lunghissimi inizialmente preordinati per la conclusione dell'opera, sarebbe stato comunque necessario provvedere a garantire un criterio di risoluzione delle controversie giurisprudenziali e, in quest'ottica, la conservazione dei meccanismi previsti dal sistema fino ad allora vigente sarebbe apparsa la soluzione più ovvia e naturale.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Per M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 452, Giustiniano sarebbe stato indotto alle affermazioni di cui al § 18 dalla «consapevolezza ormai delle pressioni della realtà».

<sup>32</sup> V. P. DE FRANCISCI, *Frammento di un indice*, cit., 74.

<sup>33</sup> Sul definitivo consolidarsi, in età giustiniana, dell'idea dell'origine divina del potere cfr., da ultimo, DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico*<sup>4</sup>, Napoli 2000, 193.

<sup>34</sup> M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 438.

L'illazione non è nuova: è questa infatti sostanzialmente la ricostruzione che ad esempio già proponeva il Longo nel manuale di Storia<sup>35</sup> e verso la quale sembrava propendere anche Cristoforo Cosentini nelle sue Lezioni di esegesi delle fonti.<sup>36</sup>

Benché astrattamente possibile, tuttavia a sancire la debolezza dell'ipotesi qui prospettata, a parte ogni altra considerazione, è a mio avviso ancora una volta soprattutto il silenzio delle fonti, silenzio che, pur essendo un elemento puramente in negativo, può rivelarsi talvolta estremamente eloquente. E infatti – mi chiedo –, anche ammesso che la legge delle citazioni fosse stata inserita nel Codice al solo scopo di continuare ad assicurare un meccanismo di risoluzione delle dispute giurisprudenziali in attesa che venisse compiutamente definita ed ultimata la già programmata compilazione di *iura*, si può davvero pensare che l'imperatore avesse già concepito e in qualche modo avviato un'opera '*difficilissima, immo magis impossibilis*'<sup>37</sup> e che, per usare ancora le parole dello stesso Giustiniano, '*nemo umquam speravit neque humano ingenio possibile esse penitus existimavit*'<sup>38</sup> senza che ne facesse mai alcun cenno? E soprattutto: perché Giustiniano, che pure nelle costituzioni introduttive del *Corpus iuris* più volte si sofferma a ripercorrere le tappe del suo complessivo disegno legislativo, avrebbe dovuto tacere sui tempi e sull'origine della *conceptio Digestorum*? Anzi, per meglio dire, perché avrebbe dovuto non solo tacere, ma addirittura mentire, come appunto adesso vedremo?

6. Se le considerazioni che precedono già consentono a mio avviso con una certa fondatezza di dubitare, sia pure argomentando soprattutto *e silentio*, che le costituzioni inserite nel titolo I, 15 del I Codice avessero in qualche modo innovato rispetto al regime di utilizzazione dei *iura* previsto dal sistema previgente e, ancor più, che avessero già previsto ed avviato il progetto dei *Digesta* o delle *Quinquaginta decisiones*, come appunto da più parti è stato ipotizzato, un'ulteriore conferma in questo senso si può trovare, e questa volta in positivo, dall'osservazione delle poche ma inequivocabili informazioni che lo stesso Giustiniano ci fornisce al riguardo nelle costituzioni introduttive del *Corpus iuris*. Si tratta di informazioni note, ma vale la pena comunque a mio avviso rileggerle attentamente nell'ottica qui considerata.

Cominciamo dalla fondamentale testimonianza fornitaci nel dicembre del 530:

*Deo Auctore 2 Hocque opere consummato et in uno volumine nostro nomine praeplenissimam iuris emendationem pervenire properaremus et omnem Romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere, quod nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficilissima, immo magis impossibilis videbatur. Sed manibus ad caelum erectis et aeterno auxilio invocato eam quoque curam nostris reposuimus animis, deo freti, qui et res penitus desperatas donare et consummare suae virtutis magnitudine potest.*

Non credo che Giustiniano potesse essere più esplicito di così: a quell'opera di emendamento del diritto più elevata e completa che ci fosse, tant'è che nessuno aveva fino ad allora

<sup>35</sup> Cfr. C. LONGO- G. SCHERILLO, *Storia del diritto romano*, cit., 333 nt. 1.

<sup>36</sup> C. COSENTINI, *Lezioni di esegesi delle fonti del diritto romano*, Catania 1978 (rist. 1995), 232 ss.

<sup>37</sup> Cfr. *Deo Auctore 2*.

<sup>38</sup> Così Giustiniano si esprime in *Tanta pr.*

mai osato sperare o desiderare di poterla realizzare, l'imperatore aveva messo mano dunque solo '*hocque opere consummato*', cioè solo dopo aver portato a pieno compimento quella raccolta di costituzioni imperiali riunite nel I Codice cui aveva accennato alla fine del § 1.<sup>39</sup> E vorrei sottolineare che particolarmente indicativo ai nostri fini mi sembra qui soprattutto l'uso del verbo '*consummare*', che nel brano è peraltro - come si vede - adoperato due volte, in riferimento al codice ('*hocque opere consummato*') ed ai *Digesta* ('*res desperatas consummare*'), ed in entrambi i casi evoca chiaramente l'immagine di un lavoro (di selezione, correzione, rielaborazione) ormai già portato a termine, concluso, perfezionato.<sup>40</sup>

L'informazione è ripetuta in:

*Tanta 1 Et principales quidem constitutiones duodecim libris digestas iam ante in codicem nostro nomine praefulgentem contulimus, postea vero maximum opus adgredientes ipsa vetustatis studiosissima opera iam paene confusa et dissoluta eidem viro excelso permissimus tam colligere quam certo moderamini tradere.*

Anche nel 533, nell'accingersi a confermare il Digesto ormai finito, Giustiniano ribadisce quindi che il lavoro di compilazione delle opere giurisprudenziali era stato affrontato ed avviato '*postea*', dopo cioè che '*iam ante*' erano state riunite in un codice di dodici libri le *principales constitutiones*.

La stessa sequenza temporale si ritrovava affermata, infine, nella costituzione con cui nel 534 Giustiniano pubblicò la *repetita praelectio* del Codice. Si legga:

*Cordi pr....igitur in primordio nostri imperii sacratissimas constitutiones, quae in diversa volumina fuerant dispersae et quam plurima similitudine nec non diversitate vacillabant, in unum corpus colligere omnique vitio purgare proposuimus. Et hoc iam per viros excelsos et facundissimos perfectum est et a nobis postea confirmatum: quod geminae constitutiones nostrae quae ante posita sunt ostendunt. 1 Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus,....*

Anche in questa sede, come si vede, Giustiniano dichiara espressamente che alla considerazione del *vetus ius* si pervenne '*postea*', dopo che '*in primordio*' si era provveduto a riunire in unum corpus le costituzioni imperiali precedenti, purgandole da ogni vizio. E ancora una volta, peraltro, l'imperatore si premura di evidenziare come quest'ultima opera non solo fosse '*iam*' stata perfezionata da *viri excelsi e facundissimi*, ma fosse stata poi ('*postea*') da lui stesso già '*confirmata*': un'informazione - questa - che chiaramente rimanda alla rubrica della costituzione *Summa, 'de Iustiniano Codice confirmando'*, e, dunque, sostanzialmente,

<sup>39</sup> Cfr. *Deo Auctore 1 ...primum nobis fuit studium a sacratissimis retro principalibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidae tradere, quatenus in unum codicem congregatae et omni supervacua similitudine et iniquissima discordia absolutae universis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium.*

<sup>40</sup> Di *consummare* Giustiniano parla a proposito dei *Digesta* pure in *Deo Auctore 5 (...ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum...)* e *Tanta 17 (in praesenti autem consummatione nostrorum digestorum...)* ed anche qui l'espressione sembra alludere allo «sforzo teso a limare, correggere, rielaborare» portato già a compimento appunto dai commissari (in tal senso v., di recente, A. LOVATO, *Giustiniano e la consummatio nostrorum digestorum*, cit., 15).

alla ormai avvenuta emanazione e ufficializzazione dell'opera. Dopo di che soltanto (*'postea vero'*) si sarebbe appunto spostata l'attenzione alla giurisprudenza.<sup>41</sup>

Ebbene, a meno di non pensare che Giustiniano e tutti quelli che collaborarono con lui alla redazione delle costituzioni introduttive fossero degli smemorati o, peggio ancora, che mentissero spudoratamente (nel qual caso bisognerebbe però spiegare perché avrebbero dovuto mentire al riguardo), a me sembra che le tre testimonianze qui considerate, risalenti peraltro a tre diversi momenti del procedere del progetto legislativo di Giustiniano, non lascino adito a dubbi di sorta: ad un intervento sui *iura* si sarebbe pensato solo *'postea'*, dopo che la raccolta di *leges* ordinata nel 528 era stata ormai *'consummata'*, portata cioè a pieno compimento, e *'confirmata'* dallo stesso imperatore.

7. Ma non basta. Alle chiare indicazioni forniteci nei luoghi succitati, Giustiniano aggiunge altre informazioni non meno utili a farci capire quali dovessero essere state, al tempo del I Codice, le sue scelte in ordine all'utilizzazione del *vetus ius*.

Di particolare rilievo è innanzi tutto:

*Deo Auctore 3 Et ad tuae sinceritatis optimum respeximus ministerium tibi que primo et hoc opus commissimus, ingenui tui documentis ex nostri codicis ordinatione acceptis, et iussimus quos probaveris tam ex facundissimis antecessoribus quam ex viris disertissimis togatis fori amplissimae sedis ad sociandum laborem eligere.*

Come si vede, nell'affermare di avere incaricato il *quaestor sacri palatii* Triboniano della compilazione dei *Digesta*, concedendogli per di più la libertà di scegliere i collaboratori che preferisse tra gli *antecessores* e gli avvocati del foro del tempo, Giustiniano sottolinea espressamente il fatto di aver avuto modo di apprezzarne il servizio e l'ingegno proprio a seguito della ordinata compilazione del I Codice, cui pure Triboniano – come è noto – aveva tra gli altri partecipato, sia pure in una posizione non di spicco.<sup>42</sup> E anche in questo caso invito a non sottovalutare il peso delle parole giustinianee, che ancora una volta sembrano chiaramente voler scandire una precisa sequenza temporale che vede nella già avvenuta ordinata compilazione del codice il *dies a quo* e al tempo stesso l'evento determinante che avrebbe portato poi, attraverso Triboniano, all'ideazione ed alla predisposizione dei *Digesta*.

L'informazione non è di poco conto, perché evidenzia chiaramente come la figura di Triboniano sia andata emergendo e sia andata valorizzandosi agli occhi dell'imperatore proprio a seguito e in conseguenza del contributo (evidentemente determinante) dallo stesso offerto per la compilazione del I Codice. Il che significa, in altri termini, che plausibilmente solo dopo l'aprile del 529, Giustiniano, accortosi dell'ottimo servizio prestato per la conclusione del *Novus Codex*, della non comune cultura e delle capacità ivi dimostrate da Triboniano, lo

<sup>41</sup> Sull'«immagine di compiuta realizzazione» con cui si chiude il *principium* della costituzione *Cordi* si sofferma, in specie, M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 443.

<sup>42</sup> Come è noto, infatti, egli appare citato al sesto posto nel § 1 della costituzione *Haec quae necessario* e nel § 2 della *Summa*, in entrambe delle quali è menzionato come *vir magnificus* e *magister inter agentes*. Sulla posizione rivestita da Triboniano al tempo del I Codice v., per tutti, T. HONORÉ, *Tribonian*, London 1978, 45.



scelse come suo collaboratore privilegiato: come conferma ulteriormente, d'altronde, la di poco successiva nomina a *quaestor sacri palatii*, la massima carica imperiale per un esperto di diritto,<sup>43</sup> nomina risalente con buona probabilità al 17 novembre del 529, data di C. 7.63.5, della prima delle costituzioni cioè indirizzate appunto al *quaestor Tribonianus*.<sup>44</sup>

Ebbene, che la paternità, l'idea stessa e l'iniziativa di un'opera che raccogliesse tutti i *labores* dei *veteres iuris interpretores* opportunamente modificati per adattarli alla nuova realtà del VI secolo siano da attribuire a Triboniano è un fatto universalmente riconosciuto<sup>45</sup> e per di più a mio avviso (come già peraltro ho avuto modo di affermare)<sup>46</sup> difficilmente contestabile, dallo stesso imperatore del resto più volte e in più modi esplicitamente evocato, oltre che ricavabile da molteplici altri indizi.

A parte le sperticate lodi che non risparmia al suo ministro<sup>47</sup> e l'appena menzionato conferimento di una delega in bianco per la scelta dei collaboratori, che, come è stato esattamente osservato, si giustifica solo se Triboniano era l'autore del progetto,<sup>48</sup> estremamente significativo ai nostri fini è infatti quanto Giustiniano ricorda, ad esempio, in *Tanta* 1, laddove accenna alle informazioni che Triboniano gli avrebbe previamente fornito sui circa duemila libri scritti dagli antichi, per un totale di più di tre milioni di righe, libri che sarebbe stato necessario leggere ed esaminare al fine di scegliere da questo materiale quanto di meglio ci fosse:<sup>49</sup> una informazione che dimostra che il questore aveva già chiara in testa l'idea del lavoro proposto all'imperatore

<sup>43</sup> La carica, affermata dall'età di Costantino, era riservata infatti a chi conosceva il diritto ed era dotato di eloquenza, in quanto *honorator*, «ossia colui che dava forma culta e giuridica agli atti imperiali». Egli era inoltre il depositario degli archivi imperiali (cfr. G. FRANCIOSI, *Manuale di Storia del diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli 2001, 272).

<sup>44</sup> Ma alcuni sostengono, come è noto, che la nomina sia avvenuta in realtà il 17 settembre del 529, a seguito della rimozione del *quaestor sacri palatii* Tommaso e del *praefectus praetorio* Mena, sostituiti appunto rispettivamente da Triboniano e da Demostene. In tal senso v. in specie T. HONORÉ, *Tribonian*, cit., 46 ss.; ma sulla questione, tra gli altri, cfr. anche M. G. BIANCHINI, *La subscriptio nelle leges giustinianee del 30 ottobre 529*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino 1999, 48 (= *Temie e tecniche della legislazione tardoimperiale*, cit., 116).

<sup>45</sup> Un elenco degli autori che hanno sottolineato il ruolo fondamentale avuto da Triboniano nell'ideazione dei *Digesta* sarebbe praticamente impossibile: tra i tanti, mi limito a richiamare P. DE FRANCISCI, *Frammento di un indice*, cit., 74; *Dietro le quinte della compilazione giustiniana*, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne 1963; 4; M. G. BIANCHINI, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, cit., 123 ss. (= *Temie e tecniche della legislazione tardoimperiale*, cit., 106 ss.); P. PESCANI, *Il piano del digesto e la sua attuazione*, cit., 221 ss.; HONORÉ, *Tribonian*, cit., 139 ss.; DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico*, cit., 190 s. e, da ultimo, J.H.A. LOKIN-T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione*, cit., 107. Di recente, ne ridimensiona in parte la figura G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il codice teodosiano ed il codice giustiniano a confronto*, cit., 91 e nt. 49, per la quale Triboniano, pur essendo la mente organizzativa, si sarebbe tuttavia avvalso del contributo determinante di Teofilo e Costantino.

<sup>46</sup> Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 97 ss.

<sup>47</sup> Per le quali v. C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 98 nt. 57.

<sup>48</sup> In tal senso v. M. G. BIANCHINI, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, cit., 127 (= *Temie e tecniche della legislazione tardoimperiale*, cit., 106).

<sup>49</sup> Cfr. *Tanta* 1 ... *et praefato viro excelso suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta et plus quam trecenties decem milia versuum a veteribus effusa, quae necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere.*

ed aveva anzi già provveduto a saggiarne la fattibilità, identificando e quantificando a tal fine i libri dei *veteres auctores* indispensabili alla compilazione dell'opera.<sup>50</sup>

Non meno interessante è inoltre quanto sempre Giustiniano specifica in *Tanta* 17, e cioè che buona parte dei libri utilizzati per i lavori dei *Digesta* erano stati forniti proprio da Triboniano,<sup>51</sup> il quale aveva dunque evidentemente già provveduto da tempo a raccogliere e leggere per proprio conto gli scritti degli antichi *iuris prudentes*, scritti ormai per lo più sconosciuti anche agli uomini più eruditi:<sup>52</sup> inizialmente forse soprattutto per interesse personale, visto che, pur essendo un avvocato, egli era un uomo profondamente imbevuto di cultura classica<sup>53</sup> ed era ugualmente versato – come ricorda Giustiniano – tanto nelle arti della retorica che in quelle della scienza giuridica,<sup>54</sup> ma in seguito con buona probabilità anche e soprattutto in funzione dell'idea che aveva cominciato ad accarezzare di un'opera che salvasse dall'oblio gli scritti della giurisprudenza classica e, dopo averli attualizzati, ne consentisse una diretta utilizzazione. Un'idea – questa – che verosimilmente dunque, come si è detto, si era andata affacciando nella mente di Triboniano già parecchio tempo prima di quando, conquistatane la fiducia, la sottopose al vaglio dell'imperatore, come conferma appunto anche l'elevato numero di libri dei quali si era premurato nel tempo di procurarsi il possesso.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Sui colloqui previamente intercorsi tra il *quaestor* e l'imperatore in merito alla realizzanda opera cfr. per tutti, M. G. BIANCHINI, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, cit., 127 (= *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, cit., 106).

<sup>51</sup> V. *Tanta* 17 ...*antiquae autem sapientiae librorum copiam maxime Tribonianus vir excellentissimus prae-buit, in quibus multi fuerant et ipsis eruditissimis hominibus incogniti, ...*

<sup>52</sup> Ma non tutti, come è noto, ritengono che i libri messi a disposizione da Triboniano provenissero dalla sua biblioteca privata: H. KRÜGER, *Die herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption*, Münster im Westfalen 1922, 3, ad esempio, pensava che si trattasse dei libri della facoltà di diritto di Costantinopoli, mentre A. CENDERELLI, *Digesto e Predigesti, Riflessioni e ipotesi di ricerca*, Milano 1983, 50 s., ipotizzava che fossero i libri scoperti negli archivi del Palazzo che Triboniano frequentava come *quaestor* e come membro della commissione del I Codice. Da come si esprime Giustiniano in *Tanta* 17, io sinceramente preferisco credere che i libri forniti da Triboniano fossero proprio i libri dallo stesso privatamente collezionati. Tuttavia, per quanto interessa ai fini qui considerati, anche ammesso che il *quaestor* si fosse solo limitato a procurare i libri degli archivi o della facoltà di diritto, ciò non sminuirebbe di molto il valore della testimonianza, giacché rimarrebbe comunque confermato il dato che era stato proprio Triboniano a rintracciare ed a mettere a disposizione della commissione la maggior parte degli scritti utilizzati poi per i *Digesta*.

<sup>53</sup> Non si dimentichi, peraltro, che egli aveva una conoscenza del latino molto superiore a quella dei suoi anche dotti contemporanei, ulteriore motivo – questo – di contrasto con Giovanni di Cappadocia (v. T. HONORÉ, *Tribonian*, cit., 70 ss.). Sulla prevalenza all'epoca ormai accordata alla lingua greca come lingua anche della cultura cfr., di recente, C. M. MAZZUCCHI, *Il contesto culturale e linguistico. Introduzione al lessico giuridico greco*, in J.H.A. LOKIN, B. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino*, cit., 72 ss.

<sup>54</sup> V. *Tanta* 9...*qui similiter eloquentiae et legitimae scientiae artibus decoratus est...*

<sup>55</sup> Non è da escludere, peraltro, che è proprio nel corso e in occasione della raccolta di *leges* nella quale era stato coinvolto che Triboniano abbia iniziato ad accarezzare il progetto di realizzare un'analogo raccolta anche degli scritti giurisprudenziali classici, dei quali da tempo era cultore e che magari aveva anche concretamente utilizzato in quella sede per meglio comprendere certe questioni contenute nelle costituzioni imperiali (come pensava, ad esempio, P. PESCANI, *Il piano del digesto e la sua attuazione*, cit., 223), forse anche ispirandosi – chissà! – all'originario sogno teodosiano. E non è da escludere neanche che determinanti possano essere stati in questo senso la conoscenza ed il contatto con l'unico professore di diritto che faceva parte della commissione del I Codice, quel Teofilo *antecessor* che proprio sulle opere della giurisprudenza

Ma se il disegno dei *Digesta* è senza ombra di dubbio da riportare a Triboniano e se d'altronde Triboniano venne individuato e valorizzato solo dopo ed a ragione della buona prova di sé data appunto in occasione della redazione del *Novus Codex*, ciò vuol dire allora logicamente, io credo, che nel 528/29 il progetto di una raccolta autoritativa degli scritti giurisprudenziali classici non faceva parte degli originari piani legislativi di Giustiniano, ma era plausibilmente ancora solo un'idea racchiusa nella mente e nei sogni del suo futuro e più eminente collaboratore.

Alla stessa conclusione, d'altronde, non si può che pervenire anche per ciò che concerne quei previ interventi parziali sui *iura* rappresentati dalle *Quinquaginta decisiones*, come può desumersi inequivocabilmente innanzi tutto dalla lettura del noto passo delle Istituzioni giustinianee nel quale l'imperatore, nel richiamare la costituzione con cui abolì i *dediticii*, ricorda che la legge rientrava tra quelle *decisiones* da lui emanate su suggerimento di Triboniano:

I. 1.5.3 *Et dediticios quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore antiqui iuris altercationes placavimus.*<sup>56</sup>

E se al richiamo alla paternità di Triboniano, che già da sé ci riporta come si è detto ad un periodo successivo alla conclusione del I Codice, si aggiunge l'inequivocabile testimonianza offertaci sul punto da Giustiniano nella *Cordi 1*, dove espressamente colloca anche l'emana-zione delle *decisiones*, così come delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, al tempo in cui, conclusa la compilazione delle *leges*, indirizzò la sua attenzione al *vetus ius* (*postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus*)<sup>57</sup>,<sup>57</sup> non mi pare possano nutrirsì più seri dubbi sul fatto che tanto il progetto del *Digesto* che quello delle *decisiones* non possano farsi risalire al *Novus Codex*.<sup>58</sup>

classica aveva condotto i suoi studi ed il suo insegnamento, che Triboniano scelse infatti subito dopo come collaboratore per i *Digesta* e per le *Institutiones* e che non riuscì ad avere poi come componente della commissione del *Codex repetitae praelectionis* con buona probabilità solo a causa della improvvisa morte dell'*antecessor*. Ma forse non è da sottovalutare neanche la collaborazione con Costantino, profondo conoscitore degli uffici e degli archivi imperiali, come ipotizza di recente G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il codice teodosiano ed il codice giustiniano a confronto*, cit., 91 nt. 49, la quale considera infatti non casuale la circostanza che proprio questi tre commissari siano i primi ad essere ricordati in *Tanta 17*.

<sup>56</sup> Su questa preziosa fonte, nell'ottica qui considerata, v. quanto già osservato in C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 88 ss.

<sup>57</sup> Cfr. *Cordi 1 Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua proximitate liberum atque enucleatum in nostri institutionibus et digestis reddidimus.*

<sup>58</sup> E ciò a prescindere, ovviamente, dallo scopo che si voglia assegnare alle *decisiones*: che fossero lavori preparatori, lavori transitori, lavori di assaggio di un più generale progetto o un programma preliminare riguardante i *iura*, come si è variamente ipotizzato, essi furono comunque concepiti ed avviati solo dopo la conclusione del I Codice. Sul ruolo delle *Quinquaginta decisiones*, oggetto negli ultimi anni di rinnovato interesse da parte della dottrina, v., tra gli ultimi, C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 79 ss (cui rimando per la precedente bibliografia); M. A. MESSANA, *Sui libri definitionum di Emilio Papiniano, Definitio e definire nell'esperienza giuridica romana*, Palermo 2000; M. VARVARO, *Contributo allo*

8. Se le riflessioni e la considerazione delle testimonianze che precedono portano ad escludere, e io credo con un certo grado di verosimiglianza, l'idea che la costituzione rivolta a Mena contenuta nel titolo I, 15 del I Codice giustiniano fosse la legge ordinativa delle *Quinquaginta decisiones* o attraverso la quale si avviò la programmazione dei *Digesta*, come da più parti congetturato, resta da verificare però se Giustiniano non abbia comunque in qualche modo alterato o modificato il meccanismo di utilizzazione dei *iura* in vigore a quel tempo (meccanismo che consentiva – come è noto – la citazione dei soli cinque giuristi del canone stabilendo per di più la prevalenza delle loro *sententiae* alla luce di criteri automatici) o mutando la versione originaria della legge di Valentiniano III e Teodosio II da lui stesso recepita o attraverso appunto la suddetta costituzione indirizzata a Mena: come pensa possa pure essere accaduto, ad esempio, come si è detto all'inizio, Maria Campolunghi.<sup>59</sup>

Anche in riferimento a quest'ipotesi, tuttavia, le fonti non mancano a mio avviso di fornirci indicazioni non prive di rilievo ai nostri fini.

Fondamentale è infatti, innanzi tutto, la lettura di:

*Deo Auctore 5...omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam praerogativa servanda, quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur. 6 Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est iudicatore, cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare. Et ideo ea, quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim optinebant propter honorem splendidissimi Papiniani, non statim respue-re, sed, si quid ex his ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem necessarium esse perspexeritis, et hoc ponere legis vicem optinens non moremini: ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerant ore profusa. Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas. Nam qui non suptiliter factum emendat, laudabilior est eo qui primus invenit.*

Ebbene, da quanto affermato nel luogo succitato a me sembra risulti con una certa evidenza che è proprio nella costituzione con cui il 15 dicembre del 530 annunciò la *conceptio Digestorum* dando il via ai lavori della commissione che Giustiniano per la prima volta formalizzò espressamente la scelta di adottare un sistema di utilizzazione dei *iura* che comportava di fatto il superamento dei meccanismi di citazione previsti dalla legge del canone: superamento che sarebbe avvenuto peraltro solo ad opera finita, a seguito cioè della compilazione e della pubblicazione dei cinquanta libri previsti. L'asserita pari dignità da assegnare a tutti

*studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., 491 ss.; J. PARISIO, *Sulle «Quinquaginta decisiones»*, in *Labeo* 46, 2000, 503 ss.; D. PUGSLEY, *Cordi and the Fifty Decisions*, in F. BOTTA (a cura di), *Il diritto giustiniano tra tradizione classica e innovazione*, Torino 2003, 135 ss. (= *Roman Law as Formative of Modern Legal System, Studies in Honour of Wieslaw Litewski*, II, Kraków, Wydawnictwo uniwersytetu Jagiello skiego 2003, 61 ss.); G. LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, 17 ss.; M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 443 ss.; R. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisiones liber*, cit., 121 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Sulle quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, in *SDHI* 76, 2010, 445 ss.

<sup>59</sup> Cfr. M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 437.

gli *auctores iuris*, l'invito rivolto ai commissari a non giudicare ciò che è migliore e più equo dal maggior numero di autori favorevoli ad una certa soluzione, potendo il parere di uno solo di minore autorità superare quello di molti e di maggiore autorità e, ancora e soprattutto, l'esplicito riferimento alla possibilità di utilizzare anche scritti '*quae antea nullam vim optinebant propter honorem splendidissimi Papiniani*' qualora ciò fosse ritenuto necessario '*ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem*' sono tutte chiare attestazioni, infatti, della intervenuta volontà dell'imperatore di eliminare radicalmente i limiti, i criteri automatici e le prerogative introdotti al riguardo da Valentiniano III e Teodosio II. Una volontà che si è poi effettivamente concretizzata il 16 dicembre del 533, quando nella *confirmatio Digestorum* egli riafferma:

*Tanta 20a Legislatores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice inperito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante. Cum enim constitutionum vicem et has leges optinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?*

Vorrei sottolineare che anche qui, come nella testimonianza antecedentemente considerata, Giustiniano, come si vede, non fa in realtà alcun esplicito riferimento alla legge del canone né dichiara espressamente di averla abrogata,<sup>60</sup> ma, confermando di avere ora abolito '*aliqua praerogativa*' e di avere assegnato '*una dignitas*' e '*una potestas*' a tutti i giuristi considerati degni di essere inseriti nella ultimata raccolta, alla quale soltanto dovrà in futuro farsi riferimento, praticamente ne sancisce l'avvenuta definitiva eliminazione.

Certo, non possiamo non considerare che già nel luglio del 530, con la pubblicazione delle prime costituzioni con cui intervenne a risolvere autoritativamente alcune controversie del *vetus ius*, Giustiniano, come ho già avuto modo di osservare, aveva sostanzialmente inaugurato ed esteriorizzato la svolta legislativa che intendeva compiere in ordine all'utilizzazione dei *iura*, la scelta cioè di non affidarsi più ai meccanismi automatici previsti dalla legge delle citazioni, ma di decidere legislativamente le dispute intercorse tra i giuristi imponendo la soluzione ritenuta preferibile e più in linea con la politica imperiale.<sup>61</sup> scelta confermata ed applicata peraltro, da quel momento in poi, anche in tutte le altre costituzioni emanate a tal scopo fino alla pubblicazione dei *Digesta*.

Ma le *decisiones*, così come le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, riguardavano in realtà solo un numero limitato di controversie e di questioni, quelle cioè per la soluzione delle quali maggiormente premevano motivi umanitari, equitativi o esigenze di generalizzazione o di semplificazione giuridica o quelle in riferimento alle quali si erano manifestati dubbi o incertezze in seno alla commissione preposta alla compilazione dei *Digesta*.<sup>62</sup> Esse erano dunque ben poca cosa rispetto alla moltitudine delle *sententiae* dei *iuris interpretores* ricevute in eredità dal *vetus ius*, per regolamentare la citazione delle quali,

<sup>60</sup> Anche se è evidente comunque l'intento polemico verso il precedente regime (così cfr. T. MASIELLO, *Corso di Storia del diritto romano*<sup>2</sup>, Bari 2008, 241).

<sup>61</sup> Su ciò rimando alle considerazioni svolte in C. RUSSO RUGGERI, *Sulle cinquanta decisiones, dieci anni dopo*, cit., 466 s.

<sup>62</sup> Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Cinquanta decisiones*, cit., 114 ss.

così come per la risoluzione delle innumerevoli altre dispute intercorse nell'ambito della giurisprudenza classica e non legislativamente definite, bisognava comunque assicurare, nelle more dell'annunciato nuovo progetto, un criterio a cui attenersi nelle aule dei tribunali: un criterio che, in mancanza di altre diverse indicazioni, non poteva che essere a mio avviso – e su ciò ha ragione la Campolunghi<sup>63</sup> – se non quello ricevuto in lascito dal passato e che la presenza nel titolo I, 15 del *Novus Codex* di una legge indirizzata *ad senatum*, da un lato, e la circostanza che nel 528 l'imperatore aveva concentrato la sua attenzione solo alla riforma delle *leges* e non aveva ancora preso in considerazione la giurisprudenza, dall'altro, fanno presumere fosse stato peraltro dallo stesso Giustiniano *ab initio* confermato nel Codice. Ed in quest'ottica anzi appare a mio avviso particolarmente emblematico proprio il silenzio sul punto di Giustiniano, il quale, come si è detto, non ha mai espressamente menzionato o abrogato la legge del canone, né quando, con l'annuncio dell'avvio dei lavori del Digesto, ne aveva di fatto preannunciato il superamento, né quando, a compilazione ultimata, essa era stata resa del tutto inutilizzabile nella pratica giuridica: un silenzio – questo – che forse si spiega appunto in considerazione della consapevolezza da parte dell'imperatore di doverne comunque consentire, prima, e di averne dovuto comunque consentire, poi, una lunga vigenza, benché ormai contrastante con il nuovo orientamento politico prescelto in materia, una vigenza che peraltro nel dicembre del 530 doveva prevedersi molto maggiore di quanto poi avvenne nella realtà, dati i dieci anni inizialmente preventivati per la realizzazione della raccolta. Ed è appunto forse l'opportunità di non sconfessare apertamente un sistema che, pur con le eccezioni costituite dalle questioni via via risolte attraverso le *decisiones* e le altre costituzioni emanate dal luglio del 530 fino al dicembre del 533, doveva tuttavia continuare a garantire (ed aveva di fatto continuato a garantire), sia pure *ob torto collo*, le citazioni dei *labores* dei *iuris auctores* nei tribunali imperiali la ragione di fondo dell'atteggiamento di riserbo mantenuto da Giustiniano sulla legge di Valentiniano III e Teodosio II. Tanto più considerato che egli stesso l'aveva con buona probabilità, come si è ora detto, inizialmente fatta propria ed essa figurava dunque in quel Codice al quale i *ligatores* e gli *advocati* erano obbligati ad attenersi e che peraltro, anche dopo la pubblicazione dei *Digesta* e fino alla *repetita praelectio* dello stesso avvenuta nel 534, restava il riferimento principale per le costituzioni imperiali.<sup>64</sup> In altri termini, ciò che voglio dire è che l'imperatore, pur incamminatosi nel 530 sulla via del Digesto, tuttavia era a mio avviso pienamente cosciente della inevitabilità di utilizzare, nell'attesa del completamento dei lavori, il regime previgente ed in quest'ottica, di conseguenza, della necessità di evitare il disorientamento che anche solo l'esplicita comunicazione programmatica di una sua prossima abrogazione avrebbe potuto provocare tra gli

<sup>63</sup> M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 438.

<sup>64</sup> In tal senso v. anche M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 438. E peraltro, proprio in questa prospettiva si può forse meglio comprendere, a mio avviso, anche la scelta di raccogliere in un apposito *liber* che integrasse appunto il *Novus Codex* per le necessità della pratica giuridica quelle cinquanta *decisiones* emanate per risolvere alcune tra le più urgenti questioni di diritto. Sulla presumibile esistenza di una raccolta ufficiale delle *Quinquaginta decisiones* cfr. specificamente, da ultimo, R. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., 121 ss.; ma nello stesso senso v. anche C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 71 ss e *Sulle quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., 453 ss. e M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale*, cit., 448 s., 451 e 468 nt. 83. *Contra* si è espresso invece M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., 484 ss.

operatori del diritto, che avevano appunto nel Codice il loro principale punto di riferimento: per questo scelse dunque la via della cautela, realizzando nei fatti, con le *decisiones* e le altre similari costituzioni, prima, e con l'annuncio e la successiva pubblicazione della nuova opera, poi, il tacito ma graduale e inevitabile travolgimento del vecchio sistema.

9. A smentire ulteriormente l'ipotesi per cui attraverso il *Novus Codex* Giustiniano avesse in qualche modo già modificato il previgente sistema di utilizzazione dei *iura* soccorre, per finire, sia pure indirettamente, anche l'osservazione delle costituzioni contenenti citazioni dei giuristi classici emanate dopo l'aprile del 529.

Ebbene, come ho già avuto modo altrove di ricordare<sup>65</sup> e come anche di recente è stato più ampiamente evidenziato,<sup>66</sup> nelle *leges* emanate dal 17 settembre del 529 al 1° agosto del 530 appaiono menzionate solo le opinioni di Papiniano e Paolo, di due cioè dei giuristi prescelti dalla *oratio Valentiniana ad senatum*; mentre a partire dall'agosto del 530, accanto a quelli di Papiniano Paolo e Ulpiano, vengono richiamati anche i pareri di Celso, Giuliano, Africano, Marcello, Marciano e Tertulliano, giuristi cioè da tempo inutilizzabili in base alla legge del canone.<sup>67</sup>

Ora, che fino all'estate del 530 la cancelleria imperiale si sia servita solo di giuristi i cui nomi figuravano nella legge delle citazioni è a mio avviso una circostanza non priva di rilievo ai nostri fini; come lo è, d'altronde, anche l'apertura che si riscontra al riguardo dall'agosto del 530 in poi.

Certo, può darsi anche che si tratti di una coincidenza meramente casuale: ma io sono propenso a pensare invece che tanto l'una che l'altra circostanza siano in diretto rapporto con le scelte di politica legislativa effettuate sul punto da Giustiniano in quegli anni. E in questa prospettiva l'allineamento rispetto alle regole della legge teodosiana dell'operato della cancelleria imperiale fino alla metà del 530 appare come un'ulteriore chiara riprova del fatto che nessun mutamento era stato evidentemente introdotto al riguardo nel *Novus Codex*; allo stesso modo in cui anche la svolta alla quale si assiste sul punto a partire dall'estate del 530 si rivela in piena sintonia con il diverso orientamento da quel momento prevalso ed inaugurato, sia pure ancora solo parzialmente, attraverso le *decisiones*.

D'altra parte, ancora più significativa nella stessa direzione è anche un'altra circostanza sempre ricavabile dalla lettura delle leggi giustinianee del tempo ed in specie dalla costituzione emanata nell'ottobre del 529 e contenuta in C. 6.42.30, e cioè la posizione ivi assegnata a Papiniano, non solo definito '*acutissimi ingenii vir*', ma per il quale si sottolinea espressamente l'essere il giurista '*merito ante alios excellens*':<sup>68</sup> un'affermazione, questa, che evidenzia chiaramente come, nella

<sup>65</sup> C. RUSSO RUGGERI, *Sulle cinquanta decisiones, dieci anni dopo*, cit., 466 s.

<sup>66</sup> Cfr., infatti, il lavoro di S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna 2010, 13 ss.

<sup>67</sup> Per la considerazione delle relative testimonianze rimando all'indagine di S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici*; cit., 13 ss.; ma cfr. anche C. RUSSO RUGGERI, *Sulle cinquanta decisiones, dieci anni dopo*, cit., 466 s.

<sup>68</sup> Ma v. anche, della stessa data, C. 7.45.14 *Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit...* Su queste costituzioni cfr. M. G. BIANCHINI, *La subscriptio nelle leggi giustinianee del 30 ottobre 529*, cit., 47 ss. (= *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, cit., 115 ss).

considerazione imperale, venisse ancora riconosciuta a Papiniano quella posizione di preminenza rispetto agli altri giuristi che gli era stata attribuita dalla legge valentiniana.<sup>69</sup> Un'affermazione, inoltre, che diventa peraltro ancora più pregnante se rapportata a quanto, solo poco più di un anno dopo, l'imperatore dichiara in *Deo Auctore* 6 ('*et ideo ea, quae antea in nobis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim optinebant propter honorem splendidissimi Papiniani, non statim respuere, sed, si quid ex his ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem necessarium esse perspexeritis, et hoc ponere legis vicem optinens non moremini?*'), dove appunto, come si è visto, pur non disconoscendo il '*summum ingenium*' dello '*splendidissimus*' *Aemilius Papinianus*, non esita tuttavia ad ordinare ai commissari di emendarne i pareri anche sulla base di opere che prima non avrebbero avuto *ulla vis*, qualora ciò fosse ritenuto necessario a completamento o ad interpretazione dei suoi lavori, e di assegnare autorità di legge a tutti i *prudentissimi viri* riportati nella raccolta.

E sempre in questa stessa prospettiva, infine, credo possa interpretarsi anche il fatto che, nell'agosto e nell'ottobre del 530, è Giuliano invece il giurista che sembra maggiormente godere dell'ammirazione di Giustiniano,<sup>70</sup> fatto anche questo probabilmente non accidentale, ma strettamente legato e dipendente proprio dalla diversa ottica con cui l'imperatore aveva allora iniziato a considerare gli scritti della giurisprudenza classica.

#### 10. Concludiamo.

Credo che tutto quanto fin qui osservato e considerato non possa portare che ad un epilogo: e cioè che nel 528 Giustiniano non solo era ancora lontano dall'aver concepito e, più ancora, programmato gli innovativi progetti riguardanti i *iura* (*decisiones* e *Digesta*), la cui ideazione e pianificazione è da ricollegare all'emergere della personalità di Triboniano, avvenuta appunto dopo e in conseguenza della compilazione del I Codice, progetti che dunque a quel tempo, per usare le incisive parole di Mario Bretone, «non turbava[no] ancora i sonni di nessuno»;<sup>71</sup> ma aveva anzi con buona verosimiglianza fatto proprio il sistema di citazione e di utilizzazione degli scritti della giurisprudenza classica ricevuto in eredità da Valentiniano III e Teodosio II, inserendo la loro *oratio ad senatum* nel *Novus Codex*. Una legge – questa – a cui la cancelleria imperiale mostra infatti almeno fino alla fine del 529 di uniformarsi, ma che rimase sostanzialmente in vigore e venne applicata nella pratica giuridica anche una volta che, recepita la proposta triboniana, furono emanate le prime *decisiones* e furono ufficialmente avviati poi i lavori dei *Digesta*. Una legge, per finire, che non fu peraltro mai apertamente sconfessata o abrogata, neanche quando, con la pubblicazione della nuova ultimata raccolta di *iura*, al cui contenuto *unicum et solum* da allora in poi ci si doveva in materia attenere, se ne sancì di fatto la definitiva rimozione.

<sup>69</sup> Anche su ciò si veda già C. RUSSO RUGGERI, *Sulle quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., 466 s. e S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici*, cit., 23 ss.

<sup>70</sup> Cfr., in specie, C. 4.5.10.1 (...*Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetoris edicti ordinatorem*) e C. 3.33.15.1 (...*summum auctorem iuris scientiae Salvum Iulianum*). Su queste fonti, sulle quali avevo già soffermato la mia attenzione nell'ottica qui considerata in C. RUSSO RUGGERI, *Sulle quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., 467, cfr., più ampiamente, S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici*, cit., 42 ss. e 59 ss.

<sup>71</sup> M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., 382 (ma v. anche 478 s.).



Certo, rimane la curiosità di sapere che cosa Giustiniano avesse ordinato a Mena nella seconda delle costituzioni inserite nel titolo I, 15 del I Codice. Ma qualunque sforzo di fantasia possa farsi e qualunque ipotesi (pur plausibile) possa avanzarsi al riguardo<sup>72</sup> sono destinati ad infrangersi contro la cruda realtà: il testo della costituzione non ci è pervenuto e non è dunque in alcun modo possibile tentarne una ricostruzione verificabile.

Accontentiamoci allora quanto meno di sapere ciò che la legge in questione, come si è fin qui tentato di dimostrare, certamente non conteneva: e cioè innanzitutto l'ordine delle *Quinquaginta decisiones* e, soprattutto, la programmazione dei *Digesta*, progetti che risalgono entrambi plausibilmente (secondo almeno la ricostruzione che ho già altrove ritenuto preferibile) alla fine del 529, a seguito e in ragione cioè della nomina di Triboniano alla questura.<sup>73</sup> Ma anche la tesi che ipotizza che la costituzione si fosse limitata ad introdurre una qualche deroga o una qualche modifica rispetto al sistema di utilizzazione dei *iura* previsto dalla legge di Valentiniano III e Teodosio II, come si è visto, si presta a non poche obiezioni e non sembra comunque trovare riscontri nelle fonti.

Di più, non credo possa dirsi al riguardo. Non resta semmai che sperare che un altro fortuito ritrovamento possa in futuro soddisfare la nostra curiosità.

<sup>72</sup> Di recente, ad esempio, G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il codice teodosiano ed il codice giustiniano a confronto*, cit., 72, ha congetturato che la legge potesse contenere le disposizioni riassunte nella parte finale della *Summa* 3, cioè il divieto di recitare brani giurisprudenziali contenenti costituzioni imperiali in redazione diversa dal testo accolto nel Codice, potendosi utilizzare solo le *iuris interpretatoris sententiae* che non fossero però discordi rispetto alle leggi inserite nella raccolta. C'è da dire, tuttavia, che questa prescrizione presuppone chiaramente il codice già finito e non è dunque verosimile che sia stata disposta in un tempo antecedente alla *Summa*, quale è quello a cui risale invece la costituzione rivolta a Mena di cui a P. Oxy. XV, 1814.

<sup>73</sup> Sui tempi di progettazione delle *decisiones* e dei *Digesta* cfr., infatti, quanto già osservato in C. Russo RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., 96 ss., in cui si dà conto peraltro dei vari tentativi di individuare il *dies a quo* della programmazione delle suddette opere fatti nel tempo dalla dottrina; ma v. anche la diversa proposta più recentemente avanzata da G. LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio 530*, cit., 41 s.



RAIMONDO SANTORO  
(Università di Palermo)

*Perpetuari obligationem*

ABSTRACT

The text of the *constitutio veterum* (D. 45.1.91.3: '*Quotiens-obligationem*') concerning the '*perpetuari obligationem*' arouses a dogmatic problem, which can find its solution only in the history. The '*veteres*' referred the personal bond not to *obligatio*, but to *actio in personam* (see D. 13.1.20; D. 13.1.8 pr.: '*durare conditionem*'), in its material meaning.

In the development from *actio* to *obligatio*, result of the interpretation of the classical jurisprudence, can be explained the gradual birth of *purgatio morae* (D. 45.1.91.3: '*si vero moratus – et Iulianus sequitur*').

PAROLE CHIAVE

*Perpetuari obligationem; mora; culpa; actio; obligatio.*



## PERPETUARI OBLIGATIONEM

1. In vari contributi,<sup>1</sup> che vengo integrando e inquadrando in una nuova storia dell'*obligatio*, ho sostenuto l'idea che tale nozione - di cui l'opinione comune, pur nella varietà delle sue configurazioni, fa risalire l'origine almeno all'età decemvirale - non sia nata prima della fine dell'età repubblicana.

Questa idea appare smentita da D. 45.1.91.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*) che, nella stesura attuale, sembra provare che già i *veteres* conoscessero l'*obligatio*, in quanto se ne occupavano nella trattazione del *perpetuari obligationem*.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 'Omnia iudicia absolutoria esse', in *Atti del Convegno su Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*. Siena 13-15 dicembre 2001 (= R. SANTORO, *Scritti minori* II, Torino 2009, 631 ss.); *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in IAH 1, 2009, 61 ss. (= R. SANTORO, *Scritti minori* II, cit., 61 ss.); *Per la storia dell'obligatio. III. Actio. Iudicium*: D. 44.7.51 (Cels. 3 *dig.*) - I. 4.6. pr. (da inserire nell'opera di cui do notizia nel testo; i risultati sono stati intanto resi noti nelle lezioni per il dottorato di ricerca in Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Bicocca (11 aprile 2011) e per il dottorato di ricerca in Discipline romanistiche dell'Università degli Studi di Palermo (1 dicembre 2011); *Su D. 46.3.80* (Pomp. 4 *ad Quintum Mucium*), in AUPA 55, 2012, 555 ss.

<sup>2</sup> Sul tema v. M. KASER, 'Perpetuari obligationem', in SDHI 46, 1980, 87 ss. e i numerosi studiosi cit. ivi (p. 87 s., nt. 2); adde K. F. F. KNIEP, *Die mora des Schuldners*, I, Rostock 1871, 30 s.; G. HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen 1875, 222; A. HÄGERSTRÖM, *Der röm. Obligationsbegriff* II, Uppsala-Leipzig 1941, 246 ss.; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano* 1919 - 1920, Torino s.d., 397 s.; 431 ss.; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, 224 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1966, 41; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problemi della 'culpa'*, Torino 1969, 128 s.; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano 1971, 173 ss.; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der conditio nach röm. und geltendem Recht*, Berlin 1952, 81; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, 21 s.; Id., *Istituzioni di diritto romano*, II 1, Padova 1962, 7 e nt. 21; M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *St. Biondi*, I, 1965, 123; MAC CORMACK, *Factum debitoris and culpa debitoris*, in TR 41, 1973, 59 ss.; F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari 1983, 479; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, 586 (con lett.: 586, nt. 71); C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI 57, 1991, 361 ss.; 'Perpetuatio obligationis', in SCDR 4, 1992, 49 ss.; *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 44, 1993, 10 ss.; *La responsabilità contrattuale*, in *Derecho romano de obligaciones. Hom. Murga Gener*, 1994, 146 ss.; *Rc. di I. REICHARD, Die Frage des Drittschadenersatzes im klassischen römischen Recht*, in *Labeo* 41, 1995, 409 ss.; *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania 1996, 114 ss.; *Quod veteres constituerunt. Sul significato originario della 'perpetuatio obligationis'*, in *Iurisprudentia universalis, Festschr. Mayer Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, 85 ss.; *Considerazioni sull'ambiente della giurisprudenza romana*, in *Cunabula iuris. St. Brogгинi*, Milano 2002, 72 s.; I. REICHARD, *Die Frage Drittschadenersatz im klass. röm. Recht*, Köln 1994, 175 ss.; H. ANKUM, *La responsabilità contrat-*

Tuttavia, la concezione più diffusa, che rappresenta il rapporto obbligatorio, per l'età classica, come vincolo per l'adempimento della prestazione, si trova di fronte alla difficoltà di dovere spiegare come si parli di *perpetuari obligationem* riguardo ad un fenomeno che si risolve nella mera responsabilità del debitore.

Tale difficoltà è evitata dalla concezione meno diffusa, secondo la quale l'*obligatio* consisterebbe, appunto, del solo momento della responsabilità, ma al troppo grave prezzo di dovere negare la rilevanza giuridica, nel rapporto obbligatorio, del momento del debito.<sup>3</sup>

Il torto della dottrina è di essersi attestata su concezioni dogmatiche che riguardano la nozione di *obligatio*. La situazione di stallo in cui essa si è venuta a trovare nel trattare del *perpetuari obligationem* può essere però superata se, come sempre occorre in casi siffatti, si tenti di risolvere il problema dogmatico in chiave storica. Il discorso va, infatti, condotto sull'asse della diacronia, ponendo in discussione non la configurazione dell'obbligazione, ma la stessa esistenza, almeno per certi periodi storici, di tale nozione.

In definitiva, è proprio l'idea della relatività storica della nozione di *obligatio* e della sua nascita solo in età classica che vale a spiegare come il fenomeno per cui il vincolo personale si risolve, nel *perpetuari obligationem*, in mera responsabilità sia riferito nell'età classica, con la conseguente difficoltà, alla *obligatio*. Altro è il riferimento, come vedremo, al tempo dei *veteres*.

## 2. La testimonianza fondamentale sul *perpetuari obligationem* è costituita da

D. 45.1.91.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*) *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem...*<sup>4</sup>

Il frammento contiene il principio della cosiddetta *perpetuatio obligationis*,<sup>5</sup> che i *veteres*

*tuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in *Diritto romano e III Millennio*, Atti Copanello, 2000, pubbl. 2004, 138 ss.; J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin 2005, su cui C. A. CANNATA, in *Iura* 55 (2008 – 2009) 281 ss.; A. MANTELLO, *La retorica di Celso figlio a proposito di una quaestio de bono et aequo*, in *St. per G. Nicosia* V, Milano 2007, 121 ss., ora in *Variae* I, 2012, 633 ss.; A. TORRENT, *Perpetuatio obligationis. ¿Ficción dogmática o procesal*, in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi* IV, Napoli 2007, 2685 ss.; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari 2001, 288 ss.; (= *Compromissum* e *Cautio vadimonium sisti*: *Quale responsabilità?*, in *Diritto e giustizia nel processo*. *Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, 666 ss.); C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. *In ricordo di Mario Talamanca* I, Padova 2011, 268 ss.

<sup>3</sup> Per un cenno sufficiente a rappresentare l'antitesi delle due posizioni dottrinarie nello specifico riferimento al problema del *'perpetuari obligationem'* v. *infra*, § 9 e nt. 60.

<sup>4</sup> Mi sono limitato a riportare qui la parte del frammento relativa alla formulazione del principio che riguarda direttamente l'oggetto della presente ricerca, tralasciando il seguito (su cui mi soffermerò *infra*, § 17 s.), che tocca l'interpretazione delle due ipotesi fondamentali concernenti l'impossibilità sopravvenuta causata dal debitore e la mora, specialmente con riferimento alla relativa *purgatio*.

<sup>5</sup> *'Perpetuatio obligationis'* è espressione coniata dalla dottrina. Nelle fonti si rinviene il verbo *'perpetuare'*, usato nel senso di *'durare'*, *'perdurare'*, *'prolungare'*, *'rimanere'*, espresso anche da *'durare'*, *'producere'*, *'manere'* (è appena il caso di richiamare il senso dell'aggettivo in *'edictum perpetuum'*), ma non un deverbativo *'perpetuatio'*: v., per tutti, C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 85. Perciò noi preferiamo parlare di *'perpetuari obligationem'*. Sugli impieghi di *'perpetuare'*-*'perpetuari'*, che ricorrono specialmente in Paolo,

avrebbero formulato, parlando qui sinteticamente di *culpa debitoris*, per il caso in cui la prestazione fosse divenuta impossibile e l'impossibilità fosse imputabile al debitore e per il caso in cui dovesse essere posta a suo rischio in quanto verificatasi dopo la sua costituzione in mora.<sup>6</sup>

Il primo problema da affrontare concerne la risalenza del principio. L'attribuzione ai *veteres* della sua paternità non è di per sé significativa, non avendo l'espressione '*veteres*' valore assoluto, ma relativo alla anteriorità, per quanto notevole, dei giuristi citati con questa denominazione rispetto a chi li cita.<sup>7</sup> Tuttavia, un suggerimento è dato dall'appartenenza del frammento al l. 17 di Paolo *ad Plaut.*, che indica che Paolo si occupava del testo in sede di trattazione del tema delle *condictiones*<sup>8</sup> e potrebbe permettere di risalire almeno a Plauzio, giurista del I sec. d. Cr., contemporaneo di Celio Sabino, console nel 69 d. Cr., e di Pegaso. *Veteres* possono ben essere giuristi notevolmente anteriori non solo a Paolo, ma a Plauzio, appartenenti, come generalmente si riconosce per la loro citazione, alla tarda età repubblicana.<sup>9</sup> Ed è probabile che anche i *veteres* abbiano formulato il principio in materia di *condictio*.

Altro problema, e più impegnativo, è quello relativo alla formulazione del principio. Esso dà luogo a due questioni.

La prima questione concerne la genuinità di D.45.1.91.3. Al riguardo occorre avvertire che l'intero contesto (pr. - § 6) mostra chiare tracce di interventi additivi e soppressivi, che anche la moderna critica, pur così indulgente, riconosce.<sup>10</sup> Perciò potrebbe darsi che anche la formulazione di D. 45.1.9.3 sia, almeno in parte, alterata.

La seconda questione è se il principio sia stato riprodotto da Paolo alla lettera. Potrebbe darsi, infatti, che la formulazione originaria dei *veteres* sia stata tradotta da Paolo nel suo pensiero e nel suo linguaggio.

v. O. GRADENWITZ, '*Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*', in ZSS 34, 1913, 255 ss.; le varianti '*efficere perpetuam obligationem*', '*producere obligationem*', di Paul. Pomp. in D. 45.1.91.4 (Paul. 17 *ad Plaut.*); '*producere obligationem*' di Paul. Pomp. in D. 45.1.91.5 (Paul. 17 *ad Plaut.*); '*durare*', in D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*); '*manere ex stipulatu obligatus*' in D. 45.1.49 pr. (Paul. 37 *ad ed.*); '*perpetuam facere stipulationem*' in D. 22.1.24.2 (Paul. 37 *ad ed.*) sono indicate da C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 85, nt. 5; ivi, 87 s. Per gli altri impieghi di Paolo relativi ad *actio* in D. 27.7.8.1 (Paul.9 *resp.*) e Vat. Fr. 112 (Paul. 8 *resp.*); e di Ulpiano, relativi ad *obligatio* in D. 12.2.9.3 (Ulp. 22 *ad ed.*) ed a *poena* in D. 48.19.8.7 (Ulp. 9 *de off. proc.*); e in C. 1.20.2 (*actiones*); 7.63.5.3 (*lis*) v. O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 255 ss.

<sup>6</sup> Cfr. D. 45.1.23 (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.*

<sup>7</sup> Sul tema v. F. HORAK, *Wer waren die 'veteres'? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia iuris roman. Festschr. Wesener*, Graz 1992, 201 ss.; 205 ss.

<sup>8</sup> V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 1239; cfr., criticamente. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova 1979, 38 s.

<sup>9</sup> F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 586 pensa trattarsi di giuristi del II sec. a. Cr.

<sup>10</sup> Così, tanto per fare degli esempi, quanto agli interventi additivi, l'inserzione, nel pr., del tratto [*considerantibus - promisit*], quanto agli interventi soppressivi, la eliminazione, nel § 6, della motivazione del parere di Giuliano, cui aderisce Paolo. Cfr. per tutto il fr., in *Ind. interp. ad h. l.*, le indicazioni delle più larghe alterazioni avvertite dalla dottrina più antica, fin dal tempo di A. Faber, non sempre dovute ad ipercritica.

3. La questione della genuinità di D.45.1.91.3 riguarda specialmente il termine ‘*culpa*’, che sarebbe impiegato, in un significato generale riferito al comportamento colpevole che fonda la imputabilità,<sup>11</sup> per indicare insieme il caso dell’inadempimento causato dal debitore e quello della mora. Ma, riguardo a questo secondo caso, va anzitutto rilevato che, a parte D. 45.1.91.3, la possibilità di ricondurre la mora alla *culpa* non risulta che da D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*).<sup>12</sup> Tuttavia, questo testo potrebbe riferirsi al solo caso di comportamento del debitore che ha reso impossibile la prestazione.<sup>13</sup> D’altra parte, seri dubbi, nel complesso, possono essere fondati sulla testimonianza di D. 46.3.107, data la sua appartenenza ad un’opera di incerta classicità.<sup>14</sup>

A sostegno della genuinità della menzione di *culpa* C.A. Cannata<sup>15</sup> ha richiamato la suggestiva idea, precedentemente enunciata,<sup>16</sup> secondo cui la costruzione del *perpetuari obligationem* deve considerarsi, «in termini di Dogmengeschichte, segnata da un rapporto di dipendenza con l’elaborazione dommatica della responsabilità aquiliana». La giurisprudenza avrebbe impostato il problema della responsabilità contrattuale sul caso di inadempimento di una *stipulatio* di *dare servum* dovuta al fatto di avere cagionato la morte dello schiavo proprio, rapportabile al fatto, produttivo di responsabilità *ex lege Aquilia*, di chi avesse cagionato la morte dello schiavo altrui.<sup>17</sup> Perciò la *constitutio* dei *veteres* avrebbe parlato di *culpa*. La

<sup>11</sup> V. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, München 1971, 506, per il quale la parola è usata, in riferimento ai due casi, «in dem allgemeinen Sinn desjenigen schuldhaften Veraltens, das... die Zurechenbarkeit begründet»; cfr. ‘*Perpetuari obligationem*’, cit., 94 («die Schuld, das Verschulden im Sinn der Missbilligung eines Verhaltens, das hinter den sittlichen und rechtlichen Anforderungen, zu allermeist beiden, für ein “richtiges” Verhalten zurückbleibt und darum dem Vorwurf des Verstosses gegen eine wie immer beschaffene Verfahrenspflicht ausgesetzt ist», con richiamo a H. KRELLER, *Röm. Recht* II, *Grundlehren des gemeinen Rechts*, Wien, 1959, 302 e S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., 128 s.; adde E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 7, nt. 21; G. VALDITARA, *Dalla lex Aquilia all’art. 2043 del Codice civile*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell’esperienza giuridica contemporanea*, in Atti Copanello 3-7 giugno 2000, 181 ss.

<sup>12</sup> D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*) *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit.*

<sup>13</sup> A torto M. KASER, *Perpetuari obligationem*, cit., 93, nt. 16, argomenta in senso opposto dalla mera possibilità di riferire ‘*culpa*’ ad entrambi i casi.

<sup>14</sup> V. R. SANTORO, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, cit., 575, nt. 45; 602 s., con lett. (602, nt. 118).

<sup>15</sup> C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 90. Ma occorre avvertire che, precedentemente, egli moveva dall’idea che il testo dovesse parlare di ‘*per debitorem stare, quominus daret*’ (così fino a ‘*Perpetuatio obligationis*’, cit., 51 s.; *La responsabilità contrattuale*, cit., 146 s.), mentre inclina a riconoscere la riconduzione della mora alla colpa, e quindi la genuinità di ‘*culpa*’ in D. 45.1.91.3, a partire da *Sul problema della responsabilità*, cit., 117 ss. (117, nt. 43).

<sup>16</sup> V. C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, 1996, cit., 109 ss.; particolarmente 114 ss.; l’idea è richiamata in *Iura* 57, 2008-2009, 293.

<sup>17</sup> Perciò C. A. CANNATA, *Iura* 57, 2008-2009, 289; 323 s. vede di buon occhio il riferimento da parte di J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit. 28 s. al ‘*perpetuari obligationem*’ di uno ‘Strafgedanke’, comunque da assumere non nel senso specifico di pena, ma di punizione. Peraltro, J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit. 29, non pensa che lo Strafgedanke avesse un rapporto originario con il *perpetuari obligationem*, ma che rappresenti uno strumento interpretativo tardo classico, tenuto conto dell’età delle fonti che lo testimoniano (P.S. 5.7.4; D. 46.3.95 pr.-1). È difficile dargli torto. Quel che bisogna tenere presente è la connessione del regime della permanenza del vincolo, come vedremo, con la sua configurazione



diversa formulazione ‘*si per emptorem steterit quo minus ... detur*’, che si trova frequentemente nelle fonti, sarebbe stata preferita «in un secondo tempo, quando si pensò di estendere la soluzione al caso della mora: magari non tanto perché ... la mora non potesse essere considerata un contegno colpevole, ma perché la mora stessa non genera, come invece il *factum* colpevole, la responsabilità; essa non perpetua, cioè, l’obbligazione, ma pone unicamente l’impossibilità eventuale a rischio del debitore».

C’è da chiedersi se così Cannata non finisca per escludere la prospettiva della *culpa*. E, in effetti, numerose testimonianze classiche (Pomp. 22 *ad Sab.*, D. 12.1.5; Pomp. 5 *ad Sab.*, D. 30.26.1; Afr. 8 *quaest.*, D. 30.108.11; Marcel. 20 *dig.*, D. 46.3.72.1; Paul. 6. *ad Plaut.*, D. 23.3.56 pr.) parlano, come vedremo,<sup>18</sup> della mora come causa di imputazione del rischio del perimento della cosa, non di *culpa*. Cannata cerca di situare, per attribuirgli ai *veteres*, la qualificazione della mora come contegno colpevole,<sup>19</sup> tra la *lex Aquilia* (ca. 200 a. Cr.) e il responso di Publio Mucio sulla dote di Licinia (v. Iav. 6 *ex post. Lab.*, D. 24.3.66), di poco posteriore alla morte di C. Gracco, avvenuta nel 122 a. Cr., il testo più antico dal quale risulterebbe l’impiego della nozione di colpa contrattuale, ma ciò importa sopravvalutare la portata di questa testimonianza, nella quale il profilo della *culpa* appare utilizzato dal giurista con una approssimatività che ne mette in dubbio la valenza tecnico giuridica.<sup>20</sup> D’altra parte, non è favorevole a questo disegno dello sviluppo storico il fatto che l’episodio, come riguardante un caso in cui si deve pensare che il perimento della dote sia stato causato probabilmente, date le circostanze, da comportamenti commissivi, è avvenuto troppo a ridosso dell’età cui si devono assegnare i *veteres*, che si pretende abbiano riconosciuto come caso di *culpa* la mora, che è comportamento omissivo.

4. Questi tentativi di difesa della genuinità della menzione di *culpa* in D. 45.1.91.3 devono fare i conti con il valore relativo ad un comportamento commissivo e non omissivo che le è asseगतo, a riguardo della *stipulatio in dando*, nel pr.,<sup>21</sup> valore che non si conviene

come *actio* (v. *infra*, § 13) nella componente punitiva che è insita nel carattere fondamentalmente esecutivo che le è proprio, ciò che, tuttavia, non implica necessariamente la sua riconduzione a cause delittuali.

<sup>18</sup> *Infra*, § 5.

<sup>19</sup> M. KASER, *Perpetuari obligationem*, cit., 105 s.

<sup>20</sup> V. lo stesso C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano* 1967-68, 318, che parla di «una nozione di *culpa* vaga, approssimativa, estremamente malleabile, non ancora dunque precisamente individuata». Vi attribuisce valore S. SCHIPANI, *Responsabilità ‘ex lege Aquilia’*, cit., 127 s.

<sup>21</sup> D. 45.1.91 pr. (Paul. 17 *ad Plaut.*): *Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. Sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.* Lo stato del testo denuncia sicuramente interventi aggiuntivi, piuttosto che soppressivi. Tale quello relativo al caso della *culpa* riguardante il comportamento negligente del possessore nella *rei vindicatio* (non genuino è da ritenere il tratto ‘*considerantibus – dari promisit*’). Per le cit. della critica basta vedere *Ind. int. ad h. l.*; per la critica successiva v. C. A. CANNATA, *Impossibilità sopravvenuta*, cit., 93 s., con lett. (= *Per lo studio*, cit., 98 ss.).

alla mora, sebbene anch'essa sia talora indicata come un *factum*.<sup>22</sup> Se la mora fosse riconducibile alla *culpa*, una precisazione non dovrebbe mancare nello stesso pr., a meno di volere giustificare tale mancanza come dovuta alla incompleta tradizione del testo. Né argomento a favore della riconduzione della mora alla *culpa*, come colpa omissiva, si può riconoscere nel successivo § 1.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> V. D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*) *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit*. Lo riporta C. A. CANNATA, *Appunti*, in SDHI 32, 1966, 89. Questo impiego di *factum* in rapporto alla mora è compatibile con il valore prevalente del termine, indicante un atto commissivo. Basta por mente alla espressione '*moram facere*': v., ad es., D.13.1.8.1 (Ulp. 27 *ad ed.*)... *semper enim moram fur facere videtur*; cfr. le indicazioni in *VIR*, richiamate *infra*, § 17, nt. 97. Significativa l'equivalenza, denunziata da D. 12.1.5 (Pomp. 22 *ad Sab.*) di '*stare quominus*', espressione consueta, con '*facere quominus*': v. M. KASER, *Perpetuari obligationem*, cit., 106. V., inoltre, l'argomento che si può trarre dalla testimonianza di Celso relativa alla *emendatio morae* contenuta nel seguito di D. 45.1.91.3 (su cui *infra*, § 17).

<sup>23</sup> Così, invece, con specifico riguardo al § 1, C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 118 s.: «Ciò non significa che i *veteres* non conoscessero una responsabilità per colpa omissiva: ma questa consisteva nella *mora*, anch'essa riconducibile, *lato sensu*, alla colpa, in quanto, come si sa, per i giuristi romani essa pur veniva in considerazione come comportamento riprovevole. La contrapposizione fra colpa commissiva e mora come colpa omissiva è chiara in un testo di Paolo, con una soluzione che risale a Giuliano e forse a Plauzio» (e segue il testo di D. 45.1.91.1) «ove si noterà l'alternativa '*non tenetur, quia nihil fecit, nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit*'».

A parte il rilievo che la soluzione non si fa qui risalire ai *veteres*, va detto che l'inciso '*non tenetur – acciderit*' non costituisce prova nel senso indicato da Cannata. Per convincersene occorre riprodurre l'intero contesto: D. 45.1.91.1 *Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilominus teneatur, idemque fiat et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. Sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit, nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Iulianus sequitur...* Anche a volere assumere il testo nello stato attuale, a prescindere dalla possibilità di alterazioni (per alcuni studiosi estremamente probabili; in senso decisamente anticritico v. però C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit. 113 ss., con indicazioni della lett. favorevole e contraria) si deve osservare che, relativamente alla ipotesi qui considerata, della impossibilità giuridica della *datio* dell'oggetto della *stipulatio* (un *fundus religiosus* o *sacer factus*; un *servus manumissus* o *ab hostibus captus*), la questione del riconoscimento della colpa viene decisa (*culpa in hunc modum diiudicatur*) nel senso della responsabilità del *promissor* (*nihilominus teneatur*) nel caso la *res* sia del *promissor* al momento della *stipulatio* o dopo, al momento del fatto che ha causato l'impossibilità giuridica, e lo stesso trattamento è riconosciuto nel caso di alienazione compiuta dal *promissor per alium*. Nel caso, invece, la *res* sia di altri e il fatto che ha causato l'impossibilità giuridica sia stato commesso da altri, il *promissor* non è tenuto (*Sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur*), poiché il *promissor nihil fecit*, a meno che il fatto sia avvenuto dopo che il *promissor* abbia ritardato la *solutio* (*nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit*). Da quest'ultimo tratto non si può certo ricavare, come vuole Cannata, che la mora sia riconducibile alla *culpa*, come *culpa* omissiva. Come, nel primo e nel secondo caso (*res* del *promissor* o da lui alienata *per alium*) la questione del riconoscimento della *culpa* viene decisa nel senso della responsabilità del *promissor* (*nihilominus teneatur*), così nel terzo caso (*res aliena*) è questo risultato che si ha di mira. Il *promissor* non è tenuto. Perciò quello che si dice del *moratus* nell'inciso '*nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid eiusmodi acciderit*' è che egli è tenuto nel caso abbia commesso un ritardo per la sopravvenuta impossibilità giuridica della *datio*, ma per la regola per cui qualsiasi fatto sopravvenuto durante la mora concreta la responsabilità. È per questi fatti che nel testo si parla di *teneri*. Il discorso è relativo ad essi e non alla mora come *culpa* omissiva che, nonostante tale carattere,

5. Siamo perciò costretti a tornare al § 3 di D. 45.1.91, non potendo trarre argomento per la pretesa riconduzione da parte dei *veteres* della mora alla *culpa* dal pr. e dal § 1. Ma nel § 3 deve lamentarsi quella stessa assenza di chiarimento da parte di Paolo che abbiamo rilevato come necessario nel § 1, data, da un lato, la negazione di una *culpa* omissiva e, dall'altro, il carattere di fatto omissivo della mora.<sup>24</sup>

La tesi più probabile è, perciò, che la menzione di '*culpa*' nel § 3 sia dovuta a più tarda alterazione del testo,<sup>25</sup> intesa a semplificarlo e a generalizzarlo, sostituendo '*culpa*' alla più complessa espressione '*si per eum*<sup>26</sup> *steterit quominus solvat*', che doveva originariamente esservi contenuta come capace di ricomprendere tanto l'impossibilità imputabile al soggetto vincolato che la mora. In effetti, come è stato notato, questa espressione è particolarmente congruente con l'ipotesi della mora.<sup>27</sup> Vi si connette bene la conseguenza della sopportazione del rischio del perimento della cosa, che è posto a carico del debitore moroso.<sup>28</sup> Ciò risulta da numerose testimonianze, per cui la mora si risolve in una attribuzione del *periculum* e del *detrimentum* prodotto dal perimento della cosa.

implicherebbe responsabilità. Nulla è detto nell'inciso circa il rapporto tra mora e *culpa*. Pretendere che qui si affermi, peraltro solo implicitamente, che la mora sia una ipotesi di *culpa* è fare dire al testo, nel § 1, quel che si vorrebbe dimostrare e che già il pr., per l'esclusione di *culpa* omissiva nella *stipulatio in dando*, ha reso difficile ammettere per la mora, data la sua natura di comportamento omissivo.

<sup>24</sup> Né si può argomentare in senso contrario dal seguito del § 3, in cui è esposto il pensiero di Celso: (...*et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo...*) poiché l'*emendare* è riferito non alla *culpa*, ma alla mora stessa. Circa i valori che qui assume '*mora*' come fatto del ritardo o situazione conseguente v. *infra*, § 17.

<sup>25</sup> V., con motivazioni diverse, H. SIBER, *Römisches Recht* II, Berlin 1928, 250; H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen von der Mora seit Sabinus*, in *Festschr. Schulz* I, Weimar 1951, 448; T. MAYER MALY, *Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91*, in *Iura* 7, 1956, 18.

<sup>26</sup> Ad effetto di generalizzazione deve essere imputato anche l'uso di '*debitorem*' al posto di un '*eum*' o del termine che indicava il particolare soggetto vincolato. Il principio deve essere stato formulato probabilmente riguardo ad un caso particolare e riferito, ad es., al *promissor* in una *stipulatio*. Un riferimento particolare (al *fur*) ha, del resto, come vedremo (*infra*, § 10), in D.13.1.20 (Tryph. 5 *disp.*). Né, peraltro, l'eventuale ma poco probabile menzione del generico *debitor* può creare, per la nostra tesi, problemi, in ragione del valore più risalente di '*debere*', che, in dipendenza dalla derivazione da '*de-habere*', riguarda, in età repubblicana, l'idea della responsabilità, piuttosto che quella del debito. Sul punto v. già R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *Scritti minori* II, Torino 2009, 670 s.

<sup>27</sup> V. lo stesso C. A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*, in SDHI 32, 1966, 90 s., con altre cit. (90 s., nt. 9) = *Per lo studio*, cit., 94 ss..

<sup>28</sup> V. C. A. CANNATA, *Appunti*, cit., 90 (= *Per lo studio*, cit., 94.), di cui riporto la citazione dei testi seguenti. Sull'inquadramento del rischio connesso alla mora nella prospettiva della responsabilità v. C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 43, 1992, 78, in rapporto a E. BETTI, *Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, *St. De Francisci* I, Milano 1956; 135 s. Contro la tesi di E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldverzugs im klassischen römischen Recht*, in ZSS 44, 1924, 102 s., secondo cui la *perpetuatio* inizia non dalla mora, ma dal perimento della cosa, v. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, cit., 41 ss. (con lett. pro e contro) e già C. A. CANNATA, v. *Mora (storia)*, in *Enc. dir.* 26, Milano 1976, 929, e, con qualche oscillazione, in *Iura* 57, 2008-2009, 292; cfr. particolarmente J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 27.

In tale senso depongono

D. 12.1.5 (Pomp. 22 *ad Sab.*) *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.*

D. 30.26.1 (Pomp. 5 *ad Sab.*) *Si certum corpus heres dare damnatus sit nec fecerit, quo minus ibi ubi id esset traderet, si id postea sine dolo et culpa heredis perierit, deterior fit legatarii condicio.*<sup>29</sup>

D. 30.108.11 (Afr. 5 *quaest.*) *Si servus legatus sit et moram heres fecerit, periculo eius et vivit et deterior fit, ut, si debilem forte tradat, nihilo minus teneatur.*

D. 46.3.72.1 (Marcell. 20 *dig.*) *...nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.*

D. 23.3.56 pr. (Paul. 6 *ad Plaut.*) *Si is qui Stichum mulieri debet in dotem delegatus sit et antequam solveret debitor, Stichus decesserit, cum neque per debitorem stetisset quo minus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset: periculo mulieris Stichus morietur...*

Tra queste testimonianze è particolarmente importante la prima, poichè potrebbe far fede per un'età risalente, dato che è probabile rappresenti un 'sabinianum' o, comunque, rifletta un insegnamento antico, condiviso dalla giurisprudenza.<sup>30</sup> Se si tratta di un 'sabinianum', da 'constat' può trarsi il riferimento di Sabino ad un principio generalmente accolto in età a lui anteriore. La parte iniziale di D. 12.1.5 dimostra comunque l'alta antichità dell'impiego dell'espressione 'stare quominus'.<sup>31</sup> Nello stesso senso può deporre la pratica, connessa alla

<sup>29</sup> Il rischio è qui posto a carico del creditore e non del debitore. Ma, come avverte C. A. CANNATA, *Per lo studio*, cit. 94, nt. 1, quel che qui importa non è il caso né le sue particolarità, ma la sua impostazione. È dubbia la genuinità del tratto 'postea – heredis': v. *Ind. int. ad h.l.*

<sup>30</sup> V. O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 261, che attribuisce la parte iniziale del testo almeno a Sabino. Lo considera un 'sabinianum' H. NIEDERMEYER, *Studie*, cit., 402; cfr. C. A. CANNATA, v. *Mora*, cit., 925. Ne ammette la possibilità J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 22. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in AUPA 29, 1964, 124 pensa che 'constat' 'esprima un punto di vista non strettamente ed esclusivamente personale del giurista, ma un orientamento condiviso dalla dottrina dominante ed, evidentemente, dallo stesso Sabino'; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983, 16 ss., pensa che anche questa parte del testo debba attribuirsi a Pomponio, ma gli pare difficile ammettere che la parte successiva, di Pomponio, sia una precisazione del pensiero espresso dallo stesso giurista nel pr. Per altre cit. v. R. ASTOLFI, *I libri tres*, cit., 16, nt. 18.

<sup>31</sup> Questa appare usata (anche in testi che non riguardano il *perpetuari obligationem*) già in Servio Sulpicio: v. D. 44.7.23 (Serv. *ap. Afr. 7 quaest.*) e in Labeone: v. D. 19.1.51 pr.-1 (Labeo 5 *post. a Jav. epit.*). Altre numerose citazioni in C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit. 88; 89, ntt. 19 e 20; D. 45.1.115.2 (Sab. *ap. Pap. 2 quaest.*); D. 47.2.13 (Paul. 5 *ad Sab.*); D. 45.1.23 (Pomp. 9-Lenel 19 *ad Sab.*); D. 13.5.23 (Pomp. 22 *ad Sab.*); D. 13.5.23 (Iul. 11 *dig.*); D. 17.1.37 (Afr. 8 *quaest.*); D. 23.3.56 (Paul. 6 *ad Plaut.*);

*stipulatio* di *dare certam rem*, per cui lo *stipulator* vincolava il *promissor* non solo a ‘*servum Stichum dari*’, ma anche a che ‘*per eum non staret quominus dare*’. Dato che questa pratica può appartenere già al III sec. a. Cr.,<sup>32</sup> può risultare così dimostrato che i *veteres* parlassero dell’inadempimento imputabile e della mora usando l’espressione in discorso. Una conferma, d’altra parte, come vedremo, risulta espressamente dal fatto che D.13.1.20 (Tryph. 11. *disp.*) testimonia che i *veteres* impiegavano l’espressione ‘*stare quominus*’ con riferimento al creditore.<sup>33</sup> Un esplicito riferimento, per l’uso di questa espressione già da parte di Sesto Elio e di Druso, ad un caso di *mora accipiendi* è contenuto in D. 19.1.38.1 (Cels. 8 *dig.*).<sup>34</sup>

L’analisi dello schema dei presupposti della responsabilità espressa in D. 12.1.5 in termini di ‘*facere quominus*’ (e, cioè, come è detto nella seconda parte del testo, che la prestazione fosse ‘*in potestate*’ del debitore o che egli si sia privato dolosamente della possibilità di adempiere o che esistesse una qualche *iusta causa* per cui egli dovesse essere consapevole di dovere dare) ha condotto la dottrina più recente<sup>35</sup> a formulare la tesi che da esso non possa desumersi che la colpevolezza rappresenti, come invece riteneva la dottrina più antica,<sup>36</sup> un parametro generale per la mora del debitore.

D’altra parte, questa considerazione vale pure per la *mora creditoris*,<sup>37</sup> espressa, come abbiamo visto, anch’essa da ‘*stare quominus*’, per la quale, anzi, la più antica dottrina aveva più radicalmente manifestato l’avviso che essa prescindesse del tutto dalla colpevolezza del comportamento del creditore.<sup>38</sup>

D. 44.7.45 (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 45.1.49 pr. (Paul. 39 *ad ed.*); D. 46.2.31 pr. (Ven. 3 *stip.*); D. 46.3.92 (Pomp. 9 *epist.*); D. 45.1.135.1 (Scaev. 5 *resp.*); D. 45.1.137.2 (Ven. 1 *stip.*). Ma l’elenco può allungarsi in vista delle indicazioni contenute in *VIR*, V, s. v. ‘*sto*’.

<sup>32</sup> V. H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale*, cit., 137 s.

<sup>33</sup> D. 13.1.20 (Tryph. 15 *disp.*) *Licet fur paratus sit excipere conditionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam*... Sul testo v. *infra*, § 10 s.

<sup>34</sup> D. 19.1.38.1 (Cels. 8 *dig.*) *Si per emptorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt*... Sul testo, per il riferimento al *iudicium empti* formulare v., per tutti, M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo penale*, in Atti Copanello 1996, 65 ss.; spec. 68. Diversamente B. ALBANESE, *Sulla sentenza di Sesto Elio in D. 19.1.38.1*, in *Brevi studi di diritto romano*, III, AUPA 47, 2002, 77 ss. Per la spiegazione del richiamo da parte di Celso della *sententia* di Sesto Elio e di Druso vedi J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 96 ss.

<sup>35</sup> V. J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 56 ss; seguito da C. A. CANNATA, *Iura* 57 (2008-2009) 302 ss.; 324.

<sup>36</sup> Parlava di dolo E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand der Schuldverzugs im klassischen. römischen Recht*, in ZSS 44, 1924, 139 ss.; si riferivano a *culpa*, H SIBER, *Interpellatio und mora*, in ZSS 29, (1908), 56, nt. 2; E. HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungszug*, Marburg a. L., 1913, 32; oscillante, S. RICCOBONO JR, *Profilo storico*, cit. 18 ss. con altra lett. Per un esame critico della letteratura v. H.H. JACOBS, *Culpa und interpellatio bei der mora debitoris nach klassischem Recht*, in TR, 42, 1974, 29 ss. e J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 55 ss.

<sup>37</sup> V., seguendo P. APATHY, *Mora accipiendi und Schadenersatz*, in ZSS 101, 1984, 190 ss, che rileva (p. 194) l’eguale uso dell’espressione ‘*stare quominus*’, J.D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 100 ss., cui aderisce ora C. A. CANNATA, *Iura* 57, (2008-2009), 318 ss.; 324; adde M. PENNITZ, *Zu den Voraussetzungen der mora accipiendi im klassischen römischen Recht*, in ZSS 123, 2006, 155 ss.

<sup>38</sup> V. la lett. cit. in P. APATHY, cit., 190 s., ntt. 5 e 6; e in J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 100, nt. 71.

In conclusione, *'stare quominus'* appare l'espressione usata dalla giurisprudenza per indicare l'imputabilità di un fatto, come la mora, ad una persona, indipendentemente dal richiamo di una ragione generale di riprovevolezza, espressa col termine *culpa*.

Non più di tanto si può ricavare, in senso contrario, da

D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*) *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, velut si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit*

per l'uso di *factum*,<sup>39</sup> che non contiene un riferimento esplicito a *culpa*, come non lo contiene l'espressione *'per eum stare quominus'*.

Solo in progresso di tempo la giurisprudenza si sarà occupata di determinarne le ragioni dell'imputazione e lo ha fatto, conformemente al metodo casistico, specificamente, rifuggendo da una formulazione generale. Un esempio di discorso di questo tipo è dato, come si è visto, da D. 12.1.5.<sup>40</sup> A misura che queste ragioni saranno state individuate, l'espressione *'stare quominus'* avrà teso ad assumere valore 'neutrale'.<sup>41</sup> E solo più tardi si sarà sentita l'esigenza di evidenziare anche in termini generali la riprovevolezza del fatto imputato in caso di mora del debitore parlando di *culpa*. Ma ciò deve riconoscersi avvenuto probabilmente solo in età postcassica, – se si lascia da parte la testimonianza di D. 46.3.107, la cui portata e la cui classicità sono, come abbiamo visto, dubbie – attraverso la sostituzione, in D. 45.1.91 pr., di *'culpa'* alla espressione *'si per eum steterit'*, che probabilmente era usata dai *veteres*.

6. La più antica critica aveva, quindi, ragione nel ritenere che D. 45.1.91.3 non riproduca fedelmente, già nelle prime parole, la *constitutio* dei *veteres*. Invece che di *culpa* Paolo, nel riferire il pensiero dei *veteres*, avrà mantenuto l'espressione consueta *'stare per eum quominus'*, con grandissima frequenza usata<sup>42</sup> e che trova riscontro significativo, proprio in

<sup>39</sup> Diversamente C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 89.

<sup>40</sup> Sul testo v., fondamentalmente, J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 59 s., che sostiene che la mora del debitore romano si sottrae ad un chiaro inquadramento nello schema legato alla colpevolezza o indipendente dalla colpevolezza. Essa non sottosta invero a nessun criterio generale di colpevolezza ed è dipendente dall'incontro di elementi esteriori, che tuttavia svolgono la funzione che altrimenti spetterebbe ad un parametro di colpevolezza.

Non occorre qui che noi ci soffermiamo sulla analisi testuale. Quel che è sufficiente, dato il fine della presente indagine, è mostrare come, qualunque sia stata la percezione della inerenza della colpevolezza nelle singole fattispecie di *mora debitoris* presentate dalla giurisprudenza, manca nei testi classici una espressione della stessa attraverso un uso di *'culpa'* atto a riassumere i rilievi particolari della colpevolezza riconosciuta dalla giurisprudenza nella casistica presa in considerazione, sebbene J. D. HARKE, cit., 57, nt. 30, ammetta l'impiego classico di *'culpa'* in D. 45.1.91.3, ove però, evocherebbe, seguendo A. PERNICE, *Labeo*, II, 2, 1 2<sup>2</sup>, 1900, 134 e H.H. JACOBS, in *Culpa und interpellatio*, cit., 28, il senso di 'Fehlverhalten' (ma in realtà pensano alla espressione *'stare quominus'*). È notevole che anche C. A. CANNATA, v. *Mora*, cit., abbia richiamato D. 12.1.5 (Pomp. 22 *ad Sab.*), la cui prima parte anch'egli attribuisce a Sabino, come testo che contiene una trattazione generale, tuttavia risolvendosi in un rinvio alle soluzioni casistiche (cfr. per l'adesione ad Harke, *supra*, nt. 37).

<sup>41</sup> È la qualifica adottata da O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 274.

<sup>42</sup> V. *VIR* V, 694,50 – 695, 37.

relazione alla materia qui trattata, nello stesso Paolo, in testi (D. 45.1.49 pr.; 3) sui quali ci soffermeremo.<sup>43</sup>

Ancor più probabile è che anche il resto della formulazione conservata in D. 45.1.91.3, che parla di ‘*perpetuari obligationem*’, non debba ascriversi ai *veteres*. Ma qui non si tratta dell’eventualità, su emersa, di alterazione della testimonianza di Paolo, sibbene della questione diversa, cui abbiamo accennato, se l’espressione ‘*perpetuari obligationem*’ rappresenti la riproduzione letterale, da parte di Paolo, del principio dei *veteres* o sia piuttosto, come sostenne O. Gradenwitz, una «Verwandlung der alten Regel in Paulinisches Latein, eine Umschreibung der constitutio veterum».<sup>44</sup>

In tal senso rileva il fatto che l’espressione ‘*perpetuari obligationem*’ compare nelle fonti sei volte, ma solo nella catena dei frammenti D. 45.1.91. 3 – 6, appartenenti a Paolo (17 *ad Plaut.*), cinque volte, e, un’altra volta, in D. 46.1.58.1, ma anch’esso appartenente a Paolo (22 *quaest.*). Si tratta, perciò, di terminologia che si deve riconoscere propria di questo giurista.<sup>45</sup>

Risulta, pertanto, che la *constitutio* dei *veteres* non è fedelmente riprodotta non soltanto nella prima parte (*Quotiens culpa intervenit debitoris*), di paternità postclassica piuttosto che paolina, ma, con ogni probabilità, anche nella seconda parte (*perpetuari obligationem*), in cui la terminologia di paternità paolina è innegabile. E, tuttavia, non può non sorprendere il fatto che né il Gradenwitz né i suoi seguaci si siano quanto meno posti il problema se il rilievo dovesse coinvolgere il termine ‘*obligationem*’. Tale incoerenza metodologica si spiega solo in ragione del peso dogmatico della nozione di *obligatio*, per cui, pur riconoscendosi la probabilità che i *veteres* non abbiano parlato di *culpa* e di *perpetuari*, si è ritenuto pacificamente che abbiano parlato di *obligatio*.

Ora, il discorso che abbiamo fin qui condotto non ha avuto altro scopo, dato l’intento della nostra ricerca, che di evidenziare, appunto, la possibilità che il principio affermato dai *veteres* non sia stato espresso in riferimento alla *obligatio*.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> V. *infra*, § 7.

<sup>44</sup> V. O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 260. La tesi del Gradenwitz ha avuto larghissimo seguito nella dottrina. Vi hanno aderito in passato, tra gli altri, anche il Kaser e il Cannata, che successivamente hanno creduto nella bontà della tradizione della ‘*constitutio*’; l’ha aversata, invece, A. HÄGERSTRÖM, *Der röm. Obligationsbegriff* II, cit., 246 ss.

<sup>45</sup> Che ‘*perpetuare*’ risulti usato già anche da Pomponio in D. 45.1.91.4 *Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. Quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? Cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. Accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sponderunt* è possibile (il Gradenwitz, per vero, non si pone il problema), ma noi conosciamo il pensiero di Pomponio attraverso la citazione di Paolo (*Pomponio perpetuare placet*), sicchè Paolo potrebbe avere anche qui usato, nel riferirlo, la terminologia a lui cara. In ogni caso la più alta risalenza classica di ‘*perpetuari*’ non può condurre ad una sua attribuzione ai *veteres* che, come vedremo, usano una terminologia diversa, tanto da ‘*perpetuare*’ che da ‘*obligatio*’ (v. *infra*, § 10 ss.).

<sup>46</sup> W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn – München – Wien – Zürich 1990, 103, traendo spunto dai rilievi del Gradenwitz, esprime l’idea che la *constitutio veterum* può non avere riguardato la *obligatio*, fondandola sul rilievo che in età repubblicana ‘*obligatio*’ non è ancora un termine della lingua dei giuristi, per cui si limita al richiamo di F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 455 e alla citazione

7. In questo senso induce la considerazione che la teoria dell'impossibilità è costruita dalla giurisprudenza sull'atto. Ciò vale, quanto meno, per la impossibilità iniziale.<sup>47</sup> È chiaro che, nel quadro di questa teoria, l'obbligazione è ricondotta all'atto. Se il vincolo fosse distinto dall'atto, nulla osterebbe alla rappresentazione della impossibilità come riguardante l'obbligazione, piuttosto che l'atto.

Ma non mancano tracce di un riferimento all'atto anche della impossibilità sopravvenuta. È esplicita al riguardo la testimonianza dello stesso Paolo contenuta in

D. 22.1.24.2 (Paul. 37 *ad ed.*)...*item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem.*

ove, in un discorso relativo alla mora, la cd. *perpetuatio* ha ad oggetto la *stipulatio*.<sup>48</sup>

Contro la genuinità della testimonianza non possono valere i dubbi circa l'esistenza del requisito della *interpellatio*.<sup>49</sup> Né rileva il fatto che in essa manchi l'allusione alla morte dello schiavo promesso.<sup>50</sup> Non giova in tal senso il richiamo di

D. 45.1.49 pr. (Paul. 37 *ad ed.*) *Cum filius familias Stichum dari sponderit et, cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. At si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est. Quae omnia et in fideiussoris persona dicuntur... 3 Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.*

connesso palingeticamente a D. 22.1.24.2 in quanto tratto anch'esso dal l. 37 *ad ed.* di Paolo, in cui, invece, questa circostanza è evidenziata ('*decessit Stichus*'). Qui è adottata bensì la prospettiva della *obligatio*, ma ciò può significare che Paolo fa prevalere la costruzione dogmatica più recente. Che in D. 22.1.24.2 sia adottata la prospettiva dell'atto si giustifica in vista dell'*actio*, che fa valere la responsabilità, di cui l'atto è *causa* e, come può pensarsi,<sup>51</sup>

dell'impiego del termine in D. 50.16.19 (Labeo *ap.* Ulp. 11 *ad ed.*) conformemente al valore assegnatogli da F. DUMONT, *Obligatio*, in *Mél Meylan*, I, Lausanne 1963, 77 ss.; 85 ss. e da R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 5 ss.

<sup>47</sup> V. W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältniss*, cit., 99 ss. Lo riconosce CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., 360.

<sup>48</sup> Valorizza la testimonianza di D. 22.1.24.2 come espressione della dogmatica dell'atto, secondo lui preferita dalla giurisprudenza alla dogmatica del rapporto, W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit. 103, su cui v. specialmente sul punto C. A. CANNATA, *Atto giuridico*, cit., 360, per cui Paolo «si riferisce inequivocabilmente al rapporto». Contro la critica di E. GENZMER, *Die subjektive Tatbestand*, cit., 49, secondo cui la proposizione '*perpetuam facit stipulationem*' sarebbe per diritto classico errata, perché la *perpetuatio* si verifica solo con il perimento della cosa, v. W. FLUME, cit., 103, nt. 25, che osserva giustamente che la ragione della *perpetuatio* è la mora e perciò si può benissimo dire: '*perpetuam facit stipulationem*'.

<sup>49</sup> V. J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 72, contro H. SIBER, *Interpellatio und mora*, in ZSS 29, 1908, 67 s.; E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 149; M. KASER, v. *Mora*, in PWRE XVI.1, 1933, Suppl. 255, s.

<sup>50</sup> V. invece, C. A. CANNATA, cit., 86, benchè ammetta che Paolo abbia scritto proprio così.

<sup>51</sup> In relazione alla problematica di D. 45.1.91.6 (Paul. 17 *ad Plaut.*), su cui v. *infra*, § 19.



in quanto questa prospettiva poteva consentire più facilmente l'applicazione al vincolo perpetuato della *novatio*. È, d'altra parte, rilevante il fatto che in D. 45.1.49 pr.; 3 non si parla in termini di 'culpa', ma di 'stare per eum quominus'.<sup>52</sup> Né per la critica di D. 22.1.24.2 si può<sup>53</sup> addurre la ragione che la *constitutio* dei *veteres* verrebbe riferita solo alla *stipulatio* e non anche al legato obbligatorio, perché D. 22.1.24.2 nella *sedes materiae* si occupava della *stipulatio* e, particolarmente, della mora nell'adempimento del relativo vincolo, come risulta dalla connessione con D. 45.1.49,<sup>54</sup> e non c'è alcuna ragione per ritenere che la trattazione dovesse essere preceduta dalla enunciazione della *constitutio* dei *veteres*.<sup>55</sup> Né ha peso l'argomentare dallo stato dei testi, attualmente frammisti a passi che non riguardano la *perpetuatio*.<sup>56</sup>

8. Il riferimento all'atto della teoria della impossibilità sopravvenuta non ha solo un rilievo dogmatico per diritto classico, ma anche un rilievo storico, giacché evidenzia uno dei termini del binomio (l'atto vincolante) sul quale è costruita la più antica concezione del vincolo personale.

L'altro termine è costituito dall'*actio*. Dalle fonti risulta, infatti, con certezza che la teoria dell'impossibilità sopravvenuta si risolve nell'*actio*. La conseguenza del comportamento del debitore da cui sono dipesi l'inadempimento o la mora è costituita, infatti, dalla permanenza della possibilità per l'attore di agire, come se la cosa sia ancora esistente.<sup>57</sup> Ne fa fede esplicitamente

<sup>52</sup> Cfr., per Paolo, D. 44.7.45 (Paul. 5 *ad Plaut.*), che richiameremo nel § seguente.

<sup>53</sup> C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 87.

<sup>54</sup> O. LENEL, *Palingsenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 1043 s.: Paul. 548-549, nel commento all'editto '*Solutio matrimonii dos quemadmodum petatur*', in materia di *cautio rei uxoriae*.

<sup>55</sup> È una idea che C. A. CANNATA, cit., 86, enuncia peraltro solo ipoteticamente («Nel passo riportato in D. 22.1.24.2 pr.-2 Paolo si occupava di problemi di mora, e la *constitutio* dei *veteres* poteva rappresentarvi solo un punto di partenza; se Paolo ve l'aveva enunciata, doveva averlo perciò fatto prima di tutto quel che egli vi dice, ed anche di quel che dice in D. 45.1.49 pr.- 3, che con questo fr. 24 sembra fosse connesso nel suo libro 37 *ad ed.*»).

<sup>56</sup> Diversamente C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 86.

<sup>57</sup> V. le espressioni '*perinde... ac si ea res extaret*' di Paul. Sent. 5.7.4 e '*proinde ac si homo viveret*' di D. 45.1.82.1 (Ulp. 78 *ad ed.*). W. FLUME, *Rechtsakt*, cit., 103 s., nell'affermare che la *perpetuatio* rende l'azione indipendente dall'esistenza dell'oggetto della prestazione, sostiene che si può parlare della *perpetuatio* «als prozessualem Verewigungssatz», come vuole H. SIBER, *Römisches Privatrecht* II, cit., 250. Non si tratta, tuttavia, di una '*fictionis*' formulare, come riteneva U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der conditio*, Berlin 1952, 81 (contro, M. KASER, *Römisches Privatrecht* I<sup>2</sup>, München 1955, 428, nt 1; v. particolarmente, H.H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung* (1969) 180, nt. 39, per cui con queste espressioni vien detto che si deve decidere '*ac si*', cioè come nel caso in cui la cosa ancora esista, lo schiavo ancora viva; aderisce W. FLUME, cit., 103 s. e nt. 28. Ad una finzione, comunque non formulare, pensa C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 92 s. (*ivi*, altre citazioni, anche del suo pensiero). L'ultima formulazione si trova in *Iura* 57, 2008-2009, 290 s., ove afferma che 'la *perpetuatio obligationis* non è una regola come non è una finzione, perché si tratta di una proposizione dogmatica', dovuta alla interpretazione dei giuristi. Ma va osservato che rimane sempre da distinguere dall'interpretazione lo strumento del pensiero (finzione) del quale essa si sarebbe servita e, quanto alla qualificazione ('dogmatica'), essa rimane esposta alla difficoltà di attribuzione, cui accenniamo *infra*, nel testo, data la sua risalenza alla giurisprudenza repubblicana. In effetti, i giuristi repubblicani non sono andati al di là di quanto emerge dalle testimonianze classiche, poiché essi non potevano riferirsi altro che all'*actio*, non avendo riconosciuto ancora la *obligatio*.

Paul. Sent. 5.7.4 *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret...*

Ma si deve richiamare anche

D. 45.1.82.1 (Ulp. 78 *ad ed.*) *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret.*

e, *a contrario*,

D. 44. 7. 45 (Paul. 5 *ad Plaut.*) *Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit, et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur: non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret.*

poiché in questi due testi ‘*teneri*’ val bene ‘*actione teneri*’.<sup>58</sup>  
Né è riflesso

D. 45.1.91.6 (Paul. 17 *ad Plaut.*) *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit...*

C. A. Cannata mette in rilievo il carattere pratico di queste decisioni, che si dovrebbe ad uno sviluppo del pensiero classico. A fronte di esse il principio della *perpetuatio obligationis* sarebbe il frutto di una raffinata analisi dogmatica. Questa analisi e non quelle decisioni si dovrebbero ai *veteres*. Tuttavia, non è chi non veda come ciò porterebbe a capovolgere la valutazione che generalmente si dà dell’opera della giurisprudenza repubblicana rispetto alla classica. La prima ha un marcato orientamento pratico. È della seconda il concepire anche un orientamento dogmatico, peraltro non risolvendosi in teorie astratte, ma inteso - e lo si può riscontrare anche nel campo della presente ricerca - a rendere possibili sviluppi che la più antica giurisprudenza pratica non consentiva.

Ma, al di là di queste valutazioni, che adottano caratterizzazioni (‘dogmatico’; ‘pratico’) riflettenti, specialmente nella loro opposizione, il pensiero moderno piuttosto che l’esperienza antica, val bene seguire l’analisi che Cannata svolge nella sua indagine sulla portata della *cd. perpetuatio obligationis*, per pervenire alla conclusione corretta, che egli enuncia, per cui il debitore non è tenuto alla esecuzione di una prestazione secondaria, ma è semplicemente responsabile, come esposto all’azione del creditore.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Sulla equivalenza di ‘*teneri*’ con ‘*actione, iudicio teneri*’ v. in generale G. PUGLIESE, *Actio*, cit., 307 ss. (specialmente, 312 ss.), che si lascia sfuggire ammissioni del valore materiale di tali espressioni (v. particolarmente, per ‘*iudicio teneri*’ in molti testi, le citazioni a p. 310, nt. 1)

<sup>59</sup> Così in *Quod veteres constituerunt*, cit., 96 (ma cfr. già *Perpetuatio obligationis*, cit. 53 ss.; v. anche *La-beo* 41, 1995, cit., 409 s.). È opportuno riportare significativi passaggi del discorso precedente, sebbene esso soggiaccia alla prospettiva dell’obbligazione, dalla quale non riesce a liberarsi: «L’obbligazione perpetuata... è bensì ancora l’obbligazione originaria, perchè è essa stessa che ancora dura, ..., ma essa non ha più il suo oggetto originario, perchè la prestazione originaria è ineseguibile. Si tratta, precisamente, di un’obbligazione che non ha più oggetto: come tale essa non ha possibilità di rilevanza se non nell’azione» (p. 95 s.). «Come

È proprio questa analisi che convince del dato che emerge da P.S. 5.7.4. e, probabilmente, anche da D. 45.1.82.1 e da D. 44.7.45 e si riflette in D. 45.1.91.6, relativo alla esperibilità dell'azione, senza che lo si debba riferire ad uno sviluppo del pensiero classico.

9. Siamo così ricondotti all'osservazione iniziale concernente, per il fenomeno del *perpetuari obligationem*, il problema dogmatico riguardante la conciliazione dell'esistenza, in quanto perpetuata, di una *obligatio*, che, come tale, importa il debito, con il suo ridursi a mera responsabilità. Di qui la diversa tendenza della dottrina, indicata all'inizio del discorso, a inquadrare il fenomeno del *perpetuari obligationem* nelle concezioni dell'*obligatio* come vincolo di responsabilità o come vincolo per l'adempimento della prestazione.<sup>60</sup>

si vede, i *veteres* hanno precisamente definito la situazione che noi chiamiamo responsabilità...» (p. 96); cfr. già 'Perpetuatio obligationis', in *Sem. Complut.* 4, 1992, cit., 55: «In forza dell'obbligazione perpetuata il debitore non si trova più in una situazione di obbligo, ma in quella situazione diversa, che chiamiamo responsabilità»; *adde*, ultimamente, *Iura* 57, 2008 – 2009, 291. L'analisi dogmatica è ineccepibile. Ne dubita H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale*, cit., 138, nt. 10: «Il romanista di Genova può sicuramente invocare le seguenti parole di Paolo (D. 45.1.91.6): *novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus*... I giuristi parlano però della *perpetuatio obligationis* e riconoscono in questi casi come possibile una *acceptilatio* (cfr. D. 45.1.91.6) e, almeno Giuliano e Paolo, anche una *novatio* quando le parti hanno così voluto (cfr. Paul. D. 45.1.91.6). Apparentemente esiste un'obbligazione a pagare il valore della cosa non più esistente», anche se nel testo (p. 138) lo stesso Ankum afferma che «Il debitore dovrà pagare il valore della cosa». Così viene chiusa la porta che è schiusa per la soluzione del problema in chiave storica. Su D. 45.1.91.6, per i problemi del riconoscimento della possibilità di *acceptilatio*, *fideiussio* e *novatio* di una obbligazione perpetuata, v. un cenno *infra* § 19.

Il pensiero del Cannata va confrontato con quello di E. BETTI, *La struttura*<sup>2</sup>, cit., 21 s. Anche il Betti risolve la obbligazione perpetuata nella responsabilità, come esposizione alla azione, ma per il fatto che l'obbligazione comporta per lui, anche in età classica, mera responsabilità e connessa possibilità di condanna nella *aestimatio pecuniaria*.

È illuminante il confronto con quegli altri testi che riferiscono la *perpetuatio* al fenomeno analogo (su tale analogia v. E. BETTI, *La struttura*, cit., 21 ss.) della cd. novazione processuale. Anche qui l'obbligazione si risolve nell'azione. Ma anche qui si tratta della visuale classica, laddove i *veteres* parlavano esclusivamente di azione. Sul punto v. già R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere*, cit., 64 ss. e *passim*.

<sup>60</sup> È esemplare, al riguardo, l'antitesi di pensiero che divide il Pugliese dal Segrè. Per il Segrè, il fatto che, sopravvenuta una impossibilità assoluta determinata dal debitore, l'*obligatio* si perpetua, sicché si continua a chiedere la stessa prestazione, invece di considerare estinto il primo vincolo e sorto un vincolo secondario di risarcimento, «certo doveva essere perché l'obbligazione era un vincolo di responsabilità» (così conclude la sintesi del pensiero di G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano 1919-20*, Torino, s.d., 397 s.; cfr. 431 ss., G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Roma 1939, 225). In senso contrario G. PUGLIESE, *l.c.*, osservato che i Romani conoscono il principio della *condemnatio pecuniaria* e l'*obligatio iudicati* (che per lui è essenzialmente un obbligo di risarcimento; ma sul tema v. la diversa rappresentazione storico-dogmatica che ne ho proposto nel lavoro sul '*iudicatum facere oportere*'), afferma che «si comprende come praticamente i Romani non sentirono l'esigenza di immaginare un'obbligazione di risarcimento sussidiaria a quella principale e come il *perpetuari* dell'*obligatio*, quando ormai la prestazione era divenuta impossibile, non paresse a loro così illogico come a noi». Ma è facile obiettare che quella di cui si tratta di render conto è la ragione storica della *condemnatio pecuniaria* e questa ragione si coglie proprio partendo dall'idea del vincolo di responsabilità. La spiegazione che Pugliese dà, ma in termini di probabilità, del *perpetuari obligationem* è (p. 226) che «l'impossibilità della prestazione, ... quando dipende dal debitore, non ha la virtù di fare venire meno la soggezione all'*actio* (responsabilità in concreto), concomitante all'obbligo di prestare, ossia non impedisce al creditore di agire in giudizio» (e cita Paul. Sent. 5.7.4) «ma, poiché agire in giudizio importa enunciare

Ma ora ci troviamo ad avere fatto un passo in avanti sulla via, che avevamo additato, della

una delle ragioni valutate dal diritto, ragione che ...non poteva essere se non quella raffigurante il rapporto originario e alla quale del resto naturalmente si ricollega l'effetto diviso dal creditore (il risarcimento del danno), ecco costui essere posto in condizione di pretendere ancora <*dare facere praestare oportere*>, come se tale pretesa potesse essere soddisfatta dal debitore. Insomma, il perdurare dell'*actio*, che è l'effetto voluto dal diritto, presuppone indeclinabilmente il perdurare dell'*obligatio*. Ma è sorprendente come, nella conclusione del discorso (p. 230), in relazione alla struttura arcaica della *obligatio* (p. 229) lo stesso Pugliese finisca con il riconoscere che «non è escluso che ...la *perpetuatio obligationis*... possa essere spiegata in funzione di un concetto di *obligatio*, in cui apparisse dominante il momento del legame tra persona e persona (p. 230)». È l'idea che è sinteticamente enunciata da G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 40 s.: «Questo concetto preesistente di vincolo di responsabilità ...spiega ....che questa *necessitas*, questo *oportere*, possa essere indirizzato ad una prestazione che il debitore non è in grado di compiere....come è nel caso di impossibilità sopravvenuta per causa imputabile al debitore o durante la mora di questo».

L'idea dello sviluppo storico, pur sempre comunque riferito alla *obligatio*, non appare, invece, né nel pensiero del Betti, che sostiene la identificazione della *obligatio* con un vincolo di responsabilità, né nel pensiero del Pastori, che, in polemica con il Betti, identifica l'*obligatio* con il vincolo per l'adempimento della prestazione.

Per E. BETTI, *La struttura*, cit., 21 s., «se la cosa dovuta, individualmente determinata...perisce dopo la mora del debitore, la *obligatio* non muta: i giuristi romani non sentono il bisogno di costruire una novazione sostituendo all'obbligazione originaria una obbligazione nuova diretta alla *aestimatio*. Quella sussiste sempre tal quale: *obligatio durat, perpetuatur, producitur*. ... Ciò vuol dire che, venuta meno la possibilità di dare, resta immutata la necessità giuridica astratta dell'*oportere*, il *vinculum iuris*, in una parola la responsabilità». Così, «la costruzione della immutabilità del vincolo nella *perpetuatio obligationis* rivela in modo eloquente, dall'un lato, l'importanza capitale che i giuristi romani attribuiscono al momento della responsabilità, dall'altro lato la completa indifferenza loro per la c o n c r e t a realizzabilità di quella prestazione che è il debito originario» (op. cit., 35), di cui viene riconosciuta la mera funzione economico sociale (27 e *passim*), sicché lo stesso Betti è costretto a cancellarne il riferimento che ad esso è fatto nella definizione dell'*obligatio* di I. 3.13 pr. *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur [alicuius solvendae rei] <alicui solvendae pecuniae>*..., ove *pecunia* indicherebbe la *aestimatio* contenuta nella condanna, per cui soltanto la *obligatio* diventerebbe idonea alla esecuzione forzata (op. cit., 44) e nella sua descrizione, che ne è fatta da Paul. 2 *inst.*, D. 44.7.3 pr. ...*sed ul alium nobis [obstrigat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum] <obstructum necessitate solvendae pecuniae dare facere praestare oportere intendamus>* (op. cit., 50).

F. PASTORI, *Profilo*, cit., all'opposto, pretende di potere sostenere che la mora non è concepibile se non riguardo all'adempimento di un obbligo (p. 174) e, avuto riguardo al caso dell'impossibilità intervenuta prima del momento di adempiere, pretende di potere argomentare dal fatto che «ove il *dare oportere* non sia più, di fatto, possibile, ma pure si presenti equo tutelare il creditore, per essere imputabile al debitore il perimento della cosa, altro non può farsi che affermare che il *dare oportere* ancora sussiste» (p. 175 s.). Il fenomeno sarebbe «una naturale conseguenza del sistema processuale romano, in cui non è configurabile un diritto al risarcimento del danno, autonomo rispetto al diritto primario». «Che non si tratti di un principio connesso alla struttura dell'*obligatio*, ma di un espediente processuale, risulta da diversi testi in cui si dice che, in seguito alla impossibilità della prestazione, il tenore della *intentio* della *condictio* rimane inalterato e che l'oggetto della *petitio* è lo stesso»...«Il perpetuarsi dell'obbligazione parrebbe improntato ad una peculiarità della struttura dell'*obligatio* nei testi in cui si afferma che *obligatio durat, perpetuatur*, ecc. (cfr. D. 46.1.58. 1; D. 45.1.91. 3-4; D. 22.1.24. 2; D. 45.1.91 5), ma si deve notare come tali espressioni siano parallele all'altra *condictio durat* (cfr. D. 13.1.20; D.13.1.8 pr.) che riguarda l'esperibilità del mezzo processuale, rispetto al quale la *perpetuatio obligationis* appare la sola ragione idonea a giustificarlo, data la connessione che, nel sistema romano, esiste tra l'*oportere* sostanziale e l'*oportere* processuale». Al di là delle più o meno opinabili giustificazioni sul piano dogmatico, è quest'ultimo il rilievo che, come vedremo nel testo, offre la possibilità di soluzione del problema del *perpetuari obligationem* in chiave storica. Ma ciò imporrà che noi ci rappresentiamo l'*actio* che '*durat*' non quale semplice mezzo processuale, ma nel suo valore materiale.

ricerca della soluzione del problema dogmatico in chiave storica. Il problema dogmatico esiste solo per i classici, che riferiscono il vincolo personale alla *obligatio*, non per i *veteres*, che non conoscono ancora la *obligatio*, ma soltanto l'*actio*.

In questo senso parlano apertamente due frammenti che riferiscono il pensiero dei *veteres* direttamente. Se sono finora rimasti, per la problematica che trattiamo, quasi del tutto trascurati, non è stato solo perchè l'attenzione si è tradizionalmente concentrata sulla testimonianza di D. 45.1.91.3 (Paul 17 *ad Plaut.*), ma soprattutto perché essi sono stati letti attribuendo all'*actio* il valore, che la dottrina comune le assegna, di strumento processuale, cui non esita a riconoscere la più alta antichità.

#### 10. Il primo di questi frammenti è

D. 13.1.20 (Tryph. 15 *disp.*) *Licet fur paratus fuerit excipere conductionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare conductionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.*<sup>61</sup>

La fattispecie riguarda un caso di furto. Il *fur*, tenuto a *dare* la refurtiva al derubato, si è mostrato disposto a subire la *condictio* (questo è il senso di '*excipere conductionem*'<sup>62</sup>) ed è dipeso dal derubato il mancato esercizio dell'azione. Successivamente la *res furtiva* si è estinta. Nonostante il perimento della cosa la *condictio*, secondo il principio posto dai *veteres*, permane.

Chiarita la fattispecie, occorre ora rendersi conto del rilievo giuridico dei suoi momenti.

Il primo momento riguarda il comportamento del *fur*. Egli non ha dato al derubato la refurtiva, ma è disposto a difendersi dall'azione. Questo comportamento potrebbe costituire un '*moram facere*', giusta la previsione di

Recentemente, riprendendo l'idea del Betti, ma mostrando di aderire alla rappresentazione della responsabilità di cui alla *obligatio* come esposizione all'*actio*, C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 268 ss., ha inquadrato la «impossibilità sopravvenuta in una fenomenologia di obbligazione senza '*oportere*' (v. p. 272: «Sono persuaso che anche la concezione che i *prudentes* tradivano circa il fenomeno della '*perpetuatio obligationis*'. . .») sia un prezioso indizio a sostegno della tesi che postula una tendenziale raffigurazione anche da parte dei classici dell' «estraneità dell'*oportere* alla struttura dell'*obligatio*»), laddove occorre chiedersi, a voler limitare qui il discorso ad una sola obiezione, come le *actiones* cd. dichiarative possano prescindere dall'*oportere*, che risulta, almeno per quelle *in ius conceptae*, dalla *intentio* della loro formula.

<sup>61</sup> Sul testo v. P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans les très ancien droit romain*, I, 1915, 359 ss.; E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, in ZSS 36, 1915, 37, nt. 7, che ritiene inutile glossema il tratto '*in restituenda-auferre*'; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in AUPA, 25, 1956, 167, nt. 204, che rileva nel tratto '*per me steterit-condicere*' il sorprendente uso dell'infinito al posto del congiuntivo; S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 25 ss.; E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 87, pensa che il principio attribuito ai *veteres* '*s e m p e r e n i m m o r a m f u r f a c e r e v i d e t u r*', (Ulp. 27 *ad ed.*, D. 13.1.8.1, cui si riferisce la chiusa di D. 13.1.20) '*macht eine rechtsinstitutionelle Festlegung des subjektiven Verzugstatbestandes bei der condictio furtiva überflüssig und unmöglich*'; *contra*, W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klass. röm. Recht*, Berlin 1988, 30 s.

<sup>62</sup> Come testimoniano gli impieghi, riferiti al convenuto, di '*excipere*' con oggetto una *actio* indicati in VIR I, 121,13 – 16; *adde* VIR II, 608, 41.

D. 45.1.82.2 (Ulp. 78 *ad ed.*) *Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere.*

Ma, per ben comprendere la ragione del parere espresso in questo testo, bisogna pensare che il debitore è in dolo. Egli è consapevole di essere debitore e ha preferito (*maluit*) adottare una tattica dilatoria che è improntata a dolo.<sup>63</sup> Perciò, se il dolo manca, non c'è mora, come risulta da

D. 50.17.63 (Iul. 17 *dig.*) *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere.*

che parla di un debitore che '*provocat ad iudicium*' mediante la minaccia di assunzione della *defensio*.<sup>64</sup>

Il principio è confermato da D. 22.1.47 (Scaev. 9 *dig.*) e da D. 22.1.24 pr. (Paul. 37 *ad ed.*), né lo smentisce il fatto che i testi si riferiscono all' *actio rei uxoriae*.<sup>65</sup>

Quanto al secondo momento della fattispecie, riguardante il comportamento del derubato, in D. 13.1.20 si dice che, al contrario del *fur*, dal derubato è dipeso il mancato attivarsi nell'esercizio dell'azione, finché la *res furtiva* è perita. Questo comportamento potrebbe, al limite, schiudersi verso una prospettiva di *mora creditoris*, che valga ad esimere il *fur* dalla sopportazione del rischio.

I *veteres* decisero, invece, nel senso del permanere della responsabilità del *fur* attraverso la permanenza dell'azione (*durare conductionem*), in considerazione del principio per cui '*fur semper moram facere videtur*'. Il *fur*, commettendo furto, fa già fin dal primo momento mora e continua a farla sempre, anche se '*paratus*' a difendersi contro l'azione del derubato, tenuto conto del fatto che egli è, per il furto, in dolo.<sup>66</sup>

11. D. 13.1.20 consente una prima osservazione terminologica di un certo peso per la ricostruzione di D. 45.1.91.3. Essa riguarda il fatto che i *veteres* applicavano probabilmente l'espressione '*per eum stare*' trattando di un problema relativo alla *mora*. Qualunque sia il valore da assegnare qui a questo impiego riferito al comportamento del creditore,<sup>67</sup> è probabile che essi abbiano parlato negli stessi termini riguardo alla mora del debitore, invece che di *culpa debitoris*, come appare dall'attuale dizione di D. 45.1.91.3.

Peraltro, molto più rileva il fatto che D. 13.1.20 importa la riconduzione della decisione resa dai *veteres* al principio generale in materia di *mora*, che addossa il rischio al debitore.

<sup>63</sup> V. J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 13.

<sup>64</sup> Cfr. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 210, che richiama la Glossa *ad h.l. (id est defendendo)*: ma *provocare* evoca l'idea della sfida.

<sup>65</sup> Cfr. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 208 s.; J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 12 s. (con lett.); diversamente H. H. JAKOBS, *Culpa und interpellatio*, cit., 34 ss.

<sup>66</sup> V. D. 47.2.50.2 (Ulp. 37 *ad ed.*) *Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo...* V. W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., 32.

<sup>67</sup> S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., crede alla possibilità che l'espressione '*per me steterit*' possa alludere alla *mora accipiendi*, sebbene la decisione finisca per dipendere dal principio '*fur semper moram facere videtur*'.

Quel che per noi conta è che essi parlano qui non in termini di *perpetuare obligationem*, ma di permanenza dell'azione (*durare actionem*), senza alcuna considerazione del rapporto obbligatorio. La considerazione del rapporto obbligatorio appare, invece, in Paolo e, significativamente, nella indicazione della sua permanenza, attraverso l'impiego dello stesso verbo '*durare*', in alternativa del verbo '*perpetuare*', come testimoniato da

D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*) *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit.*

12. Il discorso in termini di permanenza dell'azione da parte dei *veteres* si riscontra anche nella testimonianza parallela di

D. 13.1.8 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*) *In re furtiva condictio ipsorum corporum competit: sed utrum tamdiu, quamdiu extent, an vero et si desierint esse in rebus humanis? Et si quidem optulit fur, sine dubio nulla erit condictio: si non optulit, durat condictio aestimationis eius: corpus enim ipsum praestari non potest.*

Il testo comincia con l'affermare che la *condictio* (*ex causa furtiva*) spetta riguardo alle stesse entità oggetto di furto. Ciò val quanto dire che la relativa *intentio* deve dedurre una pretesa di *dare oportere* avente ad oggetto le stesse cose furtive. Di qui il problema se l'azione possa spettare anche in caso di perimento di tali cose. E la risposta, data alla fine, è che la *condictio* '*durat*' in quanto, come sappiamo, fa valere la responsabilità che si concreta nel pagamento della *aestimatio*.

Questo è certamente il nucleo genuino della testimonianza. Ma, probabilmente, il testo ha subito alterazioni. Quanto alla parte su commentata, si presta a critica la specificazione della *aestimatio* attraverso il singolare '*eius*', laddove all'inizio si è parlato al plurale di '*corporum*',<sup>68</sup> a meno che con '*eius*' si sia fatto riferimento alla *res furtiva*, di cui si parla nelle parole iniziali, però troppo lontane. Banale appare, d'altra parte, la motivazione (*corpus enim ipsum praestari non potest*), data l'eventualità evidenziata precedentemente che le cose furtive possano essere perite.

Più grave è l'appunto che può rivolgersi contro la parte centrale del testo, che deduce l'alternativa che il *fur* abbia o no fatto offerta della *refurtiva*. Questa alternativa eccede, nella prima ipotesi presentata ('*si quidem optulit fur*'), in cui il verbo manca di oggetto,<sup>69</sup> i termini dell'affermazione iniziale, perché in questa ipotesi, si dice, senza dubbio non vi sarà *condictio*, laddove all'inizio si parla di una *condictio* che può esercitarsi. Né, riguardo alla ipotesi di offerta, si spende una parola per risolvere il dubbio, che poteva sorgere, se l'offerta del *fur* fosse sufficiente o occorresse anche l'accettazione del *derubato*. È probabile, perciò, che il tratto '*Et si quidem optulit...si non optulit*' sia di origine spuria. Può darsi che esso

<sup>68</sup> V. E. BETTI, *La condictio pretii del processo civile giustiniano*, in *Atti Torino* 51, 1915- 1916, 1028 s., che corregge '*eius*' in '*eorum*' (ma lo aveva mantenuto in *Sul valore della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR* 28, 1915, 85).

<sup>69</sup> A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in *AUPA* 11, 1923, 298, avanza sospetti anche sull'uso di '*si quidem*'; di '*sine dubio* e del futuro '*erit*'.

coinvolgesse un più lungo discorso, che i compilatori devono avere cancellato, per affermare drasticamente il principio per cui l'offerta da parte del *fur* lo libera, alla stregua di un debitore comune, anche se il *derubato* non accetta.

In conclusione, da D. 13.1.8 pr. andrebbe espunto il tratto '*Et si quidem - si non optulit*' per ragioni sostanziali e la chiusa '*corpus enim ipsum praestari non potest*', come osservazione banale, in quanto relativa al caso di perimento della *res furtiva*.<sup>70</sup> Va conservato, perciò, il tratto '*durat condictio aestimationis eius*', che doveva essere legato all'inizio del discorso. Si può pensare che esso menzionasse i *veteres* come autori dell'affermazione mantenuta per cui '*durat condictio*' e magari che esso contenesse una indicazione della ragione formulare (*condemnatio pecuniaria*) per cui sinteticamente si dice che la *condictio* che *durat* è della *aestimatio*<sup>71</sup> '*eius*', cioè della *res furtiva* menzionata nelle prime parole (*In re furtiva*...).

Comunque, quel che per la nostra questione rileva è il fatto che per indicare la permanenza dell'azione in questa testimonianza di Ulpiano appaia usato lo stesso verbo '*durare*' che è presente nella testimonianza di D. 13.1.20, in cui Trifonino richiama espressamente il pensiero dei *veteres*. Se ne può trarre almeno l'ipotesi che anche Ulpiano avesse presente la terminologia usata dai *veteres*, anche se non li citava, come pure – l'abbiamo visto – è possibile pensare.

13. Il risultato che si può trarre dall'esegesi di D. 13.1.20 (*Tryph.* 15 *disp.*) e di D. 13.1.8 pr. (*Ulp.* 27 *ad ed.*) è che i *veteres* non hanno parlato di '*perpetuari obligationem*', ma di '*durare actionem*' (*condictionem*) almeno nel caso della *res furtiva*. Ciò induce a pensare che anche al di fuori del furto la permanenza del vincolo di responsabilità fosse predicata dai *veteres* in termini di '*durare actionem*'. Come vedremo di qui a poco,<sup>72</sup> il verbo '*durare*' non appare usato nelle fonti solo per la *condictio*, ma, sia pure in rapporto a tematiche della permanenza dell'*actio* diverse, con riferimento ad ogni *actio*.

Ne risulta confermata l'idea che la vecchia dottrina aveva avanzato circa la traduzione in D.45.1.9.3 del discorso dei *veteres* in un discorso diverso. I *veteres* devono avere parlato non in termini di '*culpa debitoris*', ma di '*per debitorem*, (o meglio, in particolare, per es., *per promissorem*) *stare quominus det*'<sup>73</sup> (l'alterazione è probabilmente dovuta a semplificazione di origine postclassica). Essi non hanno impiegato il verbo *perpetuare*, ma il verbo *durare* e, quel che più rileva, devono averlo usato con riferimento all'azione e non al rapporto obbligatorio ('*perpetuari obligationem*') è la traduzione nel pensiero e nella espressione di Paolo del principio dei *veteres* riguardante il '*durare actionem*').

<sup>70</sup> A. GUARNERI CITATI, cit. 297 s. espunge arbitrariamente l'intera parte finale '*Et si quidem - praestari non potest*', sicché la questione posta all'inizio (se la *condictio* compete anche in caso di perimento della *res furtiva*) rimarrebbe senza risposta.

<sup>71</sup> La specificazione (*aestimationis*) della *condictio* può apparire banale (v. contro A. GUARNERI CITATI, cit., 295 s.) come la motivazione finale '*corpus - non potest*', ma è eccessivo condannarla, come fa E. BETTI, *La condictio pretii*, cit., 1030 s., muovendo dalla tesi, che egli sostiene in questo lavoro, della non classicità della *condictio pretii*. La *condictio*, come è detto nelle parole iniziali, ha per oggetto la stessa *refurtiva* e la specificazione (*aestimationis*) vuol solo chiarire che essa dura, dato il suo tradursi nella mera responsabilità, che si concreta nella condanna pecuniaria alla *aestimatio*.

<sup>72</sup> *Infra*, § 14 e nt. 86.

<sup>73</sup> Cfr. già A. PERNICE, *Labeo* II 2. 1<sup>2</sup>, Halle 1900, 23; 134; O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 260 ss.



14. Se D. 13.1.20 e D. 13.1.8 pr. sono finora rimasti, per la problematica che trattiamo, quasi del tutto trascurati, non è stato solo perchè l'attenzione si è tradizionalmente concentrata su D. 45.1.91.3 (Paul.17 *ad Plaut.*), ma soprattutto perché essi sono stati letti attribuendo all'*actio* il valore di strumento processuale, cui la comune dottrina non esita a riconoscere la più alta antichità.<sup>74</sup>

Questa concezione è, però, posta in crisi da elementari rilievi che concernono tanto la rappresentazione dell'*actio* come mero strumento, di carattere formale, avente la funzione di tutelare una distinta preesistente situazione sostanziale, quanto l'attribuzione a questo strumento del carattere processuale.

Ma il valore formale dell'*actio* è smentito dall'attestazione, nelle fonti, di un valore materiale.<sup>75</sup> D'altra parte, il carattere processuale è smentito dalla inesistenza stessa, nell'esperienza romana, almeno fino all'età classica, della nozione di processo.<sup>76</sup>

A questi rilievi non possono essere qui dedicati che limitatissimi cenni,<sup>77</sup> riferentisi ad idee alle quali ho avuto già occasione di accennare<sup>78</sup> e che intendo presentare compiutamente svolte nella parte conclusiva del contributo *Per la storia dell'obligatio* che vado componendo.<sup>79</sup>

Quanto al carattere materiale, esso risulta particolarmente, a voler limitare il discorso all'*actio in personam*, da quelle testimonianze giurisprudenziali nelle quali la nascita dell'azione è collegata non all'inadempimento della obbligazione, ma direttamente al fatto che la genera. In essi si dice che l' '*actio nascitur, oritur, paritur, renascitur, proficiscitur*'<sup>80</sup> e, perciò, deriva dalla causa del vincolo (un contratto, un delitto) e non dal diritto, dal rapporto obbli-

<sup>74</sup> Una fuggevole attenzione a questi testi, ma sempre nel quadro di questa concezione dell'azione, vi dedica G. PASTORI, *Profilo*, cit., 177 s. che si appella (v. *ante*, nt. 60) alla «connessione che, nel sistema romano, esiste tra l'*oportere* sostanziale e l'*oportere* processuale».

<sup>75</sup> Impiego questo termine, invalso nell'uso comune, per evitare l'impiego di 'sostanziale', che richiamerebbe inevitabilmente l'opposizione a 'formale', riferito specialmente all'attività processuale, anche se 'materiale' modernamente trova il suo opposto in 'formale'. Va avvertito che 'materiale' e 'formale', prima indistintamente compresenti in un valore iniziale complesso, si sono venuti distinguendo solo in progresso di tempo.

È solo una arbitraria congettura talora formulata dalla dottrina (M. KASER, *Das römische Privatrecht* I<sup>2</sup>, cit., 224), priva di ogni verosimiglianza, che questo valore si dovrebbe ad uno sviluppo storico tardo, di cui non sono determinate le ragioni, laddove esistono inoppugnabili prove della emersione progressiva della distinzione del processo a fronte delle manifestazioni sostanziali del diritto.

<sup>76</sup> Sono insufficienti o addirittura conducenti alle concezioni opposte, indicate nel testo, le spiegazioni del fatto «che i Romani, anziché parlare il linguaggio dei diritti, usavano preferibilmente quello dell'*actiones*». Il Pugliese, che in questi termini ripete la comune rilevazione (v. G. PUGLIESE, v. Azione, in *NNDI* 2, Torino 1958, 27) ascrive questo fenomeno a molte e (ammette egli stesso) non sempre chiare cause: «l'importanza del momento giudiziario in un sistema fondato in larga parte sulla consuetudine e sulla elaborazione dei giuristi; il ruolo svolto dal pretore nel rinnovamento del diritto; l'assenza di una nozione che si attagliasse ai rapporti di credito». La ragione è una soltanto e la lamentata mancanza di chiarezza delle ragioni addotte svanisce con il loro ricondursi al fatto che tutta l'esperienza giuridica antica riposa sul comune denominatore dell'azione.

<sup>77</sup> Perciò tralascio, in generale, le indicazioni dei testi e della letteratura.

<sup>78</sup> Ne ho parlato nelle lezioni cit. in nt. 1.

<sup>79</sup> Parte III. *Actio. Iudicium. D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.)*.

<sup>80</sup> Tale terminologia è indicata in M. KASER, *Das römische Privatrecht*. I<sup>2</sup>, cit., 224.

gatorio che pure appare prodotto da quella causa.<sup>81</sup> Nella concezione più antica il vincolo si risolve nel binomio atto – azione; nella concezione più recente, dacché la giurisprudenza ha creato l'*obligatio*, nel trinomio atto – *obligatio* – azione, in cui l'atto è divenuto causa anche della *obligatio* e questa è divenuta ragione della azione. Perciò - ma l'osservazione è tanto nota da rischiare di apparire banale - la denominazione delle *actiones in personam* reca comunemente il riferimento all'atto che ne è causa (*actio ex stipulatu; ex vendito; ex testamento* etc.) o della *res* che ne è oggetto (*actio rei venditae; creditae; locatae* etc.), non all'obbligazione come rapporto obbligatorio che esse fanno valere. Perciò '*actionem habere*' indica la titolarità del vincolo dal lato attivo. Corrispondentemente, il lato passivo del vincolo è predicato in termini di '*azione obligari*' (per cui, talora, è l'*obligatio* che appare fondata sull'*actio*'), di '*azione deberi*' e, come si dice che *actio tenet*, così si parla di '*azione teneri*' o, semplicemente, di *teneri*, per ellissi di '*azione*'. Perciò, l'*adstringere, obstringere* di cui al vincolo personale si deve - è osservazione quasi del tutto trascurata dalla dottrina - oltre che all'*obligatio*, come nella definizione di I. 3.13.pr., anche e, per noi prima, alla *actio*.<sup>82</sup>

Questo valore materiale di *actio* emerge anche in relazione a vicende diverse dalla nascita. Perciò, in relazione alla sua cessazione, si usano espressioni del tipo '*actio amittitur, cessat, consumitur, finitur, perimitur, tollitur*'.<sup>83</sup> Perciò, in relazione al mantenimento del vincolo, non può sorprendere che sia usata, e sempre con valore materiale, non soltanto, come già risulta, l'espressione '*actionem manere*'.<sup>84</sup> Alla lista va aggiunta<sup>85</sup> anche l'espressione '*actionem durare*'<sup>86</sup> che abbiamo visto impiegata dai *veteres*, laddove nei testi classici appaiono le espressioni '*obligationem perpetuari, produci*'.

Di questo valore materiale dell'*actio* possiamo qui limitarci ad indicare la spiegazione fondamentale. Essa è data dal fatto che l'*actio*, prima ancora che esercizio di una attività (*agere*) è potere di esercizio della stessa (*agere posse*). Ciò dipende dal fatto che, a differenza che nell'esperienza moderna, l'*actio* non è astratta, ma implica una ragione fondata. È questo il *ius actionis* cui nelle fonti appare collegato il richiesto '*recte agere*'.

<sup>81</sup> Sull'atto come *causa actionis* v. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, 80 ss.

<sup>82</sup> L'osservazione si deve a J. BINDER, *Prozess und Recht*, Leipzig 1927, 48, che cita D. 36. 1.55 (53) (Pap. 20 *quaest.*) e D. 50.1.17.15 (Pap. 1 *resp.*) per *adstringere*; cfr., per *obstringere*, D. 21.1.51.1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 17.2.45 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 50.17.60 (Ulp. 10 *disp.*); D. 23. 3.59.1 (Marcell. 7 *dig.*), citati anche da G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit. 318, nt. 1, che però trascura i testi che parlano di *azione adstringi*. Ma l'elenco può allungarsi e concerne lo stesso campo della presente ricerca: v. *infra*, § 15, riguardo all'uso di '*obstringi*' in D. 13.1.16 (Pomp. 38 *ad Q. M.*).

<sup>83</sup> V. M. KASER, *l. c.*

<sup>84</sup> V. *VIR.* III,2, 1764, 52 – 1765,7.

<sup>85</sup> Per M. KASER, cit., 224, nt. 9 «Eine Untersuchung des Problemkreises wäre erwünscht».

<sup>86</sup> Essa compare anche, con chiaro riferimento al valore materiale di *actio* in numerose testimonianze, alcune delle quali risalenti fino a Quinto Mucio: v. D. 44.7.56 (Pomp. 20 *ad Q. M.*); D. 47.2.77 (76) 1 (Pomp. 38 *ad Q. M.*); D. 4.5.8 (Gai 4 *ad ed. prov.*); D. 36.1.65 (63) 2 (Gai. 2 *fideic.*); D. 31.66.4 (Pap. 17 *quaest.*); D. 34.2.12 (Pap. 17 *quaest.*); D. 36.57 (55).5 (Pap. 20 *quaest.*); D. 12.2.11.2 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 6.1.27.2 (Paul. 21 *ad ed.*); D. 19.1.43 (Paul. 5 *quaest.*); D. 48.16.15.3 (Macer 2 *public.*). Per gli impieghi di *durare* con riferimento alla *obligatio* V. *VIR.* II, 422, 1-4. Mi propongo di esaminarli approfonditamente e di colmare, almeno su questo punto, la lacuna della dottrina denunziata dal Kaser.

Così si spiega - è il secondo rilievo che abbiamo fatto nella enunciazione della critica alla nozione corrente di azione come strumento processuale - come l'*actio* non abbia, di per sè, natura processuale. A negarle questa natura non sta semplicemente la facile constatazione che nelle fonti non è dato rintracciare la nozione di 'processo', se, come si deve, ci si accorda nell'identificare il processo giurisdizionale come una serie di atti finalizzati al giudizio. Quel che nelle fonti si trova è, bensì, '*iudicium*', ma tale termine indica fundamentalmente non il procedimento, ma l'atto del giudicare. Ora, è facile osservare che l'*actio* opera anche a prescindere dal giudizio, talora anche a prescindere da una *in ius vocatio*, e, comunque, *in iure* - senza sfociare nel giudizio - nei casi, che non devono apparire eccezionali, di *confessio in iure* (di *certa pecunia*), *indefensio* e *iusiurandum in iure delatum*. Il vero è che l'*actio* ha una natura propriamente esecutiva<sup>87</sup> e il giudizio è solo un incidente nell'*actio*, che può dar luogo, ma solo in caso di *defensio*, al procedimento *apud iudicem*.

15. Come abbiamo già accennato, la conferma del valore materiale dell'*actio* si può cogliere anche nel campo della presente ricerca.

Se leggiamo

D. 13.1.16 (Pomp. 38 *ad Q. M.*) *Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictio ne quoque ex furtiva causa obstringitur*<sup>88</sup>...

possiamo osservare il ricorrere anche qui, attraverso la stessa espressione (*obstringere*) su rilevata, dell'idea per cui è l'azione, piuttosto che l'obbligazione, che vincola.

Ancor di più può trarsi da

D. 13.1.7.2 (Ulp. 42 *ad Sab.*) *Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat, nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit: sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est conditionem adversus heredem durare. Quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus*.<sup>89</sup>

poiché non solo si ripresenta l'idea dell'azione che vincola (qui la *condictio obligat*), ma per la *condictio*, proprio in relazione al caso di perimento della *res furtiva*, ritorna l'espressione consueta, '*durare*', della quale risulta confermato l'uso con valore materiale.

<sup>87</sup> Questa qualifica è usata qui con una certa improprietà, opponendosi nel linguaggio moderno a 'dichiarativa', che allude alla pronunzia che enuncia la semplice spettanza di un diritto, non implicante di per sé la sua realizzazione. Si tratta ancora una volta, come nel caso, già visto *supra*, nt. 75, di 'materiale' a fronte di 'formale', di una delle tante opposizioni terminologiche imposte dallo sviluppo concettuale più recente.

<sup>88</sup> Mi limito qui a riportare solo la prima parte del testo, tralasciando di riferire il seguito, per l'esame della cui problematica v. P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983, 90; 96 s., con cit. della vastissima lett.

<sup>89</sup> Nel trattare dell'applicazione del principio della trasmissibilità passiva della *condictio*, come azione reipersecutoria, all'erede del *fur*, il testo afferma, in conseguenza, la responsabilità dell'erede per il caso del perimento del *servus furtivus*, dovunque lo schiavo si trovasse al momento della morte. Della *condictio*, che è passata a carico dell'erede, si dice che dura contro di lui (come durava contro il *fur*). Sul testo v. anche, ad altro proposito, A.L. OLDE KALTER, *Condictio ex causa furtiva und dominium*, in TR 38, 1970, 128 s.

16. È in vista del carattere materiale dell'*actio* che va spiegata la definizione che ne dà Celso in

D. 44.7.51 (Cels. 3 *dig.*) *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi.*

Si tratta bene della definizione dell'*actio in personam* e il valore materiale sembra risultare già dal riferimento che il testo fa a '*quod sibi debeatur*', come oggetto del *persequi*. Ma il condizionamento imposto dal pensiero moderno ha portato a sostenere che il *ius* di cui qui si tratta sia un potere processuale di perseguire una distinta pretesa di natura sostanziale. Si è pensato, infatti, che qui *iudicium* abbia il valore di 'giudizio', al punto che, attribuendovi anche il valore di 'processo', si è proposta anche, da tempo, l'integrazione *<in iudicio>* (= 'nel processo').

Tale interpretazione è fuorviante rispetto alla corretta rappresentazione dell'*actio* che, nella sua autonomia, come abbiamo visto, può prescindere del tutto da un ricorso al giudizio. Se la si è sostenuta e difesa è perché si è trascurato quell'altro valore di '*iudicium*', per cui il termine si riferisce al programma astratto di giudizio (normalmente un programma contenuto nell'editto) che può essere, ma solo eventualmente, adottato dalle parti, mediante la *litis contestatio*, in vista del giudizio. È ad esso che, nel processo formulare, si fa riferimento *in iure*, anche in vista di una *confessio* o in rapporto ad una *indefensio* o ad un *iusiurandum in iure*, poiché esso contiene l'*actio*, laddove, precedentemente, nell'*agere per legis actiones*, si faceva riferimento semplicemente alla *actio*.

17. Restituita la definizione dell'*actio* al suo significato materiale, occorre rendersi conto donde possa essere derivato il suo risolversi nella pretesa ad ottenere '*quod sibi debeatur*'. Ho già avuto occasione di enunciare la tesi che simile svolgimento fu dovuto alla affermazione del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' da parte dei sabiniani. Tutti i programmi di giudizio (è ben questo, nella formulazione del principio, il significato di *iudicia*) possono portare alla assoluzione del convenuto in caso di *satisfactio* dell'attore pur dopo la *litis contestatio*. Ora l'*actio* non è più diretta a realizzare il vincolo personale, in caso di mancata attuazione della previsione contenuta nell'atto vincolante, *causa* della *actio*, onere dal quale il convenuto poteva liberarsi pagando la *aestimatio* di cui alla *condemnatio pecuniaria*. La *satisfactio* è bene il contenuto di un vincolo personale che si atteggia nel senso di un rapporto obbligatorio diretto all'adempimento di una prestazione. Questo è uno svolgimento interpretativo dell'*actio* che si deve alla giurisprudenza classica.<sup>90</sup>

<sup>90</sup> L'emersione della nozione di *obligatio* dall'*actio* e il suo porsi accanto all'*actio* si coglie in Gai. 3.180, ove lo *scriptum* dei *veteres* (*ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*) riguarda la vicenda dell'*actio*, mentre viene ricondotto da Gaio alla *obligatio* (*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione...*) con il conseguente grave pericolo di equiparazione della *litis contestatio* alla *novatio* (su Gai. 3.180 v. R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere*, cit., 660 ss).

Altrettanto significativa è la testimonianza di Gai. 4.78 *Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est obligatio nasci potest*. Il discorso non è limitato al rilievo della impossibilità di nascita dell'*actio* tra l'avente potestà e il sottoposto a

Celso, nonostante la sua appartenenza alla *secta* dei Proculiani, mostra di averlo accolto. Potrebbe farne fede, in un campo contiguo a quello toccato dalla presente indagine, già la sua affermazione ‘*Impossibilium nulla obligatio*’ (Cels., D. 50.17.185), che si riferisce alla impossibilità iniziale, se fosse certo che qui il termine ‘*obligatio*’ è usato nel senso di rapporto obbligatorio e non nel senso di atto vincolante.<sup>91</sup>

Ma proprio nel campo affine della impossibilità sopravvenuta, al quale torniamo, si può cogliere, come testimonianza di un travaglio di pensiero svolgentesi nello stesso senso, il principio della *purgatio morae*, da lui affermato secondo la notizia che ne dà il seguito, finora non esaminato, di

D. 45.1.91.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*) ...*Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, qua re non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*<sup>92</sup>

potestà e si estende, a mo’ di motivazione, al rilievo dell’impossibilità di nascita, tra gli stessi, dell’*obligatio*. Ma il mutamento dell’indicazione dei soggetti del vincolo (che si dice prima intercorrente tra *filius-pater* e *servus-dominus*, dopo ‘*inter me et eum qui in potestate mea est*’) è indizio della diversa paternità dell’enunciazione iniziale, probabilmente dovuta all’archetipo, e della motivazione successiva, probabilmente dovuta a Gaio. Lo svolgimento del discorso in termini di *obligatio* era possibile a Gaio, dato l’avvenuto riconoscimento, all’inizio dell’età classica, della nozione di *obligatio* da atto lecito e l’estensione alla figura della *obligatio ex delicto* (cfr. F. DE VISSCHER, *Les origines de l’obligation ‘ex delicto*’, in *Études de droit romain*, Paris 1931, 278, che rileva che ‘uno stesso autore difficilmente può avere scritto che non nasce alcuna azione e che il motivo di ciò è che nessuna obbligazione può nascere’. Contro, G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in *Obligatio – obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, 2011, 42, nt. 55. Diversamente G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., 153 s., per cui la portata dell’aggiunta sarebbe stata quella di evidenziare come l’*actio* si connetta ad una ragione fondata).

Nello stesso senso va ricordato il largo fenomeno di sostituzione nei testi della compilazione giustiniana di ‘*obligatio*’ ad ‘*actio*’ (v., per es., indipendentemente dall’angolo visuale qui assunto, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* II, Roma 1928, 9, nt. 1; G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi Bonfante* III, Milano 1930, 520), resa possibile dal senso materiale di *actio*. Questa sostituzione ricorre, tanto per fare un esempio, in D. 2.14.7.2 (Ulp.4 *ad ed.*) *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem (ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias): hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem < actionem > [obligationem]...* (v. per la diagnosi dell’alterazione R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, AUPA 37, 1983, 217 s.: è particolarmente significativo che qui ‘*obligationem*’ venga a trovarsi al posto di ‘*actionem*’ dopo il precedente impiego genuino di ‘*obligationem*’ nel senso di ‘atto vincolante’).

È da ricordare che il fenomeno di sostanzializzazione dell’*actio* porta alla rappresentazione dell’*obligatio* come *mater actionum* (PT. 3.13. pr. Cfr. le rubriche ‘*De obligationibus et actionibus*’ di D. 44.7 e C. 4.10).

<sup>91</sup> Rimane dubbio per W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 100.

<sup>92</sup> Sul testo v. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 16 ss. (con lett. 17, nt. 3); P. CERAMI, *La concezione celsiana del ius*, in AUPA 38, 1985, 96 ss., con lett. (97, nt. 171); J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, Berlin 1999, 134 ss. (con altra lett.: 134, nt. 556); *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 21; 26 s.; A. MANTELLO,

Messa da parte, come di immediata comprensione, l'ipotesi di impossibilità sopravvenuta cagionata dal *promissor*, si affronta la incerta questione, relativa al caso della mora, se la mora 'precedente' (questo appare il senso di '*superior*'<sup>93</sup>) possa emendarsi, ove chi ha fatto il ritardo (*moratus sit*)<sup>94</sup> non sia stato successivamente in mora.

Al riguardo viene citata l'opinione di Celso '*adulescens*', secondo cui chi ha commesso una mora nella prestazione dello schiavo che aveva promesso può emendare quella mora con una offerta successiva (della prestazione dovuta).

Nella interpretazione di questa parte della testimonianza è apparso dubbio il significato di '*adulescens*'. Per qualcuno<sup>95</sup> il termine sarebbe stato usato per distinguere Celso figlio dal giurista padre. Più probabile appare il riferimento all'età giovanile, come dato significativo della passionalità polemica<sup>96</sup> propria di Celso, qui precocemente manifestata in una questione '*de bono et aequo*', quale quella trattata, contro il frequente errore in cui si poteva cadere, con gravissime conseguenze, seguendo l'*auctoritas* della *iuris scientia*. Ma l'aggettivo potrebbe indicare, come vedremo, un percorso scientifico iniziato dal giurista in una direzione, che sfocia proprio nella sua definizione dell'*actio*.

Più grave problema, generalmente non avvertito, riguarda la portata che assume nello stesso testo il termine *mora*. Pare difficile, invero, ritenere che qui il termine indichi, conformemente al significato moderno, senz'altro, la situazione del debitore che si trova in ritardo nell'adempimento. Vero è che questa prospettiva non manca nella impostazione della questione (*an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora*), ma si tratta solo della situazione in cui si risolve la mora di cui si tratta. La mora, di cui è problema se si estingue, è una mora precedente ('*superior*'), posta in essere da chi '*moratus sit*', 'abbia ritardato', abbia compiuto un fatto, seppur omissivo (di qui l'espressione consueta: '*moram facere*'<sup>97</sup>),

*La retorica*, cit., 123 ss., nell'interessante prospettiva della retorica. Ho tralasciato il periodo finale (*Nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, qua re non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*) che J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 83 ritiene genuino, contro A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in AUPA 11, 1923, 230; per la sua interpretazione v. C. A. CANNATA, cit. in nt. 107.

<sup>93</sup> V. A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit. 290 (= *Compromissum e cautio vadimonium sisti*, cit., 669). A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in BIDR 11, 1923, 230, nt. 1 sospetta della genuinità di '*superior mora*', perché «non c'è punto una prima mora a cui il *superior*, sia pure impropriamente, possa riferirsi, esso dunque deve significare la mora di cui sopra». E così coinvolge nel sospetto '*eam moram*'.

<sup>94</sup> Cfr., nel precedente § 1 di D. 45.1.91, '*nisi posteaquam moratus est solutionem*', che abbiamo tradotto (*supra*, § 4, nt. 23) col parlare del caso 'abbia ritardato la *olutio*', mantenendo, nella forma verbale '*moratus est*', il riferimento all'atto concernente l'oggetto costituito dalla *olutio*. C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., 118, traduce invece: «a meno che un qualche evento del genere che abbiamo preso in considerazione non sia intervenuto durante la mora del promittente stesso», trasformando, nel dire «durante la mora», l'atto del ritardo in situazione di ritardo.

<sup>95</sup> V. in questo senso ultimamente A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano*, in SDHI 69, 2003, 43 s.; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 118, però non così reciso (ivi, 118, nt. 40, altre cit.).

<sup>96</sup> V. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 197. Ammette la possibilità del riferimento all'età giovanile A. MANTELLO, *La retorica*, cit., 141 s.

<sup>97</sup> Per l'indicazione della mora come *factum* v. D. 46.1.58.1, richiamato da C. A. CANNATA, *Per lo studio*, cit., 92, su cui *supra*, § 4, nt. 22; § 11. A questa indicazione corrispondono gli innumerevoli impieghi dell'espressione '*moram facere*' (v. *VIR.* III/2, 1958, 30-52; 1959, 1-24); ma anche dell'espressione '*mora*

di cui è da stabilire se il debitore possa fare la *purgatio* (il testo dice, appunto, ‘*emendare e a m moram*’) facendo successivamente (*postea*) un’offerta<sup>98</sup>.

Questa interpretazione, al di là degli spunti rilevati che in suo favore può offrire la più stretta aderenza della traduzione al testo, è resa probabile dalla individuazione della ragione di coloro ai quali Celso si opponeva. Che questi fossero soltanto dei pratici, caduti in errore nell’applicazione degli insegnamenti dei giuristi,<sup>99</sup> non pare. Celso ha l’aria di prendersela proprio con la *iuris scientia*.<sup>100</sup> Ma quale poteva essere la posizione opposta?

*fi t’* (v. *VIR.*, cit., 1957, 23-49) a fronte del limitatissimi impieghi dell’espressione ‘*in mora esse*’ (v. *VIR.*, cit., 1961, 30-38).

Al di fuori della traduzione che proponiamo della testimonianza di Celso, evidenzia questo significato di *mora*, rispetto al significato moderno di ‘situazione giuridica’, J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 26 s. (contro, C. A. CANNATA, *Iura* 57, 2008-2009, 308, per cui tanto la nozione moderna che quella romana di *mora* «corrispondono ad una situazione giuridica il cui inizio risiede in un fatto consistente nella violazione di un dovere») per individuare la posizione che assumevano gli avversari di Celso («Wäre – wie heute – *mora* des Schuldners ein Rechtszustand, würden auch Celsus’ Gegner nicht leugnen wollen, daß sie durch ein nachfolgendes Angebot endet’... Daß Celsus’ Gegner sich dieser Möglichkeit verschließen, ist deshalb so kritikwürdig, weil sie die *mora* damit wie eine Tatsache behandeln, die, einmal eingetreten, nicht mehr ungeschehen zu machen ist. *Mora* ist jedoch nur die Rechtsbezeichnung eines Verstoßes gegen die Pflicht zur rechtzeitigen Leistung»: p. 26). «Quel che Celso faceva» (rendo il pensiero di J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit. 27, con le parole di C. A. CANNATA, cit., 288) «era invece di chiarire il carattere normativo dell’elemento *mora* della fattispecie, costruendone la nozione non solo dalla violazione del dovere di prestazione tempestiva, ma anche dal comportamento successivo del debitore e dal rapporto di tale comportamento con il perimento della cosa». Con ciò, per J. D. Harke, Celso, ‘senza volerlo’ ha posto in dubbio il concetto stesso di *perpetuatio obligationis* ed evidenziato la sua intima contraddizione, consistente da un lato nel prolungamento all’indietro (dalla *litis contestatio* all’inizio della *mora*) del momento rilevante per la determinazione dell’interesse del creditore, dall’altro nel fatto che l’evento che produce la responsabilità, cioè, per Harke, il perimento della cosa, si verifica solo dopo questo momento. Occorre rilevare che, se si sta all’idea romana di responsabilità come esposizione all’*actio* (*actione teneri*), l’estinzione della cosa non produce la responsabilità potenziale (*agere posse*) che esiste, come primaria, in dipendenza del valore materiale dell’*actio* (su cui v. *supra*, § 14 ss.), fin dal momento del compimento dell’atto vincolante, ma la responsabilità secondaria, come esposizione all’azione in concreto (*agere*) dipendente dal fatto della *mora* e dal perimento della cosa che concretizza questa responsabilità.

<sup>98</sup> Avverte, evidentemente, le particolarità delle espressioni usate nel testo, come già A. Guarneri Citati (v. *supra*, nt. 93), H. SIBER, *Römisches Recht*, cit., 254, ma, invece di tentarne una spiegazione in un ordine di idee diverso da quello consueto, per cui la *mora* è rappresentata, anche dopo l’età classica, unicamente come ‘situazione giuridica’, se ne sbarazza, segnando nel testo le atetesi [*Haesitatur- superior mora, Et*]; [, *qui moram fecit – promiserat*] e [*eam*].

<sup>99</sup> È questa l’interpretazione, peraltro isolata, di C. A. CANNATA, in *Iura* 57, 2008 – 2009, 287, nt. 5: ‘*sub auctoritate iuris*’ indicherebbe il valersi da parte di avvocati, «di enunciati di giuristi che si riferivano alla *mora* e alla *perpetuatio* in generale e quindi erano citati a sproposito» e richiama la «difficoltà che i pratici non giuristi dovevano avere per maneggiare i concetti raffinati della responsabilità nel diritto privato». L’opinione comune è nel senso di una presa di posizione, diffusa tra i giuristi, in nome del ‘*bonum et aequum*’ (v. specialmente S. RICCOBONO JR., *profilo storico*, cit., 198; V. SCARANO USSANI, *Cultura e politica*, cit., 119; P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 97 s.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., 44 s.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., 185 s.) contro una diversa tendenza giurisprudenziale, ma il discorso è spesso condotto in termini generali, senza cercare di stabilire compiutamente quale fosse la posizione assunta dai giuristi avversari da Celso in rapporto alla questione della *purgatio morae* specificamente trattata nel testo.

<sup>100</sup> Al riguardo occorre stabilire a quale epoca risalga l’emersione del problema della *emendatio morae*. J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 81, sostiene che l’elaborazione della *purgatio morae* risale

Non deve sorprendere che essa possa risultare da un caso che ha un certo collegamento con quello di D. 45.1.91.3 e che è trattato dallo stesso Celso. Ne parla

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

Il caso nasce da una *stipulatio poenae* relativa ad un *compromissum*, per cui l'*arbiter* ha stabilito che si dia '*intra kalendas Septembres*'. Il debitore non ha dato nel termine stabilito e, tuttavia, successivamente ha fatto l'offerta. Ma, a differenza che in D. 45.1.91.3, Celso non riconosce in D. 4.8.23 pr. all'offerta l'effetto estintivo proprio della *emendatio morae* (*attamen commissam poenam compromissi non evanescere*). Perciò il creditore può agire con l'*actio ex stipulatu* per la *poena*. La sua pretesa è fondata *iure civili* e può essere respinta solo con l'*exceptio doli*.

Qui non importa render conto della ragione della diversità di trattamento, che è stata scorta nella rigidità del regime della *stipulatio poenae*.<sup>101</sup> Quel che ci si può limitare a rilevare è che la motivazione contenuta in D.4.8.23 pr. ('*semper verum est intra kalendas datum non esse*') connette la mora al fatto di non avere pagato.<sup>102</sup>

Ciò è precisamente corrispondente a quel che abbiamo rilevato nella traduzione di D. 45.1.91.3, in cui la mora appare fondamentalmente nella prospettiva del fatto che crea la situazione di ritardo. Non sembra perciò azzardato supporre che questa sia stata la concezione dei giuristi avversati da Celso.<sup>103</sup> Invece Celso, nell'ammettere in generale, superando le esitazioni della *iuris scientia*, la possibilità in ragione di una valutazione *ex bono et aequo* - circa una questione fonte di frequenti errori - che la mora sia emendata da un'offerta successiva, consente una rappresentazione della mora, oltre che come fatto cagionante il ritardo iniziale, come conseguente situazione di ritardo, che trova espressione nella sopra evidenziata impostazione del problema (*an si postea in mora non fuerit*).<sup>104</sup>

essenzialmente agli alto classici Celso, Giuliano e Marcello. Tanto il dimensionamento contenuto in 'essenzialmente' che la qualifica di 'alto classici' fanno pensare ad una emersione precoce. D'altra parte, C. A. CANNATA, in *Iura* 57, 2008-2009, 311 gli oppone la testimonianza di Sab. *ap. Jav. 2 epist.*, D. 45.1.105, in cui la soluzione di Sabino si vale evidentemente della nozione di *purgatio morae*. Il riconoscimento della possibilità di *purgatio morae* deve essere attribuito non solo a Sabino, ma anche alla sua scuola, dato l'accoglimento da parte dei sabiniani del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*'. Ammessa l'efficacia liberatoria dell'offerta *post litem contestatam*, doveva essere ancor più facile ammettere l'efficacia liberatoria di cui alla *purgatio morae*. Perciò si può ipotizzare che Celso si opponesse alle esitazioni di giuristi della sua *secta*. Si tratta forse (come vedremo *infra*, § 18) di un primo passo su quella via che dovette condurlo, attraverso l'accoglimento anche da parte sua del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*', alla definizione dell'*actio* come potere di ottenere la prestazione.

<sup>101</sup> V. gli interessanti rilievi di A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., 286 ss.; 342 e nt. 46; *Compromissum e cautio vadimonium sisti*, cit., 665 ss. L'indagine relativa al regime della *stipulatio poenae* indica una linea di ricerca di grande rilievo per la individuazione dei caratteri originari del vincolo personale, data l'importanza che nella sua storia appare con evidenza doversi riconoscere proprio alla *stipulatio poenae*.

<sup>102</sup> Il merito del rilievo va a J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit. 26.

<sup>103</sup> Concordo con J. D. HARKE, *l.c.*

<sup>104</sup> Non si può escludere che la possibilità di questa rappresentazione sia apparsa anche a quanti, se



18. In vista di questa rappresentazione della mora può formularsi una ipotesi, che rende conto di quello che dovette essere il percorso seguito da Celso nello svolgimento del suo pensiero.

Forse il primo passo fu rappresentato per lui, ancora *adulescens*, dalla dottrina della mora. Il riconoscimento della mora come situazione giuridica era coerente con la nozione di rapporto contrattuale, implicante responsabilità, che egli doveva riconoscere come proculiano.<sup>105</sup> Pertanto egli doveva ammettere l'offerta successiva di cui alla *purgatio morae* come causa di estinzione della responsabilità nascente dall'*actio*.<sup>106</sup> Ma i sabiniani erano venuti riscendo, per tutti i *iudicia*, l'efficacia liberatoria anche alla offerta successiva, *post litem contestatam*. Ciò li aveva condotto a rappresentarsi il vincolo personale non come rapporto di responsabilità, ma come rapporto di debito, implicato nella *obligatio*, in quanto tutelato da azione. Questo passo appare già compiuto da Giavoleno. Muovendo dalla posizione assunta riguardo alla mora, che non a caso Giuliano, allievo di Giavoleno, condivide, Celso deve avere trovato facile accettare la dottrina sabiniana ed ammettere che il soggetto vincolato potesse liberarsi con un adempimento tardivo, anche *post litem contestatam*. Compiuto questo passo, la via fu aperta alla definizione dell'*actio* in senso, pur sempre materiale, di potere di perseguire attraverso il programma, anche astratto, di giudizio, '*quod sibi debeatur*', volto perciò ad ottenere la prestazione propria del rapporto obbligatorio.

19. Il riconoscimento della *obligatio* dovette portare di fronte a problemi nuovi. È in questa prospettiva che va studiata la testimonianza di

D. 45.1.91.6 (Paul. 17 *ad Plaut.*) *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.*

ve ne furono, che pur fra i proculiani ammisero la *purgatio morae* prima di Celso. L'idea del rapporto non doveva essere nuova tra essi, potendosi far risalire allo stesso Labeone, al di là della nozione di contratto, quella di rapporto contrattuale, comunque generante responsabilità, non ancora, tuttavia, quella di rapporto obbligatorio, generante obbligo di adempimento [v. sul punto R. SANTORO, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, cit., 577 s.]. Perciò essi potevano essere propensi ad ammettere la *purgatio* della mora come ritardo anche con offerta successiva. Fatto sta che '*in mora esse*' appare già in D. 45.1.113.1 (Proc. 2 *epist.*): *Cum venderet aliquis, promisit emptori fideiussores praestari et rem venditam liberari: quae ut liberetur, nunc desiderat emptor: in mora est is, qui ea stipulatione id furutum promisit: quaero quid iuris sit. Proculus respondit: tanti litem aestimari oportet, quanti actoris interest.* (Tralascio ogni rilievo circa la genuinità del testo e la sua strutturazione). Nel *principium* il trattamento della *mora* nella *stipulatio poenae* da parte di Proculo sembra in contrasto con quello che dovrebbe essere l'atteggiamento della *secta* che da lui prende il nome. M. TALAMANCA, v. *Pena privata (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* 32, 1982, 721 e nt. 77, ne deduce la possibilità di ipotizzare una divergenza tra giuristi che corresse anche all'interno delle scuole.

<sup>105</sup> Cfr. nt. prec.

<sup>106</sup> Si può perciò ipotizzare che a questa possibilità abbiano pensato prima di lui anche altri giuristi proculiani e che la questione affrontata da Celso fosse interna alla sua scuola: vedi nt. 104 i.f.

relativa alla possibilità di applicare al rapporto obbligatorio perpetuo la *acceptilatio*, la *fideiussio*, la *novatio*.<sup>107</sup>

A questi problemi dogmatici posti dalla giurisprudenza romana dell'età classica, come a quelli giustapposti dalla dogmatica contemporanea,<sup>108</sup> non posso qui dedicare l'attenzione che meritano.

Quel che intanto ho voluto stabilire, e di cui confido si possa prendere atto, è solo il punto di partenza di una vicenda storico-dogmatica che muove dall'idea della permanenza del vincolo personale inteso come soggezione all'*actio* (*actione teneri*, originariamente inteso come responsabilità primaria, in relazione al primigenio valore materiale dell'*actio*) prima che dal suo seno la giurisprudenza classica traesse la nozione di *obligatio* e potesse parlare, in conseguenza, di *durare, produci, perpetuari obligationem*.

Ciò non significa che i problemi della dogmatica antica e moderna debbano essere trascurati. Gli uni, come anche gli altri, reciprocamente illuminantisi, esigono una considerazione adeguata, se si muova – come ritengo si debba – dall'idea per cui il diritto si risolve nella totalità dell'esperienza giuridica e la sua conoscenza, che ne è parte integrante, nella rappresentazione storiografica di tutte le sue manifestazioni.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Sul testo v. già C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 98 s. Cfr. *Cunabula iuris*, in *Studi Brogginì*, Milano 2002, 72 s.

<sup>108</sup> Mi riferisco particolarmente al lavoro di J. D. HARKE, *Mora creditoris und mora debitoris*, cit., in cui la trattazione dei problemi storici è accompagnata, in chiave critica, dalla trattazione di problemi dogmatici della cd. *perpetuatio obligationis* relativi alla mora, che tiene conto degli orientamenti del pensiero contemporaneo, e alla minuta rassegna che ne ha fatto C. A. CANNATA, in *Iura* 57, 2008-2009, 281 ss. Una attenta riconsiderazione merita in particolare, proprio in vista della sostituzione della *obligatio* alla *actio in personam*, il fenomeno del *perpetuari* in relazione alla mora, come causa di responsabilità da non confondere con il rischio del perimento della cosa che vi è ricondotto come conseguenza (sul punto v. *supra*, nt. 28).

Un ampio quadro delle problematiche relative al '*perpetuari obligationem*', con indicazione degli orientamenti preferibili, è presentato da A. TORRENT, *Perpetuatio obligationis*, cit., in vista di un lavoro da dedicare al tema.

<sup>109</sup> Cfr., sulla mia concezione dell'esperienza giuridica, la messa a punto rispetto al pensiero di Bernardo Albanese, in R. SANTORO, *Un ricordo di Bernardo Albanese*, in *Scritti minori*, II Torino 2009, 648. La mia insistenza sul momento dell'*actio*, da cui si è svolta per me tutta l'esperienza giuridica, e la connessa accentuazione del suo carattere dinamico valgono a distinguere il mio pensiero da quello di Riccardo Orestano, di cui seguo l'orientamento di massima.

SALVATORE SCIORTINO  
(Università di Palermo)

*Res acta* e potere magistratuale  
di interrompere una *legis actio* irregolare

ABSTRACT

The paper deals with the reconstruction of the *res acta* notion in the *legis actiones* and, in particular, with the identification of the moment from which the so called 'trial preclusion' occurred. This research is useful in order to answer the question whether the *magistratus cum iurisdictione* could stop *in iure* a *legis actio* characterized by plaintiff's errors or omissions enacting, in this way, the final loss of the dispute.

PAROLE CHIAVE

*Res acta*; *legis actiones* contenziose; preclusione processuale.



## RES ACTA E POTERE MAGISTRATUALE DI INTERROMPERE UNA LEGIS ACTIO IRREGOLARE

SOMMARIO: 1. Il momento a partire dal quale si producevano gli effetti preclusivi nelle *legis actiones*: sintesi delle tesi proposte in dottrina. 2. Critica della tesi secondo la quale, coincidendo la *res acta* nelle *legis actiones* con il giudicato, solo da esso si sarebbero prodotti gli effetti preclusivi all'instaurazione di una nuova azione *de eadem re*. 3. Critica della tesi che retrodata alle *legis actiones* gli effetti preclusivi caratteristici della *litis contestatio* formulare. 4. Necessità di accogliere l'idea secondo la quale gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* si producevano con l'esercizio stesso dell'*actio* che, una volta intentata, non sarebbe stata ripetibile. 5. I risultati raggiunti permettono di fornire una soluzione positiva alla dubbia configurazione del potere del magistrato giudicante di rifiutare la propria collaborazione allo svolgimento di una *legis actio* non completa in tutte le sue parti o elementi, ovvero svoltasi non regolarmente. 6. Chiusura.

1. È incerta l'individuazione del momento a partire dal quale si producevano nelle *legis actiones* quelli che, almeno a partire da una certa epoca, vennero avvertiti e affermati nei termini di 'effetti preclusivi', ossia ostativi (in negativo) di una nuova *legis actio de eadem re* a prescindere dall'esito della precedente azione.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ci serviamo delle espressioni 'preclusione processuale' ed 'effetti preclusivi' nel senso chiarito nel testo; tuttavia, l'esatta individuazione della portata del concetto di preclusione affatica non poco la dottrina processualciviltistica italiana che, addirittura, è arrivata a dubitare della validità stessa di questo concetto sul piano dogmatico. Sul punto si vd.: A. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *JUS* 10, 1959, 1 ss.; ID., *s.v. Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, 34, Milano 1985, 893 ss. Circa la differenziazione tra efficacia pregiudiziale ed efficacia preclusiva o esclusiva vd. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955, 5-8, con ulteriori precisazioni terminologiche in tema di preclusione e consunzione dell'azione (192 s.); ID., *L'effetto normativo della sentenza*.<sup>2</sup> (*Corso di diritto romano*), Palermo 1960, 17 s. L'effetto preclusivo in diritto romano è sintetizzato dalla nota massima '*bis de eadem re ne sit actio*' (Quint., *Inst. orat.* 7.6.4).

Con specifico riferimento all'effetto preclusivo nelle *legis actiones*, 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, 19 ss. (= *AUPA* 42, 1992, 209 ss., paginazione che non abbiamo seguito) (= *Scritti giuridici*, I, cur. G. FALCONE, Palermo 2003, 465 ss.), ha avuto modo di distinguere tra l'età predecemvirale e quella successiva.

Per l'età più antica, lo studioso non condivide l'affermazione diffusa secondo la quale sarebbe esistita una *regula iuris* che vietava di *lege agere* una seconda volta *de eadem re*. In particolare, la *legis actio sacramenti* (*in rem* e *in personam*) e la *legis actio per manus iniunctionem* (troppo poco sappiamo della *legis actio per pignoris captionem*) sarebbero state incontrovertibili una volta definite con *addictio* o con sentenza e, quindi, sarebbero state irripetibili – grazie anche al *denegare actionem* del magistrato – in virtù della loro natura

Mentre, infatti, per il processo formulare è detto espressamente da Gaio (Gai 3.181 e 4.106-107) che essi si verificavano in esito alla *litis contestatio*, altrettanta certezza nelle *legis actiones* non è lecito nutrire, anche per i dubbi che – come vedremo – si annidano attorno alla esatta ricostruzione dei caratteri della *litis contestatio* (si intende, per quelle *legis actiones* nelle quali si può presumere che essa intervenisse).

Sintetizziamo qui di seguito le tre teorie che fin ora sono state elaborate in argomento:

(1) Secondo una prima possibile ricostruzione,<sup>2</sup> nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo nei confronti dell'esercizio di una nuova azione si sarebbe realizzato quando l'*agere* fosse stato definito con un giudicato o, eventualmente, con l'*addictio* pronunciata dal magistrato. Ciò principalmente sulla base del divieto di *rem actam agere*, ampiamente documentato nelle fonti e comunemente ricostruito identificando la *res acta* con il *iudicatum*.

esecutiva e non per effetto di un preteso principio generale di preclusione.

Per l'età successiva all'introduzione della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, grosso modo corrispondente all'epoca postdecevrale, si dovette affermare un indirizzo giurisprudenziale volto ad escludere che si tornasse a *lege agere* una seconda volta *de eadem re*: tale principio, che era espresso come divieto di *agere acta*, non si affermò quale *regula iuris* ma come orientamento generale espressione di una precisa esigenza giuridica.

Infine, lo studioso è favorevole dell'applicazione del principio di preclusione dapprima solo per le *actiones in personam* e, in un secondo momento, per quelle *in rem*, in ordine alle quali si applicò dapprima il criterio della incontrovertibilità: il principio di preclusione sarebbe stato esteso alle azioni *in rem* solo in seguito per opera dell'attività rispondente dei giuristi laici.

<sup>2</sup> A. H. J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, Oxford 1901, 243 ss.; E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injuresession und vom Pfandrecht*, in ZSS 27, 1906, 311; M. MOLÈ, *s.v. Sentenza (diritto romano)*, in NNDI 16, 1969, 1087 e nt. 7; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I. Le legis actiones. Corso di diritto romano Anno Accademico 1961-62*, Roma 1963, 395 ss. e 397: «quell'efficacia preclusiva che nel processo *per formulas* risulta concentrata nella *litis contestatio*, sembra invece essere stata nelle *legis actiones* stemperata e diffusa in tutto il processo e non aver potuto perfezionarsi se non in seguito al *iudicatum* o nei processi non contenziosi in seguito all'*addictio* pronunciata dal magistrato»; ID., *s.v. Giudicato civile (storia)*, in Enc. dir., 18, Milano 1969, 729, con una apertura in favore della produzione degli effetti preclusivi anche a prescindere dal giudicato: «la forma in cui la regola (*scil. rem actam agere*) è stata tramandata sembra dimostrare che, quando essa fu formulata (tra la fine del III e il I sec. a.C.) non si pensava ad un effetto proprio della sentenza o della *res iudicata*, ma lo si collegava allo svolgimento del processo nel suo insieme, in particolare all'*agere in rem*, che era prima di tutto attività delle parti»; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, 16 s. e nt. 40, con indicazione di altra letteratura. Ancora, M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 98 ss., pensa che la *res acta* facesse riferimento alle sole liti già decise con sentenza, ma limitatamente all'età più antica nella quale non era conosciuta la bipartizione strutturale delle *legis actiones*: «Ed allora, *res acta* non avrebbe potuto significare altro che 'lite già decisa'»; ID., *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, II, Napoli 1997, 17 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 645 ss.). Sulla scia di Marrone si vd. ancora M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München 1996, 80 ntt. 60-61. Recentemente hanno espresso questo avviso R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 168, sebbene in termini dubitativi: «mentre nel processo formulare gli effetti estintivi e preclusivi sono effettivamente riconducibili alla *litis contestatio*, nel processo *per legis actiones* simili esiti parrebbero raggiungersi solo con la sentenza» e A. CORBINO, *Riflessioni sul problema della continuità del pensiero giuridico romano, tra risalenza di discipline e modernità della loro configurazione teorica. Il caso del processo arcaico per legis actiones*, in *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel. Fundamina. A Journal of Legal History. Editio specialis 20-1*, 2014, 182.

(2) Altri studiosi<sup>3</sup> hanno invece creduto che per le *legis actiones* gli effetti preclusivi fossero regolati allo stesso modo del processo formulare: essi, cioè, si sarebbero prodotti una volta compiuta la *litis contestatio*, ovvero, una volta intervenuto l'atto conclusivo della fase *in iure*. In questo caso, si tratta di capire sia quali fossero i caratteri della *litis contestatio* nelle *legis actiones* per poterne valutare correttamente gli effetti, sia se esistesse – ed eventualmente in cosa consistesse – un atto formale di conclusione della fase *in iure* emesso dal magistrato giudicante.

(3) Infine, è stata compiutamente elaborata da Moriz Wlassak – sulla base di precedenti accenni già presenti nella dottrina tedesca di metà Ottocento<sup>4</sup> – e in Italia particolarmente sostenuta da Arnaldo Biscardi<sup>5</sup> e, dopo di lui, da altri autorevoli studiosi,<sup>6</sup> la tesi secondo

<sup>3</sup> E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin 1871, 334 ss. e specialmente 337; ID., *Über Anfang und Ende des "in iure" Verfahrens im Römischen Formularprozess: ius dicere – litem contestari*, in ZSS 27, 1906, 34; E. KLEINSCHROD, *Über die Prozessualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils*, Leipzig 1875, 4 ss.; G. DEMELIUS, *Die confessio im römischen Civil-process und das gerichtliche Geständnis der neuesten Processgesetzgebung*, Graz 1880, 90 ss.; F. L. VON KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*<sup>6</sup>, Leipzig 1883, 303 ss.; TH. SCHWALBACH, *Ueber ungültige Urtheile und die consumierende Wirkung der Litiscontestatio*, in ZSS 6, 1885, 133; P. COLLINET, *Contributions à l'histoire du droit romain. II. La nature originelle de la litis contestatio*, in NRHDFE 26, 1902, 544 ss.; A. ESMEIN, *L'effet relatif de la chose jugée*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 245; PH. MEYLAN, *Origine de l'effet extinctif de la litis contestatio*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, II, Paris 1926, 88 ss.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, II. Le legis actiones*, Bologna 1948, 320; G. JAHR, *Litis contestatio Streitbezeugung und Prozeßbegründung im Legisaktionen und im Formularverfahren*, Köln-Graz 1960, 63 ss. e 226; N. BELLOCCI, *La genesi della «litis contestatio» nel procedimento formulare*, Napoli 1965, 45 ss.; G. BROGGINI, *Le «legis actiones»*, in *Labeo* 11, 1965, 377 ss.; M. KASER, *Zum Formproblem der litis contestatio*, in ZSS 84, 1967, 8 ss.; C. ST. TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, in IVRA 24.1, 1973, 62 ss. Dobbiamo annoverare tra questi studiosi anche M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 38 [= 484], che, in quest'ultimo lavoro ha espresso l'avviso secondo il quale non fossero ripetibili le *legis actiones* per le quali si era compiuta la fase *in iure*.

<sup>4</sup> M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, I. Der römische Civilprozeß, 1. Legis actiones*, Bonn 1864, 178: «Denn die Consumtion des Klagerechts ... wird in dieser ältesten Zeit nicht an die *Litis Contestatio*, sondern an die *Legis Actio* geknüpft». ID., *Der Civilprozess*, cit., II. *Der römische Civilprozeß, 2. Formulae*, Bonn 1865, 486, con la precisazione che l'effetto preclusivo si sarebbe verificato solo una volta che fosse stata data esecuzione all'intera *legis actio*. Una compiuta elaborazione di questa teoria si deve a M. WLASSAK, *Die Litiscontestatio im Formularprozess*, in *Festschrift zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum von Bernhard Windscheid am 22. Dezember 1888*, Rostock 1888 [rist. Aalen 1979], 132 s. e nt. 2 [= 80 s. e nt. 2] con indicazione di altra letteratura: «in früherer Zeit habe sich die Konsumtion an den ersteren, nicht an den letzteren Akt geknüpft». La tesi è stata in seguito accolta anche da: D. LIEBS, *Die Klagenkonsumtion des römischen Rechts*, in ZSS 86, 1969, 169 ss. e 181 s.; B. SCHMIDLIN, *Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzklage oder Spruchklage?*, in TR 38, 1970, 377 ss.

<sup>5</sup> Lo studioso, in un primo momento, aveva seguito la tesi dell'efficacia costitutiva della sentenza elaborata da Kaser e proprio alla sentenza aveva attribuito efficacia preclusiva nelle *legis actiones*, si vd. A. BISCARDI, *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in RISG 3, 1949, 456 e 466. Nei successivi lavori dedicati al tema viene sviluppata l'idea per cui il divieto del '*bis in idem*' si riferisse direttamente all'*actio*: A. BISCARDI, *Quelques observations sur la litis contestatio*, in RIDA 3, 1950, (*Mélanges De Visscher*), 159 ss.; ID., *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum. Lezioni di diritto romano*, Siena 1953, 23 ss.; ID., *La «litis contestatio» nella procedura «per legis actiones»*, in *Studi Arancio Ruiz*, III, Napoli 1953, 465 ss.; ID., *Esquisse d'une histoire critique de la «litis contestatio»*, in RHDFF 33, 1955, 7; ID., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 115-118.

<sup>6</sup> F. BONIFACIO, *s.v. «litis contestatio»*, in NNDI 9, Torino 1963, 974 *sub* lett. h; ID., *Riflessioni su Gai.*

la quale l'effetto preclusivo nelle *legis actiones* sarebbe da considerare 'diffuso'<sup>7</sup> all'interno di tutto il procedimento e riguarderebbe in sé il *lege agere*. L'effetto preclusivo non si sarebbe prodotto a partire da un preciso momento nel corso del rito, come accade invece con la *litis contestatio* nel processo formulare, piuttosto, sarebbe stata la pronuncia di parte a precludere la possibilità della ripetizione dell'*actio de eadem re*.

Iniziato il rito con la pronuncia dei *verba* e il compimento dei *gesta*, la *legis actio* si sarebbe consumata, precludendo così la possibilità della sua ripetizione poiché il singolo *gestum*, una volta compiuto, sarebbe stato irripetibile, allo stesso modo dei *certa verba* che, pronunciati una volta, non lo sarebbero stati una seconda.

2. Cominciamo con il prendere in esame la tesi *sub* (1), secondo la quale gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* si sarebbero prodotti a partire dal giudicato, identificato con la *res acta*.<sup>8</sup>

Diciamo subito che il suo fondamento testuale – rappresentato da alcuni passi del grammatico di età costantiniana Elio Donato di commento alle commedie di Terenzio – è molto più fragile di quanto si potrebbe credere a prima vista. Già da un punto di vista metodologico in dottrina<sup>9</sup> si è invocata cautela nell'utilizzare una fonte così tarda per elaborare teorie relative alle *legis actiones*: Elio Donato scriveva quando le *legis actiones* erano state abolite da tre secoli.

A questo rilievo metodologico possiamo aggiungere la considerazione per la quale – come ci sforzeremo di dimostrare – le affermazioni di Elio Donato si fondano su un fraintendimento (o, almeno, su una libera interpretazione) del *Phormio* di Terenzio.

4.108, in *Studi Volterra*, IV, Milano 1971, 401 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 30, 1967, 309 s. e nt. 3 [= 211 s. e nt. 3]: «la regola (*scil. 'bis de eadem re ne sit actio'*) è espressa in vista dell'*actio* come tale ... e non, particolarmente, della *litis contestatio*, che manca nelle azioni cd. esecutive. Opera, pertanto, piuttosto con riferimento al momento in cui il procedimento si è chiuso ... sia questo momento rappresentato dalla sentenza o da una *addictio* ... od anche – come deve ammettersi – dal semplice concludersi della pronuncia di parte»; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III. *Dalla nascita della iurisdictio all'avvento del processo per formulas*, Catania 1982, 161 ss., il quale lucidamente nota come l'effetto preclusivo si sarebbe potuto collegare anche ad un momento precedente alla *litis contestatio* e più precisamente ad «uno qualsiasi dei precedenti atti formali attraverso cui si snodava il procedimento *in iure*», con la conseguenza della (165 s.) «irripetibilità di ciascuno di questi atti e pronunce solenni. Questa irripetibilità non è che una conseguenza, un risvolto della ininterrotta solennità dell'*agere lege*, riguarda perciò direttamente l'*agere* delle parti (in ogni sua articolazione)». Ancora cfr. *Id.*, *La distinzione tra iudicia legitima e quae imperio continentur e la sua rilevanza in ordine agli effetti estintivi*, ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania 1998, 395: «taluni effetti, in particolare quelli estintivi, mentre nel *lege agere* potevano ricollegarsi ad uno qualsiasi dei momenti (tutti formali) attraverso cui si snodava il procedimento *in iure*, nel processo *per formulas* ... in ogni caso potevano ricollegarsi solo al momento della *litis contestatio*» e 400: «Quindi nel sistema dell'*agere lege* l'effetto estintivo, che preclude senz'altro la possibilità di riproporre l'azione, è sempre immanente e può operare in qualsiasi momento; è un effetto 'diffuso' che pende su tutto il procedimento, su tutto l'*agere*. Qui la preclusione ... colpisce i singoli atti formali attraverso cui il procedimento si snoda, le solenni pronunce contrapposte di *certa verba* che si susseguono concatenate, e determina la irripetibilità di ciascuno di questi atti e pronunce solenni».

<sup>7</sup> L'espressione è di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 397, il quale, peraltro, riteneva che l'effetto preclusivo si producesse solo con il *iudicatum* o l'*addictio*.

<sup>8</sup> Si vd. gli studiosi citati *supra*, nt. 2.

<sup>9</sup> B. SCHMIDLIN, *Zur Bedeutung der legis actio*, cit., 378 nt. 23; F. BONIFACIO, *Riflessioni su Gai. 4.108*, cit., 406 nt. 11.



Ma andiamo con ordine. Le espressioni ‘*rem actam*’, ‘*actum est*’ e ‘*res acta*’ sono ampiamente attestate nelle fonti letterarie come modi di dire proverbiali<sup>10</sup> dei romani per indicare qualcosa di ormai definitivo e concluso, per cui non vi è assolutamente più nulla da fare.

Dall’analisi di queste fonti, tuttavia, risulta con assoluta evidenza che nessuno dei riscontri<sup>11</sup> che potrebbero addursi è dotato di significato giuridico.<sup>12</sup>

Non si può non concordare, allora, con le conclusioni alle quali è pervenuto Detlef Liebs, ossia che le predette espressioni facciano riferimento in modo generico ed indifferenziato a ciò che è finito e concluso, senza alcuno specifico riferimento al campo del diritto.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Cfr. A. OTTO, *Die Sprichwörter und sprichwörtlichen Redensarten der Römer. Gesammelt und erklärt*, Lipsiae 1890 [rist. Hildesheim 1962], s.v. *agere*, 9.

<sup>11</sup> Una panoramica è presente in D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere und actum est*, in *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Berlin-New York 1984, 101 ss.

<sup>12</sup> Cominciamo da Plauto, per il quale vengono in considerazione i seguenti passi. In Plaut., *Cist.* 703 compare l’espressione ‘*actam rem ago*’ per indicare che è tutta fatica sprecata cercare per terra le tracce della *cistella* da cui prende il nome la commedia. ‘*Rem actam agis*’ è l’espressione impiegata in Plaut., *Pseud.* 262 da Ballio per indicare l’inutile ricordo del passato. Mancano significati giuridici anche per le locuzioni ‘*actum est*’ e ‘*acta res est*’ nel significato di ciò che è finito o concluso per sempre in: *Cist.* 685, *Pseud.* 85 e 1222, *Rud.* 683, *Stich.* 753, *Trinumm.* 308. Rileva ancora: *Most.* 1181 in cui ‘*fabula haec est acta*’ significa semplicemente che la commedia è finita. Un riferimento al diritto può scorgersi in un passo della *Rudens* comunemente addotto (dagli studiosi indicati *supra*, nt. 2) per sostenere che la *res acta* coincidesse con il giudicato: *Rud. Prol.* 17-19: *Qui hic litem apisci postulant peiurio l mali, res falsas qui impetrant apud iudicem, l iterum ille eam rem iudicatam iudicat*. Tuttavia, il passo non rileva ai nostri fini poiché non ricorre l’espressione *res acta* ma *res iudicata*, e il riferimento è piuttosto a Giove che giudica nuovamente chi in vita aveva cercato di vincere i processi mediante spergiri, ovvero aveva ottenuto dal giudice *res falsae*, cioè non spettanti: Giove *iterum rem iudicatam iudicat* e condanna costoro ad una pena maggiore dei guadagni ottenuti in vita. Il passo nulla dice, quindi, degli effetti preclusivi nelle *legis actiones* e allude al generico divieto valevole per i sistemi processuali greco e romano di giudicare nuovamente su un giudicato.

Analogamente accade per le testimonianze di Terenzio. Cercheremo di dimostrare (*infra* § 2.1-2.4) che sono privi di rilievo giuridico i riferimenti alla *res acta* presenti in *Phorm.* 419, *Adelph.* 232, *Andr.* 464. Né rilevano tre luoghi dell’*Heautontimoroumenos* (456, 564, 584) in cui la nostra espressione compare come al solito per indicare qualcosa per la quale non vi è più nulla da fare. Non reca elementi utili neppure Donat., *Ad Ter. Henauton.* 3.2.27.3 [WESSNER, III.1 185]: *ACTA HAEC RES EST PERII Syrus seruus credit senem inuenisse filium amare meretricem, quae res antea per dolum celabatur*. Ancora il segno ‘*actumst*’ compare nel significato generico di essere perduti, rovinati in Ter., *Euch.* 54 e 984, *Adelph.* 324.

Ancora, nessun riferimento al campo del diritto troviamo in Cicerone. In Cic., *Ad Att.* 9.6.7: *Sed acta ne agamus* rell. l’Arpinate esorta a non perdere più tempo ricordando fatti già successi che non possono più essere mutati. Similmente le espressioni ‘*actum est*’, *acta ne (agas) agamus*’ ed altre equivalenti vengono impiegate in contesti non giuridici in: Cic., *Ad Att.* 5.15.1, 9.12.3 e 9.18.3, *Ad fam.* 14.3.3, *pro Rosc. Amer.* 150, *Laelius* 22.85.

Le stesse osservazioni possono compiersi per Tito Livio. L’espressione ‘*rem actam hodierno die agi*’ ricorre in Liv., 28.40.3 per indicare una questione già decisa in relazione alla quale è inutile discutere innanzi ai *patres conscripti*. Riferimenti solo generici anche in Liv., 1.47.9, 2.48.5, 2.55.2 e 4.3.7.

Infine, neppure le seguenti fonti minori contengono addentellati giuridici, si tratta di: Sen., *Epist. mor. ad Lucilium*, 56.1; Ps. Quint., *Decl.* 309; Plin., *Pan.* 31.6; Suet., *Nero* 42.1; Curt. Ruf., 3.12, 6.11; Flor., 1.13.8, 2.12.5; Cipr., *Ep.* 59.2.2; Amm., 18.6.18.

<sup>13</sup> D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere*, cit., 118-120.

2.1. L'unica eccezione è costituita da alcuni commenti dedicati da Elio Donato<sup>14</sup> alle commedie di Terenzio e principalmente al *Phormio*. Ci troviamo di fronte, questa volta, ad un circostanziato riferimento giuridico e, in particolare, ad una asserita coincidenza tra la *res acta* e la sentenza; e appunto da questi brani si è voluta trarre la conseguenza che solo il *iudicatum* producesse effetti preclusivi nelle *legis actiones*.

Ora, al fine di analizzare con maggiore consapevolezza i passi del grammatico di età costantiniana, pare necessario valutare gli impieghi delle espressioni 'actum agere' e 'actum est' in Terenzio.

Sarebbe vano lo sforzo volto a rintracciare nelle fonti greche l'idea dell'efficacia preclusiva del giudicato, al fine di sostenere che Terenzio l'abbia desunta dai testi della commedia nuova alla quale i suoi scritti sono ispirati. Infatti, gli studi specificamente dedicati all'argomento hanno dimostrato che, se da un canto è vero che esistevano νόμοι ateniesi che vietavano di ripetere una seconda azione quando se ne era già esperita una prima, dall'altro non occorre un giudicato affinché operasse il divieto del *bis in idem*.<sup>15</sup>

Possiamo a questo punto accostarci alla battuta del *Phormio*, oggetto del commento di Donato che analizzeremo in seguito:

Ter., *Phorm.* 419-420: PH. *Ohe, 'Actum' aiunt 'ne agas'*. DE. *Non agam? immo haud desinam / donec perfecero hoc*. PH. *Ineptis*. DE. *Sine modo*.

Per comprendere appieno lo scambio di battute intervenuto tra Formione e Demifone occorre ripercorrere brevemente la trama del *Phormio*. Concentreremo l'attenzione solo su quella parte dell'intreccio narrativo utile ai nostri fini.<sup>16</sup>

2.2. I fratelli Cremete e Demifone, partiti per un lungo viaggio, affidano i rispettivi figli, Fedria e Antifone, allo schiavo Geta. Questi asseconda gli amori dei due giovani e, in particolare, permette ad Antifone di sposare l'amata Fanio, orfana e priva di mezzi, nonostante l'assenza del padre Demifone il quale, date le misere condizioni della ragazza, mai avrebbe prestato il proprio consenso alle *nuptiae*.

Il parassita Formione, fingendosi parente del defunto padre di Fanio, assume le vesti di

<sup>14</sup> Per una breve descrizione dell'opera di commento di Elio Donato alle commedie di Terenzio vd. M. E. CONSOLI, *Il teatro di Terenzio nel commento degli autori tardo antichi. Lezione tenuta presso la Sede napoletana dell'Asi il 3 febbraio 2009*, 3 nt. 14, con indicazione di letteratura. [www.studitaroantichi.org].

<sup>15</sup> A. STEINWENTER, *Die Streibeendigung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*, in *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, 8, München 1925, 86 ss.; U. E. PAOLI, *Studi sul processo attico. Con introduzione di Pietro Calamandrei*, Padova 1933, 91 s.; H. J. WOLFF, *Die attische Paragraphe. Ein Beitrag zum Problem der Auflockerung archaischer Prozessformen*, Weimar 1966, 87 ss.; D. LIEBS, *Die Herkunft der "Regel" bis de eadem re ne sit actio*, in *ZSS* 84, 1967, 121 s. e 131 s. È allora da condividere il pensiero di M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 30 nt. 28 [= 476 nt. 28], secondo il quale in diritto attico: «l'effetto preclusivo appare collegato al giudizio già iniziato (a prescindere dunque da una sentenza) pure se i casi discussi sono tutti di giudizi definiti con sentenza».

<sup>16</sup> Ricostruiscono puntualmente la trama del *Phormio*: B. A. TALADOIRE, *Térence. Un théâtre de la Jeunesse*, Paris 1972, 65 ss.; M. E. CONSOLI, *Il teatro di Terenzio nel commento degli autori tardo antichi*, cit., 10.

ἐπιδικαζόμενος,<sup>17</sup> di colui cioè che attiva il procedimento della ἐπιδικασία volto a fare applicare la normativa attica in tema di figlia ἐπίκληρος, ai sensi della quale era concessa protezione all'orfana o alla vedova, imponendo al parente maschio prossimo di sposarla o, come parrebbe, di darle una dote per evitare che costei, costretta dall'indigenza, si prostituisse.<sup>18</sup>

Formione conduce in giudizio Antifone e riesce ad ottenere – anche grazie alle mancate contestazioni di quest'ultimo circa la presunta parentela con Fanio (parentela che solo alla fine della commedia si rivelerà, invece, effettiva) – una sentenza che 'condanna' Antifone a sposare l'amata Fanio. Seguono le *nuptiae*.

Ora, questo è un punto centrale ai fini del nostro discorso. Il compimento del matrimonio tra i due giovani è assolutamente necessario al fine di porre Demifone, una volta tornato, innanzi al fatto compiuto. Non sarebbe bastata, infatti, la sola sentenza del tribunale, poiché il parente prossimo avrebbe potuto darvi esecuzione anche dando una dote alla parente indigente ἐπίκληρος, permettendole così di sposarsi con un altro uomo.

Ed infatti, una volta tornato, Demifone – prima della scoperta che Fanio è in realtà figlia naturale di Cremete e cugina di Antifone – prova a rimettere le cose a posto proprio seguendo quest'altra via; solo che, essendo stato il matrimonio celebrato in esecuzione di una sentenza, non poteva essere sciolto dal *pater* del marito, né secondo i principi del diritto attico, né secondo i principi del diritto romano.

<sup>17</sup> Era proprio questo il titolo originale della commedia di Apollodoro, e si tratta dell'unico caso in cui Terenzio ha tradotto il titolo originale. Sebbene l'istituto attico della ἐπιδικασία non doveva essere ignoto al pubblico romano, il commediografo latino, al fine di rendere pienamente comprensibili i fatti, espone l'ἐπιδικασία nei seguenti versi volti a chiarire i presupposti che hanno reso possibile lo stratagemma architettato dal parassita Formione per permettere ad Antifone di sposare Fanio: *Phorm.* 125-134: DA. 'Lex est ut orbae, qui sunt genere proximi, / Eis nubant, et illos ducere eadem haec lex iubet. / Ego te cognatum dicam et tibi scribam dicam: / Paternum amicum me adsimulabo uirginis: / Ad iudices ueniemus: qui fuerit pater, / Quae mater, qui cognata tibi sit, omnia haec / Confingam, quod erit mihi bonum atque commodum; / Quom tu horum nil refelles uincam scilicet: / Pater aderit. mihi paratae lites: quid mea? / Illa quidem nostra erit'. Le ragioni del cambiamento di titolo deciso da Terenzio sono affrontate, nelle varie sfaccettature che presentano, da J. MAROUZEAU, *Térence, tome II. Heautontimoroumenos – Phormion. Notice, «les belles lettres»*, Paris 1964, 105-112.

<sup>18</sup> Su questi istituti del diritto attico si vd. la tradizionale trattazione di A. R. W. HARRISON, *The Law of Athens. The Family and Property*, I, Oxford 1968, 9 ss. e 132 ss. Di recente, va segnalata la limpida sintesi di P. COBETTO GHIGLIA, *Iseo. Orazioni. Introduzione, testo rivisto, traduzione, note e glossario giuridico attico*, Alessandria 2012, 522-524. Alla luce della trattazione di quest'ultimo studioso, appare possibile che alla donna ἐπίκληρος venisse fornita una dote da parte del parente prossimo per permetterle di sposarsi con un terzo. Si vd. il caso 'contro Senaireto. Sulla successione di Aristarco', nel quale il parente prossimo non esercitò il diritto di sposare l'ἐπίκληρος la quale venne data in sposa ad un terzo (389): «Anche Democare, tuttavia, morì in giovane età e la sorella, unica sopravvissuta, si ritrovò ad essere ἐπίκληρος. Ella finì, pertanto, sotto la tutela del parente maschio prossimo, il fratello di Aristarco I, Aristomene: costui o il figlio, Apollodoro, avrebbero potuto avanzare il diritto di sposarla, ma non lo esercitarono ... L'ἐπίκληρος a sua volta fu data in matrimonio ad un personaggio non specificato». Tuttavia, con riferimento alla 'successione di Pirro', (96): «Anzitutto, se Pirro sposò la madre di File, egli poteva comunque adottare Endio, ma a patto di provvedere alla figlia che, alla sua morte, sarebbe divenuta ἐπίκληρος: secondo tradizione, Endio, in quanto figlio adottivo, avrebbe dovuto sposare File, che, invece, fu data in moglie da Endio stesso a Senocle. Ne potrebbe derivare che: 1) il figlio adottivo di fatto non era obbligato a sposare la figlia del *de cuius*, ma poteva accasarla, fornendole una dote: l'oratore, tuttavia, sembra esprimersi in modo alquanto diverso, ricordando che, se Endio avesse scelto questo comportamento, non avrebbe rispettato le leggi esistenti in materia».

Secondo il diritto attico, l'unico caso in cui poteva essere richiesta una nuova aggiudicazione dell'*ἐπίκληρος* era la presenza di altri pretendenti assegnatari che potevano chiedere una riapertura del caso,<sup>19</sup> ma nel *Phormio* non ricorre questa ipotesi.

Secondo il diritto romano di età repubblicana il *pater familias* del marito avrebbe potuto sciogliere il matrimonio del *filius in potestate* solo mediante il ripudio della nuora, ma in questo caso si sarebbe trattato di una strada non percorribile in virtù dell'intervenuta sentenza che aveva 'aggiudicato' Fanio ad Antifone e che sarebbe stata impugnabile solo al fine di assegnare l'*ἐπίκληρος* ad un altro pretendente.<sup>20</sup>

Alla luce di questi antefatti, possiamo analizzare il dialogo tra Demifone e Formione, all'interno del quale vengono pronunciate le battute che a noi interessano, in un punto della commedia nel quale, è bene ribadire, ancora il pubblico non sa che Antifone e Fanio sono davvero parenti.

Prima di tutto Demifone contesta a Formione la legittimità della sentenza emessa dal tribunale: se costui si fosse presentato in tribunale infatti avrebbe dimostrato che non vi erano rapporti di parentela tra il figlio e l'orfana Fanio.<sup>21</sup> Tuttavia il parassita ha buon gioco nel replicare che la sua ricostruzione dei rapporti di parentela era stata ampiamente esposta ai giudici e se essa fosse stata falsa sarebbe stato Antifone a dovere replicare: ciò però non è accaduto.<sup>22</sup>

In ogni caso, in tono irridente, Formione invita Demifone ad adire i magistrati chiedendo loro di rilasciare una nuova formula (*reddere iudicium*): egli sarebbe stato l'unico uomo capace di ottenere due formule *de eadem causa*.<sup>23</sup> Si tratta di uno snodo centrale ai nostri fini.

Prima di tutto va notato che se un riferimento al processo ricorre nei versi di Terenzio, esso pare relativo al processo formulare, piuttosto che alle *legis actiones*: di conseguenza

<sup>19</sup> A. R. W. HARRISON, *The Law of Athens*, cit., 11; P. COBETTO GHIGGIA, *Iseo. Orazioni*, cit., 523 e 94, per l'impugnabilità della sentenza conclusiva della procedura di *ἐπιδικασία*, nel caso di presenza di altri pretendenti.

<sup>20</sup> Così M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Palermo 2006, 225 nt. 74, il quale adduce D. 24.1.32.19 (Ulp. 33 *ad Sab.*): *Si socer nurui nuntium miserit, donatio erit irrita, quamvis matrimonium concordantibus uiro et uxore secundum rescriptum imperatoris nostri cum patre comprobatum est* rell. Dal passo apprendiamo che solo a partire da un rescritto di Antonino Caracalla, il ripudio della nuora da parte del *pater familias* del marito non avrebbe prodotto l'effetto di sciogliere il matrimonio del *filius in potestate*. Nel diritto tardo classico, come attestato dalle *Pauli Sententiae*, si affermò il principio in virtù del quale il matrimonio non poteva essere sciolto, in alcun caso, per il semplice volere del *pater*: Paul. Sent. 2.19.2: *eorum qui in potestate patris sunt sine uoluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non soluuntur* rell. In argomento vd. E. VOLTERRA, *Quelques observations sur le mariage des filifamilias*, in RIDA 1, 1948, 224 ss. e spec. 237 (= *Scritti giuridici. Con una nota di Mario Talamanca*, II. *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 108 ss. e spec. 121). Nel caso del *Phormio*, Demifone non poteva sciogliere in qualità di *pater* di Antifone il matrimonio da costui contratto ripudiando Fanio, poiché si trattava di un matrimonio contratto in esito ad una sentenza del tribunale a sua volta di applicazione di un istituto di diritto attico. Come specificheremo, dunque, questo matrimonio non poteva essere sciolto né sul piano sociale, né su quello giuridico, permanendo l'*affectio maritalis* dei coniugi.

<sup>21</sup> Ter., *Phorm.* 396-398: DE. *Ita ut dicis. ego tum quom aduenissem qui mihi / Cognata ea esset, dicerem: itidem tu face: / Cedo qui est cognata?*

<sup>22</sup> Ter., *Phorm.* 399-401: PH. *Dilucide expediui quibus me oportuit / Iudicibus: tum id falsum fuerat, filius / Quor non refellit?*

<sup>23</sup> Ter., *Phorm.* 403-406: PH. *At tu qui sapiens es magistratus adi / Iudicium de eadem causa iterum ut reddant tibi: / Quandoquidem solus regnas et soli licet / Hic de eadem causa bis iudicium adipiscier.*

riferire il commento di Donato relativo a questi versi alle *legis actiones* e non al processo formulare come si dovrebbe, appare non corretto. In secondo luogo, arrivati a questo punto, il discorso sul processo viene abbandonato; infatti, con questa battuta di Formione, relativa al divieto del *bis in idem* (*de eadem causa bis iudicium adipiscier*) il dialogo prosegue con la seguente considerazione di Demifone. Egli, se da un lato si rassegna al fatto di avere subito una sentenza ingiusta, dall'altro, non rinuncia a tentare di battere un'altra strada per infirmare il matrimonio e chiede a Formione cinque mine, a titolo di dote di Fanio.<sup>24</sup>

Questa battuta è funzionale al raggiungimento di un effetto comico: il parassita Formione veste ora i panni del *bonus vir* romano e spiega a Demifone, che invece appare un uomo dissoluto, che l'assegnazione della *ἐπίκληρος* non si può tradurre solo con il dare del denaro ad una donna, come se si trattasse di una prostituta. Piuttosto il senso dell'istituto era di permettere ad una cittadina libera di contrarre matrimonio e vivere virtuosamente con un uomo solo. Mentre Demifone vorrebbe impedirlo, trattando Fanio come una prostituta, pagandola cinque mine: ma ormai il padre di Antifone deve rassegnarsi: quello che è fatto è fatto (*actum*), il matrimonio si è celebrato e non può più essere sciolto, sarebbe vano ogni sforzo di Demifone (*ne agas*):

Ter., *Phorm.* 413-420: ΠΗ. *Itan tandem quaeso, item ut meretricem ubi abusus sis, / Mercedem dare lex iubet ei atque amittere? / An, ut nequid turpe ciuis in se admitteret / Propter egestatem, proximo iussast dari, / Vt cum uno aetatem degeret? quod tu vetas. / DE. Ita proximo quidem: at nos unde? Aut quam obrem? ΠΗ. Ohe, / 'Actum' aiunt 'ne agas'. DE. Non agam? immo haud desinam / donec perfecero hoc. ΠΗ. Ineptis. DE. Sine modo.*

Alla luce della ricostruzione che abbiamo proposto, dunque, ciò che deve considerarsi come definitivamente avvenuto (*actum*) è il matrimonio, non la sentenza. Sia perché se il matrimonio non vi fosse stato, la sentenza avrebbe potuto essere eseguita anche in altro modo, ossia dando una dote a Fanio affinché costei si sposasse con un terzo; sia perché, come già detto,<sup>25</sup> la sentenza che concludeva la procedura della *ἐπίδικασία* non era in sé definitiva e irretrattabile tanto da potere essere qualificata '*res acta*', ma impugnabile da parte di un altro pretendente.

È esatta, pertanto, l'intuizione di Liebs e Marrone,<sup>26</sup> i quali hanno rettamente inteso che è da considerare *actum* nel racconto di Terenzio il matrimonio e non il processo il quale, aggiungiamo noi, sarebbe da identificare dal punto di vista della commedia non con le *legis actiones*, ma con il processo formulare, dato il riferimento tecnico all'attività magistratuale di concedere la formula (*reddere iudicium*).

Solo che i due studiosi hanno ritenuto che il matrimonio fosse intangibile solo sul piano sociale, non giuridico. Invece, a nostro avviso il matrimonio tra Fanio e Antifone era intangibile, perdurando l'*affectio maritalis* tra i coniugi, proprio sul piano giuridico, poiché era

<sup>24</sup> Ter., *Phorm.* 407-410: DE. *Etsi mihi facta iniuriast, uerum tamen / Potius quam litis secter aut quam te audiam / Itidem ut cognata si sit, id quod lex iubet / Dotis dare, abduce hanc, minas quinque accipe.*

<sup>25</sup> *Supra*, nt. 19.

<sup>26</sup> D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere*, cit., 103 s.; M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 30 nt. 29 [= 476 nt. 29].

avvenuto in attuazione di una sentenza e nessuno avrebbe più potuto scioglierlo, a meno che un altro pretendente assegnatario dell'ἐπίκληρος avesse chiesto la riapertura del caso e avesse ottenuto una nuova sentenza con la quale fosse stata disposta un'altra assegnazione della donna.

Proprio in questa ottica assume la dovuta pregnanza la considerazione del matrimonio del figlio di Demifone come definitivo (*actum*) da parte di Formione: esso è definitivo proprio sul piano giuridico, prospettiva dalla quale il discorso viene condotto.

Infine, che con la locuzione '*actum*' *aiunt*' *'ne agas*' Terenzio non avesse voluto riferirsi al giudicato ma al matrimonio è dimostrato anche da un altro riscontro interno al *Phormio*, sfuggito all'attenzione degli studiosi:

Ter., *Phorm.* 455-456: HE. *Mihi non videtur quod sit factum legibus / Rescindi posse rell.*

La battuta è pronunciata da Egione, un personaggio minore, con riferimento alle *nuptiae* tra Fanio e Antifone. Egli dice che, a suo avviso, ciò che è stato fatto in conformità delle leggi non può essere rescisso.<sup>27</sup> La battuta conferma come sia il matrimonio contratto da Fanio e Antifone conformemente alle leggi ateniesi e non la sentenza, da considerare irretrattabile nell'ottica della commedia.

2.3. Alla luce di questa ricostruzione possiamo adesso accostarci al commento di Elio Donato:

Donat., *Ad Ter. Phorm.* 2.3.72 [WESSNER, II, 454]: *ACTVM AIVNT N. A. 'aiunt' dicimus, cum prouerbium significamus. acta res est, de qua sententia prolata est.*

Nel commento di Donato la *res acta* coincide con la controversia in relazione alla quale è stata pronunciata la sentenza e, come accennato, da questo commento si è voluta trarre la conseguenza che nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si sarebbe prodotto solo dalla conclusione del rito con l'emanazione della sentenza: ma tale conclusione non trova adeguato sostegno nella fonte.<sup>28</sup>

Innanzitutto, nei versi oggetto del commento, Terenzio intendeva riferirsi non al processo (che in ogni caso sarebbe da identificare per il diritto romano con il processo formulare e non con le *legis actiones*) ma al matrimonio quale atto ormai compiuto e intangibile. Di conseguenza il riferimento da parte di Donato al rito concluso da una sentenza deve essere considerato frutto di un fraintendimento del *Phormio*, o quanto meno di una libera interpretazione del testo terenziano.

<sup>27</sup> Il passo è considerato sotto il profilo della *restitutio in integrum* da P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere nell'esperienza di Roma antica*, Torino 2013, 40 nt. 36, con letteratura.

<sup>28</sup> D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere*, cit., 102, dubita dell'esattezza del commento di Donato a *Phorm.* 419 e ridimensiona la portata probatoria delle affermazioni del grammatico di età costantiniana. Un atteggiamento significativamente molto cauto si riscontra anche in M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 99: «La tesi, che sosteniamo, riceverebbe una conferma definitiva e incontestabile, se potessimo dare pieno credito a Donato, tardo annotatore delle opere di Terenzio (metà del IV sec.), la cui testimonianza non può – d'altra parte – essere priva di qualsiasi peso».

Che poi Donato abbia inteso riferirsi all'efficacia preclusiva del giudicato non deve stupire considerato che, come tutti sanno, nelle *cognitiones extra ordinem* – l'unico rito processuale di fatto applicato ai tempi in cui Donato scriveva – si applicava esattamente questo principio, considerata la mancanza della *litis contestatio* e della bipartizione tipica del processo formulare.

In ogni caso, quanto scrive Donato, ossia che la *res acta* coincideva con il giudicato, è senz'altro vero; ciò anche con riferimento alle *legis actiones*, specie se si attribuisce al giudicato in questo rito non solo un'efficacia esclusiva o preclusiva in negativo, ma un'efficacia pregiudiziale o 'normativa', se non addirittura costitutiva, in positivo.<sup>29</sup>

Tuttavia, commetteremmo un salto logico se volessimo collegare al solo giudicato l'effetto preclusivo.<sup>30</sup> Naturalmente, una volta intervenuto il *iudicatum*, la *legis actio* non era più ripetibile ovvero, se ripetuta, il giudicato avrebbe prodotto effetti normativi; ma, viceversa, il passo di Elio Donato non dice che l'effetto preclusivo produceva solo a partire dal giudicato. Questa fonte non è in grado, dunque, di fornire alcuna base testuale alla tesi che riconduce nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo unicamente al giudicato.

2.4. Neanche altri commenti di Donato ad altrettanti luoghi terenziani sono dotati di tale efficacia probatoria. Innanzi tutto non giova addurre il seguente commento ad un verso degli *Adelphoe*. Riportiamo i passi uno di seguito all'altro:

Ter., *Adelph.* 231-233: SA. *Nisi ad eo mercatum venio, damnum maxumumst / Nunc si hoc omitto ac tum agam ubi illinc rediero, / Nil est.*

Donat., *Ad Ter. Adelph.* 2.2.24.2 [WESSNER II, 51]: *ACTVM AGAM prouerbium, id est: nihil agam. quod enim in iure semel iudicatum fuerit, rescindi et iterum agi non potest sic in Phormione (II 3, 72) 'actum aiunt ne agas'.*

L'impiego di questo commento di Donato ai nostri fini trova un primo ostacolo di natura filologica. Infatti, sebbene il grammatico commenti le parole '*actum agam*', non è affatto sicuro che esse ricorressero nell'originale di Terenzio. Nell'edizione teubneriana dalla quale citiamo e in quella curata da Jules Marouzeau per i tipi de «*les belles lettres*», entrambe particolarmente rigorose sul piano filologico, infatti, troviamo le parole '*ac tum agam*'.<sup>31</sup> Si capisce come possa essere stato facile per uno scriba unire la congiunzione *ac* all'avverbio *tum* per formare la parola *actum*; né possiamo escludere che essa ricorresse nel manoscritto a disposizione di Elio Donato, specialmente se esso era caratterizzato da una *scriptio continua*.

All'argomento filologico se ne aggiunge un altro sostanziale. La parola *actum* non ha ragion d'essere in *Adelph.* 232, perché ricorre già l'espressione '*nil est*' nel significato caratteristico di ciò per cui non vi è più nulla da fare, o non serve più a nulla adoperarsi. Piuttosto, la

<sup>29</sup> Su questi aspetti, vd. *infra*, nt. 68.

<sup>30</sup> Cfr. M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*, cit., 18: «è certo e incontrastato che il diritto romano collegava alla sentenza (e, ancor più, alla semplice *litis contestatio*) effetto esclusorio, giusta la nota massima '*bis de eadem re ne sit actio*'».

<sup>31</sup> Un vago accenno alla questione è presente in D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere*, cit., 105 e nt. 7.

struttura del verso è simmetrica: la congiunzione *ac* e l'avverbio di tempo *tum* si riferiscono al futuro semplice *agam*, come la congiunzione temporale *ubi* e l'avverbio di moto da luogo *illinc* si riferiscono al futuro anteriore *rediero*. Ancora, *tum* e *ubi* sono correlati nel tipico significato latino temporale traducibile in italiano con 'allora ... nel momento in cui' ovvero 'allora ... quando' o anche con 'se allora'.

Il significato della battuta pronunciata dal lenone *Sannio* è dunque il seguente: se io ora trascuro la vicenda (*nunc si hoc omitto*) e me ne occuperò allora (*ac tum agam*) quando sarò tornato lì da quei luoghi (*ubi illinc rediero*) non ci sarà più niente da fare (*nil est*).

Concludiamo relativamente al passo di Terenzio tratto dagli *Adelphoe*. Ammesso che qui ricorra l'espressione '*actum agam*' la quale, come detto, non si giustifica né sul piano filologico né su quello contenutistico, essa indica solo in maniera generica ciò per cui non vi è più nulla da fare.

Volgiamoci adesso al commento di Elio Donato. Egli richiama il giudicato sull'esempio del *Phormio*, ma ciò appare incongruo sia perché negli *Adelphoe* non ricorre neppure un riferimento alla *res acta*, sia perché, ammesso che questo riferimento sia presente, esso è assolutamente estraneo al campo processuale. Invero, anche nel *Phormio* la *res acta* non è la sentenza ma il matrimonio, e solo il punto di vista (per noi errato) di Elio Donato sul *Phormio* ha inficiato anche l'interpretazione di questo passo degli *Adelphoe*.

Simili riflessioni possiamo svolgere con riferimento a:

Ter., *Andr.* 464-465: Mx. *O Iuppiter / Quid ego audio? Actumst, siquidem haec uera praedicat.*

Donat., *Ad Ter. Andr.* 3.1.7.2 [WESSNER I, 159]: *ACTVM EST Haec res secundum ius ciuile dicitur, in quo cauetur, ne quis rem actam apud iudices repetat. sic ipse in Phormione (II 3,72) 'actum aiunt ne agas'.*

Anche nell'*Andria* Terenzio impiega l'espressione '*actum est*' in senso generico e non tecnico-giuridico per indicare qualcosa per la quale non vi è più nulla da fare. Tanto più nel nostro caso, nel quale l'espressione segue una invocazione a Giove. Anche qui il richiamo di Elio Donato al *Phormio* e al fatto che in questa commedia la *res acta* indichi il giudicato, dimostra ancora di più che una errata interpretazione del testo *Phormio* abbia inficiato anche l'interpretazione di altre commedie su questo punto.

2.5. In conclusione, crediamo che le testimonianze di Elio Donato di solito addotte a fondamento della tesi per la quale nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si sarebbe prodotto solo a partire dal *iudicatum*, non siano affidabili. Non vi è alcun dubbio che una volta intervenuta, la sentenza fosse una *res acta*;<sup>32</sup> tuttavia i passi del grammatico di età costantiniana che abbiamo indagato, e tanto meno le commedie di Terenzio alle quali essi si riferiscono, sono in grado di attestare che nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si producesse a partire

<sup>32</sup> Alla quale, peraltro, si attribuivano effetti normativi che ne permettevano una opponibilità *erga omnes*, come sostenuto da M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta*, cit., 19-21 [= 647-649]. Tuttavia, nel senso di un temperamento della pregiudizialità della sentenza delle *legis actiones* nei confronti solo di alcuni e non di tutti i terzi, vd. G. PUGLIESE, *s.v.*, *Giudicato civile (storia)*, cit., 732 s.



dal giudicato e non da un momento precedente. La tesi in questione [*sub* (1)] va pertanto scartata perché priva di adeguata base testuale.

A riprova di quanto sosteniamo, crediamo di potere addurre un principio parallelo, valido nei *iudicia populi*, anch'essi caratterizzati dalla pronuncia di *legis actiones* in virtù dell'univocità della nozione di *agere* valida per l'età repubblicana.<sup>33</sup>

Anche nei *iudicia populi*, infatti, non occorre attendere il giudicato affinché si verificasse l'effetto preclusivo, infatti, secondo una testimonianza di Cicerone, preziosa in ordine alla ricostruzione del procedimento innanzi al comizio centuriato, esisteva un divieto di riproporre l'accusa da parte del magistrato nel caso in cui, per un qualunque motivo, la sentenza non poteva essere pronunciata nel giorno stabilito. Pur in assenza di giudicato, il processo comiziale una volta instaurato non avrebbe più potuto essere ripetuto a prescindere dalla sentenza:

Cic., *de domo sua*, 17.45: ... *denique etiam, si qua res illum diem aut auspiciis aut excusatione sustulit, tota causa iudiciumque sublatum est* rell.<sup>34</sup>

3. Addirittura a maggiori difficoltà, data l'inconsistenza del dato testuale, si va incontro ove si voglia proiettare sulle *legis actiones* l'effetto preclusivo proprio della *litis contestatio* formulare.<sup>35</sup>

Diciamo subito che si tratta di una presa di posizione che in dottrina si giustifica più che sul dettato dei fonti, sull'applicazione alle *legis actiones* di un effetto tipico della *litis contestatio*

<sup>33</sup> La riconducibilità dell'*agere cum populo* in funzione giudiziaria alla pronuncia di *legis actiones* è dimostrata specificamente da R. SANTORO, *Actio in diritto antico*, in *Poteri negotia actiones. atti del convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982*, Napoli 1984, 208-214 (= *Scritti minori*, I, cur. M. VARVARO, Torino 2009, 304-310).

<sup>34</sup> In dottrina si sono espressi in senso dubitativo circa la capacità del passo di attestare un principio di preclusione processuale a prescindere dalla sentenza: M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 30 nt. 28 [= 476 nt. 28]; D. LIEBS, *Die Klagenkonsumption*, cit., 174 s., il quale comunque, di fronte all'alternativa se il processo comiziale dovesse solo interrompersi, ovvero se, una volta interrotto, non potesse neppure più essere riproposto, propende per quest'ultima soluzione, sulla base del parallelo rappresentato da due processi di *perduellio*. In questi casi, comunque, ferma restando la non reiterabilità del processo capitale innanzi al popolo, il magistrato avrebbe potuto tentare un processo multaticio. In senso più deciso, invece, si è espresso uno dei massimi esperti del processo criminale romano: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano 1998, 87: «l'aggiornamento della votazione ad una data successiva a quella fissata è escluso: se per qualunque motivo la sentenza non può essere pronunciata nel giorno stabilito, il processo si conclude e il magistrato non può più riproporlo». Similmente, G. VALDITARA, *Lo stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli 2008, 204, con riferimento ai *iudicia populi*: «se non fosse stato possibile per un qualsiasi fatto pronunziare la sentenza nel giorno previsto, non era consentita la dilazione della causa e il processo si concludeva, non potendosi peraltro più riproporre l'accusa in un nuovo giudizio». In passato, già TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 170 e nt. 5, pensava che in caso di mancata pronuncia della sentenza «die Anklage damit beseitigt ist». Secondo lo studioso, la regola che impediva di riproporre un processo comiziale interrotto senza che fosse intervenuta la sentenza, era di natura consuetudinaria e veniva attuata attraverso l'*intercessio* tribunizia. Questo spiegherebbe perché talvolta essa non venisse applicata, come nel caso del processo intentato nei confronti di M. Manlio innanzi ai comizi centuriati in occasione del quale, come attestato da Liv. 6.20.11, l'udienza nella quale avrebbe dovuto essere emanata la sentenza venne rinviata.

<sup>35</sup> Come propongono gli studiosi citati *supra*, nt. 3.

formulare.<sup>36</sup> Tuttavia, contro tale opinione militano gravi argomenti e forti ostacoli, ma prima di passarli in rassegna conviene muovere proprio dai testi.

Non deve stupire che le fonti nulla dicano circa gli effetti della *litis contestatio* nelle *legis actiones* e, in particolare, circa gli effetti preclusivi, considerato che la stessa struttura e natura della *litis contestatio* nelle *legis actiones* è avvolta da una fitta nebbia.

Le uniche testimonianze utili sono tre lemmi festini; ma solo una di queste voci, e purtroppo la meno ricca di informazioni, è riferibile con certezza alle *legis actiones*.

Ed infatti, la voce ‘*Contestari litem*’ è di dubbia riferibilità alle *legis actiones*, in virtù di un accenno in essa presente al *iudicium* e all’*ordinatio iudicii* che sembrano relativi al programma di giudizio formulare.<sup>37</sup>

Anche la voce ‘*Reus*’<sup>38</sup> informa solamente della circostanza che è reo colui il quale, da attore o convenuto, è legato alla controparte tramite la *litis contestatio* (*qui cum altero litem contestatam habet*); manca ogni informazione circa la struttura della *litis contestatio*, prima ancora di uno specifico riferimento ad un rito processuale piuttosto che ad un altro.

Resta il solo lemma ‘*Contestari*’<sup>39</sup> utile al fine di ricostruire i caratteri della *litis contestatio* nelle *legis actiones*; ma da esso apprendiamo unicamente che attore e convenuto riferivano ai testimoni la solenne invocazione «*testes estote*» con la quale li invitavano ad attestare i *verba* che erano stati pronunciati e i *gesta* che erano stati compiuti *in iure*.

Ma al di fuori della solenne invocazione dei testimoni, l’unico dato sul quale si registra

<sup>36</sup> Con specifico riferimento agli effetti preclusivi della *litis contestatio* formulare si vd.: E. I. BEKKER, *Die processualische Consumption im classischen römischen Recht*, Berlin 1853, 97; A. GUARNERI CITATI, *Ancora sugli effetti della litis contestatio nel procedimento formulare*, in BIDR 34, 1925, 163 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it. R. Orestano), Milano 1938, 172 ss.; C. A. MASCHI, *Il mistero del «condemnari oportere»*, in Labeo 10, 1964, 163 ss.; M. MARRONE, *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l’occasion de son soixante-dixième anniversaire*, I, Liège 1999, 365 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 685 ss.).

<sup>37</sup> Fest., s.v. ‘*Contestari litem*’ (L. 50 = M. I 57): *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote*. L’accenno nel testo dell’epitome festina al *iudicium* parrebbe riferirsi al programma di giudizio formulare. Certi studiosi hanno escluso la riferibilità del testo alle *legis actiones*: M. WŁASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, cit., 121 ss. [= 69 ss.], con ampie ed articolate riflessioni volte ad identificare il *iudicium* con la formula scritta; S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio. Studien zum römischen Zivilprozess*, Leipzig 1905, rist. Aalen 1972, 106 ss.; N. BELLOCCI, *I testimoni nella ‘litis contestatio formulare’*, in Studi Senesi, 3.1, 1963, 60 ss. Viceversa, in senso favorevole al riferimento del lemma alle *legis actiones*, ma solo in base all’argomento storico rappresentato dal fatto che, richiamandosi a Verrius Flacco e ricercando l’etimologia dei lemmi, Festo si sarebbe riferito ad un periodo nel quale erano ancora in vigore le *legis actiones*: G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 21 ss. e 61 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 389 ss.; J. G. WOLF, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozess*, Karlsruhe 1968, 22 ss., secondo il quale il passo, originariamente coniato con riferimento ai giudizi divisorii, si potrebbe riferire sia al processo formulare sia alle *legis actiones*; F. BONIFACIO, s.v. “*litis contestatio*”, cit., 973 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 76 nt. 40, con ulteriore indicazione di letteratura, e 288 nt. 10.

<sup>38</sup> Fest.-Paul., s.v. ‘*Reus*’ (L. 336 = M. II 273): *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive his ꝑ egit sive cum eo actum est*.

<sup>39</sup> Fest., s.v. ‘*Contestari*’ (L. 34 = M. I 38): *Contestari est, cum uterque reus dicit: Testes estote*. La riferibilità del lemma festino alle *legis actiones* è dimostrata specificamente da N. BELLOCCI, *I testimoni nella ‘litis contestatio formulare’*, cit., 58 ss.

un certo accordo in letteratura,<sup>40</sup> restano irrisolte gravi questioni. A cominciare dall'individuazione dell'esatto momento in cui intervenivano i *testes*, in ordine ai quali è dubbio se fossero presenti e invitati a testimoniare fin dall'inizio della fase *in iure*, come noi siamo inclini a credere,<sup>41</sup> ovvero se dovessero intervenire solo alla sua conclusione.<sup>42</sup> Incerto è ancora quale fosse esattamente il loro ruolo, se di passiva assistenza ovvero, come a noi sembra più probabile, di attiva capacità di intervenire nel rito.<sup>43</sup>

Essendo così dibattuti gli elementi costitutivi della *litis contestatio* nelle *legis actiones*, crediamo sia addirittura avventato, allo stato delle nostre conoscenze, avventurarsi ad individuarne gli effetti.

Ad ogni buon conto, vanno ricordati un paio di argomenti che sono stati considerati in dottrina ostativi alla possibilità di connettere alla *litis contestatio* nelle *legis actiones* gli effetti preclusivi all'instaurazione di una nuova azione *de eadem re*, come avviene nel processo formulare.

<sup>40</sup> Già nella manualistica, nella quale è abbastanza diffusa anche l'idea che il divieto del *bis in idem* si producesse proprio dalla *litis contestatio*: E. BETTI, *Corso di diritto romano*. I, cit., 454 s.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>5</sup>, Milano 1986, 174 ss.; F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*<sup>3</sup>, Milano 1992, 458; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*<sup>6</sup>, Bari-Roma 1992, 94 nt. 97; A. BURDESE, *Diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino 1993, 86; A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli 2001, 172; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli 2006 rist., 112; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino 2011, 132 ss.; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*<sup>4</sup>, Torino 2011, 71.

Circa i lavori specialistici dedicati all'argomento, si vd., senza pretese di completezza: R. DE RUGGIERO, *Idee vecchie e nuove intorno alla «litis contestatio»*, in BIDR 17, 1905, 149 ss., con discussione della precedente letteratura; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 118 s.; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano (note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano 1947, 50; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 311 ss., con valutazione critica della precedente letteratura; A. BISCARDI, *Quelques observations sur la litis contestatio*, cit., 159 ss.; ID., *La «litis contestatio» nella procedura «per legis actiones»*, cit., 467 ss.; ID., *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum*, cit., 13 ss.; F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, in *Studi Albertario*, I, Milano 1953, 85 nt. 1; ID., *s.v. «litis contestatio»*, cit., 973 ss.; G. JAHR *Litis contestatio*, cit., 66 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 188 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 389 ss.; ID., *L'actio» e la «litis contestatio» nella storia del processo romano*, in *Studi Liebman*, Milano 1979, 435 ss. (= *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 421 ss. da cui citiamo) (= *Actio - contestatio litis in diritto romano*, in *Apollinaris* 52, 1979, 80 ss.); N. BELLOCCI, *La genesi della «litis contestatio»*, cit., 7 ss.; J. G. WOLF, *Die litis contestatio*, cit., 28 ss., 39 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 70 ss.

<sup>41</sup> Cfr., *infra*, nt. 76.

<sup>42</sup> Secondo P. COLLINET, *Contributions à l'histoire du droit romain*. II, cit., 536 ss., la *litis contestatio* non sarebbe affatto consistita in una formale invocazione di testimoni, ma nell'impegno reciprocamente preso dalle parti di rispettare la sentenza, pertanto i testimoni sarebbero intervenuti solo alla fine della fase *in iure*. R. DE RUGGIERO, *Idee vecchie e nuove intorno alla «litis contestatio»*, cit., 183 ss., è favorevole alla presenza dei testimoni all'inizio della fase *in iure* e prima della *litis contestatio*. Secondo G. JAHR *Litis contestatio*, cit., 59 ss., la chiamata dei testimoni doveva avvenire all'inizio della fase *in iure* e non alla sua conclusione, come aveva sostenuto a suo tempo Wlassak in numerosi lavori dedicati all'argomento. Anche ad avviso di C. ST. TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, cit., 62 ss. e C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 293, con specifico riferimento alla *legis actio sacramenti in rem*, i testimoni erano presenti fin dall'inizio della fase *in iure*.

<sup>43</sup> Su questo aspetto si vd. diffusamente *infra* § 5.1.

In primo luogo, si è osservato<sup>44</sup> che se nelle *legis actiones* la *litis contestatio* consisteva semplicemente nella solenne invocazione di testimoni, mancava l'elemento dell'accordo in virtù del quale le parti nel processo formulare, convenendo sui termini del programma di giudizio (*iudicium*), si accordavano a sottostare alla sentenza che sulla base di esso sarebbe stata pronunciata.

Proprio la natura convenzionale della *litis contestatio* formulare giustifica la sua produzione di effetti preclusivi, tale natura invece è estranea alla *litis contestatio* delle *legis actiones*.<sup>45</sup>

In secondo luogo, si consideri che mentre l'effetto preclusivo riguarda tutte le *legis actiones*, la *litis contestatio* doveva essere presente solo nelle *legis actiones* cosiddette dichiarative, mentre mancava in quelle cosiddette esecutive:<sup>46</sup> queste ultime non erano destinate a sfociare innanzi al giudice.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Da parte di A. BISCARDI, *La «litis contestatio» nella procedura «per legis actiones»*, cit., 461 ss.; ID., *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum*, cit., 13 ss. e 25 ss., il quale svolge approfondite riflessioni volte a negare la presenza dell'elemento consensualistico nella *litis contestatio* delle *legis actiones*. Secondo lo studioso, non potrebbe rinvenirsi alcuna forma di accordo né sull'oggetto della controversia, né sulla nomina del giudice che, a partire dalla *lex Pinaria* sarebbe intervenuta dopo trenta giorni, e quindi al di fuori, della *litis contestatio*. G. JAHR *Litis contestatio*, cit., 63 ss.; F. BONIFACIO, s.v. "*litis contestatio*", cit., 973 ss. Si vd. anche le riflessioni di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 395 ss., il quale proprio in virtù della mancanza dell'elemento consensualistico nella *litis contestatio* delle *legis actiones* esclude che quest'ultima potesse produrre effetti preclusivi ed estintivi.

<sup>45</sup> La natura convenzionale, addirittura contrattuale, della *litis contestatio* fin dalle *legis actiones*, è stata sostenuta, in opposizione alla ricostruzione di F. L. KELLER, *Ueber litis contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich 1827, 5 ss., da M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, cit., 55 ss. [= 3 ss.]. Tuttavia, si tratta di una posizione rimasta isolata in letteratura e che, per quello che abbiamo potuto constatare, è stata accolta in Germania da O. LENEL, *Die Form der Litiscontestation im Formularprozess*, in ZSS 15, 1894, 374 ss., e in Italia da G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 311 ss., il quale è dell'avviso che fin dalle *legis actiones* la *litis contestatio* altro non sarebbe che l'accordo delle parti sul *iudicium*, come nel processo formulare e, allo stesso modo del processo formulare, anche nelle *legis actiones* sarebbero esistiti sia il *iussus iudicandi* sia la cd. *datio actionis* magistratuale. In senso critico, si vd. le condivisibili osservazioni di G. PUGLIESE, Rec. di G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, in IVRA I, 1950, 419. Ci sembra significativo sottolineare che lo stesso M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, Wien 1920, 9 ss., ha finito per ammettere che il *litem contestari* nelle *legis actiones* non avrebbe mai assunto la forma di accordo.

<sup>46</sup> Come noto Gaio non distingue propriamente tra *legis actiones* dichiarative ed esecutive, piuttosto, se si vuole trovare un criterio di distinzione interno alla rappresentazione gaiana, può credersi, come notato da B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 15 s., che Gaio abbia prima discorso delle *legis actiones* dialogiche (Gai 4.13-20), caratterizzate dal contrapporsi delle dichiarazioni di entrambe le parti e che, comunemente, si ritengono coincidenti con le *legis actiones* cosiddette dichiarative: esse, peraltro, prosegue Albanese, sarebbero state esposte da Gaio anche in ordine cronologico. Successivamente Gaio tratta (Gai 4.21-29) delle *legis actiones* nelle quali era solo l'attore a parlare, le *legis actiones* cosiddette esecutive.

<sup>47</sup> In questo senso si sono espressi: G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 316 s.; A. BISCARDI, *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum*, cit., 13 ss.; G. PUGLIESE, *L'«actio» e la «litis contestatio» nella storia del processo romano*, cit., 421 ss. Diversamente, secondo F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio*, cit., 85 nt. 1, non vi sarebbe ragione di negare la presenza della *litis contestatio* anche nelle *legis actiones* cosiddette esecutive, poiché, non avendo questo atto natura di compromesso, lo studioso non scorge la ragione per la quale esso dovesse ricorrere solo nelle azioni di accertamento, nelle quali le parti dovevano mettersi d'accordo sugli esatti termini della controversia tra loro esistente. Tuttavia, ci permettiamo di osservare che resterebbe poco

È per questa ragione, forse, che è stata elaborata<sup>48</sup> una variante di questa teoria e si è sostenuto che l'effetto preclusivo si connettesse non alla *litis contestatio*, ma all'atto conclusivo del procedimento *in iure*. Solo che in questo caso si va incontro alla difficoltà di capire se esistesse, e in cosa eventualmente consistesse, tale atto formale di chiusura della fase *in iure* delle *legis actiones*.

Si è pensato sia ad una *datio iudicis*, sia ad una cd. *datio actionis* o *iudicii*,<sup>49</sup> ovvero ancora ad una *addictio iudicii*,<sup>50</sup> quali atti di chiusura della fase *in iure* distinti dalla *litis contestatio*. Inoltre, esiste pure la difficoltà di capire se tali atti erano distinti ovvero parte di un unico provvedimento magistratuale di chiusura della fase *in iure*.<sup>51</sup>

Ma ognuno vede che, a prescindere dalla soluzione che si intende adottare, anche ad accogliere questa variante e credere che l'effetto preclusivo si producesse non dalla *litis contestatio* ma da un atto formale, di chiusura della fase *in iure*, comunque non si supererebbe né

chiara la funzione della *litis contestatio* in casi del genere, nei quali i testimoni non sarebbero serviti da mezzo di prova nella successiva fase *apud iudicem*, ma già *in iure*. Tuttavia, *in iure* doveva bastare la presenza del magistrato, come nel caso di *legis actiones* non contenziose destinate a concludersi innanzi al magistrato giudicante come la *in iure cessio* e la *manumissio vindicta*, i cui riti non prevedevano la presenza dei testimoni.

Similmente, non crediamo di potere condividere il punto di vista di N. BELLOCCI, *La genesi della «litis contestatio»*, cit., 46., a dire della quale nelle azioni esecutive, specialmente nella *legis actio per manus iniectionem*, non si porrebbero problemi di *bis in idem*, poiché sarebbe mancato il soggetto nei confronti del quale esercitare la seconda azione, dato che il debitore convenuto sarebbe stato *addictus* o venduto *trans Tiberim*. Eppure, il problema si pone nel caso in cui l'attore avesse errato nel pronunciare il formulario descritto in Gai 4.21: l'azione poteva essere interrotta ed, eventualmente, ripetuta nei confronti del debitore che ancora non era stato né *addictus* né venduto *trans Tiberim*? Noi non crediamo, perché a volerlo ammettere si dovrebbe anche ammettere che l'attore avrebbe beneficiato di un indebito vantaggio, contraddicendo il formalismo caratteristico delle *legis actiones*. Del resto, si tratta di capire anche cosa poteva succedere nel caso di intervento del *vindex*. Se costui fosse stato assolto, il creditore avrebbe di nuovo potuto agire nei confronti del debitore originario? Nessuno potrebbe sostenerlo. Ma anche nell'ipotesi in cui il *vindex* fosse risultato soccombente, sottoposto a *manus iniectio* e avesse sua volta nominato un *vindex*, il creditore avrebbe potuto ripetere la *manus iniectio* contro il debitore originario? Anche in questo caso noi crediamo di no, ma per ammetterlo occorre naturalmente postulare l'operatività dell'effetto preclusivo e del connesso divieto del '*bis in idem*' anche nelle azioni esecutive e anche in assenza di *litis contestatio*.

<sup>48</sup> Cfr. M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 38 [= 484].

<sup>49</sup> Per la *datio iudicis*: O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, 67 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 202 s. e 323 ss.; G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 74 ss. Per la cd. *datio actionis* o *iudicii*: E. I. BEKKER, *Über Anfang und Ende des "in iure" Verfahrens*, cit., 5; I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 91 ss.; M. KASER, *Zum Formproblem der litis contestatio*, cit., 17 ss. e 21; ID., *'Ius honorarium' und 'ius civile'*, in ZSS 101, 1984, cit., 58 nt. 281; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 76.

<sup>50</sup> G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 9 ss.; G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 74 ss. e 84 ss.; O. BEHREND, *Der Zwölfafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* Göttingen 1974, 59 ss. Si rinvia invece nel pensiero di Wlassak il diniego della rilevanza al *iussum iudicandi* come atto autonomo di instaurazione della *lis*; sarebbe stata solo la *litis contestatio* a legittimare la nomina del giudice e il conferimento dell'incarico di giudicare: M. WLASSAK, *s.v. Accipere iudicium*, in PWRE 1, Stuttgart 1894, 141; ID., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien 1921, 13 s.

<sup>51</sup> G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 321, pensa che la fase *in iure* delle *legis actiones* si chiudesse con tre atti distinti: una *datio iudicis*, un *iussum iudicandi* rivolto al giudice e una *datio iudicii*. Diversamente G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 74 ss. e 226 s., individua nella *datio iudicis* comprensiva della *addictio iudicii* l'unico atto conclusivo della fase *in iure* delle *legis actiones*.

l'ostacolo rappresentato dal fatto che si trattava di un atto privo di contenuto convenzionale, in quanto emesso dal pretore *in iure* e imposto alle parti; né si supererebbe l'ostacolo consistente nel fatto che un tale atto di chiusura della fase *in iure* resta pur sempre concepibile per le *legis actiones* contenziose destinate a sfociare in una fase *apud iudicem* e, pertanto, ancora una volta mancherebbe nelle *legis actiones* cosiddette esecutive.

Le riflessioni che abbiamo appena svolto ci spingono, dunque, a rigettare anche questa seconda tesi, secondo la quale la *res acta* nelle *legis actiones* si sarebbe configurata al momento della *litis contestatio*, la quale in ipotesi avrebbe prodotto, come nel processo formulare, gli effetti preclusivi all'instaurazione di una nuova azione *de eadem re*.

4. Le ragioni di dubbio sopra esposte rendono inaccoglibili sia la tesi che collega l'effetto preclusivo nelle *legis actiones* alla sentenza, sia la tesi che lo riferisce alla *litis contestatio*. A nostro avviso sono nel giusto quegli studiosi<sup>52</sup> secondo i quali la *res acta* coincideva con la *legis actio* una volta intentata e l'effetto preclusivo discendeva direttamente all'*agere*.

Nelle *legis actiones* l'impossibilità di ripetere una lite *de eadem re* tra le stesse parti<sup>53</sup> doveva determinarsi fin dagli inizi del rito e, specialmente, fin dalla pronuncia solenne dei *verba* che, una volta proferiti, non sarebbero stati enunciabili una seconda volta. L'*actio* una volta intentata avrebbe consumato il potere di agire tra le parti *de eadem re* come, a nostro avviso, attesta Gaio:

Gai 4.108: *Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat.*

Se ci liberiamo dalla lettura preconcepita secondo la quale la *res acta* coincide con il giudicato e, di conseguenza, l'inciso '*actum erat*' nel passo di Gaio indicherebbe la lite già definita dalla sentenza o dalla *litis contestatio*, esso attesta come nelle *legis actiones* era il fatto in sé di avere intentato l'*actio* a produrre una *res acta*.

L'aver agito una prima volta da parte dell'attore gli avrebbe impedito, *ipso iure*,<sup>54</sup> di

<sup>52</sup> Indicati *supra*, ntt. 4-6.

<sup>53</sup> Le *legis actiones in personam* miravano alla soddisfazione del creditore e alla estinzione del credito: ciò spianava la strada alla operatività *ipso iure* del principio di preclusione processuale. Viceversa le azioni *in rem* miravano alla realizzazione e conservazione del diritto dell'attore; ciò comportò che solo in un secondo momento e per opera della giurisprudenza laica si applicasse anche a queste azioni il principio di preclusione processuale, peraltro in virtù dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* nel processo formulare. Il principio di preclusione processuale, comunque, non impediva che in certi casi l'azione reale potesse ripetersi anche tra le stesse parti in ordine allo stesso rapporto giuridico. La giustificazione è che con la prima azione il diritto reale (a differenza di quello di credito) non si era estinto e nelle fonti si sottolinea che se l'attore con la seconda azione invocava un titolo diverso, una *causa (petendi o actionis) alia e nova*, ciò impediva che le due fattispecie oggetto delle due azioni potessero considerarsi '*eadem res*': ne discende la possibilità di ripetere, in certi casi, da parte dell'attore già vittorioso una prima volta la *legis actio in rem* nei confronti dello stesso convenuto. Sul punto si vd., per tutti, M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 31 ss. [= 477 ss.]; ID., *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in SDHI 64, 1998, 47 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 659 ss.).

<sup>54</sup> Resta da capire se la seconda azione *de eadem re* poteva essere bloccata dal pretore denegando l'azione (come sostenuto da A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 26 s.) ovvero se era il giudice, *ope iudicis*, a doversi pronunciare (così A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone e Otacilia Lateranense (Val. Max. 8,2,2)*, in *Iuris Vincula. Studi Talamanca*, II, Napoli 2001, 265 nt. 64; ID., *Legis actiones ed eccezioni difensive*, in RHDfE 80, 2002, 393

agire un'altra volta, ovviamente nei confronti dello stesso convenuto e con riferimento ad una *eadem res*. Come messo bene in luce da Franco Bonifacio,<sup>55</sup> in Gai 4.108 '*actum ... erat*' è relativo a ciascuno degli atti solenni attraverso i quali il rito si svolge: ogni atto, una volta intentato, sarebbe stato irripetibile. Mentre, con l'interpretare l'inciso come relativo al momento in cui l'*actio* ha avuto il suo svolgimento *in iure*, si finirebbe per trasferire alle *legis actiones* caratteristiche proprie del processo formulare, in cui '*actum est*' coincide con la *litis contestatio*.<sup>56</sup>

In conclusione, riteniamo di dovere accogliere l'idea secondo la quale gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* si sarebbero verificati fin dalla pronuncia dei *certa verba* e dal compimento dei *gesta* prescritti, ossia per il fatto stesso del *lege agere*.

s.; Id., *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cur. L. GAROFALO, Padova 2006, 37 nnt. 49-50). La questione meriterebbe un livello di approfondimento ben maggiore di quello che possiamo qui permetterci e, per prima cosa, andrebbero studiati tutti i significati in cui l'espressione *ipso iure* compare nelle fonti giuridiche. Con riferimento alle sole Istituzioni di Gaio, ci pare, tuttavia che le ricorrenze della nostra espressione (Gai 2.58, 2.198, 3.81, 3.168, 3.181, 4.106, 4.112) non siano incompatibili con altrettante ipotesi di *denegare actionem*. Piuttosto, proprio al *denegare actionem* ci pare alluda la motivazione data da Gaio all'inciso *ipso iure* in Gai 3.181: *ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE*. L'inutilità della *litis contestatio* si sarebbe potuta tradurre in termini processuali in un *denegare actionem* opposto dal magistrato giudicante all'attore che avesse insistito nel chiedere la concessione dell'azione; sul punto, in questo senso vd. già M. WŁASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede*, in *Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff*, Wien 1910, 38 nt. 80 (= Labeo 13, 1967, 256 s. nt. 80).

<sup>55</sup> F. BONIFACIO, *Riflessioni su Gai. 4.108*, cit., 405 s.

<sup>56</sup> Sotto il profilo della ripetibilità, le *legis actiones* contenziose si differenziavano dalle *legis actiones* negoziali le quali, se anche irregolarmente compiute, avrebbero potuto ripetersi fino alla esatta esecuzione del rito. La necessità di ripetere riti religiosi irregolarmente compiuti nel diritto romano di alta e media repubblica è chiaramente attestata dalle fonti. Esse rilevano anche in materia di *legis actiones* attesa la loro stretta connessione con la religione (si pensi al *sacramentum*) ancora in età repubblicana matura. In Cic., *de harusp. resp.* 11.23 si ricorda che i *ludi ... non rite facti* dovevano essere ripetuti proprio per calmare la collera degli dei immortali. Similmente, in Liv., 22.9.9 si ricorda il caso di un *votum Marti ... non rite factum* che dovette essere compiuto daccapo e più solennemente. Ancora, Liv. 41.16.1 attesta che durante lo svolgimento delle *Latinae feriae* in occasione del sacrificio di una sola vittima il magistrato non aveva rivolto la preghiera per la salute del popolo romano: i pontefici decisero che le *feriae* dovessero essere ripetute, perché *non recte factae* a causa di questo vizio di forma. Anche Plut., *Coriolan.* 25.5 rileva, in quanto riferisce del costume dei romani di ripetere sacrifici, processioni e giochi anche per minimi intoppi nell'esecuzione del rito. Infine, in *Tab. Iguv.*, 1b 8 ss. [DEVOTO, 103] si dispone che nel caso di una *sacrificiorum intermissio* si sarebbe verificato un *vitium* che imponeva di prendere di nuovo gli auspici (*aves observato*) di ritornare di nuovo *ad portam Trebulanam* e di ripetere il rito.

A prescindere da queste fonti, comunque, nessuno dubita che una *legis actio* negoziale irregolarmente svolta potesse essere ripetuta tutte le volte necessarie a permettere al rito di realizzare l'effetto suo proprio (ed evitare la nullità che altrimenti la avrebbe afflitta come ogni altro negozio giuridico, cfr. S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, 72 ss.). Una diversa spiegazione del divieto di ripetere le *legis actiones* contenziose viene fornita da A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927, 300 ss, secondo il quale l'esperimento della *legis actio* consumava, in virtù della sua forza magica, il diritto sottostante con riferimento ai crediti, ma non ai diritti reali. In senso critico nei confronti di questa ricostruzione, troppo sottile forse per l'età arcaica, vd.: M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, cit., 303 s.; M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 21 nt. 11 [= 467 nt. 11], con indicazione di altra letteratura.

5. I risultati ai quali siamo pervenuti permettono di fornire una soluzione al problema rappresentato dalla dubbia esistenza del potere del magistrato giudicante di interrompere una *legis actio* caratterizzata da errori od omissioni da parte dell'attore.

Il problema è posto da due celeberrimi passi delle Istituzioni di Gaio dai quali apprendiamo che anche solo un minimo errore nello svolgimento del rito della *legis actio* avrebbe comportato la perdita della lite. Cominciamo da:

Gai 4.30 [KRÜGER-STUEDEMUND<sup>7</sup>]: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet.*

In virtù della *nimia subtilitas* dei *ueteres qui tunc iura condiderunt*<sup>57</sup> la parte che avesse commesso anche solo un minimo errore nel compimento della *legis actio* avrebbe perso definitivamente la lite.<sup>58</sup>

Rileva ai nostri fini anche:

Gai 4.11 [KRÜGER-STUEDEMUND<sup>7</sup>]: *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant ... uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succis actio conpeteret, generaliter de arboribus succis loqueretur.*<sup>59</sup>

<sup>57</sup> M. MARRONE, *Agere lege, formulae et preclusionione processuale*, cit., 35 [= 481], identifica tali *ueteres* con giuristi pontefici (o, forse, i più antichi giuristi laici) del IV sec. a.C., in virtù della considerazione secondo la quale per «il tempo precedente alle XII Tavole nelle fonti si suole fare riferimento ai *mores* non ai *ueteres*». Sulle sfumature di significato che assume la parola '*ueteres*' in Gaio si vd.: B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in AUPA 23, 1953, 60; A. BISCARDI, *Postille gaiane*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, cur. A. GUARINO e L. BOVE, Napoli 1966, 18 ss.; F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, 9 ss., ntt. 17 ss.; O. SACCHI, *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali* (*Gai. 1.145*). *Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, in RIDA 50, 2003, 319 nt. 5, 327 ss. e nt. 26, 332 nt. 38; F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, 132 s. nt. 242, con ulteriore indicazione di letteratura.

<sup>58</sup> Come è reso palese dall'impiego delle espressioni '*litem perdere*' e '*rem perdere*' che, nel linguaggio delle Istituzioni di Gaio, indicano la soccombenza nell'azione (nel primo caso) e la perdita della pretesa, che non sarebbe stato più possibile far valere (nel secondo caso). Ciò accade nei casi di cd. *pluris petitio*, che, come noto, comporta la perdita definitiva della lite per l'attore: Gai 4.60: *Sed nos apud quosdam scriptum inuenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum qui plus quam oportet demonstrauerit, litem perdere ... dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designauerint quam deposuerit, litem perdat* rell.; Gai 4.68: *quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat*. Ancora, con specifico riferimento al significato di *rem perdere* quale perdita irrimediabile della lite cfr. Gai 4.123: *Obseruandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit* rell. e Gai 4.124: *... quodsi dissimulauerit eam et per cognitorem egerit, rem perdit*. Per altri riferimenti nelle fonti giuridiche si vd. D. 8.5.19 (Marc. 5 reg.); D. 12.5.2.2 (Ulp. 26 ad ed.).

<sup>59</sup> Non sono mancati dubbi circa la genuinità di entrambi i passi di Gaio citati nel testo: G. VON BESELER,



Alla luce di un atteggiamento di rigida osservanza delle formalità delle *legis actiones*, che deve risalire piuttosto indietro nel tempo,<sup>60</sup> era stato motivato (*cum debuisset...*) da parte dei giuristi,<sup>61</sup> che aveva perso la pretesa l'attore che, in un caso di *uites succisae*, volendo attivare l'azione decemvirale prevista per le *arbores iniuria succisae* aveva nominato le *uites* in luogo delle *arbores*, poiché si era discostato dallo schema di *legis actio* previsto dalle XII Tavole,<sup>62</sup>

*Unklassische Wörter*, in ZSS 57, 1937, 45, il quale segnala l'interpolazione di *nimia* in Gai 4.30; S. SOLAZZI, *Lodio per le «legis actiones» in Gai. 4.30*, in *Festschrift für Leopold Wenger*, II, München 1944, 49-55 [= *Scritti di diritto romano*, IV (1938-1947), Napoli 1963, 697-701, paginazione che abbiamo seguito]; Id., *Spigolature gaiane*, in SDHI 1, 1935, 265. Tuttavia, nel senso di una decisa difesa della genuinità dei passi in questione si sono espressi: A. BERGER, *Vi sono nei Digesti citazioni interpolate della legge delle dodici tavole? (Intorno alle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano riguardo alle dodici tavole)*, in *Studi Riccobono*, I, Palermo 1936, 614 ss.; C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato. (Per la critica del testo decemvirale)*, in BIDR 76, 1973, 291; Id., *Su Gai. 4.30*, in SDHI 44, 1978, 429 ss.; Id., *Su Gai. 4.11*, in *Studi Sanfilippo*, III, Milano 1983, 328; C. A. CANNATA, *Introduzione ad una rilettura di Gai 4.30-33*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 4, Napoli 1984, 1880 ss. Nella stessa direzione vd. anche R. G. BÖHM, *Gaiusstudien*, III, Freiburg 1969, 175 ss., il quale dubita della genuinità della parola '*litem*' in Gai 4.30. Poiché negli apografi compaiono solo le lettere IT, ad avviso dell'autore esse dovrebbero sciogliersi con *totum*. Sebbene la ipotetica proposizione '*totum perderet*' non sposti di molto il significato rispetto alla lezione '*litem perderet*', specie ai nostri fini, segnaliamo che comunque la lezione *litem perderet* è quella seguita da parte di tutti gli editori. Inoltre, nell'*index notarum*, G. STUEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund. Accedit pagina codicis Veronensis photographice efficta*, Leipzig 1874, rist. Osnabrück 1965, 273, segnala che IT va sciolto con *item*, mentre (305) *-tum* può derivare dallo scioglimento di una T seguita da un puntino o da un apostrofo, ovvero ancora sormontata da una linea, segni che invece nel Veronese mancano. In termini generali sui passi si è formata una letteratura copiosa, specie in ordine alla duplice appellatio fornita da Gaio delle *legis actiones* quali *Spruchklagen* e *Gesetzklagen*. Per non appesantire l'apparato di note ci siamo limitati a richiamare solo i lavori specificamente relativi alle questioni affrontate di volta in volta; ciò nonostante, per un chiaro ed esaustivo inquadramento delle questioni sollevate dai passi, ci sia permesso di rinviare a C. CASCIONE, *Lege agere e poena capitis: qualche spunto ricostruttivo*, in *Iuris vincula. Studi Talamanca*, I, Napoli 2001, 511 ss. (= *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli 2010, 59 ss.).

<sup>60</sup> La logica del sistema delle *legis actiones*, infatti, induce a supporre tanto più rigoroso il rispetto delle prescritte modalità di svolgimento del rito quanto più indietro ci si spinge.

<sup>61</sup> Alla luce del fatto che si è trattato di un responso motivato, M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 33 [= 479] colloca l'episodio non prima del III sec. a.C. e, più precisamente, nella seconda metà di questo secolo, quando cominciò ad affermarsi con Tiberio Coruncanio [D. 1.2.2.35 e 38 (Pomp. *l. sing. enchiridii*)] la prassi del *publice profiteri* che implicava la motivazione dei responsi.

<sup>62</sup> L'individuazione dell'esatto contenuto della previsione decemvirale è molto discussa. L'unico dato sul quale concordano gli studiosi è che le XII Tavole contenevano un'azione, forse da attivare con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (così S. MORGESE, *Taglio di alberi e 'latrocinium': D. 47,7,2*, in SDHI 49, 1983, 147 ss.) o forse con la *legis actio sacramenti in personam* e più tardi con la *legis actio per conditionem* (così: H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 187; A. M. GIOMARO, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causae*, Milano 1988, 64 ss.), volta a sanzionare la *succisio* di alberi altrui commessa *iniuria*: ma fuori da questo elemento regna l'incertezza. A partire dalla stessa denominazione '*actio de arboribus succis*' atteso che manca ogni prova testuale di tale denominazione tecnica e in dottrina c'è chi preferisce discorrere più genericamente di agire *de arboribus succis* come B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 19 ss. Si trattò di un'azione *ex delicto*, ma sono state rilevate difficoltà in ordine alla riconduzione delle *arbores iniuria caesae* al delitto di *iniuria* semplice, per il quale era prevista la pena di 25 assi. G. PUGLIESE, *Studi sull'"iniuria"* I, Milano 1941, 37 s., ritiene che *iniuria* potrebbe indicare solo l'antigiuridicità del comportamento e non sarebbe una spia della qualifica tecnica del delitto di *iniuria*.

che discorrevano, appunto, di *arbores*.<sup>63</sup>

La vicenda processuale narrata da Gaio – della cui storicità non vi è ragione di dubitare – doveva avere un valore paradigmatico agli occhi del giurista antonino, il quale era dell'avviso che le *vites* non fossero altro che una *species* di *arbores*,<sup>64</sup> in adesione ad un indirizzo interpretativo da tempo affermatosi e che aveva condotto alla estensione della nozione di *arbores* anche da parte della giurisprudenza.<sup>65</sup>

In altri termini, la perdita della lite in virtù dell'impiego di una parola, '*vites*', il cui significato era compreso nella parola '*arbores*' che si sarebbe dovuta pronunciare in suo luogo, doveva apparire sintomatica dell'iniquità alla quale l'interpretazione giurisprudenziale in

Certo è che intorno al I secolo a.C. l'azione civile venne affiancata dall'*actio arborum furtim caesarum*, pretoria e penale al *duplum*: A. BIGNARDI, «*Actio, interdictum, arbores*». *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in Index 12, 1983-84, 465 ss.; M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?*, II. *La tutela boschiva*, in Index 35, 2007, 328 ss. L'azione pretoria avrebbe contemplato la più ampia fattispecie del *caedere*, comprensiva di qualsiasi lesione alla integrità dell'albero, ed è incerto se ed eventualmente quando tale azione avrebbe preso il posto dell'azione civile di risalenza decemvirale: A. FLINIAUX, *L'actio de arboribus succisis*, in *Studi Bonfante*, I, Milano 1930, 540 ss.; L. DESANTI, *Caedere est non solum succidere: taglio di alberi, XII Tavole e D. 47.7.5 pr. (Paul. 9 ad Sab.)*, in *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano 2009, 147 ss.; O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 337, il quale crede che la fattispecie dell'*actio de arboribus succisis* fosse contemplata nelle sezioni dell'editto dedicate all'*actio de modo agri* e all'*actio legis Aquiliae*.

Il regime dell'*actio arborum furtim caesarum* solleva a sua volta problemi di collegamento con l'*actio furti* (sui quali vd. C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 546 s., ad avviso della quale dovevano orientare, almeno nel pensiero di Sesto Pedio, gli elementi della clandestinità e dell'appropriazione) e, una volta introdotta, con l'*actio legis Aquiliae*, la quale forse copriva le ipotesi di danneggiamento non clandestino e privo dell'elemento dell'appropriazione: O. CARRELLI, *I delitti di taglio di alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel diritto romano*, in SDHI 5, 1939, 327 ss.; A. CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana*, in *φιλία, Scritti per Gennaro Franciosi*, I, Napoli 2007, 612. Per un inquadramento generale della questione vd. D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, 196 ss.

<sup>63</sup> Invero, è abbastanza incerta la ricostruzione del quesito che diede luogo al responso riferito in Gai 4.11. Si potrebbe immaginare che esso vertesse sul perché l'interessato aveva perso la lite, non essendovi obbligo di motivare le sentenze nelle *legis actiones* [vd. sul punto M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Genève 1999, 53 ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., 721 ss.)]. Inoltre, ci sembra da condividere la proposta di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 19 nt. 44, secondo il quale l'interessato era ricorso ai giuristi per chiedere se potesse considerarsi *eadem res* «ai fini della preclusione processuale, l'azione intentata esattamente *de arboribus*, rispetto alla prima intentata erroneamente *de vitibus*». Avendo risposto i giuristi che l'interessato aveva perso a causa del detto errore di forma, la seconda azione sarebbe stata preclusa: si sarebbe trattato infatti di ripetere la lite *de eadem re*.

<sup>64</sup> D. 47.7.2 (Gai. 1 *ad legem duod. tab.*): *Sciendum est autem eos, qui arbores, et maxime vites caeciderint, etiam tamquam latrones puniri*.

<sup>65</sup> La risalenza della estensione della nozione di *arbores*, comprendente certo anche le *vites*, è attestata da: Plin. M., *N. H.* 14.1.9: *vites iure apud priscos magnitudine quoque inter arbores numerabantur*, D. 47.7.3 pr. (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Vitem arboris appellatione contineri, plerique veterum existimaverunt*. Secondo E. KIESSLING, *Die actio de arboribus succisis im Lichte des PSI XI 1182*, in JJP 4, 1950, 317 ss., *arbor* sarebbe stato termine generale già nelle XII Tavole; E. PÓLAY, *Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom*, in ZSS 101, 1984, 164 s.; ID., *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 31 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992, 34 s.; ID., *La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., sat. 1.3.115-117*, in AUPA 55, 2012, 397 ss.

tema di *legis actiones* contenziose aveva condotto. Si era arrivati al punto di sanzionare così gravemente lo scambio di due parole il cui significato, forse già in età assai risalente era stato accostato da parte degli stessi giuristi.<sup>66</sup>

Entrambi i brani, dunque, mostrano che una *legis actio* irregolarmente svolta avrebbe con certezza comportato sia la perdita della lite sia il prodursi degli effetti preclusivi. Resta dubbio se già *in iure* si sarebbero potute verificare tali conseguenze sfavorevoli nei confronti di un attore che avesse commesso errori nella pronuncia dei *verba* o nel compimento dei *gesta* tipici della *legis actio*.<sup>67</sup>

Infatti, se nessuno dubita che la parte in errore doveva essere giudicata soccombente da parte del giudice al termine della fase *apud iudicem*, con una sentenza che avrebbe precluso e, in ogni caso, 'pregiudicato' la ripetizione dell'azione,<sup>68</sup> incertezze si sono manifestate in dottrina attorno alla risposta al quesito se già *in iure* il magistrato giudicante, di fronte ad un errore od omissione nello svolgimento del rito da parte dell'attore, avrebbe potuto rifiutare discrezionalmente la propria collaborazione alla *legis actio* interrompendola con un proprio atto,<sup>69</sup> piuttosto che rimettere la questione alla decisione del giudice.

<sup>66</sup> Questa considerazione permette di respingere l'obiezione di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 385 nt. 285, secondo il quale il taglio delle *vites*, non essendo previsto espressamente dalle XII Tavole, che discorrevano solamente di *arbores*, non poteva essere considerato fonte di *oportere*, per cui l'azione intentata nel caso di Gai 4.11 non sarebbe stata irregolare nella forma, ma infondata nella sostanza. Sul punto cfr. le condivisibili osservazioni di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 19 s.

<sup>67</sup> Nel caso di errori commessi dal convenuto, la sua soccombenza poteva essere stabilita *apud iudicem* dal giudice con la sentenza di condanna, ovvero *in iure* mediante una pronuncia pretoria favorevole all'attore, probabilmente caratterizzata dall'impiego del verbo *addico*. Verosimilmente, essa avrebbe avuto per oggetto la persona del convenuto nelle azioni *in personam* e la *res* controversa nelle azioni *in rem*, e avrebbe risolto definitivamente la lite in favore dell'attore.

<sup>68</sup> Come conseguenza dell'effetto pregiudiziale *erga omnes* del giudicato nelle *legis actiones* che avrebbe imposto al giudice di un eventuale secondo processo di conformare la propria decisione al contenuto del *iudicatum* intervenuto sulla medesima questione. Sul punto si vd.: M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 121, che così sintetizza i risultati della propria indagine: «la sentenza delle *legis actiones* aveva efficacia pregiudiziale illimitata»; Id., *L'effetto normativo della sentenza*, cit., 76 ss.. Affermano l'efficacia costitutiva del giudicato: M. KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 104 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 66 e 98; G. PUGLIESE, *s.v.*, *Giudicato civile (storia)*, cit., 730 ss., sebbene quest'ultimo studioso, come ricordato *supra* in nt. 32, sia incline ad ammettere che potevano esserci terzi nei confronti dei quali il giudicato nelle *legis actiones* non produceva alcun effetto.

<sup>69</sup> Da taluni ricondotto ad un rifiuto di concedere l'azione corrispondente nella sostanza ad un *denegare actionem*: A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 17; R. MARTINI, Rec. di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., in IVRA 23, 1972, 220. Tuttavia, in termini dubitativi si è espresso G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 385 nt. 284: «Appare dunque indubbio che il magistrato era in grado di impedire che il procedimento *in iure* si svolgesse in modo e fino al punto da avere l'esito voluto dall'attore, sia o no proprio parlare in proposito di *denegatio actionis*». Ai fini del presente lavoro la questione è di ridotta rilevanza poiché, anche se si riconduce l'atto magistratuale interruttivo della *legis actio* irregolare ad un *denegare actionem*, esso non avrebbe comunque prodotto alcun effetto preclusivo, consentendo la riproposizione dell'azione. Inoltre, se si vuole ricondurre l'atto magistratuale interruttivo di una *legis actio* irregolare ad un atto di *denegare actionem* si apre il problema dell'individuazione dei suoi caratteri, atteso che come noto nelle *legis actiones* le fonti non attestano se non l'impiego dei verbi *prohibeo* (*lex Osca tabulae Bantinae*, ll. 27-28: *si quis contra hoc prohibuerit, multa tanta esto*) e (*non*) *patior* (Val. Max. 7.7.5: *lege agere passus non est*). Nel silenzio delle fonti, penseremmo ad una pronuncia di *non dare*, mentre ci pare di dovere escludere un comportamento

In dottrina<sup>70</sup> si è data risposta negativa al quesito, motivando tale soluzione sull'indebito vantaggio del quale avrebbe beneficiato l'attore il quale sarebbe stato legittimato a ripetere il rito fino a quando non fosse riuscito a compierlo esattamente, con ciò contraddicendo sia il formalismo delle *legis actiones*, sia quanto affermato da Gaio, ossia che un errore anche minimo avrebbe determinato la perdita definitiva della lite.

Si capisce che questa soluzione si basa sul postulato secondo il quale gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* si sarebbero prodotti solo a partire dalla sentenza o dalla *litis contestatio*, poiché, solo così ragionando, all'atto magistratuale interruttivo di una *legis actio* irrituale non potrebbe attribuirsi l'effetto di precludere all'attore la riproposizione dell'azione.

Tuttavia, abbiamo cercato di dimostrare che la convinzione secondo la quale la *res acta* nelle *legis actiones* coincidesse con la sentenza sia dotata di una base testuale molto più fragile di quanto potrebbe sembrare a prima vista e che dunque questa tesi sia inaccoglibile, del pari di quella che collega gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* alla *litis contestatio*.

Piuttosto, ammettendo che la *res acta* coincideva con la *legis actio* una volta intentata, è logico dedurre che l'effetto preclusivo si sarebbe prodotto in virtù del segmento di rito che si era svolto fino al momento dell'errore compiuto dall'attore. L'azione non sarebbe stata più ripetibile perché consumata dal fatto stesso del suo esercizio e, quindi, l'attore non avrebbe tratto alcun indebito vantaggio dalla decisione magistratuale di interrompere lo svolgimento di una *legis actio* caratterizzata da errori od omissioni da parte sua.

Solo ponendoci in quest'ottica, e ipotizzando dunque che l'interruzione del rito intervenisse in un momento successivo al verificarsi dell'effetto preclusivo, è possibile configurare il potere del pretore di interrompere lo svolgimento di una *legis actio* irregolare, nel corso della quale si fossero verificati errori di pronuncia anche minimi; così facendo il magistrato giudicante avrebbe certificato l'avvenuta estinzione dell'azione, senza contraddire i principi esposti da Gaio sul rigoroso rispetto dei *verba* e dei *gesta* nelle *legis actiones*, la cui violazione avrebbe comportato, fin dalla fase *in iure*, la perdita definitiva della lite.

Il provvedimento magistratuale di interruzione della *legis actio* non avrebbe prodotto alcun effetto preclusivo, allo stesso modo di un *denegare actionem* intervenuto *in limine litis* durante la informale discussione che le parti compivano *in iure* davanti al magistrato allo scopo di descrivergli la controversia<sup>71</sup> e comunque, prima della solenne pronuncia dei *certa verba* della *legis actio*.

meramente omissivo del magistrato, consistente nel rifiutarsi di pronunciare i *verba* necessari ad assicurare la prosecuzione del rito. Infatti, il *denegare actionem* è un atto di *iurisdictio* il quale – a differenza del *denegare iurisdictio* – comportava una pronuncia del tipo '*dicere non esse actionem*', come può desumersi da D 4.6.26.4 (Ulp. 12 *ad ed.*), passo di cui ci siamo occupati nel nostro «*Denegare actionem*», *decretum e intercessio*, in AUPA 55, 2012, 669-673.

<sup>70</sup> A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 16-21.

<sup>71</sup> Cic., *part. orat.* 28.99: *Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit aut iamne sit aut num iam esse desierit aut illane lege, hisne verbis sit actio quaeritur. Quae etiamsi ante quam res in iudicium venit aut concertata aut diiudicata aut confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habent pondus, cum ita dicitur: plus petisti; sero petisti; non fuit tua petitio; non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc iudicio.* Riferiscono questo squarcio ciceroniano alle *legis actiones*: A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano 1956, 22; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 35 nt. 5.

Piuttosto, la perdita irrimediabile della lite e della pretesa (*litem perdere e rem perdere* secondo Gai 4.11 e Gai 4.30) doveva essere connessa all'*agere* rituale delle parti che, una volta intervenuto, non avrebbe più potuto essere ripetuto *de eadem re*.<sup>72</sup>

Ciò si sarebbe verificato più frequentemente nei casi di errori plateali o, comunque, facilmente accertabili *in iure*, anche con l'ausilio dei testimoni, come vedremo. Invece, nelle situazioni non liquide, nel caso di errori contestati o che, comunque, richiedevano accertamenti che non potevano svolgersi *in iure*, il pretore crediamo che avrebbe preferito demandare al giudice la decisione sulla questione.<sup>73</sup>

Né possiamo escludere che tale 'severa'<sup>74</sup> sanzione consistente nella perdita della lite anche in virtù di un minimo errore, possibile a nostro avviso fin dalla fase *in iure*, abbia contribuito ad accrescere l'odio che i romani in età repubblicana cominciarono a nutrire nei confronti delle *legis actiones*.

5.1. A favore della soluzione che caldeggiamo militano i seguenti argomenti.

In primo luogo, occorre richiamare un rilievo di Remo Martini<sup>75</sup> il quale ritiene 'poco realistico' che un magistrato giudicante il quale, pur avendo rilevato *in iure* un errore nello svolgimento della *legis actio*, decidesse comunque di nominare un giudice al quale affidare al decisione della controversia.

In effetti, anche per un principio di logica economicità dei giudizi, nelle fattispecie di errori invalidanti il rito, come quelli descritti da Gai 4.11 e 4.30, l'eventuale instaurazione della fase *apud iudicem* sarebbe stata del tutto inutile, in quanto dall'esito scontato: il giudice sarebbe stato costretto ad assolvere il convenuto.

<sup>72</sup> I seguenti studiosi hanno ritenuto che già il magistrato *in iure* potesse sanzionare l'errore di pronuncia commesso dall'attore: E. I. BEKKER, *Zur Lehre von den Legisaktionen*, in ZSS 25, 1904, 69, secondo il quale la pronuncia, benché errata, dell'attore avrebbe prodotto una *res acta*: essa avrebbe impedito la nomina del giudice. Ma lo stesso studioso in un precedente lavoro (E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, cit., 64 s. e nt. 5) aveva molto dubitato se nel caso di specie dovesse essere dato un giudice e se l'effetto preclusivo nelle *legis actiones* si producesse prima dalla *litis contestatio*. Non escludiamo che, nel frattempo, la compiuta elaborazione della teoria dell'effetto preclusivo dell'*agere* da parte di Wlassak, secondo la quale la seconda *actio* sarebbe stata impedita dall'esercizio della prima *actio*, possa avere orientato Bekker nel senso che già *in iure* la lite potesse essere risolta a favore del convenuto. Tanto è vero che in uno scritto del 1894 troviamo ormai pienamente matura nel pensiero di Bekker l'idea che la pronuncia di una *legis actio*, sebbene scorretta, avrebbe comunque prodotto una *res acta*, si vd. E. I. BEKKER, *Überschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Aktionen; Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen*, ZSS 15, 1894, 158. Favorevole a questa soluzione anche H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 196 s.

<sup>73</sup> F. TRAMPEDACH, *Die Form der Litiscontestatio im Formularprozess*, in ZSS 18, 1897, 138 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 385 nt. 285; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 16 ss.; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, 173.

<sup>74</sup> Così M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 38 nt 49 [= 484 nt. 49].

<sup>75</sup> R. MARTINI, Rec. di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 221: «Ma tutto questo discorso è basato, a mio modo di vedere, su un presupposto poco realistico, non essendo immaginabile che un pretore che, potendolo fare personalmente, preferisse lasciare che l'errore fosse accertato *apud iudicem*». In precedenza, già S. SOLAZZI, *L'odio per le «legis actiones»*, cit., 698 ss., aveva ritenuto difficile credere che un magistrato dovesse assistere impassibile ad una *legis actio* svoltasi in modo erroneo.

Allora, tranne il caso di contestazioni o di minimi scostamenti che potevano non essere rilevati *in iure* e che potevano indurre il magistrato ad investire della questione un giudice, i magistrati giudicanti, accortisi di un errore nella pronuncia dei *verba*, sarebbero stati indotti ad interrompere il rito precludendone la prosecuzione.

In secondo luogo, a nostro avviso, pur se con tutte le cautele derivanti dallo stato carente delle fonti a nostra disposizione, va accolta la ricostruzione secondo la quale il ruolo dei testimoni invitati (*testes estote*) ad assistere al rito, a nostro avviso fin dall'inizio della fase *in iure*,<sup>76</sup> al fine di rendere testimonianza *apud iudicem* di quanto successo davanti al magistrato giudicante, deve essere ricondotto ad una assistenza 'di parte'.

Infatti, nonostante l'etimologia di *testis* rinvii ad un soggetto terzo rispetto alle parti in lite,<sup>77</sup> è opinione largamente diffusa in dottrina che i testimoni, specie alle origini, fossero *advocati*,<sup>78</sup> ossia soggetti vicini alla parte che li aveva chiamati (*sui testes*). Il loro ruolo, dunque, sarebbe stato quello di assistere al rito per rafforzare la posizione della parte per la quale intervenivano.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Poiché i testimoni dovevano attestare quanto successo *in iure*, crediamo che sia probabile immaginare che costoro fossero presenti e venissero invitati a testimoniare fin dall'inizio di questa fase e non solo nella parte finale, quando si collocano le solenni pronunce di parte.

<sup>77</sup> Sul punto vd.: H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire en droit romain*, Paris 1910, 6 e nt. 2, con indicazione di letteratura circa l'etimologia di *testis* capace di fondare il suo significato di soggetto terzo rispetto alla lite; É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 2. Pouvoir, droit, religion. Sommaires, tableau et index établis par Jean Lallot*, Paris 1969, 277; F. TERRANOVA, *Osservazioni su Gai 2.108*, in AUPA 52, 2007-2008, 293 nt. 27, con articolate riflessioni e indicazione di letteratura relativa alla questione se l'etimologia del termine testimone abbia a che fare con la sua funzione di terzo; EAD., *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, in AUPA 53, 2009, 332 nt. 69, alla quale rinviamo anche per la valutazione critica della tesi della originaria distinzione tra testimoni strumentali e giudiziali; EAD., *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, cit., 335 nt. 723, 341 ss. e ntt. 740-742, nonché nt. 746 per la insussistenza della distinzione, per l'età più antica, tra *testes ad probationem* e *testes ad solemnitatem*.

Sul tema della testimonianza, circa i profili di nostro interesse, si vd., inoltre: C. G. BRUNS, *Die sieben Zeugen des römischen Rechts*, in *Commentationes philologicae in honorem Mommseni scripserunt amici*, 1877, 489 ss. [= *Kleinere Schriften*, II, Weimar 1882, 119 ss.]; H. A. A. DANZ, *Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr. Beiträge zur Geschichte der Entwicklung des Rechts bei den Römern*, Jena 1857, 38 s. e nt. 8; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*<sup>6</sup>, I, Leipzig 1907, rist. Aalen 1968, 142; CH. LÉCRIVAIN, *s.v. Testimonium, testis*, in DS 5, Paris 1919, rist. Graz 1969, 152 ss.; M. KASER, *s.v. Testimonium*, in PWRE 2, 19, Stuttgart 1934, 1021 ss., con distinzione tra testimoni negoziali e giudiziali (sui quali 1046 ss.); A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., 105 ss.; G. MAC CORMACK, *Witnesses in the Law of the Twelve Tables*, in BIDR 76, 1973, 229, 231, 233; U. VINCENTI, «*Duo sunt genera testium*». Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano, Padova 1989, 9 ss.; M. HUMBERT, *Intestabilis*, in *Fides humanitas ius. Studii Labruna*, IV, Napoli 2007, 2544 nt. 3 e 2547 nt. 10; M. SALAZAR REVUELTA, *Antecedentes jurídicos de la prueba testifical en el Derecho romano*, in IVRA 59, 2011, 122 ss.

<sup>78</sup> Cfr A. BISCARDI, «*Testes estote*». Contribution à l'étude du témoignage en droit romain, in RHDFE 49, 1971, 398 ss., con indicazione delle fonti in cui compare l'asindeto '*testes advocati*', soggetti chiamati (402) al fine di corroborare le dichiarazioni delle parti.

<sup>79</sup> R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 328 ss. [= 230 ss.] e 541 nt. 1 [= 443 nt. 1], in senso adesivo nei confronti della ricostruzione di Broggin secondo il quale l'invocazione dei testimoni prelude ad una richiesta di giudizio sulla fondatezza della pronuncia di parte.

È possibile, allora, ipotizzare che i testimoni nelle *legis actiones* contenziose avessero il compito di rilevare eventuali errori della controparte nella pronuncia dei *verba* e dei quali poteva giovare la parte in favore della quale costoro erano stati chiamati a testimoniare.<sup>80</sup>

Ora, noi crediamo che abbia senso immaginare che il compito dei testimoni fosse anche quello di intervenire già *in iure* al fine di rilevare errori di pronuncia e portarli a conoscenza del magistrato giudicante. Costui avrebbe potuto sia incaricare un *iudex* della questione, nei casi non liquidi o contestati, sia interrompere il corso della *legis actio* impedendo rifiutando di collaborare alla *legis actio*, nei casi meno controversi.

Del resto, solo così ragionando si darebbe un senso pregnante all'attività del *praeire verbis* (o *verba*)<sup>81</sup> che i giuristi, originariamente pontefici, compivano *in iure* ancora al tempo di

<sup>80</sup> Hanno espresso questo avviso: H. A. A. DANZ, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*<sup>2</sup>, II, Leipzig 1873, 13 ss. nt. 1; S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, cit., 106 ss.; F. PRINGSHEIM, *La témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, in RIDA 6, 1951, 162, secondo il quale i testimoni, specie per l'età più antica, non erano istituiti solo per fornire prove, ma erano veri e propri difensori e assistenti di parte, dotati del potere di intervenire durante l'azione; H. LÉVY-BRUHL, *Les témoins de la litis contestatio*, in Annali fac. Istanbul, 3, 1954, 5 ss., il quale è dell'avviso che nel momento in cui le parole venivano pronunciate in pubblico, tutte le irregolarità dovevano essere immediatamente rimarcate e sanzionate; ID., *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 188 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 40; ID., *La prova nel processo romano arcaico*, in *JUS* 11, 1960, 376 ss., paginazione alla quale ci siamo riferiti [= *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966, 133 ss.], il quale accosta il *testis* all'*arbitere*, per rilevare come in origine anche al testimone fosse richiesto di esprimere un giudizio, in origine globale e definitivo sulla controversia, più tardi particolare e specializzato, rivolto ad un giudice terzo; G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *JUS* 11, 1960, 405 ss.; B. ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos. Contributo alla storia dell'amicitia romana*, in *AUPA* 29, 1962, 96 (= *Scritti giuridici*, I, cur. M. MARRONE, Palermo 1991, 308); A. BISCARDI, «*Testes estote*», cit., 405, secondo il quale i testimoni da un canto sostenevano la credibilità e la sincerità delle dichiarazioni della parte a favore della quale intervenivano e, dall'altra, contrastavano le dichiarazioni dell'avversario.

<sup>81</sup> Ossia la tecnica rituale volta a prevenire errori, seppur minimi, e consistente nella recita, immediatamente precedente a quella delle parti e del magistrato, dei formulari delle *legis actiones* in funzione di suggerimento della corretta pronuncia da parte dei giuristi e, originariamente, pare dei pontefici. La natura di atto di giurisdizione del *verba* (o *verbis*) *praeire* da parte dei pontefici nel corso delle *legis actio* è, peraltro, molto controversa: H. A. A. DANZ, *Der sacrale Schutz*, cit., 28 ss., con indicazione di fonti; É. JOBBÉ-DUVAL, *La legis actio avec formule à l'époque de Cicéron*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, I, Gand-Paris 1926, 541 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, cit., 43 ss.; J. PAOLI, «*Verba praeire*» dans la *legis actio*, in RIDA 4, 1950, 289 ss.; F. BONIFACIO, Rec. di J. PAOLI, «*Verba praeire*» dans la «*legis actio*», in *IVRA* 2, 1951, 336 ss., con articolate riflessioni volte ad escludere l'esercizio di *iurisdictio* da parte dei pontefici che assistevano le parti svolgendo la funzione di *verba* (*verbis*) *praeire*; G. I. LUZZATTO, *Il verba praeire delle più antiche magistrature romano-italiche. Spunti per una valutazione dell'imperium*, in *Symbolae Taubenschlag*, I, Vratislaviae-Varsaviae 1956, 439 ss., il quale considera il *praeire* una funzione tipica della suprema magistratura romana, detta appunto *praetor*; ID., s.v. «*Giurisdizione*» (*dir. rom.*), in *Enc. dir.* 19, Milano 1970, 192; C. GIOFFREDI, *Sulle attribuzioni sacrali dei magistrati romani*, in *IVRA* 9, 1958, 41 ss., con critica alla tesi di Luzzatto secondo la quale sarebbe stato il magistrato a *verba* (o *verbis*) *praeire*, piuttosto che esserne destinatario; G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, cit., 370 nt. 86; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., 72 ss., in relazione a *Cic., pro Mur.* 12.26; R. SANTORO, *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del ius*, in *AUPA* 47, 2002, 324 (= *Scritti minori*, II, cit., 586, con particolare attenzione ai problemi di pronuncia dei formulari delle *legis actiones*); L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano 2005, 74 nt. 9, con letteratura; ID., *Voti di guerra e regime pontificale della condizione*, Milano 2006, 56 ss e nt. 62 con letteratura.

La stessa funzione di ausilio alla memoria del magistrato svolgevano *tabulae* e *commentarii* che

Cicerone<sup>82</sup> a beneficio delle parti e del magistrato giudicante in funzione di suggerimento dei *certa verba* da pronunciare, al fine di evitare errori o scostamenti tra le parole pronunciate dalle parti e quelle prescritte e convenute con il magistrato giudicante.

Il senso del *praeire verbis* (o *verba*) era evidentemente quello di evitare proprio quei minimi errori di pronuncia che stanno alla base dei responsi riferiti da Gaio. Ora, crediamo possibile che tali errori di pronuncia potessero essere rilevati nel momento stesso in cui si verificavano; né rinveniamo validi motivi per negare che essi venissero sanzionati già *in iure* dal magistrato giudicante, specie se non occorre accertamenti ulteriori sui fatti, questi sì, da demandare al giudice.

6. In chiusura, tiriamo le file del discorso fin qui condotto. L'aver aderito alla tesi secondo la quale nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si produceva per il fatto stesso dell'*agere lege* ha permesso di fornire una soluzione alla questione legata alla controversa esistenza del potere del magistrato giudicante di rifiutare la propria collaborazione ad una *legis actio* caratterizzata da errori o omissioni da parte dell'attore.

Se, come crediamo, la *res acta* nelle *legis actiones* coincideva con la *legis actio* una volta pronunciati i *verba* e compiuti i *gesta* prescritti, l'atto interruttivo del rito da parte del magistrato non avrebbe favorito l'attore; piuttosto, interrotta la *legis actio* a causa di un errore anche minimo, l'attore già *in iure* proprio per questo avrebbe perso definitivamente la lite, come ammonisce Gaio (Gai 4.11 e 4.30), né egli avrebbe potuto più tentare la *legis actio de eadem re*, poiché l'azione era da considerare consumata per il fatto stesso di essere stata intentata (Gai 4.108); sarebbe stato l'*agere (lege)* in sé e, più precisamente, il segmento di *legis actio* avvenuto fino al momento dell'errore o della omissione a consumare l'azione e precluderne l'esercizio una seconda volta *de eadem re*.

contenevano i formulari che regolamentavano l'attività magistratuale, sul punto, con specifico riguardo alle *ensoriae tabulae* vd. B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, II. *Sui frammenti di censoriae tabulae in Varr., de l. lat.* 6,86-87, in *AUPA* 43, 1995, 67 ss. (= *Scritti giuridici*, III, cur. G. FALCONE, Torino 2006, 313 ss.); e con riferimento al *commentarium (vetus) anquisitionis* del questore M. Sergio vd. D. MANTOVANI, *Aspetti documentali del processo criminale nella repubblica. Le tabulae publicae*, in *MEFRA* 112.2, 2000, 660: «M. Sergio, forse grazie alla consulenza d'un magistrato più esperto, predispose il percorso da seguire per non commettere errori e, eventualmente, non farne commettere ad altri che avessero posteriormente ricoperto la carica».

<sup>82</sup> Cic., *pro Mur.* 12.26, *de domo* 54.139. Cfr. anche Val. Max. 4.1.10 relativo alla recita di un *carmen ex tabulis publicis* da parte di Africano, censore nel 142 a.C.



FRANCESCO SITZIA  
(Università di Cagliari)

## Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino

### ABSTRACT

English Summary: The research addresses some of the complex issues in the field of arbitration in Justinian and Byzantine law. First, it focuses on the nature of *actio in factum* granted in C. 2.55.4. and 5 with respect to arbitration assisted by the oath of the parties and in the case of *laudum homologatum*. It then examines the relationship between the legislation of the years 529-30 und Nov. 82.11, with which Justinian repeals the provisions introduced by him on the subject of arbitration assisted by oath. The research tries, finally, to outline the evolution of the institution in the Byzantine law.

### PAROLE CHIAVE

Arbitrato, *compromissum*; *iusiurandum*; *laudum homologatum*; diritto giustiniano; diritto bizantino.



## RIFLESSIONI IN TEMA DI ARBITRATO IN DIRITTO GIUSTINIANEO E BIZANTINO\*

SOMMARIO. 1. Considerazioni introduttive. 2. Esame delle problematiche relative alla natura esecutiva dell'*actio in factum* prevista in C. 2.55.4 e 5. 3. Segue: analisi degli indizi che inducono a ritenere che l'*actio in factum* non avesse natura esecutiva. 4. La riforma introdotta con Nov. 82.11 nella visione dei giuristi del VI secolo. 5. Segue: l'evoluzione dell'arbitrato in diritto bizantino. 6. Considerazioni conclusive.

1. Com'è universalmente noto, numerose Novelle giustinianee riguardano temi che l'imperatore aveva già affrontato nel corso dei primi anni di regno con interventi normativi che avevano generato dubbi e problemi di carattere interpretativo e che, comunque, si erano mostrati inadeguati a realizzare i propositi di riforma enunciati dal legislatore.

Nel presentare le nuove norme il più delle volte Giustiniano tende a difendere il suo precedente operato, affermando che la necessità di un nuovo intervento normativo deriva da immotivati cavilli della prassi; non mancano però dei casi in cui egli prende atto della circostanza che, a livello di prassi applicativa, la norma contenuta nel *Codex* ha ingenerato inconvenienti di un certo rilievo e che occorre quindi mutarla radicalmente.<sup>1</sup> Uno di questi casi riguarda l'istituto dell'arbitrato, che l'imperatore aveva profondamente riformato con una costituzione del 529 (a noi pervenuta come C. 2.55 (56). 4),<sup>2</sup> le cui disposizioni in tema di *sententia* emanata da arbitri scelti dalle parti e nei cui confronti le parti stesse si erano impegnate con *iusiurandum* ad attenersi alle decisioni da essi assunte vengono abrogate nel

\* Il presente contributo riporta il testo di una relazione da me tenuta in occasione del Convegno dal titolo «Il processo e le sue alternative: storia, teoria, prassi», svoltosi a Cagliari i giorni 25-27 settembre 2014.

<sup>1</sup> Sul rapporto tra le riforme introdotte con singole *Novellae* e la legislazione precedente mi sia consentito richiamare F. SITZIA, *Norme imperiali e interpretazioni della prassi*, in M. G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile* (Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto, Napoli, 18-20 ottobre 2001), Napoli 2003, 279 ss. (in particolare, per le ipotesi in cui «Giustiniano dichiara espressamente che intende correggere quanto da lui stesso stabilito nelle precedenti leggi di riforma della materia», 306 nt. 56) e bibliografia ivi citata.

<sup>2</sup> Sulle problematiche relative alle quindici (o tredici) costituzioni che presentano la *subscriptio* che è riportata anche in C. 2.55 (56).4 vedi M. BIANCHINI, *La subscriptio nelle leges giustinianee del 30 ottobre 529*, in *Studi in onore di F. De Marini Avonzo*, Torino 1999, 47-54 (= M. BIANCHINI, *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, 115 ss.). Per una rapida analisi delle problematiche processuali affrontate da Giustiniano nelle costituzioni del 529 e del 530 vedi U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 245 ss., che, peraltro, non si sofferma sulle problematiche oggetto della nostra ricerca.

539 con Nov. 82.11 proprio in quanto si riconosce che le stesse erano apparse del tutto inadeguate ἐκ τῆς τῶν πραγμάτων πείρας (*ex rerum experientia*).

Nov. 82.11: Ἐπειδὴ δὲ πολλαὶ τινες ἡμῖν γίνονται προσελύσεις αἰρουμένων τινῶν δικαστῶν παντοίως ἀνεπιστήμονας καὶ νόμων καὶ πείρας. καὶ ὑπὸ προθυμίας ὀμνύουσιν ἐμμένειν τοῖς δικασταῖς οἷς οὐκ ἂν τις οὐδ' ὀτιοῦν πιστεύσειεν, εἶτα ἀναπείθουσιν ἴσως καὶ τοὺς δικαστῶν τὸν τοιοῦτον δῆθεν αὐτοῖς ὄρκον παρέχειν. ἄνδρας οὔτε ὅ τι ποτέ ἐστι τό δίκαιον οὔτε τὴν αὐτοῦ παρατήρησιν ἐπισταμένους. καὶ εἰκότως βλαβέντες αὐτοῖσιν ἐξετασθῆναι τὴν ὑπόθεσιν ἐπιλαθόμενοι τῶν ὄρκων ὧν ὤμοσαν, τὸ πρᾶγμα ἡμῖν ἐπιστροφῆς ἄξιον ἐνομίσθη. 1. καὶ ἐπειδὴ περ ἔγνωμεν ἐκ τῆς τῶν πραγμάτων πείρας σφαλερὸν εἶναι τὸ τοιοῦτο, θεσπίζομεν τοῦ λοιποῦ μηδένα γίνεσθαι παντελῶς δικαστὴν αἰρετὸν καὶ μετὰ τῆς ἐξ ὄρκου ἀσφαλείας δικάζεσθαι, ἵνα μὴ ἐντεῦθεν εἰς ἐπιορκίαν ἀκούσιον ἐπίπτωσιν ἄνθρωποι διὰ τὴν τῶν δικαστῶν ἀμαθίαν ἐπιορκεῖν ἀναγκαζόμενοι, ἀλλὰ πάντως οἱ τὸν δικαστὴν ἢ τοὺς δικαστῶν αἰρούμενοι μετὰ ποινῆς αὐτοῖς ἐπιλεγέσθωσαν ὁπόσης ἂν τὰ μέρη πρὸς ἀλληλα συμβαλεῖν, καὶ ἀνάγκην ἐχέτωσαν ἢ ἐμμένειν τῇ κρίσει ἢ, εἴπερ ἀναψηλαφήσαι βουλευθεῖεν, πρότερον δοῦναι τὸ πρόστιμον οὕτω τε ἄδειαν ἔχειν ἀναχωρεῖν τῶν κεκριμένων καὶ ἐφ' ἕτερον χωρεῖν δικαστὴν τῶν ἡμετέρων ἀρχόντων, εἴ γε προσελυσεῖεν, ἐκβιβαζόντων τὰ πρόστιμα καὶ τοῖς ταῦτα προσταχθεῖσι λαβεῖν ἀποκαταστῆναι παρασκευαζόντων. εἰδόντων τῶν τοῖς δικαστῶν αἰρουμένων, ὡς εἰ μὴ τοῦτο πράξαιεν μηδὲ ἐπερωτήσουσι ποινὴν, ἀλλ' οἰηθῶσιν ἀρκεῖν αὐτοῖς τὴν ἐκ τῶν ὄρκων ἀσφάλειαν, εἶτα οἱ δικασταὶ οἱ οὕτως αἰρεθέντες βλάψουσιν αὐτοῖς, εἰ μὲν ἐξεπίτηδες, τῷ δεσπότηι θεῷ τὴν ποινὴν τῆς ἐπιορκίας ὑφέξουσιν, εἰ δὲ ἐξ ἀμαθίας τοῦτο ὑποσταλεῖν, οὐδὲν παρὰ τοὺς ὄρκους αὐτοῖς ἔσται πλέον. οὔτε γὰρ ἐπιορκίαν παρὰ τίνος γίνεσθαι βουλόμεθα, οὔτε αὐθις τοὺς δικαζομένους ζημίαν ὑφίστασθαι μεγάλην διὰ τὴν τῶν δικαστῶν ἀμαθίαν παρὰ τὴν τῶν ὄρκων εὐλάβειαν συγχωροῦμεν. πάντων τῶν ἐμπροσθεν νενομοθετημένων εἴτε ἐκ τῆς ἀρχαίας νομοθεσίας εἴτε καὶ παρ' ἡμῶν περὶ τῶν compromissariῶν δικαστῶν ἢ ἐπὶ τοῖς αἰρετοῖς, χωρὶς μέντοι τῆς περὶ τῶν ὄρκων ἀνάγκης, μενόντων ἐπὶ τῆς ἰδίας ἰσχύος καὶ οὐδὲν ἐκ τοῦδε ἡμῶν τοῦ νόμου καινιζομένων.

C. 2.55 (56).4: Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.: *Ne in arbitris cum sacramenti religione eligendis periurium committatur et detur licentia perfidis hominibus passim definitiones iudicium eludere, sanctissimo arbitrio et huiusmodi rem censem esse componendam. 1. Si igitur inter actorem et reum nec non et ipsum iudicem fuerit consensus, ut cum sacramenti religione lis procedat, et ipsi quidem litigatores scriptis hoc suis manibus vel per publicas personas scripserint vel apud ipsum arbitrum in actis propria voce deposuerint, quod sacramentis praestitis arbiter electus est, hoc etiam addito, quod et ipse arbiter iuramentum praestitit super lite cum omni veritate dirimenda, eius definitionem validam omnimodo custodiri et neque reum neque actorem posse discedere, sed tenere omnifariam, quatenus oboedire ei compellantur. Sin autem de arbitro quidem nihil tale fuerit vel compositum vel scriptum, ipsae autem partes litteris hoc manifestaverint, quod iuramenti nexibus se illigaverint, ut arbitri sententia stet, et in praesenti casu omnimodo definitionem arbitri immutatam servari, litteris videlicet eorum similem vim obtinentibus, sive ab initio hoc fuerit ab his scriptum vel praefato modo depositum, dum arbiter eligebatur, sive post definitivam sententiam hoc scriptum inveniatur, quod cum sacramenti religione eius audientiam amplexi sunt vel quod ea quae statuta sunt adimplere iuraverunt. 3. Sed et si ipse solus arbiter hoc litigatoribus poscentibus et vel scriptis vel depositionibus, ut dictum est, manifestum*

*facientibus praestiterit iuramentum, quod cum omni veritate liti libramenta imponat, similem esse etiam in praesenti casu prioribus eius definitionem et eam omnimodo legibus esse vallatam.* 4. *Et in his omnibus casibus liceat vel in factum vel conditionem ex lege vel in rem utilem instituire, secundum quod facti qualitas postulaverit.* 5. *Sin autem in scriptura quidem aut depositione nihil tale appareat, una autem pars edicat iuramentum esse praestitum, quatenus arbitrali stetur sententia, huiusmodi litigatorum vel solius arbitri sermones minime esse credendos, cum et, si quis iusiurandum datum esse non iudice supposito nec hoc scriptura partium testante concesserit, incerti certaminis compositio, quae inter homines imperitos saepe accidit, non aliquid robur iudicatis inferat, sed in huiusmodi casu haec obtineant, quae veteres super arbitris eligendis sanxerunt.* 6. *Si quis autem post arbitri definitionem subscripserit ἐμμένειν vel στοιχεῖν vel πληροῦν vel πάντα ποιεῖν vel διδόναι (Graecis enim vocabulis haec enarrare propter consuetudinem utilius visum est), etsi non adiecerit ὁμολογῶ, et sic omnimodo per actionem in factum eum compelli ea facere quibus consensus. qualis enim differentia est, si huiusmodi verbis etiam ὁμολογῶ adiciatur vel huiusmodi vocabulum transmittatur?* 7. *Si enim verba consueta stipulationum et subtilis, immo magis supervacua observatio ab aula concessa est, nos, qui nuper legibus a nobis scriptis multa vitia stipulationum multasque ambages scrupulososque circuitus correximus, cur non et in huiusmodi scriptura totam formidinem veteris iuris amputamus, ut, si quis haec scripserit vel unum ex his, adquiescere eis compellatur et ea ad effectum omnimodo perducere? cum non est verisimile haec propter hoc scripsisse, ut tantum non contradicat, sed ut etiam ea impleat, adversus quae obviam ire non potest.* Recitata septimo miliario in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons. [a. 529]

Il testo di Nov 82.11, nella sua parte finale, afferma espressamente che tutte le altre disposizioni precedenti, comprese quelle emanate dallo stesso Giustiniano in materia, permangono in vigore e che l'abrogazione riguarda soltanto le norme in tema di arbitrato garantito dal *iusiurandum* (... *χωρὶς μέντοι τῆς περὶ τῶν ὄρκων ἀνάγκης* ...). Si può, peraltro, osservare fin d'ora che, come vedremo tra breve, nonostante l'apparente chiarezza del dettato normativo, nella *παραπομπή* che ci è pervenuta in appendice al testo di Theod. 82.9 (= Nov. 82.11) si segnala che la Nov. 82.11 avrebbe abrogato anche le disposizioni in tema di *laudum homologatum* a noi pervenute in C. 2.55 (56).5. Appare quindi opportuno riportare anche il testo di quest'ultima costituzione giustiniana del 530:<sup>3</sup>

C. 2.55 (56).5: Idem A. Iuliano pp.: *Cum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque poena compromissi vallabat neque iudex dederat, sed nulla praecedente sententia communis electio, ut in illorum sententia stetur, procreabat, si quidem pro parte pulsata forma arbitralis procederet, exceptionem ei veluti pacti generari, sin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei praesidii: sancimus in eos arbitros, quos praediximus et quos talis consensus elegerit, sub eo pacto in scriptis vel non in scriptis habito, ut eorum definitioni stetur, si quidem subscripserint, postquam definitio procedit, quod non displicet ambabus partibus eorum sententia, non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in*

<sup>3</sup> Come osserva S. BARBATI, *Sugli elenchi degli organi giudiziari in età giustiniana*, in *JUS. Rivista di Scienze giuridiche* 58, 2010, 74 nt. 104, e bibliografia ivi citata, C. 4.20.20, nel titolo *de testibus*, costituisce un altro frammento a noi pervenuto della medesima costituzione in tema di arbitrato.

*factum actionem, quatenus possit sententiam eius executioni mandari, sed in hac quidem regia civitate ab officio eminentissimae praefecturae vel eius, cuius forum pars sequitur fugientis, in provinciis autem tam per moderatores quam apparitiones eorum, vel per iudices, quorum regimen pars pertimescat pulsata. 1. Sin autem minime quidem post sententiam subscripserint arbitri formam amplecti, sed silentio eam roboraverint et non intra decem dies proximos attestatio missa fuerit vel iudici vel adversariis ab alterutra parte, per quam manifestum fiat definitionem non esse amplectendam, tunc silentio partium sententiam roboratam esse et fugienti exceptionem et agenti memoratam actionem competere. 2. Altera autem parte recusante secundum praefatum modum et implere statuta minime cupiente nihil fieri praeiudicium neque pari vel exceptionem reo vel actori actionem, exceptis videlicet arbitris qui cum sacramenti religione electi sunt secundum novellam nostri numinis constitutionem: tunc etenim ea omnia servari, quae lege nostra super huiusmodi audientia definita sunt. 3 (1). Licet non ignoramus Iulii Pauli opinionem et aliorum prudentium certorum, qui tetigerunt quidem huiusmodi quaestionem, quam in praesenti adgredimur, non autem perfectissime peregerunt, sed usque ad quasdam temporales actiones standum esse existimaverunt, plenius tamen et generaliter definimus: conventum in scriptis apud compromissum iudicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis fuerit inchoata. 4 (2). Ad haec generaliter sancimus in his, quae apud compromissarios acta sunt, si aliquod in factum respiciens vel professum est vel attestatum, posse eo et in ordinariis uti iudiciis. D. VI k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. [a. 530].*

Non mi sembra necessario soffermarmi diffusamente sul contenuto delle due costituzioni del 529 e del 530, il cui carattere profondamente innovativo rispetto al regime tradizionale del *compromissum* è stato da tempo evidenziato in dottrina. Nelle ipotesi contemplate<sup>4</sup> Giustiniano supera, infatti, l'antico principio del carattere non direttamente vincolante delle decisioni arbitrali (la cui violazione importava soltanto l'esposizione al pagamento della *poena*), affermando che esse debbono essere portate ad esecuzione.<sup>5</sup>

Mi limiterò pertanto ad individuare alcune problematiche in relazione alle quali può forse essere utile una messa a fuoco dei risultati cui è pervenuta la dottrina, anche ai fini di una migliore comprensione dell'effettiva incidenza sulla legislazione precedente dell'improvviso cambiamento di rotta determinato dall'emanazione di Nov. 82.11.

<sup>4</sup> Oltre al caso di scelta degli arbitri assistita da *iusiurandum*, il riferimento è al cosiddetto *laudum homologatum*. Come osserva S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 74 nt. 102 (sulla base delle osservazioni di K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München 1971, 282), il sintagma *laudum homologatum* risale ai giuristi medievali, che lo impiegano in relazione all'ipotesi prevista in C. 2.55.4. M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano 1958, 145 nt. 230, lo utilizza anche nelle ipotesi previste da C. 2.55.5. Nonostante le due ipotesi presentino differenze significative, in questa sede ho ritenuto opportuno non distinguere e riferire quindi l'espressione *laudum homologatum* ad entrambe.

<sup>5</sup> Anche se, come pone in evidenza K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 210, l'innovazione giustiniana in tema di arbitrato assistito dal giuramento «zweifello an die nachklassische Rechtspraxis anknüpft, in der Schiedsverträge mit eidlicher Bekräftigung keine Seltenheit waren». Il nostro autore (211 s.) ritiene che anche il principio affermato in C. 2.55.4.6 «nicht nur hinsichtlich der Rechtssprache, sondern auch inhaltlich an die Praxis anknüpft».

2. Un primo problema di un certo interesse può essere quello relativo alla natura e alle caratteristiche dell'azione che Giustiniano concede al fine di raggiungere il risultato voluto, cioè che la parte soccombente sia vincolata alla pronuncia dell'arbitro. In proposito la dottrina prevalente appare orientata nel senso di ritenere che lo strumento processuale individuato dall'imperatore sia un'*actio in factum* di natura esecutiva.<sup>6</sup>

In verità, se esaminiamo alla lettera le disposizioni di C. 2.55 (56).4.4, ci rendiamo conto che nel testo a noi pervenuto, nelle diverse ipotesi di scelta di arbitri in presenza di un *iusiurandum* considerate,<sup>7</sup> il legislatore dichiara di concedere o un'*actio in factum* o una *condictio ex lege* o un' '*utilis actio in rem secundum quod facti qualitas postulaverit*'. In proposito lo Ziegler, sulla base di ipotesi già prospettate in dottrina,<sup>8</sup> ha ritenuto che il testo originario della nostra costituzione prevedesse solo la concessione dell'*actio in factum* e che il riferimento alle altre due azioni sia stato introdotto nel momento in cui esso fu adattato per essere inserito nel *Novus Codex repetitae praelectionis*. Con questa interpolazione i Compilatori non avrebbero perseguito «eine sachliche Änderung»: la *condictio ex lege*, infatti, non rappresenterebbe altro che il tentativo «die *actio in factum* systematisch einzuordnen» e l'*actio in rem utilis* sarebbe stata introdotta con riguardo alle ipotesi nelle quali la *sententia arbitri* avesse avuto un contenuto diverso dal pagamento di una somma di denaro.

L'ipotesi prospettata dallo Ziegler, indubbiamente assai suggestiva, non sembra peraltro del tutto convincente.<sup>9</sup> In particolare non mi sembra di poter condividere l'argomento che

<sup>6</sup> In questo senso vedi, da ultimo, S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 74. C. M. A. RINOLFI, *Episcopalis audentia e arbitrato*, in S. PULIATTI, U. AGNATI (a cura di), *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d. C.*, Parma 2010, in relazione a C. 2.55 (56).4, afferma che con le disposizioni imperiali, «che non sancivano certo l'esecutorietà della sentenza arbitrale, si finiva per ottenere un risultato ad essa abbastanza vicino» (201); la stessa A. (203) ritiene però che l'*actio in factum* prevista da C. 2.55 (56).5 fosse «di natura esecutiva», riprendendo riflessioni a suo tempo formulate, anche se incidentalmente, da M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 105 nt. 149. Anche T. DALLA MASSARA, *Studio sui rapporti tra sententia iudicis e decisione arbitrale*, Napoli 2012, 68 s., ritiene che l'*actio in factum* concessa in C. 2.55 (56).5 sia «affine all'*actio iudicati*», osservando che «dalla decisione arbitrale scaturisce, mercé il riconoscimento dell'imperatore, l'*obligatio iudicati* e quindi la corrispondente azione diretta all'esecuzione»; lo stesso A. (74) osserva, nel prosieguo del suo discorso, che «soltanto con la costituzione giustiniana conservatici in C. 2.55 (56).5 pr. si arriva a riconoscere che la pronuncia arbitrale può divenire esecutiva, almeno a seguito dell'intervento di colui che è al vertice dell'organizzazione dello Stato».

<sup>7</sup> Come osserva K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 208, il linguaggio del legislatore, nel presentare le varie ipotesi di prestazione del *iusiurandum*, si presenta complicato ed assai poco sistematico. E' questa, peraltro, assai spesso una delle caratteristiche della legislazione innovativa di Giustiniano (vedi F. SITZIA, *Norme imperiali*, cit., 293 ss.). Lo stesso Ziegler (251) osserva correttamente che «*Actio in factum* und *exceptio veluti pacti* spielen dort keine Rolle, wo die beide Schiedsparteien sichernde *poena compromissi* eingreift».

<sup>8</sup> K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 209, 235 s., e bibliografia citata alle nt. 11 e 126. Lo Ziegler (234 ss.) inserisce il suo discorso sull'interpolazione dei riferimenti alla *condictio ex lege* e all'*utilis actio in rem* in un più ampio discorso riguardante i mutamenti che le costituzioni giustiniane in tema di arbitrato degli anni 529/530 avrebbero subito ai fini di un adeguamento al nuovo quadro normativo e concettuale affermatosi con l'emanazione dei *Digesta*. Sul problema in particolare dei possibili mutamenti introdotti nelle Costituzioni (tra cui la nostra) emanate il 30/10/529 vedi anche M. BIANCHINI, *La Subscriptio*, cit., 122, e bibliografia ivi citata. La Bianchini, pur non escludendo manipolazioni compilatorie, sottolinea che nei testi in esame «s'incontrano affermazioni molto decise e molto precise, da attribuirsi al nuovo *quaestor*» (scil. Triboniano).

<sup>9</sup> Pur non considerando del tutto convincente l'ipotesi dello Ziegler, sarei comunque dell'avviso che il

l'A. trae dalla circostanza che sia il successivo § 6 della nostra costituzione sia C. 2. 55.5 facciano riferimento soltanto all'*actio in factum*: non riesco, infatti, a vedere perché i compilatori del Codice del 534, così solerti nell'interpolare il testo la prima volta in cui veniva menzionata l'*actio in factum*, si siano poi scordati di (o abbiano ritenuto non necessario) inserire il ricordo delle altre due azioni nel successivo § 6.<sup>10</sup>

Al di là delle osservazioni dello Ziegler, le problematiche di maggior rilievo riguardanti la tutela processuale prevista dalle nostre costituzioni appaiono quelle collegate all'orientamento, seguito dalla prevalente dottrina, ad avviso della quale le azioni concesse in C. 2.55 (56).4 e 5 avrebbero natura esecutiva. In proposito non mi sembra possano sussistere dubbi sul fatto che Giustiniano considera la pronuncia dell'arbitro vincolante per le parti che sono quindi tenute a conformarsi ad essa. Le espressioni impiegate dal legislatore appaiono, infatti, sotto questo profilo, del tutto chiare:

4. 1 '... eius definitionem validam omnimodo custodiri et neque reum neque actorem posse discedere, sed tenere omnifariam, quatenus oboedire ei compellantur...';

4. 2 '... et in praesenti casu omnimodo definitionem arbitri immutatam servari, litteris videlicet eorum similem vim obtinentibus...';

4. 3 '... similem esse etiam in praesenti casu prioribus eius definitionem et eam omnimodo legibus esse vallatam...';

4. 6 '...et sic omnimodo per actionem in factum eum compelli ea facere quibus consensit'.

5. pr. '...non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententiam eius executioni mandari...'.<sup>11</sup>

Il problema è però quello di comprendere se con queste espressioni il legislatore abbia inteso equiparare integralmente il lodo arbitrale alla sentenza inappellabile in relazione alle numerose problematiche relative alla procedura esecutiva.

Com'è noto, in epoca giustiniana il giudice dell'esecuzione al quale l'attore si rivolge intentando l'*actio iudicati*,<sup>11</sup> può ben essere chiamato a valutare in contraddittorio l'esistenza

legislatore del 529, riferendosi nel § 4 a tre distinte azioni e non alla sola *actio in factum*, non mirasse ad introdurre una distinzione tra la tutela giudiziale dell'arbitrato assistito da *iusiurandum* e la tutela prevista nel successivo § 6 per le ipotesi di *laudum homologatum* (sola *actio in factum*). Per quanto il linguaggio del legislatore non appaia particolarmente perspicuo, dal momento che le tre *actiones* del § 4 appaiono riportate su uno stesso piano in una sequenza scandita dal *vel*, mi sembra infatti si possa ragionevolmente ritenere che all'*actio in factum* (ricordata per prima) possa attribuirsi una portata generale e che le altre due *actiones* siano ricordate solo per porre in evidenza che la natura dell'azione esperita mutava a seconda che il lodo avesse riconosciuto all'attore la titolarità di un rapporto obbligatorio (*condictio ex lege*) o di un diritto reale (*actio utilis in rem*). In questo senso, pur partendo da presupposti del tutto differenti, sarei d'accordo con l'affermazione dello Ziegler riportata nel testo per cui la menzione delle tre azioni, in luogo della sola *actio in factum*, non determina «eine sachliche Änderung».

<sup>10</sup> Come avremo modo di osservare (vedi *infra*, nt. 22), l'argomentazione dello Ziegler potrebbe addirittura essere capovolta.

<sup>11</sup> Sulle caratteristiche dell'*actio iudicati* in epoca giustiniana rimane ancora fondamentale lo studio di E. T. LIEBMAN, *L' "actio iudicati" nel processo giustiniano*, in *Studi P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano 1930, 399 ss.; ad esse si richiama ancora A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli 2007, 571 e bibliografia citata alle nt. 4, 5 e 6, la quale ribadisce che l'*actio iudicati*



dei presupposti (una sentenza definitiva e la sua mancata esecuzione da parte del condannato<sup>12</sup>) che consentono di procedere all'esecuzione stessa<sup>13</sup> (tramite apposito provvedimento magistratuale), ma non sottopone, di norma,<sup>14</sup> a nuovo esame «die im Urteil entschiedene materiellrechtliche Frage».<sup>15</sup> Sotto questo profilo la testimonianza delle nostre fonti sembra chiaramente provare nel senso che anche nei casi previsti in C. 2.55(56).4 e 5 l'attore dovesse limitarsi a provare l'esistenza di un lodo a lui favorevole, in presenza dei requisiti richiesti dal legislatore, rimanendo preclusa qualsiasi indagine sull'esistenza o meno della situazione giuridica soggettiva riconosciuta nella *definitio arbitri*.

Se ciò è vero, è però altresì vero che, mentre l'indagine sull'esistenza di una *sententia* non appellabile, spesso proveniente dallo stesso giudice adito per l'esecuzione, (o sull'eventuale adempimento da parte del condannato) appare di norma assai semplice, non sembra che lo stesso possa dirsi, quanto meno in alcune delle ipotesi di arbitrato previste dalle nostre costituzioni. Il caso forse più eclatante è quello previsto in C. 2.55.5. La nostra norma prevede, infatti, che il *pactum* con cui le parti s'impegnano '*ut definitioni arbitri stentur*' possa essere concluso anche '*non in scriptis*' e che l'acquiescenza alla pronuncia arbitrale che consente d'intentare l'*actio in factum* possa dedursi anche dal fatto che la parte soccombente non ha assolto all'onere d'inviare entro dieci giorni dalla pronuncia allo stesso *arbiter* o alla controparte un'*attestatio* nella quale dichiara che non intende accettare la decisione. Orbene, in tale ipotesi l'attore sarebbe stato in grado di esibire, a livello documentale, soltanto la *sententia arbitri* e il convenuto avrebbe potuto ben opporsi affermando di non aver concluso oralmente alcun *pactum* col quale s'impegnava

«della procedura straordinaria avrebbe introdotto l'esecuzione assicurando, fra l'altro, il contraddittorio fra le parti». La tesi del Liebman si contrappone a quella dell'Eisele, ad avviso del quale in epoca giustiniana l'esecuzione avrebbe avuto inizio in forza di una semplice *postulatio*, intesa come un «formlosen Antrag in base al quale il magistrato avrebbe rilasciato un decreto di autorizzazione agli atti esecutivi senza il contraddittorio del debitore» (così il Liebman (p. 400), riporta il pensiero dell'Eisele, sviluppato in *Abhandlungen zum röm. Civilproc.* 1889, 176, 182 ss.). Per una sintesi sul secolare dibattito dottrinale in tema di *actio iudicati*, anche se con riguardo all'epoca classica, vedi C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, 5 ss.

<sup>12</sup> Sulla possibilità di documenti esecutivi vedi M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München 1996, 624 nt. 12 e bibliografia ivi citata.

<sup>13</sup> M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 624, pongono in evidenza che l'esame del giudice dell'*actio iudicati* «wird auf eine richterliche Prüfung der Voraussetzungen für die Vollstreckung beschränkt». Gli stessi autori (p. 624, nt. 8) pongono, peraltro, in evidenza che «das Urteil selbst enthält noch keinen Vollstreckungsbefehl». C. BUZZACCHI, *Studi*, cit., 128, parla, invece, genericamente, di «forza esecutiva assunta dal giudicato» in epoca giustiniana.

<sup>14</sup> Sulle problematiche poste dalla possibilità, in ipotesi particolari, «di introdurre, nel giudizio relativo all'*obligatio iudicati*, elementi di fatto o di diritto non esaminati nel processo dal quale era, appunto, sorta l'*obligatio iudicati*», vedi C. BUZZACCHI, *Studi*, cit., 96 ss. Anche E. T. LIEBMAN, *L'actio iudicati*, cit., 401, ricordava la testimonianza di C. 1.18.1 (per la quale vedi anche L. WENGER, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz 1901, 229 ss.) in cui si consente «al soldato di valersi contro l'*actio iudicati* anche delle eccezioni che avrebbe dovuto proporre nel processo di condanna». Come appare evidente, si tratta di problematiche che esulano dai fini della presente ricerca.

<sup>15</sup> M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 625. Gli stessi autori pongono in evidenza (p. 624) che l'*actio iudicati* «führt aber in keinem Fall mehr zu einem neuen Streitverfahren mit einem weiteren Sachurteil».

a rispettare la decisione dell'arbitro o anche di aver inviato tempestivamente l'*attestatio*.<sup>16</sup>

Nell'ipotesi ricordata, la cognizione del giudice non si sarebbe quindi esaurita in un sommario esame dell'esistenza di una *sententia arbitri*, ma avrebbe determinato la necessità di una puntuale indagine sulla presenza o meno degli ulteriori requisiti richiesti dal legislatore, indagine che avrebbe potuto ben importare anche l'escussione di testimoni (specie nell'ipotesi di *pacta conclusi non in scriptis*).

Quanto osservato pone il problema di comprendere se al termine del procedimento instaurato con la proposizione dell'*actio in factum*,<sup>17</sup> in caso di esito positivo per l'attore, il giudice procedesse ad emettere direttamente un provvedimento con il quale ordinava l'esecuzione<sup>18</sup> o si limitasse all'emanazione di una sentenza di condanna che recepisce il contenuto del lodo e che l'attore stesso avrebbe poi fatto valere attraverso la normale *actio iudicati*.

Sul punto non sembra che le nostre testimonianze possano offrirci una soluzione sicura, anche se, come ora vedremo, una serie di indizi rende forse più verosimile l'ipotesi che Giustiniano, pur innovando profondamente rispetto al passato, non abbia consapevolmente attribuito un carattere immediatamente esecutivo all'*actio in factum*.

In particolare, alcune osservazioni che possono trarsi dalla C. 4 sembrerebbero indurre ad ipotizzare che il legislatore, nell'emanare la riforma, avesse presente solo il carattere vincolante della *sententia arbitri*. Si consideri, ad esempio, il parallelo instaurato nei §§ 6 e 7 con le innovazioni introdotte in tema di *stipulatio*, in cui il discorso sulla deformalizzazione appare funzionale ad affermare che, qualunque sia in verbo impiegato dal debitore, esso deve essere considerato come espressione della sua volontà di conformarsi alla pronuncia arbitrale e non semplicemente di non contraddirla ('*cum non est verisimile haec propter hoc scripsisse, ut tantum non contradicat, sed ut etiam ea impleat, adversus quae obviam ire non potest*'). Se le riflessioni del legislatore sono dirette a porre in evidenza una stretta analogia tra *laudum homologatum* e *stipulatio*, non può non osservarsi che questa analogia riguarda un contratto privo di un'immediata efficacia esecutiva e che ciò rende ragionevole ipotizzare che l'imperatore, nell'impostare il parallelo in esame, non avesse quindi presente le problematiche relative all'efficacia esecutiva che, ove ammessa nel caso del lodo, avrebbe differenziato in modo significativo i due istituti.

Un ulteriore, seppur labile, indizio nel senso che il legislatore non abbia inteso espressamente attribuire immediata efficacia esecutiva al lodo arbitrale, può forse trarsi anche dalla menzione nel § 4 della C. 4 di più *actiones* esperibili nell'ipotesi di scelta degli arbitri assistita da *iusiurandum*: '*et in his omnibus casibus liceat vel in factum vel conditionem ex lege vel in rem utilem instituere, secundum quod facti qualitas postulaverit*'. La circostanza che il legislatore<sup>19</sup> fac-

<sup>16</sup> Tra l'altro la norma afferma che l'*attestatio* deve essere inviata al *iudex* (arbitro) o all'avversario. L'attore quindi dovrebbe preliminarmente accertarsi presso l'arbitro che nessuna *attestatio* sia a lui pervenuta (allegando al giudice dell'*actio in factum* una dichiarazione in tal senso dello stesso *arbiter*?). Molteplici problemi potrebbero, inoltre, sorgere nell'ipotesi un cui il convenuto affermi di aver inviato tempestivamente l'*attestatio* ma questa non sia ancora pervenuta o sia pervenuta in ritardo.

<sup>17</sup> Nel prosieguo della ricerca farò riferimento alla sola *actio in factum* per le ragioni indicate *supra*, nt. 8.

<sup>18</sup> Sulla circostanza che il giudice dell'*actio iudicati*, una volta «acclarata la responsabilità del condannato», potesse «ordinare immediatamente gli atti esecutivi» vedi, per tutti, A. SALOMONE, *Iudicati*, cit., 572, e bibliografia ivi citata.

<sup>19</sup> Come abbiamo già osservato (vedi *supra*, in questo stesso § e nt. 8 e 9), non ci è sembrata convincente l'ipotesi formulata dallo Ziegler che il riferimento alla *condictio* e all'*actio in rem utilis* sia stato introdotto in

cia riferimento ad una pluralità di mezzi processuali, in particolare menzionando azioni diverse a seconda della natura del diritto riconosciuto dal lodo, sembra deporre nel senso che egli abbia in mente un'azione in cui è proprio questo diritto, reso ormai incontrovertibile dalla pronuncia arbitrale, ad essere affermato dinnanzi al giudice perché questi, accertato il contenuto del lodo in presenza dei requisiti richiesti dal legislatore, emani la sua sentenza.

Per quanto riguarda la c. 5, un ulteriore indizio può forse trarsi dalla circostanza che la pronuncia arbitrale favorevole alla *pars pulsata* continua a generare, a vantaggio di quest'ultima, soltanto un'*exceptio veluti pacti* da opporre in un processo di cognizione intentato dall'attore che, pur avendo accettato il contenuto del lodo (o non avendo inviato l'*attestatio* entro 10 giorni), cita in giudizio il convenuto. Il riequilibrio tra le posizioni delle parti, cui mira in modo evidente il legislatore, sembra potersi meglio realizzare attraverso la contrapposizione *exceptio – actio in factum* di natura cognitiva, piuttosto che attribuendo all'attore un'indubbia posizione di vantaggio quale quella derivante dalla concessione di un'*actio* immediatamente esecutiva.

In realtà, a ben vedere, l'unico argomento d'indubbio rilievo a favore del carattere esecutivo dell'*actio in factum* resta l'affermazione '*quatenus possit sententiam eius executioni mandari*',<sup>20</sup> che appare superabile solo ritenendo che il legislatore si sia espresso, come sovente accade, in termini non puntuali ed abbia quindi solo voluto sottolineare che, anche se per il tramite dell'*actio in factum* e quindi della sentenza del giudice con essa adito, la decisione destinata a divenire esecutiva è in buona sostanza quella dell'*arbiter*, in quanto il magistrato è chiamato solo ad accertare l'esistenza di un lodo favorevole all'attore in presenza dei requisiti richiesti dal legislatore.<sup>21</sup>

3. Se l'analisi del testo delle nostre costituzioni può lasciare aperto più di un dubbio in relazione al tema che andiamo affrontando, forse possono esserci di un qualche aiuto alcune riflessioni di carattere generale sulle problematiche che potrebbero insorgere attribuendo natura immediatamente esecutiva all'*actio in factum*,<sup>22</sup> problematiche di cui non si ritrova nessuna eco nelle nostre fonti.

occasione dell'inserimento della nostra costituzione nel *Codex repetitae praelectionis*. In ogni caso, in relazione ai nostri fini, anche accogliendo l'ipotesi dello Ziegler, l'argomentazione svolta in testo manterrebbe la sua (seppur labile) rilevanza, anche se solo in relazione ai compilatori del *Novus Codex*.

<sup>20</sup> È appunto basandosi sulla frase in esame che K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 249, argomenta nel senso della natura esecutiva dell'*actio in factum*. Non sembra, invece, provare nel senso della natura esecutiva dell'*actio in factum* la disposizione per cui, in mancanza dei requisiti previsti dal legislatore in tema di *iusiurandum*, si applicheranno le norme che i '*veteres super arbitris eligendis sanxerunt*' e la '*incerti certaminis compositio, quae inter homines imperitis saepe accidit, non aliquid robur iudicatis inferat*'. L'affermazione appare, infatti, del tutto generica e l'*aliquid robur* non necessariamente deve essere inteso nel senso di attribuire al lodo un'efficacia esecutiva. Sulla nostra affermazione vedi K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 209 s.

<sup>21</sup> L'osservazione riportata in testo per cui l'argomento più significativo a favore della natura immediatamente esecutiva dell'*actio in factum* può trarsi dal testo della c. 5 potrebbe indurre a ritenere che le *actiones in factum* previste in C. 2.55.4 e 5 abbiano natura diversa. Mi sembra però che una tale ipotesi non trovi riscontro nella lettura delle nostre fonti e che appaia assai poco verosimile anche alla luce delle considerazioni che avremo modo di proporre tra breve (vedi *infra*, § 3).

<sup>22</sup> Come ho già avuto modo di sottolineare (*supra*, nt. 17), nel prosieguo della ricerca continuerò a riferirmi esclusivamente all'*actio in factum*, anche se, come abbiamo visto, in C. 2.55.4 Giustiniano ricorda, almeno in un primo momento (§ 4), accanto all'*actio in factum*, la *condictio ex lege* e l'*actio in rem utilis*. Una qualche mancanza di attenzione del legislatore del 534 nei confronti delle problematiche relative alla precisa individuazione del nome dell'*actio* spettante a colui che fosse risultato vincitore nel lodo arbitrale non deve, inverso,

Si consideri, in primo luogo, che in presenza di una sentenza inappellabile l'*actio iudicati* non può essere esperita immediatamente ma solo trascorso un certo periodo di tempo che viene esteso proprio ad opera di Giustiniano.<sup>23</sup> Orbene, dal testo delle nostre costituzioni sembra emergere che l'*actio in factum* è, invece, immediatamente esperibile:<sup>24</sup> se essa avesse natura esecutiva il lodo arbitrale godrebbe quindi di un trattamento di favore rispetto alla stessa sentenza,<sup>25</sup> trattamento di favore che appare del tutto ingiustificato soprattutto se si riflette sulla *ratio* che sta alla base della concessione al condannato del *tempus iudicati*.<sup>26</sup>

stupirci, se consideriamo che, come è stato ben posto in evidenza (F. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli 1994, 300), in seguito alle disposizioni contenute in C. 7.40.3 (a. 531), 'anche un libello redatto genericamente o contenente l'indicazione di una sola *actio* consente la deduzione in giudizio di tutte le azioni previste dalla legge per raggiungere lo scopo pratico enunziato dall'attore' (la citazione è tratta da F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in BIDR 98-99, 1995-1996, 178). Una tale considerazione potrebbe addirittura indurci a ritenere (anche se si tratta di mere congetture) che siano stati proprio i Compilatori del *Novus Codex*, dopo aver riportato una prima volta i nomi delle tre azioni, a ricordare, nel successivo § 6, solo l'*actio in factum*, in quanto la precisa indicazione del nome dell'azione aveva perso nel 534 gran parte della rilevanza che essa ancora aveva nel 529-530. Accogliendo una tale ipotesi, le argomentazioni dello Ziegler, di cui abbiamo discusso nel § 2, potrebbero addirittura essere capovolte: nell'inserire il testo della nostra costituzione nel *Novus Codex* i Compilatori non avrebbero aggiunto la menzione di due *actiones* (*condictio ex lege* e *actio in rem utilis*) non contemplate nel testo originale del 529 ma, per ragioni di brevità, dopo aver ricordato le suddette azioni una prima volta, avrebbero ommesso di ricordarle nei paragrafi successivi, menzionando solo l'*actio in factum*.

<sup>23</sup> Vedi C. 7.54.2 (che risale all'aprile del 529 ed è quindi anteriore alle nostre costituzioni in tema di arbitrato), con la quale il termine viene esteso da due a quattro mesi. Vedi A. SALOMONE, *Iudicati*, cit., 580 ss., nonché *infra*, in questo stesso §.

<sup>24</sup> Ovviamente nel caso di *laudum homologatum* in seguito al mancato invio dell'*attestatio* dovrebbero trascorrere i 10 giorni previsti dal legislatore.

<sup>25</sup> Attribuendo natura immediatamente esecutiva all'*actio in factum*, questo trattamento di favore andrebbe ad aggiungersi a quello derivante dal carattere definitivo della decisione arbitrale in un sistema che prevede, invece, la normale appellabilità delle sentenze di primo grado. Il convenuto soccombente si sarebbe, anzi, trovato nella condizione di non disporre di alcun rimedio anche nell'ipotesi in cui il magistrato avesse erroneamente ritenuto esistenti i presupposti in presenza dei quali al lodo veniva attribuita efficacia esecutiva, stante il noto divieto di *appellatio ab executione* (G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino 1991, 795). Le considerazioni esposte inducono a ritenere che la natura esecutiva dell'*actio in factum* determinerebbe un regime privilegiato del lodo anche rispetto a quello delle sentenze provenienti da «uno o più arbitri scelti dalle parti ... qualora una di esse ricusi il giudice precedentemente delegato a conoscere la causa» (S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 60 ss.), sentenze senza dubbio appellabili ed equiparate in toto a quelle emanate dai giudici delegati.

Adottando la ricostruzione da noi proposta, si potrebbe, invece, supporre che alla sentenza del giudice adito con l'*actio in factum* si sarebbero applicate le normali regole dettate in tema di appello in relazione alle problematiche relative all'esistenza o meno dei requisiti richiesti dal legislatore per la concessione della stessa *actio*, mentre non sarebbe stato comunque possibile (almeno di norma, vedi *supra*, nt. 14) rimettere in discussione quella parte della sentenza in cui il magistrato recepiva il contenuto del lodo. Si tratta, come appare evidente, di considerazioni che, pur verosimili, mantengono un forte carattere congetturale, in mancanza di testimonianze delle fonti.

<sup>26</sup> Com'è noto, fin da epoca arcaica, il *tempus iudicati* viene concesso al condannato al fine di consentirgli di raccogliere la somma necessaria per adempiere all'*obligatio iudicati*. Non si vede perché una tale esigenza non dovesse valere anche nelle ipotesi in cui alla soluzione della controversia si fosse arrivati tramite la pronuncia dell'*arbiter*. Una tale considerazione appare ancor più evidente se si pensa che anche nell'ipo-

Ovviamente un tale problema non si porrebbe nell'ipotesi in cui l'*actio in factum* terminasse con una pronuncia con la quale il magistrato recepiva il contenuto della *sententia arbitri*: i quattro mesi per l'esercizio dell'*actio iudicati* inizierebbero a decorrere dalla pronuncia del magistrato e il lodo arbitrale (pur incontrovertibile) non godrebbe di un particolare trattamento di favore sotto il profilo esecutivo.

Un ulteriore problema potrebbe sorgere in relazione alle *usurae rei iudicatae*. Com'è noto Giustiniano legifera in materia una prima volta già nel 529 (C. 7.54.2),<sup>27</sup> in data anteriore a quella delle nostre costituzioni in tema di arbitrato, estendendo da due a quattro mesi il *tempus iudicati* e stabilendo che, trascorso tale periodo, sono dovute le *usurae centesimae*. Ritorna in seguito sul tema con una costituzione del 531 (C. 7.54.3), con la quale chiarisce che detti interessi sono relativi solo alla *sors* e non anche alle eventuali '*usurae quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt*'.<sup>28</sup> In relazione alle nostre problematiche, un'applicazione delle norme in esame ai casi di lodo dovrebbe verosimilmente escludersi nell'ipotesi in cui attribuissimo all'*actio in factum* un'immediata efficacia esecutiva;<sup>29</sup> volendo, invece, negare una tale efficacia, potremmo ipotizzare che le *usurae centesimae* decorressero trascorsi quattro mesi dalla sentenza con la quale il giudice dell'*actio in factum* aveva recepito il contenuto del lodo arbitrale. Si può, peraltro, porre in evidenza che, in questa ultima ipotesi, sia dal lodo, sia soprattutto dalla pronuncia del giudice che ne recepiva il contenuto, sarebbe dovuto emergere quale parte della somma era dovuta a titolo di *sors* e quale a titolo di interessi.<sup>30</sup>

4. Se, come ci è parso più verosimile, Giustiniano non intese espressamente attribuire all'*actio in factum* un'immediata efficacia esecutiva, le sue riforme in tema di giudizio ar-

tesi di *confessio certae pecuniae*, equiparata al *iudicatum*, fin dall'epoca arcaica si concede il periodo di trenta giorni. Vi è poi da osservare che in epoca giustiniana (vedi M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 624) «der Vollstreckungstitel auch im Fall des Anerkennnisses und des Parteieides in einem Urteil besteht» (vedi anche G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 778 s.). Si può anzi sottolineare che nella stessa data e nello stesso luogo in cui viene emanata C. 2.55(56).4, Giustiniano emana anche C. 4.1.12, con la quale detta una disciplina unitaria per le ipotesi di *iusiurandum*. A noi interessano, in particolare, le disposizioni del §1a: *Sed iuramento illato, cum hoc a partibus fuerit factum et a iudice approbatum vel ex auctoritate iudicis cuicumque parti illatum, si quidem is cui imponitur sacramentum nihil ad hoc fuerit reclutatus, et hoc praestetur vel referatur, necessitate imponenda ei cui refertur relationis subire sacramentum, vel, si hoc recusaverit, quasi illato sacramento praestito causa vel capitulum decidatur, nullo loco provocationi relinquendo. quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit?* Come può ben rilevarsi, l'imperatore stabilisce che nei casi presi in esame '*causa vel capitulum decidatur*' e che la stessa decisione non sia appellabile, ma non accenna assolutamente ad un'efficacia esecutiva della sentenza. Appare quindi verosimile che anche in relazione al caso di *compromissum iuratum*, disciplinato nello stesso giorno, egli ipotizzasse effetti sostanzialmente analoghi; non vedrei, infatti, ragione alcuna per attribuire al *laudum* assistito da *iusiurandum* un'efficacia assai più pregnante di quella attribuita al giuramento '*a partibus illatum et a iudice approbatum vel impositum ex auctoritate iudicis*'.

<sup>27</sup> Vedi anche *supra*, nt. 23. Vedi A. SALOMONE, *Iudicati*, cit., 580 ss.

<sup>28</sup> C. 7.54.3. Per l'analisi della costituzione vedi, per tutti, A. SALOMONE, *Iudicati*, cit., 580 ss.

<sup>29</sup> Specie se, come sembra più verosimile (vedi *supra*, in questo stesso § e nt. 24), l'*actio in factum* poteva essere intentata anche prima che fossero trascorsi quattro mesi dalla pronuncia del lodo.

<sup>30</sup> Onde evitare che gli eventuali interessi calcolati ai fini della determinazione dell'ammontare complessivo della somma che l'*arbitrator* aveva riconosciuto essere dovuta producessero a loro volta interessi.

bitrale, pur presentandosi come profondamente innovative rispetto al regime precedente che prevedeva soltanto l'esposizione al pagamento della *poena*, non giungono a configurare un'equiparazione tra lodo<sup>31</sup> e sentenza inappellabile che vedrebbe addirittura privilegiato il primo rispetto alla seconda, quanto meno sotto il profilo della possibilità per il vincitore di dare inizio all'esecuzione senza dover attendere i quattro mesi del *tempus iudicati*.<sup>32</sup> In realtà il nuovo regime si presenterebbe sostanzialmente analogo a quello previsto già in epoca classica per il *iusiurandum voluntarium* nel quale, come sappiamo, l'esercizio dell'*actio in factum ex iureiurando* consentiva «di ottenere la condanna del convenuto in base alla semplice prova della prestazione del giuramento e del suo preciso oggetto». <sup>33</sup> In quest'ottica non appare, invero, privo di una sua logica che nello stesso giorno, attraverso due distinti provvedimenti, Giustiniano, da un lato disciplini in C. 4.1.12 il *iusiurandum necessarium*, affermando che la sua prestazione da parte dell'attore porta ad una *sententia iudicis* a lui favorevole, dall'altro riconosca che anche nel caso di *arbitri* scelti con ricorso al *iusiurandum*, cioè con formalità che si realizzano al di fuori del controllo del giudice, si possa giungere ad un risultato analogo,<sup>34</sup> ma solo dopo che l'attore stesso avrà provato con l'*actio in factum* l'esistenza dei requisiti previsti dal legislatore per attribuire efficacia vincolante al lodo arbitrale.<sup>35</sup>

Una volta individuati contenuto e limiti dell'intervento legislativo, potranno apparire più chiare le ragioni che inducono Giustiniano nel 539 ad abrogare, con l'emanazione di Nov. 82.11, le innovazioni in tema di vincolatività del lodo in presenza di un *iusiurandum*. La prima motivazione alla quale dobbiamo riferirci è indubbiamente quella addotta dallo stesso legislatore, il quale osserva che assai spesso le parti, avendo scelto con ricorso al *iusiurandum* arbitri privi di conoscenze *καὶ νόμων καὶ πείρας*, dinnanzi a pronunzie arbitrali ritenute prive di qualsiasi fondamento e in grado di cagionare loro grave danno, hanno avanzato istanza per un riesame della causa.

Ciò che colpisce immediatamente il lettore è non tanto il riferimento alla conoscenza delle leggi quanto quello alla conoscenza della prassi giudiziaria, entrambe ritenute fondamentali per un corretto esercizio della funzione giudicante. Che non si tratti di una rifles-

<sup>31</sup> Ovviamente intendiamo riferirci alle ipotesi di lodo emanato in presenza dei requisiti previsti dal legislatore.

<sup>32</sup> Ciò anche senza voler considerare (come abbiamo già osservato) che il lodo arbitrale costituirebbe una pronuncia in unico grado, immediatamente esecutiva tramite ricorso all'*actio in factum*, in un ordinamento che conosce, invece, per la sentenza del giudice (anche di quello scelto dalle parti in seguito a ricusazione del giudice delegato dal magistrato) la possibilità di appello.

<sup>33</sup> G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 313. Per l'epoca giustiniana vedi M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 592, i quali osservano (nt. 56 a) che «doch kann beim ausserprozessualen Eid nur die Frage des Eidesleistung und nicht auch der Inhalt vom Richter geprüft werden».

<sup>34</sup> Si possa cioè giungere al risultato di considerare nella sostanza incontrovertibile il contenuto del lodo emesso da arbitri scelti dalle parti con ricorso al *iusiurandum*.

<sup>35</sup> Come abbiamo avuto occasione di osservare in precedenza (*supra*, nt. 26), il sistema apparirebbe assai meno coerente ipotizzando che Giustiniano nel caso di *iusiurandum necessarium* abbia comunque richiesto che il processo si chiudesse con una *sententia iudicis*, mentre nel caso di accordo sulla nomina degli arbitri assistito dal *iusiurandum*, che veniva comunque realizzato completamente al di fuori del controllo del magistrato, avrebbe attribuito al lodo un'efficacia pari a quella di una sentenza (anzi, come abbiamo visto, *supra* nt. 25, sotto alcuni profili, addirittura privilegiata rispetto a quella della sentenza).

sione funzionale soltanto allo svolgimento dei giudizi arbitrali appare in modo evidente dalla *praef.* della nostra Novella in cui si afferma espressamente, in termini generali, che non possono essere considerati degni del nome di giudici coloro che siano *legum imperiti* e non abbiano esperienza dello svolgimento dei processi.<sup>36</sup>

Le disposizioni del cap. 11 in tema di arbitrato sembrano, anzi, inserirsi in un discorso coerente che riguarda in primo luogo proprio le norme contenute in Nov. 82.1<sup>37</sup> relative alla nomina dei dodici *diaiteitai*,<sup>38</sup> nella sostanza un corpo di giudici di professione, privi di compiti amministrativi,<sup>39</sup> ai quali l'imperatore e gli alti magistrati della capitale dovranno delegare le cause che non intendano trattare personalmente e che vengono, appunto, scelti sulla base delle loro conoscenze giuridiche e dell'esperienza maturata nell'esercizio delle loro funzioni.

Se l'imperatore mira a far sì che (almeno nella capitale)<sup>40</sup> i giudici possiedano alcune caratteristiche che li qualificano in termini di competenza professionale, appare ragionevole che egli avverta contestualmente la necessità di non considerare più incontrovertibili pronunce provenienti da arbitri che non offrono alcuna garanzia sotto il profilo della conoscenza delle leggi e della prassi giudiziale, anche se scelti da parti che hanno fatto ricorso al giuramento.<sup>41</sup>

Giustiniano non si limita, peraltro, a vietare il ricorso al giuramento ma ordina che per il futuro le parti s'impegnino a pagare una *poena* nell'ipotesi in cui non ottemperino al lodo, prevedendo espressamente che il magistrato adito dalla parte che non intende sottostare alla sentenza arbitrale è tenuto a riscuotere la *poena* e a restituirla alla controparte.

<sup>36</sup> Un principio analogo appare ribadito anche in Nov. 82.1.1, in relazione alla scelta dei quattro giudici tratti dagli ex alti funzionari (vedi *infra*, nt. 38) *qui dignitatibus praececellant et praeterea sive rerum multarum experientia sive longo summorum magistratum usu sive eorundem multitudine exercitati sint* (trad. edd.).

<sup>37</sup> Le disposizioni di Nov. 82 riprendono quelle contenute in una costituzione di Zenone che non ci è pervenuta (sul punto vedi, per tutti, F. GORIA, *La giustizia*, cit., 308).

<sup>38</sup> L'imperatore sceglie come giudici delegati stabili quattro ex alti funzionari ed otto avvocati, i quali «avrebbero goduto di uno stipendio fisso a carico del fisco ed inoltre di una *sportula* di quattro *solidi* a carico di ciascuna parte, purché il valore della lite superasse i cento *solidi*» (F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, Spoleto 1995, 308).

<sup>39</sup> Mentre invece, come osserva F. GORIA, *La giustizia*, cit., 300, il principio tradizionale, al quale Nov. 82 introduce una deroga significativa, è quello per cui «il potere di decidere le liti e di irrogare le pene spetta al funzionario *administrator*, che peraltro non ha né il tempo sufficiente per occuparsi di tutti i processi, né spesso la preparazione giuridica necessaria per impostarli e deciderli correttamente secondo la legge».

<sup>40</sup> Ovviamente l'imperatore e gli alti magistrati della capitale avrebbero comunque avuto la possibilità di non delegare i processi che, per qualsiasi motivo, avessero ritenuto di dover trattare personalmente.

<sup>41</sup> In questo senso può essere utile osservare che F. GORIA, *Ricusazione del giudice e iudices electi da Costantino a Giustiniano*, in S. PULIATTI, A. SANGUINETTI (a cura di), *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustiniana tra passato e futuro*, Milano 2000, 209, ritiene che una delle ragioni di favore della legislazione giustiniana nei confronti dell'arbitrato privato vada ricercata proprio nei gravi limiti che nel corso del V secolo erano emersi nel tentativo, risalente già al Principato, «di attribuire tutti i compiti giudiziari a funzionari muniti di incarichi di governo», funzionari spesso condizionabili e con poco tempo a disposizione per un corretto esercizio del potere giurisdizionale. Nel momento in cui Giustiniano (almeno per Costantinopoli) crea un corpo di giudici altamente professionalizzati e sgravati da qualsiasi funzione amministrativa, può apparire naturale che il *favor* precedentemente manifestato nei confronti dell'arbitrato privato venga meno.

Come sovente accade, il linguaggio usato da Giustiniano per introdurre una riforma particolarmente radicale<sup>42</sup> determina nei contemporanei più di un dubbio interpretativo. Nel nostro caso ciò appare evidente già dalle versioni del nostro testo novellare risalenti al VI secolo.

Non mi sembra però di poter seguire in proposito il Talamanca,<sup>43</sup> il quale giunge ad affermare che il testo corrispondente dell'*Epitome Iuliani* ci offre un'interpretazione «del tutto arbitraria» di quanto statuito in Nov. 82.11:

Epit. Iul. 76.12: *Nemo cum iureiurando iudicem cum adversario suo accipiat; talia enim arbitria nullius momenti sunt. Sin autem cum compromisso poenali aliquis iudicem elegerit, res cauta sit. Duorum enim alterum necesse est fieri, vel sententiam iudicis impleri, vel si hoc is, qui condemnatus est, recusaverit, poenam compromissi praestari. Magistratus autem rei publicae si interpellati fuerint, curent, ut poena compromissaria exacta ab eo, qui obtemperare arbitrio noluit, adversario eius restituatur. In summa autem dicimus, posthac licitum non esse, ut cum sacramento litigatorum arbiter eligatur, et si quidem sponte sua contra ius sententiam dederit, ipse Deo rationem daturus est. Sin autem per imprudentiam aliquid non iuste iudicaverit, hoc partibus nocere prohibemus. Omnia autem cetera iura, quae de compromissariis vel aliis arbitris non cum sacramento receptis a veteribus legibus vel a nobis introducta sunt, in sua firmitate innovata permaneant.*

Per quanto la versione latina non appaia particolarmente felice, mi sembra eccessivo affermare che «l'epitomatore restringe la portata della novella all'inadempienza del convenuto condannato».<sup>44</sup> Non riterrei, infatti, che la frase ('*magistratus – restituatur*'), come invece opina il Talamanca, debba intendersi riferita «soltanto al convenuto soccombente», cioè all'ipotesi esaminata in precedenza. La formulazione in termini generali mi sembra consenta, invece, proprio una lettura che appare conforme all'intento del legislatore di considerare il pagamento della *poena* una sorta «di requisito di procedibilità dell'azione», nel senso che il giudice adito dalla parte che non «vuole ottemperare al giudizio arbitrale .... deve curare la riscossione della *poena* e la sua restituzione alla controparte».<sup>45</sup>

Problemi assai più complessi suscita, invece, la testimonianza di

Theod. Nov. 82.9: Μηδείς ὀμνύετω ἐμμένειν τῷ δικαστῇ ἢ αἰρεῖσθαι αἰρετὸν χωρὶς ποινῆς, ἀλλὰ πάντως ποινὴν ὀριζέτω, καὶ εἰ μὴ ἐμμένειν τοῖς κριθέεισι, τὴν ποινὴν διδόντω ἄνωθεν δικαζόμενος. ἀνάγνωθι βι. β' τοῦ κώδ. τί. νε' διάτ. δ', ἥτις ἐκαινοτομήθη. γνώθι δέ, ὅτι καὶ ἡ ε' διάτ. τοῦ αὐτοῦ τίτλου καὶ βιβλίου οὐ προβαίνει σήμερον, λέγουσα δύνασθαι

<sup>42</sup> Anche se nel caso in esame si tratta di una riforma che cancella un'innovazione introdotta dallo stesso imperatore.

<sup>43</sup> M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 144 s.

<sup>44</sup> Anche se è proprio a questa ipotesi che si riferisce la prima parte del nostro passo. Sul significato da attribuire al principio per cui il convenuto che non intende eseguire la condanna è sottoposto al pagamento delle *poena*, vedi *infra*, § 5.

<sup>45</sup> M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 146. Ovviamente l'ipotesi tipica è quella dell'attore soccombente nel lodo arbitrale e che, ciononostante, intenda agire in giudizio. Per i problemi relativi alla mancata ottemperanza al lodo arbitrale da parte del convenuto vedi *infra*, § 5.



ἀκυνδύνως ἐντὸς ἡμερῶν τὸν μὴ θέλοντα ἐμμείναι ἀναχωρεῖν τῆς ψήφου τοῦ αἵρετοῦ· κατὰ γὰρ τὸ ἐνταῦθα λεχθὲν χρεῖα πάντως ποινηῆς καὶ ἐπὶ αἵρετοῦ.

Già la prima affermazione del nostro *scholastikòs* può lasciare perplessi, in quanto Teodoro non sembra affermare in assoluto che la norma stabilisce un divieto di far comunque ricorso al giuramento, ma solo che è vietato giurare di mantener fede alla decisione del giudice o scegliere un arbitro in assenza di una *poena*. Non saprei, peraltro, se ci troviamo dinnanzi semplicemente ad una formulazione non particolarmente felice o se, invece, il testo possa meglio spiegarsi col rilievo che, a distanza di alcuni decenni dall'emanazione della Nov. 82.11, Teodoro prende atto che la prassi continua a far ricorso al giuramento e che quindi la norma deve essere letta nel senso che questo deve essere accompagnato dalla previsione di una *poena*, pagando la quale ci si libera dalla necessità di conformarsi al contenuto del lodo arbitrale.<sup>46</sup> D'altronde, è lo stesso Giustiniano in Nov. 82.11 a considerare l'ipotesi che le parti, nonostante il divieto, continuino a limitarsi a prestare il giuramento,<sup>47</sup> osservando che, qualora la pronuncia degli arbitri sia potenzialmente dannosa, ciò non darà luogo comunque ad alcuna conseguenza negativa.<sup>48</sup>

La circostanza che il mancato rispetto del giuramento di ottemperare alla sentenza arbitrale non determini alcuna sanzione giuridica emerge in modo evidente anche dalla testimonianza di Athan. 4.15.1,<sup>49</sup> la quale, peraltro, appare più precisa<sup>50</sup> di quella di Teodoro in quanto riporta in modo esplicito il divieto di far ricorso al giuramento:

<sup>46</sup> Per un'analisi della documentazione papirologica del VI e VII secolo vedi K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 263 ss. Vedi anche M. AMELOTTI, L. MIGLIARDI ZINGALE, *Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht. Vecchi problemi e nuovi documenti*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica* (Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. Torino, 19-21 novembre 1998), Roma 2001, 300 s. (= SDHI 65, 1999, 231 s. = M. AMELOTTI, *Altri scritti giuridici* (a cura di M. P. PAVESE, Torino 2014, 128 s), i quali soffermano la loro attenzione sul P. Petra inv. 83, risalente al 544 (o al 574), «che conserva il testo di una *mesiteia* relativa ad una controversia assai complessa» riguardante i diritti reclamati da entrambe le parti «di sfruttare «secondo l'antico diritto» l'acqua di una fonte». Nel nostro documento i contendenti «dichiarano di aver accolto il giuramento della controparte e di essere pronti a sottostare alla decisione arbitrale, la cui inosservanza è sanzionata da una multa pecuniaria». Come può rilevarsi, nonostante le disposizioni contenute in Nov. 82.11, nel nostro arbitrato ritroviamo insieme giuramento, impegno a sottostare alla decisione dell'arbitro e previsione di una *poena* pecuniaria.

<sup>47</sup> Senza prevedere alcuna *poena*.

<sup>48</sup> In particolare nessuna conseguenza negativa è prevista nelle ipotesi in cui ἐξ ἀμαθίας τοῦτο ὑποσταίεν. Ma anche nell'ipotesi in cui la violazione del divieto avvenga *ex studio*, l'unica conseguenza per i trasgressori sarà che *'a domino deo poenas periurii sustinebunt'* (Auth.).

<sup>49</sup> Lo stesso principio si ritrova enunciato anche in Ath. 5 P. 6.1.

<sup>50</sup> Come vedremo (vedi *infra*, in questo stesso §), l'ultima parte del testo di Atanasio non sembra, invece, possa esserci utile in ordine al problema della sopravvivenza o meno nel mondo bizantino di arbitrati non accompagnati dalla promessa di una *poena*. L'impiego di *μᾶλλον* (che segue, peraltro, il verbo *χρῆναι*) lascia, infatti, aperto il problema dell'obbligatorietà o meno del ricorso alla *poena*. Significativa in proposito la traduzione del nostro passo in lingua tedesca proposta da D. SIMON, S. TROIANOS, *Das Novellensyntaxma des Athanasios von Emesa*, Frankfurt am Main 1989, 165: «Denn es sei richtiger, daß diejenigen, welche miteinander einen Rechtsstreit haben, unter Strafversprechen einen Schiedsrichter auswählen». I nostri autori, traducendo correttamente il contenuto del testo greco, si limitano, infatti, ad affermare semplicemente che «è più giusto» far ricorso alla *poena*.

Ath. 4.15.1: Εἶτα παρακελεύεται μηδένα τοῦ λοιποῦ ὀμνύειν, ὡς ἐμμενεῖ τοῖς παρὰ τοῦ αἵρετοῦ κρινομένοις, ἀλλά, κὰν ὁμώσῃ, ἀκινδύνως αὐτὸν ἐπιτορκεῖν. Χρῆναι δέ φησι μᾶλλον αἰρεῖσθαι ἐπὶ ποινῇ τοὺς δίκην πρὸς ἀλλήλους ἔχοντας.

Problemi assai più gravi determina indubbiamente l'affermazione di Teodoro per cui le disposizioni di Nov. 82.11 avrebbero abrogato le disposizioni contenute in C. 2.55.5 relative all'incontrovertibilità della *sententia* emanata da *arbitri* scelti da parti che si fossero impegnate 'in illorum sententia stari' e non avessero poi contestato il contenuto del lodo inviando entro dieci giorni la prescritta *attestatio* agli stessi arbitri o alla controparte. Come abbiamo già osservato,<sup>51</sup> Giustiniano in Nov. 82.11 dichiara infatti espressamente che tutte le disposizioni in tema di arbitrato, comprese quelle da lui stesso emanate, mantengono la loro efficacia *χωρὶς μέντοι τῆς περὶ τῶν ὄρκων ἀνάγκης* (ad eccezione di quelle riguardanti la necessità del *iusiurandum*).

Che l'opinione di Teodoro non fosse pacifica nella seconda metà del sesto secolo, appare confermato dalla testimonianza di un frammento tratto dalle Rhopai,<sup>52</sup> cioè da un'opera che possiamo far risalire proprio al nostro periodo, anche se fu aggiornata posteriormente ai Basilici.

Rhop. 8.5: Τῇ σιωπῇ τῶν ἡμερῶν ἢ ψῆφος τοῦ αἵρετοῦ δικαστοῦ κυροῦται. ὡς βι. β' τοῦ κωδ. τί. νε', ἦτις οὐκ ἔστιν εἰς τὰ βασιλικά.

Ancora una volta, piuttosto che limitarci a sottolineare che Teodoro è incorso in un errore evidente, è forse opportuno riflettere sulle ragioni che possono aver indotto il nostro *scholastikòs* ad adottare un'interpretazione a prima vista così anomala ma che dovette godere di una certa fortuna se, come appare anche da Rhop. 8.5, i compilatori dei Basilici non riportarono le testimonianze di C. 2.55.4 e C. 2.55.5, verosimilmente proprio in quanto le ritenevano abrogate dalle disposizioni contenute in Nov. 82.11.<sup>53</sup>

Il ragionamento di Teodoro appare, tutto sommato, sufficientemente chiaro: non è consentito impegnarsi ad ottemperare alla pronuncia arbitrale né far ricorso al giuramento, se non in presenza di una *poena*; le disposizioni di C. 2.55.5 che presuppongono proprio l'assenza di una *poena*, riferendosi ad arbitri 'quos neque poena compromissi vallabat (neque iudex dederat)' sono quindi da considerarsi abrogate: pertanto, anche colui che invii l'*attestatio* entro i dieci giorni, qualora non ottemperi al lodo, sarà esposto al pagamento della *poena*.

<sup>51</sup> Vedi *supra*, § 1. Come osserva K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 248 s., l'efficacia abrogante di Nov. 82.11 dovrebbe estendersi anche all'ipotesi prevista nella parte finale di C. 2.55.4.2 ('sive post definitivam sententiam'...)

<sup>52</sup> Cito il testo di Rhop. 8.5 dall'edizione di F. SITZIA, *Le Rhopai*, Napoli 1984, 103, alla quale rimando per le complesse problematiche relative alla datazione e al contenuto dell'opera.

<sup>53</sup> K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 260, osserva che «die falsche Meinung des Theodoros, der ungeachtet seiner bescheidenen juristischen Fähigkeiten bei den Nachfahren großes Ansehen genöß, hat sich in Byzanz ganz offensichtlich durchgesetzt». Non saprei, peraltro, se la prospettiva di Teodoro abbia finito per prevalere soltanto per l'autorevolezza di cui il nostro *scholastikòs* godette nel mondo bizantino o se essa sia stata, invece, recepita soprattutto in quanto appariva più funzionale alle nuove linee di tendenza in tema di arbitrato che si affermarono nel corso del diritto bizantino.

Si potrebbe, invero, osservare che le parti, pur impegnandosi a ‘*sententia*<sup>54</sup> *arbitri stari*’,<sup>55</sup> potrebbero non aver stabilito alcuna *poena* e ci si potrebbe quindi chiedere se in queste ipotesi l’accordo rimanesse privo di effetti.<sup>56</sup> In proposito le fonti bizantine a noi pervenute non ci consentono di proporre una risposta sicura, anche se una possibile soluzione al nostro quesito potrebbe trarsi dalla testimonianza di

B. 7.2.27.7 = D. 4.8.27.7 (BT, I, 312/7):<sup>57</sup> Εἰ καὶ μὴ ἔγκειται ποινὴ τῷ αἰρετῷ δικαστηρίῳ, ὁμολογήσει δέ τις ἐμμένειν τῇ ψήφῳ, ἐνάγεται ἀορίστως.

nonché dello

sch. 8 ad B. 7.2.27.7 (BS, I, 45/21): Τῇ ἰγκέρτου ἐξ στιπουλάτου εἰς τὸ διαφέρων τὴν καταδίκην ἐχούση· τιτ. ιβ’ τούτου τοῦ βιβ. κεφ. γ’.

Non possiamo ovviamente esaminare le complesse problematiche poste dalla testimonianza di D. 4.8.27.7 in epoca classica.<sup>58</sup> Se ci limitiamo a considerare il testo dei Basilici, l’affermazione in esso contenuta sembra aver perso il legame con il caso esaminato in precedenza di colui che, pur presente, ‘*arbitrum sententiam dicere prohibuit*’ e si presta quindi ad essere letta come espressione di un principio generale: in mancanza di un espresso riferimento alla *poena*, le parti<sup>59</sup> che abbiano promesso di ‘*sententia arbitri stari*’,<sup>60</sup> qualora non rispet-

<sup>54</sup> Ho impiegato in testo l’espressione ‘*sententia (arbitri) stari*’, anche se occorre segnalare che nelle fonti ritroviamo una pluralità di espressioni (ad esempio: ‘*sententia stari*’ in D. 4.8.27.7; ‘*ut arbitri sententia stetur*’ in C. 2.55.4.1; ‘*in illorum sententia stetur*’ in C. 2.55.5 pr.; ‘*ut eorum definitioni stetur*’ in C.2.55.5 pr.) che saranno utilizzate nelle note successive in relazione all’analisi delle singole fonti.

<sup>55</sup> Diversa è indubbiamente l’ipotesi di «accordo arbitrale non assistito né da penale né da patto – giurato o meno – di eseguire la decisione dell’arbitro», per il quale vedi S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 81 nt. 118.

<sup>56</sup> E’ il problema che si pone M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 145 s. nt. 230.

<sup>57</sup> Si può rilevare che il testo di D. 4.8.27.7 (‘*Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio*’) può essere considerato un indizio di come i compilatori, nell’inserire nel Digesto i frammenti dei giuristi classici in tema di arbitrato, non operarono un coordinamento con le stesse riforme introdotte in materia da Giustiniano. Qualora le parti si fossero limitate a promettere di *sententia arbitri stari*, senza stabilire alcuna pena, dovrebbero, infatti, applicarsi le disposizioni di C. 2.55.5.2, in forza delle quali, nell’ipotesi in cui una parte non intenda conformarsi al lodo arbitrale, l’invio entro 10 giorni della prevista *attestatio* esclude che possa essere concesso un qualsiasi mezzo processuale (*actio o exceptio*). Ovviamente il testo di B. 7.2.27.7 acquista una ben diversa rilevanza nel momento in cui, in diritto bizantino, le disposizioni di C. 2.55.5 si considerano ormai abrogate. Su D. 4.8.27.7 ed il corrispondente testo dei Basilici vedi anche G. BUIGUES OLIVER, *La solucion amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbitro ex compromisso*, Madrid 1990, 194 ss.

<sup>58</sup> Sul punto vedi M. TALAMANCA, *Ricerche*, 102 ss., e bibliografia ivi citata.

<sup>59</sup> Riprendendo il testo del Digesto, il passo dei Basilici si pone nell’ottica della parte che ‘*simpliciter sententia stari promiserit*’, ma mi sembra che il testo possa essere ben inteso nel senso che entrambe le parti si siano impegnate soltanto a *sententia stari*.

<sup>60</sup> Nonostante B. 7.2.27.7 impieghi il verbo ὁμολογήσει e lo scolio 8 faccia riferimento all’*actio ex stipulatu*, riterrei che i bizantini riferissero il principio enunciato a tutte le ipotesi in cui le parti avessero pattuito di *sententia arbitri stari*.

tino il lodo, si sono comunque impegnate a pagare una somma di denaro pari all'interesse della controparte.

Se così fosse, non proverebbe nel senso «dell'esclusione del compromesso non penale» in diritto bizantino, come invece ritiene il Talamanca,<sup>61</sup> la testimonianza di

Epit. legum 14.77: Οὐ δύναται ὁ ἄρχων ἐξ οἰκείας ἀποφάσεως κομπρομισάριος γενέσθαι δικαστῆς, εἰ μὴ ἐγγράφως ἢ ἀγράφως συμφωνήσωσιν ἐμμεῖναι αὐτοῦ τῇ ψήφῳ ἀρεσκόμενοι τοῖς παρ' αὐτοῦ κριθησομένοις. Ὡς νε. πα'. μηδένα δύνασθαι αἰρετὸν χωρὶς ποινῆς...

Non possiamo ovviamente in questa sede soffermarci sul fraintendimento dell'affermazione contenuta in D. 4.8.9.2 che emerge chiaramente dal nostro testo.<sup>62</sup> A noi interessa soltanto porre in evidenza che l'accordo di conformarsi al lodo viene posto in stretta relazione col principio<sup>63</sup> per cui non si può nominare un arbitro senza una pena, il che significa, alla luce di quanto osservato in precedenza, che in esso si ravvisa implicitamente un impegno a pagare una pena di ammontare incerto che, volendo seguire la testimonianza dello scolio 8 ad B. 7.2.27.7, dovrebbe essere calcolato sulla base dell'*id quod interest*.

Che questa fosse l'interpretazione attraverso la quale i giuristi bizantini tentavano di venire a capo di alcune delle numerose aporie determinate dal recepimento nel titolo 7.2 dei Basilici delle traduzioni greche dei testi contenuti nel titolo 4.8 dei *Digesta*, sembra confermato anche dalla testimonianza di un altro scolio tardo:

sch. 7 ad B. 7.2.27.7 (BS, I, 45/19): Κατὰ τὴν κειμένην διάρσειν ἐν τῷ † τίτ. τοῦ ια'. κεφ. Ἔνθα <ἄνευ> ποινῆς οὐκ ἀναγκάζεται τις ψηφίσασθαι.

Il nostro scolio pone, infatti, in evidenza che l'ipotesi contemplata in B. 7.2.27.7, in cui si afferma che, in mancanza di espressa statuizione di una pena, si concede l'*actio per l'incertum*, è la stessa contemplata in B. 7.2.11 in cui si sottolinea che in questo caso l'*arbiter* non è comunque tenuto a '*sententiam dicere*.'

Alla luce delle osservazioni formulate necessita quindi quanto meno di una messa a punto l'osservazione del Talamanca, il quale tende «ad escludere, nel diritto bizantino, la possibilità di un compromesso senza clausola penale».<sup>64</sup> anche un semplice accordo di ottemperare alla decisione arbitrale sembra, infatti, non solo consentito, ma in grado di generare un'*actio* per ottenere l'*id quod interest*, pur non essendo l'*arbiter*, sulla base di esso, tenuto a '*sententiam dicere*.'

Altro e più complesso problema è rappresentato dalla valutazione dell'*id quod interest*, se cioè nell'ottica bizantina si possa ancora far riferimento al valore della controversia o se, in-

<sup>61</sup> M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 145 nt. 230.

<sup>62</sup> Come osserva giustamente M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 145 nt. 230, «il significato della norma contenuta nei Digesti, cui rinvia lo Zachariae v. Lingenthal, (D. 4.8.9.2), e che i Basilici riportano senza alterazioni sostanziali (B. 7.2.9.3), viene frainteso dal compilatore bizantino nel senso che il giudice ordinario non può crearsi, di sua volontà, arbitro fra le parti, ma ben possono queste eleggerlo ad arbitro».

<sup>63</sup> Il principio viene ricollegato alla Nov. 81, ma si tratta senza dubbio della Nov. 82.11.

<sup>64</sup> M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 145 nt. 230.

vece, nella nuova prospettiva della funzione penitenziale del *πρόστιμον*, si debba aver riguardo all'interesse della parte vincitrice nel procedimento arbitrale a non vedere il contenuto del lodo rimesso in discussione in un processo presso il giudice competente.<sup>65</sup>

5. Con la sua lettura fortemente estensiva dell'effetto abrogante delle disposizioni di Nov. 82.11, lettura che va indubbiamente al di là della volontà del legislatore, ma che, come abbiamo visto, finì per imporsi nel mondo bizantino, Teodoro sembra voler ricondurre ad una tendenziale unità sotto il profilo degli effetti tutte le ipotesi di lodo arbitrale in relazione alle quali Giustiniano aveva operato una serie di distinzioni, creando un sistema assai poco coordinato, anche in considerazione del recepimento nel titolo D. 4.8 di molte soluzioni dei giuristi classici che male s'inserivano nel nuovo quadro normativo e che ancor peggio potevano coordinarsi con l'impostazione data in Nov. 82.11.

Alla base di questa nuova visione sembrano operare due principi: la *sententia* arbitrale non presenta più in nessun caso carattere vincolante per le parti, anche nelle ipotesi di *laudum homologatum*. La *poena* torna ad essere l'elemento centrale del nostro istituto,<sup>66</sup> ma tende ad assumere ormai una funzione eminentemente penitenziale<sup>67</sup> e quindi profondamente diversa da quella svolta in epoca classica.<sup>68</sup>

Proprio quest'ultima affermazione fa emergere, peraltro, numerosi problemi che non sembrano trovare nelle fonti risposte coerenti e tali da consentirci di proporre soluzioni sicure. Alcuni di essi sono stati affrontati, con la consueta acribia, dal Talamanca, ma, prima di procedere ad un'analisi delle singole testimonianze a noi pervenute, è forse opportuno soffermarsi preliminarmente su alcune considerazioni di carattere generale.

L'affermazione che il pagamento della *poena* costituisce condizione di procedibilità per il creditore che, risultato sconfitto nel lodo, intenda adire il giudice ordinario sembra, infatti, assumere un significato concreto solo ipotizzando che, di norma, questo pagamento rappresenti per l'attore un sacrificio economico ragionevolmente inferiore rispetto al vantaggio che potrebbe derivargli da una (eventuale) condanna del convenuto. Dinnanzi ad un credito di 100, avrebbe, infatti, poco senso ipotizzare una *poena* di 100: nella migliore delle ipotesi l'attore vittorioso in giudizio non otterrebbe alcun vantaggio dall'esercizio dell'azione e si esporrebbe al rischio, nell'ipotesi di assoluzione del convenuto, di perdere una somma pari all'ammontare del suo credito.

Con ciò non si vuole certo affermare che i bizantini avessero consapevolmente elaborato il principio per cui l'ammontare della *poena* doveva essere ragionevolmente inferiore a quel-

<sup>65</sup> Come vedremo tra breve, affermare che la *poena* corrisponde all'*id quod interest* al quale potrebbe essere condannato il convenuto al termine del processo significa riconoscere che nel caso in esame alla *poena* non viene attribuita in concreto una funzione penitenziale.

<sup>66</sup> Come abbiamo visto, anche nelle ipotesi in cui le parti si siano limitate ad accordarsi nel senso di *sententia arbitri stari*.

<sup>67</sup> Come vedremo, questa funzione penitenziale emerge chiaramente in relazione alla posizione dell'attore, mentre crea più di un problema in relazione alla posizione del convenuto.

<sup>68</sup> Vedi anche K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 250, il quale osserva che «die *poena compromissi* erhält im Ergebnis den Charakter eines Reugeldes, durch dessen Zahlung man sich von den Bindungen des Schiedsvertrages ohne weiteres befreien kann». Per le ulteriori fonti bizantine che confermano il carattere penitenziale della *poena* vedi M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 147.

lo dell'eventuale condanna, si vuole solo porre in evidenza che, qualora ciò non avvenisse, l'affermazione che la *poena* mantiene una funzione penitenziale rimarrebbe, nella sostanza, priva di significato pratico.

Le osservazioni formulate appaiono ancor più necessarie se si considera che nei Basilici continuano a permanere traduzioni greche di frammenti giurisprudenziali riportati nel Digesto che apparivano certamente adeguati al sistema classico (in cui la *poena* svolgeva una funzione penale) ma s'inseriscono assai meno bene nelle nuove linee di tendenza.

Si consideri, ad esempio, la testimonianza di

B. 7.2.32 pr. = D. 4.8.32 pr. (BT, I, 312/24): Ἀδιάφορον, εἴτε μείζων, εἴτε ἥττων ἐστὶ τοῦ πρωτοτύπου ἢ ποινῆ.<sup>69</sup>

Il nostro passo, affermando che la *poena* può ben essere superiore alla '*res de qua agitur*' (D. 4.8.32 pr.), prospetta come normale un'ipotesi in cui non ha molto senso attribuire alla *poena* una funzione penitenziale: chi mai sarebbe disponibile a pagare 120 al fine di esperire un'*actio* per 100? Concretamente, in ipotesi siffatte, il lodo con il quale il convenuto veniva assolto avrebbe presentato carattere vincolante per l'attore.

Se per l'attore risultato sconfitto nel lodo arbitrale, come abbiamo visto, il discorso si presenta già complesso, questa complessità aumenta, e non poco, nell'ipotesi di soccombenza del convenuto. Dalla testimonianza di Nov. 82.11 (confermata dalla versione della *Epitome Iuliani*) emerge in modo evidente che il principio per cui si è tenuti al pagamento del *πρόστιμον* nell'ipotesi in cui non si ottemperi al lodo riguarda anche il convenuto. Il problema è però rappresentato dall'individuazione dei singoli casi concreti in cui possa ravvisarsi questa mancata ottemperanza.

In proposito ritengo si possa ragionevolmente ipotizzare che il giudice debba richiedere il pagamento della *poena* al convenuto inadempiente che, citato in giudizio, intenda difendersi contestando il diritto dell'attore riconosciuto nel lodo.

Una tale osservazione, come ha giustamente posto in evidenza il Talamanca,<sup>70</sup> lascia però aperti numerosi problemi, in quanto in diritto giustiniano, com'è noto, anche nel processo contumaciale l'attore che non riesca a provare il suo diritto risulta soccombente. Ci si può quindi chiedere quali siano le conseguenze per il convenuto il quale non adempia e, citato in giudizio, rimanga contumace. In proposito il Talamanca, al fine di salvare il carattere penitenziale della *poena compromissi*, ritiene, pur in modo dubitativo, «che il giudice adito, ove il convenuto stesso non paghi la *poena*, non possa disconoscere il giudicato arbitrale».

L'illustre autore è, peraltro, ben consapevole del fatto che la soluzione da lui proposta «importa, in sostanza, la concessione di una vera e propria azione in adempimento della sentenza arbitrale», che non sembra emergere dalla testimonianza delle fonti bizantine, le quali, come abbiamo visto, insistono sulla circostanza che l'unica conseguenza derivante dalla mancata ottemperanza al lodo è costituita dal pagamento della pena.

<sup>69</sup> Il principio è ribadito nello sch. 1 ad B. 7.2.32: il nostro scoliaste lo pone in relazione al principio contenuto in D. 4.8.38 = B. 7.2.38 secondo cui la *poena* può essere richiesta in caso di *commissio* anche in assenza di un interesse da parte dell'attore.

<sup>70</sup> M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 151.

A me sembra sia, invece, più verosimile, proprio alla luce della testimonianza delle fonti, l'ipotesi che in caso di mancato adempimento l'attore potesse comunque richiedere la *poena* e potesse altresì agire con l'azione originaria. Mentre però, con la prima *actio*, per ottenere la condanna del convenuto gli sarebbe stato sufficiente dimostrare l'inadempimento del lodo, con la seconda avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza del suo diritto, in quanto l'unica conseguenza del mancato rispetto della sentenza arbitrale da parte del convenuto sarebbe stata la sua esposizione al pagamento della *poena*.

La ricostruzione che abbiamo proposto, come ha posto in evidenza il Talamanca,<sup>71</sup> importa che, al contrario di quanto avviene per l'attore, per il convenuto «la natura della *poena* ... non potrà certamente configurarsi come penitenziale», ma non mi sembra che una tale asimmetria possa essere considerata un ostacolo al suo accoglimento se si considera che, come abbiamo osservato, il legislatore non sembra assolutamente consapevole della complessità delle problematiche create con le riforme del 529-530, con l'accoglimento in numerosi frammenti del Digesto dell'impostazione classica ormai incompatibile con le nuove tendenze in tema di giudizio arbitrale e con la controriforma realizzata con Nov. 82.11.

Si può, piuttosto, osservare che la ricostruzione prospettata ingenera comunque una pluralità di problemi che le fonti a noi pervenute non sembrano porsi e per i quali non sembra quindi possibile prospettare una soluzione che abbia un qualche fondamento sulle loro testimonianze. Si pensi soltanto alla circostanza che il mancato adempimento potrebbe ben derivare da una contestazione del lodo,<sup>72</sup> ma potrebbe anche provenire da un soggetto che non intende contestare la *sententia arbitri* a lui sfavorevole ma si trova nella condizione economica di non poter adempiere. In questa ottica, si consideri, ad esempio, il comportamento di un convenuto soccombente nel procedimento arbitrale, il quale, citato in giudizio in quanto non ha adempiuto al lodo, non solo non si opponga, ma confessi *in iure*: un prudente esercizio dell'*ars nesciendi* mi sembra in questo caso doveroso in ordine al problema se un giurista bizantino avrebbe o meno consentito all'attore di richiedere anche il pagamento della *poena*.

6. Nonostante i molti dubbi che abbiamo avuto modo di prospettare,<sup>73</sup> giunti al termine del nostro discorso, sembra comunque opportuno proporre alcune considerazioni conclusive.

Con le costituzioni del 529-530 Giustiniano, se per un verso innova profondamente rispetto al passato, per altro verso sembra ancora muoversi all'interno di alcune direttrici emerse in epoca postclassica ed efficacemente delineate dal Marrone, il quale ha posto in evidenza come, a partire dal IV secolo, possa cogliersi «uno sviluppo del giudizio arbitrale privato nel senso di una sua graduale regolamentazione secondo principi e criteri in qualche misura analoghi

<sup>71</sup> M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 151.

<sup>72</sup> Ovviamente in questo caso emergerebbero problematiche sostanzialmente analoghe a quelle che abbiamo esaminato per l'attore in relazione all'ammontare della *poena*. Si può, infatti, ipotizzare che il convenuto soccombente abbia un interesse a pagare la *poena*, esponendosi così all'azione dell'attore, soltanto nell'ipotesi in cui l'ammontare della stessa *poena* sia ragionevolmente inferiore a quello della controversia oggetto di compromesso. Che senso avrebbe, infatti, pagare una *poena* di 100 per potersi difendere in un processo al termine del quale, in caso di soccombenza, si sarebbe tenuti a pagare 100?

<sup>73</sup> Già K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 245, aveva evidenziato che per il diritto giustiniano, in relazione al nostro istituto, «nur ein vielfach hypotetisches Bild gezeichnet werden kann».

a quelli propri della giurisdizione ordinaria». <sup>74</sup> Il profilo in cui la rottura con una tradizione secolare appare più evidente è senza dubbio costituito dall'introduzione di alcuni casi in cui l'imperatore considera vincolante il lodo arbitrale: la circostanza che, come abbiamo visto, si è ritenuto di dover avanzare più di un dubbio sulla natura esecutiva dell'*actio in factum* che Giustiniano concede in queste ipotesi, attenua forse, ma certo non esclude, il carattere profondamente innovativo della riforma rispetto ad un regime che prevedeva come conseguenza del mancato rispetto della *sententia arbitri* l'esposizione al pagamento della *poena*.

Le profonde innovazioni del 529-30 non sembra abbiano comunque dato luogo ad un ripensamento complessivo del nostro istituto. Si può, anzi, osservare che i frammenti inseriti dai compilatori all'interno del titolo 4.8 del Digesto (*De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*) ci presentano in quadro che continua a riflettere in buona misura la rappresentazione classica del *compromissum*. <sup>75</sup> Né, come abbiamo visto, mi sembra vi siano sufficienti indizi per affermare che questo ripensamento complessivo sia avvenuto nel momento in cui le costituzioni del 529-30 vennero inserite nel *Codex repetitae praelectionis*. <sup>76</sup>

In questa ottica, anche la controriforma realizzata con l'emanazione di Nov. 82.11 sembra essere ispirata da logiche di carattere generale in tema di sistema giudiziario piuttosto che da una riflessione specifica in tema di giudizio arbitrale. Con l'istituzione dei 12 giudici delegati permanenti Giustiniano ritiene, infatti, di aver creato (almeno per Costantinopoli) un corpo di magistrati permanenti caratterizzati da solida preparazione giuridica e rilevante esperienza pratica, potenzialmente in grado di risolvere, nel pieno rispetto delle leggi, qualsiasi controversia. Non stupisce quindi più di tanto che egli ritenga doveroso cancellare l'efficacia vincolante di pronunce provenienti da arbitri scelti dalle parti tra soggetti privi di conoscenza delle leggi ed ignari della prassi giudiziaria. Come spesso accade, l'imperatore non procede però ad una riforma organica ma interviene soltanto in relazione all'ipotesi che forse più di ogni altra aveva dato luogo ad inconvenienti, cioè quella del lodo emanato da arbitri (spesso ignoranti) scelti con ricorso al giuramento.

<sup>74</sup> M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in Archeogate 2001, § 11 (<http://www.archaeogate.org/iura/article.php?id=186>). Ciò non significa, ovviamente, che si abbia in diritto giustiniano un'assimilazione di arbitrato e processo ordinario (vedi M. TALAMANCA, *L'arbitrato*, cit., 84 s. ed *infra*, nt. 82).

<sup>75</sup> Vedi K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 227: «Justinian hat das klassische Recht der privaten Schiedsgerichtsbarkeit im wesentlichen unverändert übernommen, und manche Texte blieben unangestastet, obwohl die Entwicklung über sie hinweggegangen war». Ovviamente gli antichi principi non dovrebbero trovare applicazione nelle ipotesi regolamentate in C. 2.55.4 e 5 in cui si afferma il carattere vincolante della pronuncia arbitrale. Per il mancato coordinamento fra le disposizioni di D. 4.8.27.7 e quelle di C. 2.55.5.2 vedi *supra*, nt. 57.

<sup>76</sup> K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 232 ss., prospetta l'ipotesi che il titolo C. 2.55 (*De receptis*) non fosse contenuto del primo Codice giustiniano e che sia stato creato dai compilatori del *Novus Codex*, i quali avrebbero inserito, prima delle tre costituzioni degli anni 529-31, tre testi tratti dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano. Anche volendo accogliere l'ipotesi dell'A., non mi sembra che la creazione del nuovo titolo abbia rappresentato per i compilatori un momento di riflessione complessiva per una più precisa messa a fuoco delle problematiche sorte in relazione al nostro tema con l'emanazione del Digesto. Ancor più cauto sarei in relazione alle «justinianische Selbstinterpolationen» che, sempre ad avviso dello Ziegler (234 ss.), sarebbero state introdotte nel momento in cui i testi delle costituzioni giustiniane furono inseriti nel *Novus Codex*. Sul punto vedi anche *supra*, § 2 e nt. 19.



Nonostante Giustiniano si faccia carico di esplicitare puntualmente i limiti della efficacia abrogante delle disposizioni contenute in Nov. 82.11, la nuova norma si presta comunque ad essere letta come espressione di una linea di tendenza che conduce ad un ritorno generalizzato al principio del carattere non vincolante del lodo: sarà questa, appunto, la strada seguita da Teodoro e che finirà per prevalere nel mondo bizantino.<sup>77</sup>

Non si tratta, peraltro, come abbiamo più volte osservato, di un ritorno all'antico in quanto nella nuova prospettiva di Nov. 82.11 al *πρόστιμον* viene attribuita una funzione penitenziale, il che crea problemi di coordinamento concretamente irrisolvibili con molte delle testimonianze del titolo 4.8 del Digesto che appaiono ancora ispirate alla funzione penale della *poena*.

Questa contraddizione di fondo sarà destinata a tramandarsi nel mondo bizantino: non a caso i Basilici, da un lato omettono di ricordare le disposizioni di C. 2.55.4, e 5 che, evidentemente,<sup>78</sup> si considerano abrogate da Nov. 82.11, dall'altro riportano in B. 7.2 le traduzioni greche dei frammenti del titolo 4.8 del Digesto, perpetuando così un quadro di riferimento normativo non coerente ed ispirato a principi profondamente diversi.

Quanto affermato non significa, ovviamente, che nel tardo diritto giustiniano ed in quello bizantino vengano meno, per usare una felice espressione del Dalla Massara,<sup>79</sup> «le reciproche interferenze e le significative integrazioni ... tra arbitrato e *iudicium*» e che tenda quindi a scomparire, pur in un sistema che, di norma, non attribuisce<sup>80</sup> carattere vincolante alla pronuncia dell'*arbiter*, «la natura decisoria che è propria del lodo, la quale consente un piano di comunicazione con la *sententia iudicis*». L'indizio più significativo di ciò può forse cogliersi nella testimonianza di Nov. 113.1.1 (a. 541), una costituzione posteriore di oltre due anni a Nov. 82, in cui l'imperatore, nell'elencare gli organi giudicanti destinatari del divieto di giudicare sulla base dei rescritti emessi in corso di causa,<sup>81</sup> ricorda anche colui che *κατὰ τῶν αἰρετῶν ἢ κομπρομισσαρίων διαγνωμόνων σχῆμα τῆς ζήτησεως ἀκροῦται* (*'secundum arbitrorum aut compromissariorum schema quaestionem audit'* - Auth.).

<sup>77</sup> Nella traduzione giuridica occidentale perversano, invece, anche le costituzioni del *Codex* (C. 2.55.4 e 5) che avevano attribuito, in particolari ipotesi, efficacia vincolante al lodo arbitrale.

<sup>78</sup> Vedi *supra*, § 4 e nt. 53.

<sup>79</sup> T. DALLA MASSARA, *Studio*, cit., 77.

<sup>80</sup> Come abbiamo osservato, si può ritenere che le disposizioni di Nov. 82.11 avessero abrogato solo le norme di C. 2.55.4 riguardanti l'arbitrato assistito da *iusiurandum*. Nel 541 quindi, verosimilmente, la cancelleria imperiale considerava ancora in vigore le norme di C. 2.55.4 e 5 relative alle altre ipotesi in cui l'imperatore aveva attribuito efficacia vincolante al lodo arbitrale. Solo nel prosieguo del diritto bizantino avrebbe finito per prevalere l'interpretazione di Teodoro (vedi *supra*, nt. 53).

<sup>81</sup> K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 255, pone in evidenza come «die ... Bildung des *arbiter ex compromisso* an das objektive Recht» che emerge dalla testimonianza di Nov. 113.1 (nonché di C. 2.3.29.2) rappresenterebbe una rottura di rilievo con la tradizione classica che non avrebbe vincolato l'*arbiter* al rispetto del diritto oggettivo. Sul problema vedi però M. TALAMANCA, *L'arbitrato*, cit., 96, il quale osserva che la circostanza che in epoca classica la sentenza arbitrale non sia sottoposta «ad alcun controllo per quanto riguarda la sua rispondenza al diritto oggettivo» non prova nel senso voluto dallo Ziegler, non foss'altro perché anche sulla sentenza del *iudex privatus* (vincolato al rispetto del diritto oggettivo) non «si esercitava alcun controllo da questo punto di vista». Lo stesso Talamanca ritiene che, allo stato delle fonti, il problema resti aperto, pur propendendo per l'ipotesi che anche in epoca classica l'*arbiter* fosse vincolato al rispetto del diritto oggettivo.

Gli arbitri privati, scelti dalle parti, sia in presenza che in assenza di un *compromissum*, continuano quindi ad essere inseriti in un elenco di organi giudicanti, il che evidenzia che la cancelleria imperiale ha ben presente la funzione sostanzialmente decisoria del lodo arbitrale, destinato a por termine ad un conflitto, qualunque siano gli effetti giuridici ad esso ricollegati dall'ordinamento.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> Pur con tutta la cautela necessaria, mi sembra si possa essere d'accordo con S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 139 s., il quale afferma che nei *compromissarii* dovrebbero ravvisarsi «esclusivamente gli arbitri nominati in forza del compromesso», mentre gli *electi* sarebbero gli arbitri scelti sulla base «di una scelta informale cui accede l'esplicito accordo – in forma scritta o meno - di eseguire la sentenza arbitrale». Se consideriamo che, come abbiamo osservato nella nota precedente, ancora nel 541 in alcuni casi di *electi* il lodo manteneva la sua efficacia vincolante, appare significativo ai nostri fini che Giustiniano accomuni queste ipotesi ad altre in cui, invece, si aveva soltanto l'esposizione al pagamento di una *poena*. Qualunque sia il sistema di scelta dell'arbitro, sistema che pur si rifletterà sugli effetti del lodo, l'arbitro è comunque chiamato a svolgere una funzione sostanzialmente assimilabile a quella del giudice statale, e ciò giustifica che la norma in tema di rescritti emanati in corso di causa debba essere a lui estesa. Ovviamente ciò non significa una completa assimilazione tra le due categorie: si vedano in proposito le considerazioni di S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 115 s., il quale pone in evidenza come, ad esempio, le disposizioni di C. 3.1.13.1 in tema di estinzione delle cause civili non si estendono a «un giudizio ancora dominato dall'autonomia negoziale quale l'arbitrato privato». Per un'estensione già in epoca postclassica e poi ad opera di Giustiniano agli arbitri privati di precetti relativi ai giudici vedi anche M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 143 nt. 229; K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 254 s., il quale giunge ad affermare che «nach den Vorstellungen des Gesetzgebers Justinian ist auch das private Schiedsverfahren ein – naturgemäß freieres – Prozeßverfahren, in dem wesentliche Verfahrenshandlungen beurkundet werden».

MARIO VARVARO  
(Università di Palermo)

*Condictio e causa actionis*

ABSTRACT

Since the publication of Julius Baron's book about the *condictiones* in 1881, the *condictio* of the Roman formulary procedure is considered as an 'abstract' action. In Baron's opinion this peculiar nature was due to the fact that its formula never mentioned – and could not mention – the basis of the claim neither in its *intentio*, nor in a *demonstratio*, nor in a *praescriptio*. By considering the two formulae of *condictio certae pecuniae* recorded in TPSulp. 31, this paper focuses on the concept of *causa actionis* in order to call into question the gospel of the 'abstractness' of the formular *condictio*. A new analysis of the sources leads to the conclusion that in the formulary procedure the *condictio* was an action just potentially 'abstract'. Its *causa* was taken in consideration still during the phase *in iure* and in some cases was expressed in a *praescriptio*.

PAROLE CHIAVE

*Condictio; actio certi ex stipulatu; causa actionis; formula; astrattezza; praescriptio; pro Roscio comoedo.*



## CONDICTIO E CAUSA ACTIONIS\*

SOMMARIO. 1. La *praescriptio* di TPSulp. 31 e l'idea della *condictio* come azione 'astratta'. 2. La 'astrattezza' della *condictio* nella ricostruzione di Baron. 3. Ragioni che inducono a riflettere nuovamente sulla 'astrattezza' della *condictio* formulare. 4. Le due formule della rubrica editale '*Si certum petetur*' come modelli derivanti dalla *legis actio per conductionem* e pertanto privi dell'indicazione della *causa actionis*. 5. La questione del valore da riconoscere alle parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute nella formula della *condictio*. 6. 'Astrattezza' della *condictio* e rilevanza della *causa actionis* nella fase antecedente alla *litis contestatio*. 7. Riflessi della causa dell'azione sull'applicazione di giuramento e *sponsio et restipulatio tertiae partis* nel corso della fase *in iure*. 8. La causa dell'azione nell'*actio certae creditae pecuniae* dell'orazione ciceroniana *pro Roscio comoedo*. 9. La sistematica del titolo editale '*De rebus creditis*' e la *condictio certae pecuniae* nascente da una *stipulatio certi* non connessa a operazioni di 'credito'. 10. La *causa actionis* in rapporto all'*editio actionis* e all'*editio instrumentorum*. 11. L'*id ... de quo actum est* di D. 5.1.61 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*). 12. Nella *condictio* e nella *rei vindicatio per formulam petitoriam* l'esclusione di una *causa actionis* poteva avvenire a mezzo di *praescriptio*. 13. La clausola 'QVA DE RE AGITVR' contenuta nella formula della *condictio* aveva la funzione di rinviare all'attività precedente alla *litis contestatio*. 14. La nozione di causa dell'azione in rapporto alla 'astrattezza' della *condictio*. 15. La presunta esistenza nel processo formulare di un'*actio certi ex stipulatu* alla luce dei dati forniti dalle fonti. 16. Casi nei quali la formula della *condictio* doveva essere causalizzata a mezzo di *praescriptio*. 17. Il programma di giudizio della *condictio* nata da una *stipulatio certi* conclusa da *potestati subiecti*. 18. Il programma di giudizio della *condictio* in caso di *sponsio* e *fidepromissio* relative a un'obbligazione di *certum*. 19. Altri casi nei quali l'attore aveva interesse a causalizzare il programma di giudizio della *condictio*. 20. Conclusioni e prospettive di ricerca.

1. La scoperta di documenti che possano integrare le nostre conoscenze del processo privato romano è fortuna che non capita ogni giorno. Non sempre, tuttavia, la tenuta di ricostruzioni precedenti a tali scoperte viene sottoposta a verifica tenendo conto delle informazioni in esse contenute. Può accadere, così, che l'impulso proveniente alla ricerca storica dal rinvenimento di nuovi documenti risulti talora frenato da opinioni ormai tanto radicate da condizionare profondamente la loro interpretazione.

Sembra che a questa sorte, almeno per certi aspetti, non si sia sottratto un trittico dell'archivio dei Sulpicii (TPSulp. 31 = TP. 34), redatto nel 52 d.C., che tramanda in bozza due programmi di giudizio di *condictio certae pecuniae*, seguiti da un unico *iussus iudicandi*, che conviene senz'altro trascrivere assumendo come base l'edizione critica proposta da Camodeca:<sup>1</sup>

\* La presente ricerca si inserisce nell'ambito del P.R.I.N. 2010-2011 "L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento".

<sup>1</sup> G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I,

Tab. I (graphio, scriptura interior)

p. 2

Ea res agetur de sponsione.

C(aius) Blossius Celadus iudex esto;

si parret C(aium) Marcium Satur[ninum]

C(aio) Sulpicio Cinnamo HS I∩∩ ∞ d[are]

5 oportere, q(ua) d(e) r(e) agitur,

C(aius) Blossius Celadus iudex C(aium)

Marcium Saturninum HS I∩∩ ∞

C(aio) Sulpicio Cinnamo cond[em]nato;

si non parret, apsolvito.

10 C(aius) Blossius Celadus iudex esto;

Tab. II

p. 3

[si pa]rret C(aium) Marcium [Sat]urninum

[C(aio)] Sulpicio Cinnam[o] HS [CC]I∩∩ I∩∩ ∞ ∞ ∞

dare oportere, q(ua) d(e) [r(e) ag]itur,

C(aius) Blossius Celadus iude[x] C(aium)

Marcium Saturninum HS CC I∩∩ ∞ ∞ CC I∩∩

5 [C(aio)] Sulpicio Cinnam[o] c[on]demnato;

si non parret apsolvito.

Iudicare iussit A(ulus) Cossinius Priscus IIvir.

[Actu]m Puteol[i]s

(vacat)

[F]austo Cornelio Sulla [Fel]ice

10 Q(uinto) Marcio Barea Sorano co(n)s(ulibus).

Tab. III (graphio, scriptura exterior)

p. 5

-----

S[aturninum C(aio) Sulpicio Cinnamo]

H[S I∩∩ ∞ dare oportere q(ua) d(e) r(e) a(gitur) C(aius)]

[Blossius Celadus iudex C(aium) Marcium]

[Saturninum HS I∩∩ ∞ C(aio) Sulpicio Cinnamo]

5 [condemnato; si non parret apsolvito. C(aius)]

[Blossius Celadu]s iud[ex] [ex es]to; si parret

C(aium) [Marcium Saturninum C(aio) Sulpicio Cinnamo]

-----

Roma 1999, 97 s. Rispetto a questa edizione si è ritenuto opportuno riprodurre, così come si leggono nel documento originale, la prima linea (Tab. I, p. 2, l. 1) allineata a destra e il posizionamento della sigla 'cos.' (Tab. II, p. 3), sciolta in 'co(n)s(ulibus)', ad altezza intermedia fra le due linee di scrittura in cui sono menzionati i nomi dei consoli eponimi. Le immagini in bianco e nero delle prime due tavolette del trittico sono riprodotte insieme a un loro apografo in G. PURPURA, *Diritto papiri e scrittura*<sup>2</sup>, Torino 1999, 22 (fig. 7).

Il modo in cui risulta enunciata la *praescriptio* che precede la prima formula (EA RES AGITVR DE SPONSIONE) e il rapporto aritmetico di uno a tre fra le somme di denaro dedotte nei due programmi di giudizio (6000 e 18000 sesterzi) hanno consentito di stabilire che essi sono quelli di un'*actio ex sponsione tertiae partis* e di un'*actio certae creditae pecuniae*.<sup>2</sup>

Dai programmi di giudizio tramandati in TPSulp. 31 è possibile trarre alcune importanti conclusioni: che la formula di una *condictio certae pecuniae* conteneva le parole 'QVA DE RE AGITVR'; che essa poteva essere preceduta da una *praescriptio* che indicasse l'atto da cui era nata l'*actio*; e che la tecnica formulare conosceva anche *praescriptiones* con funzioni esclusivamente 'determinative' della *res qua de agitur*.

Senonché, l'ultima di queste conclusioni ha dovuto scontrarsi con il pregiudizio che ha tenacemente negato alla *praescriptio* la possibilità di svolgere una funzione 'determinativa' analoga a quella della *demonstratio* e dell'*intentio in factum concepta*.<sup>3</sup> Ma anche in relazione alle prime due va constatato che esse non hanno indotto a ridiscutere in tutta la sua portata il convincimento che la *condictio* formulare, come già la più antica *legis actio per condictio-nem*, fosse un'azione 'astratta', in quanto non dovesse né potesse indicare il fondamento della pretesa dedotta in giudizio.

Solamente piuttosto di sfuggita, infatti, si è notato che la testimonianza delle tavolette pompeiane costituisce una conferma dell'idea che anche la *condictio* potesse esprimere la *causa petendi*.<sup>4</sup> Benché tale eventualità fosse stata affacciata ancor prima del rinvenimento

<sup>2</sup> L'individuazione delle due azioni, oggi generalmente accettata dagli studiosi, si deve all'acume di R. SANTORO, *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in AUPA 38, 1985, 335 ss. (= *Scritti minori*, I, Torino 2009, 331 ss.), che ha criticato le precedenti opinioni che vi avevano scorto le formule di due azioni nate da *stipulatio* o di un'azione di una *condictio* relativa a un prestito marittimo accompagnata dall'azione *ex stipulatu* per gli interessi nella misura di un terzo del capitale. Per ulteriore bibliografia v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 143 nt. 533.

<sup>3</sup> La convinzione secondo cui alle *praescriptiones* non potrebbe riconoscersi una funzione 'determinativa' della *res qua de agitur* ha indotto a ravvisare nella clausola 'EA RES AGITVR DE SPONSIONE' di TPSulp. 31 una «étiquette de dossier» o una sorta di «oggetto misterioso» privo di riscontri nella trattazione delle *praescriptiones* che si legge nel palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio. Per queste opinioni e per una loro critica v. nella più recente letteratura R. VILLERS, *La procédure formulaire à la lumière des récentes découvertes*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, I, Milano 1982, 216 ss.; L. GUTIERREZ-MASSON, *La prétendue «praescriptio» des Tablettes Pompéiennes*, in *Mélanges à la mémoire de André Magdelain*, Paris 1998, 201 ss.; F. STURM, *Ea res agitur de sponsione. La Tabula Pompeiana 34 nous révèle-t-elle une forme inconnue de praescriptio pro actore?*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité (SIHDA) – Atti della 51<sup>a</sup> sessione Crotona-Messina, 16-20 settembre 1997*, Soveria Mannelli 1999, spec. 93 ss.; ID., *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli 2001, 129 ss., spec. 134 ss.; L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003; ID., Rec. a. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, in IVRA 57, 2008-2009 (pubbl. 2010), 470 ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., *passim*; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, in IAH 2, 2010, 147 ss.; A. BURDESE, Rec. a. L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, in SDHI 71, 2005, 607 ss. (= *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, II, Padova 2009, 453 ss.); ID., Rec. a. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, in SDHI 76, 2010, 733 ss.; C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in IVRA 59, cit., 9 ss., spec. 24 ss.; F. LA ROSA, *Brevi note esegetiche*, in IVRA 60, 2012, 125 ss.

<sup>4</sup> Così G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli 1982, 25 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino 1992, 229 s.

del trittico pompeiano da qualche studioso disposto ad ammettere che alla formula di questa azione potesse premettersi una *praescriptio*,<sup>5</sup> la convinzione relativa alla 'astrattezza' della *condictio* formulare ha continuato a rappresentare un punto fermo nella riflessione storiografica, senza essere oggetto di tutti gli approfondimenti che forse avrebbe meritato.

2. Il dogma della 'astrattezza' della *condictio* può farsi risalire agli studi dedicati a quest'azione da Julius Baron.<sup>6</sup> Reagendo alle posizioni degli autori precedenti che avevano pensato a una formula della *condictio* che dovesse o potesse esprimere la causa dell'azione direttamente nell'*intentio*, in una *demonstratio* o in una *praescriptio*,<sup>7</sup> questo studioso aveva sostenuto con decisione l'idea che la *condictio* non appartenesse al diritto sostanziale, ma che si profilasse come un istituto del processo classico che prescindeva da una *causa debendi* predeterminata.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Cfr. M. KASER, Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, I. *La procedura formulare*, in IVRA 10, 1959, 265 s.; nello stesso senso v. anche G. BROGGINI, Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, I. *La procedura formulare*, in ZSS, R.A. 77, 1960, 486 s. (= *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966, 648). Sulla base della testimonianza delle tavolette pompeiane anche J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund*, in SDHI 45, 1979, spec. 164 ss., ha ritenuto che la *praescriptio* potesse essere premessa alla formula di una *condictio* per indicare la causa. Nella manualistica tale possibilità è stata ammessa senz'altro, senza però distinguere fra *actio certae creditae pecuniae* e *condictio certae pecuniae*, da M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 324 s. e 561.

In un diverso ordine di idee l'ammissibilità di una *condictio* la cui formula fosse preceduta da una *praescriptio* è stata sostenuta con riferimento all'*agere praescriptis uerbis* che tutelava le convenzioni atipiche da R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 78 ss.; ID., *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano. Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli 1991, 100 ss. (= *Scritti minori*, I, cit., 366 ss.), con richiamo al dettato di C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206) letto in connessione a Sch. ad B. 11.1.71 [BS I 319/5-11].

<sup>6</sup> In relazione alla *condictio* Baron discorreva di un'azione 'astratta' e di una formula 'astratta', impiegando una terminologia ispirata alla discussione relativa all'esistenza di un'*actio in rem causa non expressa*; v. J. BARON, *Pandekten*, Leipzig 1872, 186: «Es muß ... die Behauptung aufgestellt werden, daß *Condictio* eine (wenn der Ausdruck erlaubt ist) abstracte persönliche Klage ist, d. h. eine persönliche Klage, bei deren Anstellung vor dem Magistrat der Klaggrund (die *causa debendi*) nicht genannt und nicht in die Formula aufgenommen wird»; J. BARON, *Der Process gegen den Schauspieler Roscius*, in ZSS, R.A. 1, 1880, spec. 131 ss.; ID., *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess*, I. *Die Conditionen*, Berlin 1881, 2: «Ich glaube das Richtige zu treffen, wenn ich die *Conditionen*formel als eine abstracte Formel, die *Condictio* als eine abstracte Klage bezeichne. Wenn auch das Wort neu sein mag: die Sache ist auf einem anderen Gebiete bereits zur Sprache gekommen; ich meine die *actio in rem causa non expressa*.» La stessa idea ricorre anche in J. BARON, *Geschichte des Römischen Rechts*, I. *Institutionen und Civilprozeß*, Berlin 1884, 276.

<sup>7</sup> Cfr. *infra*, § 3, nt. 2; § 4, ntt. 39 e 41. Tali posizioni sono passate in rassegna da J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 12 ss., in un apposito paragrafo della sua ricerca dedicato alla letteratura del diciannovesimo secolo sulla *condictio*. Al riguardo v. anche *infra*, § 4, nt. 39.

<sup>8</sup> Cfr. J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 1 s. (cfr. *infra*, nt. 10). A differenza di quanto ritenuto dagli autori che lo avevano preceduto, infatti, Baron riteneva che la *condictio* non andasse posta in relazione con la *causa debendi*. Ciò perché, a parte le limitazioni riconoscibili per il caso della *condictio ex causa furtiva*, tale azione sarebbe stata esperibile per ogni pretesa civile *in personam* a prescindere dal tipo di causa e dal tipo di fonte (contratto o delitto). In senso diverso v. invece le considerazioni svolte da G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II, Leipzig 1842, 108.



L'ampia applicabilità della *condictio* nel processo formulare – pensava Baron – sarebbe dipesa da un programma di giudizio che doveva indicare la pretesa solamente dal punto di vista quantitativo,<sup>9</sup> senza menzionarne la causa né nell'*intentio*, né in una *demonstratio*, né in una *praescriptio* sostitutiva della *demonstratio*.<sup>10</sup> Da questo punto di vista la *condictio* formulare non solo avrebbe riproposto il carattere 'astratto' ravvisabile già nell'antica *legis actio per conductionem*, ma avrebbe presentato un tratto comune anche all'azione *in rem* intentata *sine expressa causa*.<sup>11</sup> La 'astrattezza' della formula e quella dell'azione avrebbero comportato che la causa della pretesa fatta valere con la *condictio* non venisse menzionata *in iure*, emergendo solamente nella fase *apud iudicem*.<sup>12</sup>

L'idea di Baron, in realtà, va confrontata con quella espressa in precedenza da F. WALTER, *Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, II. *Rechtsquellen und Rechtswissenschaft. Privatrecht. Procedur. Strafrecht*<sup>8</sup>, Bonn 1861, 213 e nt. 38, secondo cui ogni obbligazione di *dare* poteva essere tutelata da *condictio*, a prescindere dal fatto che nascesse da un contratto, da un delitto o da un'altra causa. Walter si richiamava a uno scolio di Stefano ai Basilici (Sch. *ad B.* 23.1.9) non tenuto presente da Savigny (il quale aveva ammesso la possibilità di pensare a una formula della *condictio* munita di *demonstratio*: v. *infra*, § 4, nt. 39), per precisare che la peculiarità della *condictiones* era rappresentata dal fatto che esse avevano per oggetto un *dare*, senza che venisse in rilievo il 'Rechtsgrund' in base al quale si agiva (così F. WALTER, *Geschichte*, II, cit., 213 nt. 38, *sub* 1).

<sup>9</sup> A differenza di quanto ritenuto da Savigny, infatti, J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 89 s. (cfr. *ID.*, *Geschichte*, I, cit., 276), credeva che alla *condictio* si sarebbe potuto fare ricorso anche per far valere pretese che non fossero determinate nel loro ammontare sin dall'inizio, ma in relazione alle quali l'attore avrebbe potuto comunque agire assumendo su di sé i rischi connessi alla sua natura di *formula certa*, e dunque accettando la possibilità di incorrere in un *plus petere*.

<sup>10</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 1 (il corsivo riproduce quello dell'originale citato): «Der Inhalt dieser Abhandlung ist der Nachweis, dass die Condictio nicht dem materiellen Recht, sondern dem classischen Prozesse angehört. Genauer gesprochen: die gemeine Meinung setzt die Condictio mit der causa debendi in Beziehung, und behauptet, dass Conditionen nur aus bestimmten Obligationen zulässig sind; in dieser Abhandlung aber soll gezeigt werden, dass ein jeder civile persönliche Anspruch, gleichviel welcher Art und welchen Ursprungs, gleichviel ob stricti iuris oder bonae fidei, gleichviel ob aus einem Contracte oder aus einem Delict oder sonstwoher, mit der Condictio geltend gemacht werden durfte; grosse Einschränkungen dieser Behauptung werde ich bei der cond. incerti zugeben ... Die soeben umfassende Zulässigkeit der Condictio ist nur durch eine Eigenthümlichkeit ihrer Formula möglich gewesen. Die Eigenthümlichkeit bestand darin, dass in der Formel die Causa des Anspruchs nicht angegeben wurde, die Formel der Condictio enthielt also weder eine Demonstratio (resp. eine ersetzende Präscriptio) noch auch geschah in der Intentio eine Erwähnung der Causa.» Nello stesso senso v. *op. cit.*, 22. J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 32 s. (cfr. *ID.*, *Pandekten*<sup>8</sup>, Leipzig 1893, 165 s.) sosteneva che anche nel caso della *condictio ex causa furtiva* la mancata menzione della causa risulterebbe dalla formula riferita testualmente in D. 12.2.13.2 (Ulp. 22 *ad ed.*).

<sup>11</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 3: «die Bezeichnung der Causa musste überhaupt unterbleiben, es musste genügen, den Anspruch quantitativ bestimmt in der Klage anzugeben; die Analogie der actio in rem, welche damals ohne Ausnahme sine causa expressa statt hatte, musste diesen Ausweg empfehlen.» L'assoluta irrilevanza della causa era stata già sottolineata in relazione alla *legis actio per conductionem* e alla *condictio* formulare in J. BARON, *Zur Legisactio per iudicis arbitrive postulationem und per conductionem*, in *Festgabe für August Wilhelm Heffter zum III. August MDCCCLXXIII*, Berlin [1873], 44 e 55.

<sup>12</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 11: «Ich habe oben die Condictio deshalb für eine abstracte Klage erklärt, weil in der Formel die Causa unerwähnt blieb. Das heisst also: Bei Anstellung einer Condictio wird *in iure* die Causa des Anspruchs nicht angegeben. Bei der Verhandlung *in iudicio* muss selbstverständlich die Condictio wie jede andere Klage begründet werden; in iudicio kann die Klage keine abstracte mehr sein»; nello stesso senso v. anche *ID.*, *Geschichte*, I, cit., 276; *ID.*, *Pandekten*<sup>8</sup>, cit., 165.

La circostanza per la quale nel processo formulare non si sarebbe provveduto a indicare la causa in una *praescriptio* andava spiegata per Baron con il modo di pensare tipicamente romano, che non avrebbe avvertito la necessità di creare un'apposita formula anche quando ciò sarebbe stato molto facile.<sup>13</sup> Si comprenderebbe così la ragione per cui l'azione relativa a pretese di un *certum* nate da *stipulatio*, così come la *condictio* per il caso di mutuo, di *expensilatio* o per la ripetizione dell'indebitto, sarebbe stata una delle applicazioni dell'azione in cui la causa non era mai menzionata nella formula.<sup>14</sup>

In tale prospettiva la 'astrattezza' della *condictio* avrebbe comportato una serie di vantaggi per l'attore,<sup>15</sup> come quello di poter scegliere nella fase *apud iudicem* su quale causa fondare la pretesa,<sup>16</sup> con la conseguenza di limitare la consunzione processuale all'obbligazione nata dalla causa addotta innanzi al giudice.<sup>17</sup>

Solamente con l'abolizione del processo formulare, che obliterava la distinzione fra la fase *in iure* e quella *apud iudicem*, la *condictio* avrebbe perso il suo carattere 'astratto', e, come ogni altra azione, avrebbe dovuto essere motivata dal punto di vista sostanziale.<sup>18</sup>

3. La ricostruzione complessiva di Baron riuscì a ottenere l'autorevole avallo di Lenel<sup>19</sup> e, seppur criticata in relazione a singoli punti,<sup>20</sup> ha costituito lo sfondo sul quale la storiografia ha continuato a riconoscere l'unitarietà della *condictio* del processo formulare a prescindere dalle varie applicazioni di cui essa era suscettibile. Tale unitarietà sarebbe da ricercare nella 'astrattezza' di una formula che, non menzionando espressamente la causa per cui si agiva, si sarebbe riflessa in un'azione altrettanto 'astratta', e per questa ragione applicabile ancora in età classica a una pluralità di cause.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 3 s.

<sup>14</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 33: «Ich wende mich jetzt zu Conditionen, von denen ich zwar nicht nachweisen kann, dass die Verschweigung der Causa in der Formel unbedingt nothwendig war, bei denen aber quellenmässig nachgewiesen werden kann, dass die Verschweigung stattgefunden hat. Ich meine die *Condictio* aus dem Darlehn, die *cond. indebiti* sowie die *Condictio* aus der *stipulatio certa* und aus der *Expensilation*.»

<sup>15</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 5 ss.

<sup>16</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 7 s.

<sup>17</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 8 s.

<sup>18</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 204 s.

<sup>19</sup> Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig 1927 [d'ora innanzi: *EP*<sup>3</sup>], 237 nt. 6.

<sup>20</sup> Si vedano H. BUHL, *Rec. a J. BARON, Abhandlungen aus dem römischen Civilrecht*, I. *Die Conditionen*, in *Krit. Vjschr.* 25 (= N.F. 5), 1882, 224 ss., spec. 234 s.; E.I. BEKKER, *Zur Lehre von Conditionen und adjectivischen Klagen*, in *ZSS, R.A.* 4, 1883, 95 s.; H. DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin 1884, 295 nt. 5; P.F. GIRARD, *L'histoire de la condictio d'après M. Pernice*, in *NRHDFE* 19, 1895, 412 s. Già Huschke aveva manifestato perplessità nei confronti dell'idea della 'astrattezza' della *condictio* espressa da J. BARON, *Pandekten*<sup>1</sup>, cit., 186: cfr. [PH.]E. HUSCHKE, *Die multa und das sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen. Zugleich in ihrem grundlegenden Zusammenhange mit dem römischen Criminal- und Civil-processe dargestellt*, Leipzig 1874, 494 nt. 394.

<sup>21</sup> Il successo dell'impostazione di Baron si riflette nel modo in cui ancor oggi si continua generalmente a discorrere della *condictio* formulare come di una azione 'astratta' in ragione della sua formula 'astratta' (cfr.,

Baron, in realtà, non si era preoccupato di precisare esattamente cosa occorresse intendere per causa dell'azione,<sup>22</sup> o di distinguere la formula della *condictio* dal programma di giudizio che, in seguito all'attività compiuta *in iure* dalle parti, sarebbe stata oggetto della *litis contestatio*. La fortuna della sua idea, nondimeno, ha proiettato un cono d'ombra su una serie di riflessioni precedenti che, pur senza potersi giovare della testimonianza delle tavolette pompeiane e forse perché non condizionate dal pregiudizio di una *condictio* necessariamente 'astratta', avevano individuato alcuni casi nei quali fosse necessario o quanto meno opportuno indicare anche nel programma di giudizio di questa azione il fatto dal quale era nata la pretesa dedotta nell'*intentio*.

Una *praescriptio* come quella attestata in TPSulp. 31 contraddice apertamente uno dei postulati fondamentali su cui risultava edificata l'intera ricostruzione di Baron<sup>23</sup> e, confermando le intuizioni della storiografia antecedente a questo autore, induce a considerare da un nuovo punto di vista il modo in cui occorre raffigurarsi la nozione di 'causa' in rapporto alla 'astrattezza' della *condictio*.

In particolare, sembra opportuno precisare se tale nozione vada riferita al complesso di circostanze poste a fondamento della pretesa dell'attore e che, se provate in giudizio, avrebbero costituito i presupposti necessari per la condanna o per l'assoluzione del convenuto; o se essa vada intesa anche con riferimento alla *causa actionis* – detta '*causa proxima actionis*' in un passo di Nerazio<sup>24</sup> – che avrebbe assunto rilievo in ordine alle questioni connesse agli

per tutti, M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München 1996, 311), senza considerare la possibilità che anche a fronte di una formula 'astratta' il programma di giudizio oggetto della *litis contestatio*, e dunque la corrispondente azione, potesse non essere tale.

<sup>22</sup> Baron, infatti, parlava genericamente di 'causa', 'causa des Anspruchs', 'Klagegrund', 'Begründung', da identificarsi nella *condictio* con la *causa debendi*.

<sup>23</sup> Cfr. *supra*, § 1 ntt. 8 e 10.

<sup>24</sup> D. 44.2.27 (Nerat. 7 membr.): *Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, noua instrumenta causae suae reperisset.*

Sulla nozione di '*causa proxima actionis*' impiegata in questo frammento v. G.F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa bey der Eigenthumsklage und derer Einfluß auf die Exceptio rei iudicatä*, in RhM 2, 1828, 252 s. e nt. 6 (= *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig 1851, 172 e nt. f); ID., *Ueber die expressa causa bei der Eigenthumsklage. Erwiederung auf Herrn Prof. Heffter's Aufsatz*, in RhM 3, 1829, 467 ss. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 189 ss.). Secondo questo autore tale espressione indicherebbe «das Recht, welches den Grund der Klage ausmacht, wovon er den Entstehungsgrund dieses Rechts, *qua ratione quis eam causam actionis sibi competere existimasset*, bestimmt unterscheidet, auf dessen Verschiedenheit es nicht ankommen soll.» La '*causa proxima actionis*' andrebbe tenuta distinta dall'acquisto del diritto da parte dell'attore, che si profilerebbe invece come una delle '*causae remotae*'.

A giudizio di [A.W.] HEFFTER, *Ueber die causa adiecta s. expressa bei Vindicationen u.s.f.*, in RhM 3, 1829, 22 s., alla mentalità romana sarebbe stata estranea una distinzione fra una *causa proxima* e una *causa remota* dell'azione, e la '*causa proxima*' di Nerazio, da identificare con la '*causa petendi*' di cui parlava Paolo in D. 44.2.14.2 (v. *infra*, nel testo, § 19), sarebbe «der Inbegriff der juristischen und factischen Elemente, die die Klageformel ausdrückt und zusammenfaßt». Per Heffter la causa indicherebbe inoltre un 'rapporto giuridico azionabile' («ein klagbares Rechtsverhältniß») nonché il suo 'fondamento effettivo' («der wirkliche Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses»).

Con l'interpretazione di Puchta si è mostrato in disaccordo F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römi-*

effetti della *litis contestatio* e all'esercizio di una pluralità di azioni a prescindere dall'esito della controversia.

Quando si discorre di 'astrattezza' della *condictio*, in altri termini, è opportuno stabilire di volta in volta se si operi con un concetto di 'causa' riferibile all'azione nella sua 'kon-demnierende Funktion', oppure nella sua 'konsumierende Funktion'.<sup>25</sup> È possibile, infatti,

*schen Rechts*, VI, Berlin 1847, 453 ss., spec. 456 s. nt. d. Savigny, in particolare, riteneva che la nozione di 'causa proxima actionis' rilevante ai fini dell'opponibilità dell'*exceptio rei iudicate uel in iudicium deductae* fosse quella che si sarebbe potuta ricavare alla luce dell'ipotesi in cui contro il locatario che avesse danneggiato il cavallo oggetto della locazione non sarebbe stato possibile agire tanto con *actio locati* quanto con *actio legis Aquiliae*, giacché entrambe le azioni avrebbero avuto come medesima *causa proxima* il danneggiamento del cavallo.

Per M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II. *Die Formulae*, Bonn 1865 (rist. Aalen 1959), 261 s., invece, nelle azioni in *personam* la *causa debendi* sarebbe da identificare con «der mittelbare Grund der Klage (*causa remota*)».

Un'analisi più ampia della nozione di causa è stata compiuta da E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption*, cit., 242 ss., a giudizio del quale la causa dell'azione sarebbe la violazione del diritto che giustifica l'esercizio dell'azione, ossia il suo fondamento («grund der klage ist nun eben die rechtsverletzung»), giacché «die bloße existenz des fordrungsrechts begründet die klage ebensowenig wie das vorhandensein eines unverletzten dinglichen rechts den berechtigten zu je welcher klaganstellung befähigt» (*op. cit.*, 243); due azioni, pertanto, avrebbero avuto la medesima causa ogni qual volta il medesimo diritto risultasse leso «durch dieselbe thatsache» (*op. cit.*, 244). Negli scritti successivi, tuttavia, Bekker ha mutato opinione: v. E.I. BEKKER, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, I. *Ius civile*, Berlin 1871, 341; ID., *Vermutungen*, in ZSS, R.A. 30, 1909, 12 (dove si distingue fra 'causa rei' e 'causa actionis').

Le impostazioni di Savigny e del primo Bekker sono state criticate da E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, 80 ss., che ha discusso l'identificazione nell'ambito delle azioni in *personam* fra *causa actionis* e *causa obligationis*, arrivando alla conclusione che la *causa* dell'azione rilevante ai fini degli effetti consuntivi della *litis contestatio* – e dunque, nell'ottica più generale considerata da Levy, anche ai fini del concorso di azioni – andava distinta dalla *causa* dell'azione considerata in funzione del successo dell'azione (v. nt. successiva); quest'ultima era rappresentata dal complesso di ragioni che nel caso concreto avrebbero condotto l'attore a risultare vittorioso nella controversia; in questo ordine di idee la *causa* dell'azione intesa nella sua prima dimensione (ossia nel senso di 'Klage', e non di 'erfolgreiche Klage') andava identificata con «der Grund nicht des Zustehens, sondern des Entstehens einer *actio*» (*op. cit.*, 82). La conclusione, per Levy, non poteva che essere una: «Die *causa actionis* liegt also nicht in dem die *obligatio* verletzenden, sondern in dem sie begründenden Faktum, in der *causa* der *obligatio* selbst», in quanto «weder die *obligatio* noch die *actio* ist das Primäre: aus dem Kontrakt oder Delikt entsteht die eine wie die andere unmittelbar» (*op. cit.*, 85), e la lesione dell'*obligatio* assumeva rilievo solamente ai fini della condanna (*op. cit.*, 95). Per le azioni in *rem* Levy osservava che ai fini dell'individuazione della *causa actionis* non si doveva confondere la lesione del diritto dell'attore con i presupposti sostanziali dell'azione, che avrebbero assunto rilievo ai fini della legittimazione passiva all'azione (*op. cit.*, 97 s.). Al riguardo va considerata la posizione assunta da Levy in ordine al concetto di *actio* individuato da M. WŁASSAK, v. 'actio', in PW 1, Stuttgart 1894, col. 306 s.; ID., *Praescriptio und bedingter Prozeß*, in ZSS, R.A. 33, 1912, 88 nt. 1 e 89 s. (E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 63 s. nt. 5).

Le conclusioni di Levy sulla individuazione della *causa actionis* nelle azioni in *personam* e in *rem* sono state accolte da L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, München 1925, 178 ss., il quale ha però ritenuto che il concetto di *eadem res* ricomprende in sé anche lo scopo delle azioni, che assume rilievo in ordine alla distinzione fra azioni penali e azioni reipserscuratorie.

<sup>25</sup> Questa distinzione era stata compiuta da E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 82 s. e nt. 7, in relazione alla determinazione della nozione di *causa actionis* che assumeva rilievo con riferimento all'*actio* romana in senso tecnico-processuale in ordine agli effetti della *litis contestatio* e al rapporto fra più azioni: la nozione tecnica

che l'asserita 'astrattezza' della *condictio* formulare vada ridiscussa con riferimento tanto alla nozione di causa dell'azione considerata in relazione alla condanna, quanto alla nozione di causa dell'azione rilevante per la determinazione degli effetti della *litis contestatio*.

In questo ordine di idee si potrà affrontare la questione relativa all'identificabilità della *condictio certae pecuniae* con l'*actio certae creditae pecuniae*,<sup>26</sup> nonché quella, da tempo dibattuta, relativa all'esistenza di un'azione specifica a tutela della *stipulatio* avente per oggetto un *certum* (*actio certi ex stipulatu*), azione la cui formula avrebbe indicato direttamente nell'*intentio* l'atto dal quale era nato il DARE OPORTERE.<sup>27</sup>

Inoltre occorre chiedersi nuovamente se, a differenza di quanto comunemente ritenuto, un riesame delle fonti di cui si dispone non possa condurre a configurare una costellazione di casi ulteriori rispetto a quello attestato con sicurezza in TPSulp. 31, nei quali il programma di giudizio della *condictio* avente per oggetto un *certum* potesse esprimere in qualche modo la causa dell'azione. Anche l'individuazione di tali casi, nei quali al modello editale della *condictio (certi)* poteva essere anteposta una *praescriptio*, imporrebbe infatti di tornare a valorizzare i risultati cui era pervenuta la storiografia tedesca della prima metà dell'Ottocento,<sup>28</sup> ma contro i quali l'idea di Baron finì per avere la meglio.

Come si avrà modo di vedere, una rilettura delle informazioni già note grazie alle Istituzioni di Gaio spinge a ritenere che la causalizzazione della *condictio* a mezzo di *praescriptio* dovesse avvenire anche con riguardo all'ipotesi in cui il DARE OPORTERE dedotto nell'*intentio* della formula della *condictio* fosse nato da una *stipulatio certi* conclusa da *potestati subiecti*<sup>29</sup> o all'ipotesi in cui per una *stipulatio certi* fosse stata prestata una garanzia personale.<sup>30</sup>

di *causa actionis*, per Levy, avrebbe avuto a che fare solamente con l'*actio* intesa nella sua 'konsumierende Funktion'. Anche G. SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano 1977, 9, ha ritenuto di poter ravvisare «nel modo di affrontare il problema dell'oggetto del processo da parte degli stessi giuristi romani» una distinzione fra il profilo della «possibilità di condannare il convenuto» e il profilo «dell'ammissibilità di una seconda azione sulla stessa materia».

<sup>26</sup> *Infra*, § 7.

<sup>27</sup> Il primo dei due programmi di giudizio tramandati dalle tavolette pompeiane, infatti, dimostra che dalla *sponsio* menzionata nella *praescriptio* nasceva una *condictio certae pecuniae*. Tale testimonianza aveva indotto B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 74, a pensare che l'azione nascente da *stipulatio certi* fosse una *condictio* che indicasse in una *praescriptio* la causa dell'azione. In effetti, l'esistenza di una formula di *condictio certae pecuniae* come quella tramandata in TPSulp. 31 gioca a sfavore dell'ipotesi secondo cui nel processo formulare sarebbe sopravvissuta un'azione derivante dalla più antica *legis actio per iudicis postulationem* che menzionasse direttamente nell'*intentio* la fonte del DARE OPORTERE di una somma determinata di denaro dovuta in base a una *sponsio*. Su tale questione v. *infra*, nel testo, § 15.

<sup>28</sup> Al riguardo si deve ricordare che tale eventualità era stata prospettata da Savigny in una serie di ipotesi nelle quali, a suo giudizio, l'attore avesse un interesse a indicare la causa della *condictio*. Come si vedrà, peraltro, sulla base delle informazioni contenute in Gai 4.134-135 anche G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 97 s., aveva individuato almeno un caso in cui alla formula della *condictio* andasse premessa una *praescriptio* che indicasse il fatto generatore della pretesa (sul punto v. *infra*, § 17). Per un analogo ordine di idee v. anche G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, R.A. 50, 1930, 77, che ammetteva la possibilità di limitare la *condictio* a una singola *causa obligationis* a mezzo di *praescriptio*.

<sup>29</sup> *Infra*, § 17.

<sup>30</sup> *Infra*, § 18.

Altri casi in cui alla formula di una *condictio* si poteva premettere una *praescriptio* che indicasse la *causa actionis* sono quelli nei quali l'attore al quale una stessa prestazione fosse dovuta in base a varie *causae* avesse interesse a limitare a una sola di esse gli effetti della *litis contestatio*, riservandosi così la possibilità di agire nuovamente contro lo stesso convenuto.<sup>31</sup>

La conclusione alla quale si può pervenire è che, sebbene i modelli formulari della *condictio certae pecuniae* e della *condictio certae rei* non contenessero l'indicazione della causa, la *condictio* era un'azione che solo eventualmente era 'astratta', in quanto si prestava a essere causalizzata ogni qual volta ciò fosse stato ritenuto opportuno o necessario.

4. I modelli edituali delle due formule di *condictio* previste sotto la rubrica '*Si certum petetur*'<sup>32</sup> erano ispirati alla *legis actio per conductionem*, la quale fu introdotta da una *lex Silia* per i crediti di *certa pecunia* e da una *lex Calpurnia* per i crediti *de omni certa re*.<sup>33</sup> Dalla *legis actio per conductionem* tali formule dovettero ereditare non solamente il nome di *condictiones*,<sup>34</sup> ma anche la peculiarità di non indicare la causa del DARE OPORTERE dedotto in giudizio.<sup>35</sup>

Questa caratteristica della *legis actio per conductionem* si manifestava in tutta la sua evidenza in contrapposizione alla *legis actio per iudicis postulationem*, il cui formulario – è noto – prevedeva che per i crediti di una somma di denaro nascenti da *sponsio* l'attore avrebbe dovuto indicare la *causa* insieme alla somma per cui agiva.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> *Infra*, § 19. Per l'ipotesi della *condictio ex causa furtiua* v. *infra*, § 20, nt. 196.

<sup>32</sup> Richiamandosi a Naber, O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 240, aveva ritenuto che nell'editto fosse proposta anche la formula di una *condictio certae rei*, diversa da quella della *condictio tritic(i)aria*, relativa a beni di specie, come nel caso di una *condictio* relativa al *dare oportere* di uno schiavo determinato. Una formula di questo tipo, per esempio, sarebbe stata quella di una *condictio ex causa furtiua*, nella cui *intentio* sarebbe stato indicato il DARE OPORTERE del *seruus furtiuus*. A sostegno di questa opinione Lenel adduceva le testimonianze di D. 13.1.7.2 (Ulp. 42 *ad Sab.*) e D. 13.3.3 (Ulp. 27 *ad ed.*). L'idea di Naber andrebbe accolta a giudizio di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II<sup>2</sup>, Roma 1928, 213 s. nt. 2. Possibilista, in argomento, anche C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II,1, Torino 2003, 203 s. Contro la convinzione che nell'editto fossero proposte tre formule di *condictio* v. M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle origini della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 186 ss. e gli autori ivi citati nelle ntt. 649 e 656, con richiamo a uno scolio ai Basilici in cui si ricorda che con la *condictio tritic(i)aria* era possibile agire in tutti i casi nei quali si richiedessero in giudizio beni diversi dalla *pecunia numerata* (Sch. 1 *ad B.* 23.1.1 [BS IV 1495/9-10]).

<sup>33</sup> Gai 4.19: *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re*. Per i problemi di datazione delle due leggi v. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 111 ntt. 4-5.

<sup>34</sup> Si allude, qui, alla nozione di *condictio* in senso proprio, in quanto il termine *condictio*, come è noto, era impiegato in età gaiana anche in senso ampio per indicare tutte le *actiones in personam* in contrapposizione alle *actiones in rem*: v. Gai 4.5: *Appellantur autem in rem quidem actiones uindicationes, in personam uero actiones, quibus dari fieriue oportere intendimus, conductiones*; I. 4.6.15.

<sup>35</sup> Gai 4.17b: *Per conductionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, AIAS AVT NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO* rell.

<sup>36</sup> Cfr. Gai 4.17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES* rell.

Poiché la trattazione gaiana della *legis actio sacramenti in personam* era contenuta in un foglio che non è stato riutilizzato dall'amanuense che ha smembrato il codice su cui erano scritte le Istituzioni di Gaio, non

La ricostruzione della formula della *condictio certae pecuniae* proposta da Lenel sulla base di testimonianze degne della massima fede, e che nell'editto di età adrianea era ricompresa nella rubrica 'Si certum petetur' (§ 95) del titolo 'De rebus creditis', aveva un'intentio cosiddetta *certa*<sup>37</sup> e una *condemnatio certae pecuniae*:<sup>38</sup>

«IUDEx ESTO. SI P. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE, IUDEx N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> SESTERTIUM DECEM MILIA C. S. N. P. A.»<sup>39</sup>

è possibile stabilire se anche in questo *modus agendi* si agisse indicando la causa. Alcuni studiosi (cfr. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, I. *Legis Actiones*, Bonn 1864, 148; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 88 nt. 11) lo ammettono. Altri, invece, lo negano (cfr., per esempio, O. KARLOWA, *Der Römische Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872, 111; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 100).

In ogni caso, poiché non si può essere sicuri della risalenza alla *legis actio per conductionem* del ricorso a *sponsio et restipulatio* (v. *infra*, § 7, nt. 60), questo *modus agendi* sarebbe risultato più vantaggioso anche rispetto alla *legis actio sacramenti in personam*, che comportava il rischio connesso al pagamento della *summa sacramenti* in caso di soccombenza. Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 189 s.

<sup>37</sup> Benché impiegata comunemente nella storiografia romanistica, tale espressione non trova riscontro nelle fonti di cui si dispone: cfr. M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 36, con letteratura.

<sup>38</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 237; cfr. Id., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1883, 187; Id., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>2</sup>, Leipzig 1907, 230.

<sup>39</sup> Si veda anche la ricostruzione della formula suggerita negli stessi termini da Rudorff in *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt. Constituit adnotavit edidit Adolphus Fridericus Rudorff*, Lipsiae 1869, 103 (§ 93). Per la presenza nel programma di giudizio della clausola 'QVA DE RE AGITVR' v. *infra*, nel testo, §§ 5 e 13.

Diverso, invece, il programma di giudizio con *demonstratio* immaginato da J.CHR. HASSE, *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, in *RhM* 6, 1835, 85: «Iudex esto. quod Aulus Agerius Numerio Negidio centum mutuo dedit, qua de re agit, si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato, si non paret absolutio.» Una formula del genere era stata suggerita da Hasse nel quadro della sua ricostruzione secondo cui l'applicazione originaria della *condictio (certi)*, già a partire dalla *legis actio per conductionem*, sarebbe stata connessa a crediti nascenti dal contratto di mutuo.

Pure F.C. VON SAVIGNY, *System des Römischen Rechts*, V, Berlin 1841, 609 s., aveva creduto che in alcuni casi, forse su iniziativa rimessa di volta in volta all'attore, l'intentio della *condictio certae pecuniae* fosse preceduta da una *demonstratio* che indicasse la causa dell'azione (per esempio: «*Quod Agerius Negidio Centum mutuos dedit*», oppure: «*de Negidio Centum stipulatus est*»), e che in altri casi, come quello della *condictio indebiti* o della *condictio ex causa furtiva*, la *demonstratio* non potesse mancare. Savigny, peraltro, non escludeva che la causa dell'azione fosse indicata direttamente nell'intentio del programma di giudizio della *condictio certae pecuniae* (*op. cit.*, 610).

Diverso, invece, l'orientamento di G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 97 s., e ivi ntt. f-g, convinto che in certi casi la formula di un'*actio certa* come quella della *condictio* dovesse esprimere il rapporto di fatto che costituiva il fondamento del DARE OPORTERE in una *praescriptio* premessa alla *iudicis nominatio* (con funzione di *demonstratio*) o in una *praescriptio loco demonstrationis* integrata all'interno del programma di giudizio. Sul punto v. *infra*, § 17.

Per M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 264, l'indicazione nella formula non era essenziale, ma era possibile e addirittura necessaria qualora l'attore si volesse riservare la possibilità di agire nuovamente in giudizio sulla base di una nuova causa. Secondo questo autore, tale indicazione sarebbe avvenuta direttamente nell'intentio, secondo quanto si potrebbe desumere da Gai 4.55 (*op. cit.*, 264 s. nt. 23).

Pure la formula della *condictio certae rei*, detta anche *condictio triticaria* (o *triticaria*),<sup>40</sup> aveva un'*intentio certa*, seguita però da una *condemnatio* al 'QVANTI EA RES EST':

«S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, t. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.»<sup>41</sup>

L'innegabile nesso che legava le *condictiones* formulari alla *legis actio per conductionem*, tuttavia, non impone di pensare che anche nel processo formulare il programma di giudizio della *condictio* non potesse mai indicare la causa dell'azione. Non può escludersi, infatti, che le *formulae iudiciorum* della *condictio* fossero munite di clausole come le *praescriptiones* che erano previste in un'apposita sezione dell'editto.<sup>42</sup>

Prima di valutare questa possibilità, è opportuno verificare se, come pensava Baron, la causa della *condictio* cominciasse davvero a giocare un ruolo nel processo solamente nel corso della fase *apud iudicem* nei termini stabiliti dall'attore, o se invece andasse individuata già *in iure* per essere poi richiamata indirettamente dai *concepta uerba* che componevano il modello del programma di giudizio proposto nell'editto.

5. Riallacciandosi al dibattito che si era sviluppato sul punto fra Hugo Krüger ed Ernst Immanuel Bekker, nella terza edizione del suo *Edictum perpetuum* Lenel si interrogava sulla possibilità che nella formula dell'*actio certae creditae pecuniae* fosse presente la clausola 'QVA DE RE AGITVR'.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Sull'origine del nome di questa azione v. gli autori citati da ultimo in M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 186 s., nt. 651.

<sup>41</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 240. Cfr. la formula ricostruita da A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 105 (§ 95). Sulla presenza dell'indicazione o meno della qualità del frumento nell'*intentio* di questa formula v. gli autori citati in M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 188 nt. 659. Per la diversa ricostruzione della formula con *demonstratio, intentio* (cosiddetta *certa*) e *condemnatio incertae pecuniae* v. J.CHR. HASSE, *Ueber das Wesen der actio*, cit., 85. Cfr. anche F.C. VON SAVIGNY, *System*, V, cit., 612: «Der Entstehungsgrund mag hier, eben so wie bey der Condictio auf baares Geld ... sehr häufig, aber nicht allgemein durch eine vorhergehende *Demonstratio* oder auch in der *Intentio* selbst, bezeichnet worden seyn.»

<sup>42</sup> Ciò può ricavarsi dalla lettura del cap. LXXXV della *lex Irnitana*, che imponeva ai magistrati del municipio Flavio Irnitano di riprodurre nel proprio editto gli strumenti previsti nell'editto del governatore provinciale. In questo capitolo sono menzionate, oltre alle *formulae iudiciorum*, alle *sponsiones*, alle *satis accptiones*, alle *exceptiones* e agli *interdicta*, anche le *praescriptiones*. Sul punto cfr. L. PELLECCHI, *La praescriptio*, cit., 57 ss.; M.M.L.G. ROCCA, *Competenze delle magistrature municipali in materia di interdetti*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano 2009, 360.

<sup>43</sup> Cfr. E. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 237 nt. 4: «Qua de re agitvr? S. einerseits H. Krüger, SZ 29, 387 f., andererseits Bekker, SZ 30, 8.» Al riguardo va ricordato che, per quanto sia passata inosservata, l'idea secondo cui le parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute in una formula avrebbero consentito all'attore di evitare che potessero sorgere dubbi sull'oggetto della controversia era stata enunciata già da un profondo conoscitore del processo civile romano come Bethmann-Hollweg: v. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 212: «Ueberall ist der solenne Beisatz QUA DE RE AGITUR eine Cautel, durch welche der Kläger, wenn Zweifel über den Gegenstand des Rechtsstreits entstehen sollte, sich auf seine Absicht bezieht.»

La clausola 'QVA DE RE AGITVR' è stata inserita nella ricostruzione della formula dell'*actio certae creditae pecuniae* anche da E. BETTI, *Diritto romano*, I. *Parte generale*, Padova 1935, 512, e successivamente – fidando sulla testimonianza delle tavolette pompeiane quando erano ancora inedite – da V. ARANGIO-RUIZ,



Pur sposando senza riserve la tesi della 'astrattezza' della *condictio* così come configurata da Baron, Krüger si era mostrato convinto del fatto che il programma di giudizio di quest'azione dovesse rinviare in qualche modo all'attività compiuta dalle parti nella fase *in iure*. Ciò avrebbe consentito di specificare la fattispecie concreta connessa alla questione giuridica da risolvere, limitando a una determinata causa gli effetti consuntivi dell'azione concretamente intentata. Accettato il postulato di Baron secondo cui il profilo causale dell'azione non avrebbe potuto trovar posto né in una *demonstratio* né in una *praescriptio*, Krüger credeva che un richiamo al 'Tatbestand' che costituiva il fondamento del processo si sarebbe attuato proprio grazie alle parole 'QVA DE RE AGITVR', le quali avrebbero rinviato all'attività compiuta *in iure* dalle parti e di cui sarebbe rimasta traccia nella memoria dei testimoni intervenuti nella *litis contestatio*. La distinzione fra un 'Tatbestand' richiamato da tali parole, e un 'Rechtsgrund' che non poteva essere enunciato in una formula come quella della *condictio*, avrebbe consentito di non sconfessare la 'astrattezza' di questa azione.<sup>44</sup>

Nei confronti di queste conclusioni furono però sollevate alcune obiezioni<sup>45</sup> che – come si è accennato – indussero Lenel a non pronunciarsi sul punto.<sup>46</sup> Bekker, in particolare, osservò che: (A) poiché il problema dell'astrattezza di una formula di *condictio* priva della clausola 'QVA DE RE AGITVR' si sarebbe presentato già in ordine al formulario della *legis actio per conductionem*, bisognava ipotizzare la presenza di un'analoga clausola anche nel formulario di questa *legis actio* o pensare che la clausola fosse superflua nella *condictio* formulare; (B) le parole 'QVA DE RE AGITVR' avrebbero costituito un *referens sine relato*, di cui peraltro non vi sarebbe stato alcun bisogno non solo alla luce del principio per il quale '*singulas obligationes singulae causae sequuntur*',<sup>47</sup> ma anche perché al giudice doveva risultare chiaro già in base al suo *officium* che si trovava di fronte al DARE OPORTERE di una somma di denaro dovuta per una causa concreta, e non astratta; (C) dalle fonti non risulterebbe provato quanto a lungo ci si continuò a servire dei testimoni presenti alla *litis contestatio* accanto ai *concepta uerba* della formula.

Poiché la scoperta delle tavolette pompeiane ha confermato l'esattezza dell'intuizione di Krüger, può stupire come anche chi ha ritenuto di inserire la clausola 'QVA DE RE AGITVR' nelle formule della

*Introduzione a L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio* [Centro di Studi Ciceroniani. Tutte le opere di Cicerone, 1], Milano 1964, 285 e 303 nt. 4; Id., *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli 1960 (rist. 1994), 124; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova 1999, 48 [Nr. 19]; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 131.

<sup>44</sup> H. KRÜGER, *Die Worte ,qua de re agitur' und (res) ,qua de agitur' in den Prozessformeln*, in ZSS, R.A. 29, 1908, 379 ss., che a conforto delle proprie conclusioni si richiamava alla ricostruzione dell'*intentio* della *condictio certi* suggerita dallo stesso J. BARON, *Geschichte*, I, cit., 399, nella quale comparivano le parole 'QVA DE RE AGITVR': «Si paret, NN<sup>um</sup> AA<sup>o</sup> sestertium X milia dare oportere q.d.ra... (condictio certi)» (v. anche *op. ult. cit.*, 401). La convezione che della 'astrattezza' della *condictio* non si potesse più dubitare è ancora tenuta ferma in H. KRÜGER, REC. a. R. VON MAYR, *Die condictio des römischen Privatrechtes*, in ZSS, R.A. 21, 1900, 418.

<sup>45</sup> E.I. BEKKER, *Vermutungen*, cit., 8 s. Per altre perplessità v. anche M. KASER, *Formeln mit «intentio incerta», «actio ex stipulatu» und «condictio»*, in Labeo 22, 1976, 16 nt. 38.

<sup>46</sup> V. *supra*, nt. 43.

<sup>47</sup> O più probabilmente, se si accetta la proposta di Segré, '*singulas [obligationes] <actiones> singulae causae sequuntur*'; cfr. D. 44.2.14.2 (Paul. 70 *ad ed.*), trascritto *infra*, nel testo, § 19. Secondo Bekker, infatti, questo principio non doveva essere frutto di un'invenzione di Paolo, e quindi era sicuramente più risalente nel tempo.

*condictio certae pecuniae* e *certae rei*<sup>48</sup> non abbia pensato di dovere riconsiderare le osservazioni che vi avevano scorto una funzione ben precisa nell'ambito del programma di giudizio. Senza confrontarsi specificamente con l'idea che tale clausola potesse giocare il ruolo di richiamare l'attività svolta *in iure* dalle parti in causa, infatti, ci si è limitati a sostenere che la sua presenza all'interno del programma di giudizio fosse essenzialmente 'pleonastica', 'inutile', o dovuta a ragioni di stile.<sup>49</sup>

6. Prima di verificare se le parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute nella formula della *condictio* potessero assolvere allo scopo di rinviare al profilo della *causa actionis*,<sup>50</sup> è opportuno affrontare la questione del modo in cui l'attività compiuta dalle parti prima della fase *apud iudicem* potesse riflettersi sulla redazione dei programmi di giudizio che di volta in volta erano oggetto di *litis contestatio*.

Anche senza considerare le formule tramandate in TPSulp. 31, infatti, il convincimento secondo cui in caso di *condictio* la causa dell'azione dovesse restare del tutto estranea alla fase *in iure*, come ritenuto da Baron,<sup>51</sup> appare inconciliabile con quanto può desumersi dal materiale testuale di cui si dispone.

Come si avrà modo di vedere, è da ritenere che le ragioni per le quali l'attore poteva agire in giudizio con una *condictio* fossero determinanti già prima della *litis contestatio* in considerazione di due aspetti che meritano di essere approfonditi. Da un lato, infatti, tali ragioni avrebbero avuto un peso considerevole per stabilire se l'azione diretta al DARE OPORTERE di un *certum* dovesse comportare l'applicazione di clausole che erano proprie di pretese riconducibili all'idea del *credere* editale;<sup>52</sup> dall'altro esse sarebbero state rilevanti ai fini dell'*editio actionis* e della connessa *editio instrumentorum*.<sup>53</sup>

7. Caratteristico dell'*actio certae creditae pecuniae* era il ricorso, sussistendo determinati presupposti, al *ius iurandum in iure delatum*.

<sup>48</sup> Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule*<sup>2</sup>, cit., 48 s. [Nr. 19 e Nr. 22].

<sup>49</sup> In tal senso D. MANTOVANI, *Le formule*<sup>2</sup>, cit., 25 s., secondo cui tale clausola avrebbe avuto semplicemente «la funzione di legare parti diverse della formula».

Parzialmente diversa, ma senza un approfondimento che probabilmente sarebbe risultato proficuo se compiuto in un orizzonte più ampio, la constatazione che «la clausola formulare *qua de re agitur* non allude necessariamente all'*id quod actum est* nel senso di intenzione delle parti, bensì ... si riferisce all'*actio* (così come, per intendersi, nella *praescriptio* "*ea res agatur cuius rei dies fuit*" il verbo *agatur* significa certamente "l'*actio* verta sul rapporto il cui termine è scaduto")» (così D. MANTOVANI, Rec. a U. BABUSLAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, in ZSS, R.A. 126, 2009, 569). Un paragone più interessante rispetto a quello istituito da Mantovani con una *praescriptio* con funzione esclusivamente 'limitativa', in effetti, si sarebbe potuto fondare sul richiamo a *praescriptiones* nelle quali veniva in rilievo il profilo della causa dell'azione, come la *praescriptio* attestata in TPSulp. 31, la *praescriptio pro reo* riferita in Gai 4.133 (su cui v. *infra*, § 12), o la *praescriptio pro actore* da premettere alla formula della *rei uindicatio per formulam petitoriam* allo scopo di esprimere la *causa actionis* (come ammesso, peraltro, dallo stesso Mantovani: v. *infra*, § 20, nt. 209).

<sup>50</sup> Cfr. *supra*, § 5.

<sup>51</sup> Cfr. *supra*, § 2 e nt. 12.

<sup>52</sup> *Infra*, §§ 7-9.

<sup>53</sup> *Infra*, § 10.

Al riguardo va precisato che, diversamente da quanto creduto da Lenel,<sup>54</sup> la clausola sul giuramento<sup>55</sup> non era posta in testa alla rubrica editale ‘*Si certum petetur*’, e pertanto – almeno in origine – non sarebbe stata applicabile a tutte le azioni le cui formule erano riunite sotto tale rubrica. Come correttamente osservato da Biondi,<sup>56</sup> infatti, la successione con cui i frammenti escerpiti dai commentari all’editto dei giuristi classici furono collocati nel Digesto di Giustiniano, che rispecchiava l’ordine dell’editto perpetuo,<sup>57</sup> induce a ritenere che la clausola sul giuramento non precedesse, ma seguisse la formula dell’*actio certae creditae pecuniae* e gli schemi di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.<sup>58</sup>

Altra caratteristica dell’*actio certae creditae pecuniae* era quella per cui, prima di procedere alla *litis contestatio* sulla formula di questa azione,<sup>59</sup> attore e convenuto avrebbero dovuto prestare innanzi al magistrato una *sponsio* e una *restipulatio tertiae partis*.<sup>60</sup> In virtù di esse ciascuna parte si sarebbe obbligata *in iure* a pagare alla controparte una somma di denaro pari a un terzo di quella richiesta in giudizio<sup>61</sup> nel caso in cui fosse risultata soccombente nell’azione principale.<sup>62</sup>

<sup>54</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 232 e 235.

<sup>55</sup> D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Ait praetor: ‘eum a quo iusiurandum petetur, soluere aut iurare cogam’*. Il testo è ritenuto da tempo interpolato. Per le diverse proposte di restituzione v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 161 ss., nonché *infra*, § 9, nt. 95.

<sup>56</sup> B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 19 s.

<sup>57</sup> Cfr. cost. *Deo auctore*, § 5: *...in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem* rell.

<sup>58</sup> Mentre i frammenti relativi alle formule della *condictio* sono stati posti nel titolo D. 12.1 ‘*De rebus creditis si certum petetur et de conditione*’, quelli relativi al *ius iurandum* risultano collocati nel titolo D. 12.2 ‘*De iureriurando siue uoluntario siue necessario siue iudiciali*’. È da ritenere, pertanto, che la clausola sul giuramento costituisse in origine un’appendice applicabile esclusivamente all’*actio certae creditae pecuniae*. Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 161 ss. (v. anche 191 nt. 672); cfr. *Id.*, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 145 nt. 542.

<sup>59</sup> In tal senso v. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig 1901, 596; R. SANTORO, *Le due formule*, cit., 349 nt. 65 (= *Scritti minori*, I, cit., 345 nt. 65); M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio nella Tabula Pompeiana Sulpiciorum 31*, in *AUPA* 47, 2002, 394.

<sup>60</sup> Gai 4.13 e 4.171 (i testi sono trascritti *infra* nella nt. 65); Lex Rubria de Gallia Cisalpina, cap. XXI; Cic., *pro Rosc. com.* 4.10 e 5.14 (il cui testo è trascritto per la parte che interessa *infra*, § 8). Si è ipotizzato che *sponsio et restipulatio tertiae partis* dovessero prestarsi già nel procedimento della *legis actio per conductionem*. Tale idea, tuttavia, non trova riscontri sicuri nelle fonti. Sul punto v. da ultimo M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 194 ss., con discussione della letteratura più antica ivi citata alle ntt. 686 e 690, cui adde F.C. VON SAVIGNY, *System*, V, cit., 611; [PH.E.] HUSCHKE, Rec. a A. SCHMIDT, *M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo orationem edidit, commentariis, adnotationibus illustravit Carolus Adolphus Schmidt, utr. jur. Doctor. Leipzig, Serig, 1839*, in *Krit. Jahrbücher für Deutsche Rechtswiss.* 7, 1840, 487; F. EISELE, *Die materielle Grundlage der Exceptio. Eine römisch-rechtliche Untersuchung*, Berlin 1871, 168 ss.; J. BARON, *Zur Legisactio per iudicis arbitrive postulationem*, cit., 51 s.; M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24, 1955, 542 e nt. 84.

<sup>61</sup> La *sponsio tertiae partis* doveva menzionare direttamente una somma di denaro e non, *per relationem*, la terza parte della somma per la quale si agiva in giudizio. Sul punto v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 147 s. nt. 549, nonché, nello stesso senso, J. PLATSCHEK, *Das Edikt De pecunia constituta. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München 2013, 50.

<sup>62</sup> Questo *agere cum poena* era analogo a quello che caratterizzava l’*actio constitutae pecuniae*, in cui

La prestazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*, dunque, costituiva un tratto caratteristico dell'*actio certae creditae pecuniae*.<sup>63</sup> Come il *ius iurandum in iure*, difatti, essa non si applicava negli altri casi di pretese che, pur avendo per oggetto una quantità determinata di denaro, non erano riconducibili a operazioni riconnesse al *credere* edittale, come la *condictio indebiti*, la *condictio ex causa furtiva*, o la *condictio certi* per far valere l'inadempimento di un legato *per damnationem* avente per oggetto una somma determinata di denaro o un'altra *certa res*.<sup>64</sup>

Non è un caso, allora, che Gaio parli proprio dell'*actio certae creditae pecuniae*, e non genericamente di una '*formula qua certam pecuniam petimus*', quando dà notizia del *periculum* che le parti avrebbero corso in dipendenza della prestazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.<sup>65</sup>

L'*actio certae creditae pecuniae*, pertanto, costituiva una particolare applicazione della *condictio certae pecuniae* da esperirsi solamente nei casi in cui la somma determinata di denaro per la quale si agiva in giudizio era dovuta in relazione a un'operazione di 'credito' e che si caratterizzava per il ricorso a *sponsio et restipulatio tertiae partis*.<sup>66</sup> Ciò spiega bene perché tale

però *sponsio et restipulatio* avevano per oggetto una somma pari alla metà dell'importo per cui si agiva (Gai 4.171). Sulla *sponsio dimidiae partis* e sui suoi rapporti con la ἡμιολία del diritto greco v. J. PLATSCHER, *Das Edikt De pecunia constituta*, cit., 42 ss., con letteratura.

<sup>63</sup> Ciò era riconosciuto anche da J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 156.

<sup>64</sup> Sul punto v. ancora M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 196. Diversamente, ma senza addurre prove testuali, J.C. VAN OVEN, *Les actions issues de la stipulation*, in TRG 27, 1959, 400 s.

<sup>65</sup> Gai 4.13: *...eaeque actio proinde periculosa erat falsi —, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsonem qua periclitatur reus, si temere neget, <et> restipulationem qua periclitatur actor, si non debitum petat rell.*; Gai 4.171: *...ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae uero pecuniae partis dimidiae.*

Diversamente da quanto ritenuto da G. DONATUTI, *Le cause delle condictiones*, in Studi Parmensi 1, 1951, 36 nt. 4, e più di recente anche da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 44 ss., non si riferisce all'*actio certae creditae pecuniae*, e pertanto non rileva ai fini della determinazione della nozione di *pecunia certa credita* che era oggetto di questa azione, quanto si legge in Gai 3.124 con riferimento alla *lex Cornelia* in materia di garanzie personali delle obbligazioni. Al riguardo v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 142 ss., spec. 147 s., con discussione della letteratura precedente.

<sup>66</sup> In questo senso, seppure in prospettive diverse fra loro, si vedano le conclusioni di G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1849, 45 ss., che ha analizzato la questione partendo dalla discussione critica dell'opinione, diffusa fra i giuristi del sedicesimo secolo, secondo cui l'*actio certae creditae pecuniae* andrebbe identificata con la *condictio certi* o con l'azione chiamata dai giustinianeî '*actio si certum petetur*', e tenendo distinta l'*actio certae creditae pecuniae* dalla *condictio certi*; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig 1901, 594 ss.; W. STINTZING, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1. *Zur Geschichte der condictio und der actio certae creditae pecuniae*. 2. *Ueber das possidere pro possessore*, Jena 1901, spec. 14 ss.; U. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla condictio*, in SDHI 7, 1941, 35 ss. In senso contrario a quanto osservato da Karlowa e da Stintzing v. R. VON MAYR, *Condictio incerti*, in ZSS, R.A. 24, 1903, 260 ss.; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*<sup>4</sup>, trad. ital. di C. Longo, Milano 1909, 504 nt. 2; G. DONATUTI, *Le cause delle condictiones*, cit., 36 ss. Per le posizioni di d'Ors, che identificava *actio certae creditae pecuniae* e *condictio*, v. C.A. CANNATA, *La «distinctio» re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1970, 445 s. nt. 72.

azione avesse preso il nome non dall'atto da cui era stata generata, ma dalla *certa pecunia credita*.<sup>67</sup>

8. La possibilità di agire con *actio certae creditae pecuniae* per una somma determinata di denaro dovuta in base a un'operazione di credito che avrebbe comportato l'applicazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis* è testimoniata esplicitamente da un noto brano dell'orazione di Cicerone in difesa dell'attore comico Quinto Roscio Gallo in relazione all'azione intentata contro di lui da Caio Fannio Cherea, difeso da Publio Saturio:<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Diversamente avveniva nel caso di *stipulatio incerta*, in cui il nome stesso dell'azione che ne nasceva (*actio incerti ex stipulatu*) rinviava proprio all'atto, ossia allo 'stipulatus' (cfr. *VIR* 5, Berolini 1939, col. 688 s.) considerato fonte dell'*OPORTERE* dedotto nell'*intentio*.

Ciò potrebbe spiegarsi nell'ambito di un orizzonte di ricerca più ampio che torni a riflettere sulla nascita del gruppo di azioni le cui formule erano caratterizzate dalla presenza di un'*intentio* cosiddetta *incerta* (o di un'*adiudicatio*) preceduta da *demonstratio*, fra le quali vi era anche quella dell'*actio incerti ex stipulatu*. Al riguardo, infatti, non risulta convincente un recente orientamento (R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 20 ss.) intrinsecamente condizionato dalla considerazione della funzione della *praescriptio* così come intesa nella ricostruzione di Wlassak, e il cui nucleo centrale risulta accolto nel quadro di uno studio che, pur tentando di dare una risposta a una serie di stimolanti interrogativi, non ha trovato molta eco nella storiografia successiva. Tale studio risulta ancorato, tra l'altro, al convincimento che *praescriptiones pro reo* come quelle testimoniate in Gai 4.133 o in Cic., *de inuen.* 2.20.59-60 (passo nel quale, tuttavia, si parla – e a ragione – di 'exceptio', e non di 'praescriptio'), potessero condurre a una «assoluzione senza *absolutio*». Sennonché, poiché della solidità di siffatto presupposto si può dubitare (cfr. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 24 ss., con altra bibliografia), l'impianto dell'intera indagine ne risulta indebolito già alla base. L'elevato grado di ipoteticità delle conclusioni cui si perviene rende arduo dividerle, soprattutto se si considerano anche altri profili posti in luce nella storiografia anteriore agli studi di Wlassak, ma rimasti fuori dal raggio della ricerca (sul punto v. anche *infra*, § 20, nt. 220).

È più plausibile, invece, ritenere che la peculiare struttura delle formule con *demonstratio* si sia andata assestando in un'epoca nella quale il pretore cominciò a includere nel proprio editto una serie di programmi di giudizio che indicassero la *res qua de agitur* direttamente nella formula proposta nell'albo, anziché in una *praescriptio* che andava premessa di volta in volta alla *formula qua incertum petimus* ricordata da Gai 4.131. La *demonstratio*, infatti, seguiva la nomina del giudice e – nell'esprimere la causa di un'azione intesa nella sua dimensione condannatoria – si riconnetteva direttamente all'*intentio*, all'*adiudicatio* o, nel caso dell'*actio iniuriarum*, direttamente alla *condemnatio*, mentre la *praescriptio* introdotta dalle parole 'EA RES AGATVR' (o 'AGETVR') premessa di volta in volta alla *formula qua incertum petimus* era ancora legata all'idea dell'*actio* (intesa nella sua 'konsumierende Funktion'). In un fenomeno del genere potrebbe scorgersi una proiezione a livello editale del riconoscimento della *causa* con riferimento all'*OPORTERE* dedotto nell'*intentio*. Per una prospettiva che consideri le ragioni che potrebbero aver determinato la trasformazione della *praescriptio* in *demonstratio* v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 175 ss.

<sup>68</sup> Sull'orazione ciceroniana e sulle vicende che ne rappresentano lo sfondo, sia consentito rinviare a M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., 91 ss., e alla letteratura ivi citata alla nt. 222, cui adde C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui 'nomina transcripticia'*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, II, Milano 2007, 183 ss. (= *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 622 ss.).

Cic., *pro Rosc. com.* 5.14: *Pecunia petita est certa; cum* [Huschke: *cuius*]<sup>69</sup> *tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit* rell.

È vero, come è stato osservato, che in questa orazione non si parla mai esplicitamente di una *certa credita pecunia*.<sup>70</sup> Ma ciò non desta alcuno stupore se si riflette sulla circostanza che l'espressione '*pecunia certa credita*' comincia a essere attestata dalle fonti con il suo significato tecnico solo sul finire dell'età repubblicana,<sup>71</sup> a partire da un periodo successivo a quello in cui fu pronunciata l'orazione ciceroniana.<sup>72</sup>

In ogni caso, la menzione della *pecunia certa* unitamente a quella della *sponsio tertiae partis*<sup>73</sup> mostra quale fosse l'azione intentata contro Roscio.<sup>74</sup> Ciò perché l'*actio certae creditae pecuniae* aveva un campo di applicazione non perfettamente coincidente con quello della *condictio certae pecuniae*, erede formulare della *legis actio per conductionem ex lege Silia*, che riguardava le pretese relative a una *certa pecunia* a prescindere dall'indicazione della causa che le aveva generate,<sup>75</sup>

<sup>69</sup> La proposta di Ph.E. HUSCHKE, Rec. a A. SCHMIDT, *M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo*, cit., 495, di emendare in '*cuius*' il '*cum*' tramandato dalla tradizione manoscritta, seguita da Kayser (*Adnotatio critica*, in *M. Tullii Ciceronis orationes recognovit C. L. Kayser*, I, Lipsiae 1861, XII e 72), è stata accolta anche da O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 238 nt. 6. La lezione '*cum*', nondimeno, è stata difesa da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I.2, cit., 595 s., convinto che la *sponsio tertiae partis* fosse al contempo penale e pregiudiziale. Tuttavia, se si rinuncia a condividere tale presupposto (v., in questo senso, M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio*, cit., 396 ss.), l'emendazione di '*cum*' in '*cuius*' proposta da Huschke riuscirebbe a dar conto delle ragioni per le quali Cicerone in questo punto dell'orazione fosse nelle condizioni di affermare che la *pecunia* richiesta in giudizio da Fannio potesse essere dovuta solamente in base a *datio, expensi latio* o *stipulatio*. La frase '*haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit*', infatti, andrebbe riferita alla *pecunia certa* perché nella frase immediatamente precedente si ricorda che era stata conclusa una *sponsio* per la terza parte di questa *pecunia*, sicché si sarebbe trattato di una *pecunia certa* che legittimava l'esercizio dell'unica azione che – secondo quanto si ricava dalle Istituzioni di Gaio (v. *supra*, § 7 e nt. 65) – avrebbe previsto il ricorso alla *sponsio tertiae partis*. D'altra parte, le difficoltà connesse alla lezione del passo tramandata dalla tradizione manoscritta erano state notate anche da S.H. RINKES, *Verisimilia*, in *Mnemosyne* 8, 1859, 450, che però aveva suggerito di emendare il '*cum*' in '*in*', e di leggere pertanto: '*Pecunia petita est certa: in tertia parte sponsio facta est*'.

<sup>70</sup> Cfr. R. VON MAYR, *Die Condictio des Römischen Privatrechtes*, Leipzig 1900, 71 s.

<sup>71</sup> Stando alle testimonianze passate in rassegna da U. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae*, cit., 40 ss., difatti, l'espressione '*certa pecunia credita*' ricorre non prima dell'età in cui furono emanate la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, databile a un periodo compreso fra il 49 e il 42 a.C., e la *lex Iulia municipalis* promulgata da Cesare nel 45 a.C.

<sup>72</sup> Per la datazione di questa orazione entro un arco di tempo compreso fra il 77 e il 66 a.C. v. gli autori citati in M. VON SCHANZ-C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, I. *Die römische Litteratur in der Zeit der Republik*<sup>4</sup>, München 1927 (rist. 1979), 416, dove si inclina verso una datazione al 67 o al 66 a.C.

<sup>73</sup> Cfr. anche Cic., *pro Rosc. com.* 4.10: *...in qua legitimae partis sponsio facta est*.

<sup>74</sup> Cfr. *supra*, § 7.

<sup>75</sup> Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 185 e 198. Questa caratteristica era già stata messa in luce da J. BARON, *Zur Legisactio per iudicis arbitrive postulationem*, cit., 45 ss.; ID., *Die Conditionen*, cit., 187 e 195. Nello stesso senso, sulla base di quanto si legge in Gai 4.19, v. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 762. Diversamente si era espresso invece J.CHR. HASSE, *Ueber das Wesen der actio*, cit., 54, nella più ampia cornice della convinzione secondo cui il campo di applicazione originario della *condictio*, di cui Gaio avrebbe perso memoria, sarebbe stato «das Einfordern eines Creditum» (*op. cit.*, 68). Una convinzione del

così come quello della *condictio certae rei* non corrispondeva a quello della *legis actio per conditionem ex lege Calpurnia*.<sup>76</sup>

Ogni dubbio sul fatto che nell'azione intentata da Fannio vada scorta un'*actio certae creditae pecuniae*, peraltro, è destinato a svanire riflettendo sulle ragioni per le quali Cicerone indicava come possibili fonti del credito vantato dall'attore solamente i tre atti che quest'ultimo avrebbe avuto poi l'onere di dimostrare in giudizio.<sup>77</sup> *Datio, expensio latio e stipulatio*, infatti, costituiscono la triade di atti per mezzo dei quali può essere attuata un'operazione di credito di una somma determinata di denaro, operazione che nel processo formulare è tutelata appunto con *actio certae creditae pecuniae*. Se Fannio avesse agito con un'azione diversa, Cicerone non avrebbe potuto dire che la sua difesa, in punto di diritto, poteva dirsi conclusa una volta dimostrato che la somma determinata di denaro oggetto della controversia non era dovuta in base a uno di questi tre atti.<sup>78</sup>

È su tale base che Cicerone aveva facile gioco nel dimostrare che nulla era dovuto all'attore da parte del suo assistito, giacché fonte del credito di *certa pecunia* dedotto in giudizio nel caso considerato non era un'operazione di credito. Dalla lettura complessiva dell'orazione, infatti, risulta che la somma richiesta da Fannio era dovuta in forza all'accordo transattivo seguito alla nomina come arbitro di Caio Pisone, secondo cui Roscio avrebbe pagato a Fannio la somma di 100 000 sesterzi.<sup>79</sup>

Nel momento in cui Fannio agiva per la seconda rata di questa somma, pari a 50 000 sesterzi,<sup>80</sup>

genere si ritrova, più di recente, in D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, 97 s.; ID., *The History of the Roman Condictio up to Justinian*, in N. MACCORMICK-P. BIRKS (a cura di), *The legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford 1986, 165 s., a parere del quale l'astrattezza della *legis actio per conditionem*, applicabile in origine a pretese in denaro nate dal mutuo informale, si sarebbe estesa in via interpretativa dapprima ai casi nei quali il mutuo sarebbe nato in virtù di *stipulatio* o *nomina transscripticia* (come testimoniato per l'età ciceroniana dall'orazione in difesa dell'attore comico Roscio), e in seguito anche ai casi di pagamento di indebito.

<sup>76</sup> La *legis actio per conditionem ex lege Calpurnia*, infatti, si applicava anche ai crediti di *certa res* diversi da quelli nati da mutuo, che potevano avere per oggetto solamente *res quae pondere numero mensura constant*. Diversamente, nel quadro della sua ricostruzione (per la quale v. *supra*, § 4, nt. 39 e § 8, nt. 75), J. CHR. HASSE, *Ueber das Wesen der actio*, cit., 54.

<sup>77</sup> In questo senso v. già, cautamente, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 766.

<sup>78</sup> Cfr. Cic., *pro Rosc.* 5.14: ...*Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controuersiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse uidear cur secundum Roscium iudicari debeat.*

<sup>79</sup> Cic., *pro Rosc. com.* 13.38: ...*Tu, Piso; tu enim Q. Roscium pro opera ac labore, quod cognitor fuisset, quod uadimonia obisset, rogasti ut Fannio daret HS I hac condicione ut, si quid ille exegisset a Flauio, partem eius dimidiam Roscio dissolueret* tell. In argomento cfr. PH. E. HUSCHKE, *Rec. a A. SCHMIDT, M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo*, cit., 484 s. e 486; più di recente, M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., 93.

<sup>80</sup> A giudizio di C. A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 192 ss. (= *Scritti scelti*, II, cit., 629 s.), l'azione intentata da Fannio avrebbe avuto come oggetto la somma di 100 000 sesterzi, giacché questa somma, e non quella di 50 000 sesterzi, risulterebbe dovuta in base a quanto si legge nelle prime battute della parte superstita dell'orazione (Cic., *pro Rosc. com.* 1.4). Tale idea, che in realtà non è nuova, non tiene conto del fatto che, se la somma di 100 000 sesterzi cui si allude in questo punto del discorso è quella che Roscio avrebbe dovuto a Fannio, la metà di essa era stata pagata da Roscio (Cic., *pro Rosc. com.* 17.51), sicché Fannio aveva agito con *condictio* per la seconda rata, che era per l'appunto la somma di 50 000 sesterzi cui si riferisce il resto dell'orazione (Cic., *pro Rosc. com.* 4.11; 8.22-24). Ciò era stato puntualmente rilevato

egli avrebbe dovuto intentare un'azione che aveva per oggetto una *certa pecunia*, ma non una *certa pecunia credita*.<sup>81</sup>

La strategia difensiva di Cicerone, in altri termini, poteva giovargli di un errore compiuto dall'attore quando aveva intentato un'azione come l'*actio certae creditae pecuniae* che avrebbe richiesto sul piano probatorio la dimostrazione di una delle tre cause da cui poteva nascere una *certa credita pecunia*. Proprio perché aveva ricordato che era stata prestata la *sponsio tertiae partis*, che era caratteristica esclusiva dell'*actio certae creditae pecuniae*,<sup>82</sup> Cicerone poteva affermare di non vedere in quale altro modo sarebbe stato possibile chiedere in giudizio una somma determinata di denaro.<sup>83</sup>

da PH.E. HUSCHKE, Rec. a A. SCHMIDT, *M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo*, cit., 484 s.; G.F. PUCHTA, *Ueber den der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall*, in RhM 5, 1833, 322 ss. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 278 ss.); M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 810 s.; J. BARON, *Der Process*, cit., 126 e 129, proprio per criticare il fondamento di un'idea analoga a quella ora sostenuta da Cannata, ma già espressa in tempi passati da Schmidt (cfr. anche E. COSTA, *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna 1899, 33 s. e 35 s.; M. VON SCHANZ-C. HOSIUS, *Geschichte*, I<sup>4</sup>, cit., 416).

Per certi versi brillante, ma non del tutto aderente ai dati che risultano dalla parte superstite dell'orazione, appare la ricostruzione complessiva dei fatti di causa tentata da Cannata per sostenere che Fannio avrebbe agito in giudizio basandosi su un'avvenuta *expensi latio* compiuta allo scopo di novare una precedente obbligazione nata da una *stipulatio*, ma sottoposta a una condizione per lui non vantaggiosa. La *restipulatio* di cui si discorre in Cic., *pro Rosc. com.* 13.38 (v. nt. prec.), difatti, non deve intendersi necessariamente come una promessa compiuta da Fannio sul presupposto che Roscio avesse a sua volta promesso con *stipulatio* la somma di 100 000 sesterzi; nel caso di specie, infatti, essa si configurava come un atto simmetrico a una *datio* (cfr. J. BARON, *Der Process*, cit., 129; V. ARANGIO-RUIZ, *Introduzione*, cit., 297, che parlava correttamente di «*datio* da una parte, *repromissio* dall'altra»). D'altra parte, dal modo in cui si esprime Cicerone in questo punto del discorso non può nemmeno desumersi con sicurezza, come presupposto da Cannata, che la condizione «*si quid ille exegisset a Flauio, partem eius dimidiam Roscio dissolueret*» fosse sospensiva, e non risolutiva. L'idea, ora rinverdata da Cannata, che anche Roscio si fosse obbligato con *stipulatio* a pagare 100 000 sesterzi a Fannio, era stata sostenuta già da G.F. PUCHTA, *Ueber den der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall*, cit., 326 (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 278 s.), ma efficacemente rintuzzata da M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 812 nt. 21, sulla base del condivisibile rilievo che se una stipulazione del genere fosse stata realmente conclusa, Saturio non avrebbe mancato di indicarla all'atto della *editio instrumentorum*. Contro l'opinione che Fannio avesse agito in base a una *stipulatio* v. già PH.E. HUSCHKE, Rec. a A. SCHMIDT, *M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo*, cit., 486 s.

<sup>81</sup> Non può seguirsi R. VON MAYR, *Die Condictio*, cit., 73, quando, partendo dal presupposto che l'azione intentata da Fannio fosse una *condictio* (anziché la particolare applicazione della *condictio certae pecuniae* nascente da un'operazione di mutuo), sostiene che la formula di tale azione poteva impiegarsi solamente per i tre casi indicati da Cicerone – *datio*, *expensi latio* o *stipulatio* – e pertanto non avrebbe potuto trovare applicazione né in relazione al *furtum*, né in relazione alle cosiddette *condictiones sine causa*. Che la *condictio ex causa furtiva* fosse conosciuta dai *ueteres*, peraltro, risulta senza incertezze dalla discussione riferita in D. 13.1.20 (Tryph. 15 *disp.*). Sul punto v. anche F. DE VISSCHER, *La condictio et Le système de la Procédure formulaire*, Gand-Paris [1923], 57 s. e 79 s.

<sup>82</sup> Cfr. *supra*, § 7.

<sup>83</sup> Cic., *pro Roscio com.* 4.13: «...*iam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quem ad modum certam pecuniam petere possit non reperio*. Sulla rilevanza di questo punto dell'orazione per individuare l'azione con cui Fannio aveva agito aveva già richiamato l'attenzione J. BARON, *Der Process*, cit., 133 s.; ID., *Die Conditionen*,



9. Solo se accompagnata dalle azioni nascenti da *sponsio et restipulatio tertiae partis*, allora, la formula della *condictio certae pecuniae* sarebbe stata – come nel caso documentato da TPSulp. 31 – quella di un’*actio certae creditae pecuniae*. Ma con tale formula si poteva agire anche per pretese nate da una *stipulatio* qualsiasi, e dunque anche in base a una *stipulatio* non riconducibile a operazioni di credito.

Ciò risulta da un principio riferito in un passo di Ulpiano che si conosce nella versione giustiniana tramandata in

D. 12.1.24 (Ulp. *l. s. pand.*): *Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione persequi debet, per quam certum petitur.*<sup>84</sup>

Lo stesso principio si trova ribadito in un passo delle Istituzioni di Giustiniano in cui, forse in armonia con l’idea per cui le obbligazioni sono ‘madri delle azioni’,<sup>85</sup> si insegna che

cit., 156, il quale a tale riguardo aveva riconosciuto che la *sponsio tertiae partis* avrebbe conferito alla *condictio certi* un tratto del tutto peculiare («ein individuelles Gepräge»), salvo poi continuare a pensare che tale azione avrebbe comunque conservato il suo carattere ‘astratto’. È significativo, tuttavia, quanto osservato dallo stesso Baron in uno studio precedente, nel quale aveva notato che la conclusione della *sponsio tertiae partis* avrebbe reso evidente che l’azione intentata non sarebbe stata ‘astratta’, ma basata su un *creditum*; cfr. J. BARON, *Zur Legisactio per iudicis arbitrive postulationem*, cit., 52: «Ich darf deshalb über die sponsio tertiae partis eine Vermuthung wagen, nämlich dass in ihr eine Wiederannäherung der Condictio certi an die übrigen Klagen lag; denn wenn sie eingegangen wurde, so ward es offenbar, dass die angestellte Klage keine abstracte sein, sondern auf Creditum (sei es im Sinne Ciceros oder seines Gegners) gestützt werden sollte.»

Per mantenersi fedele alla propria idea della *condictio* come azione ‘astratta’, Baron si trovava costretto a interpretare il punto del discorso in cui Cicerone passava dall’*oratio necessaria* all’*oratio uoluntaria* (Cic., *pro Rosc. com.* 5.15) non quale momento di cesura fra due parti diverse dell’orazione, come correttamente intuito da [K.A.D.] UNTERHOLZNER, *Ueber die Rede des Cicero für den Schauspieler Q. Roscius und über die litterarum obligatio insbesondere*, in ZGR 1, 1815, 249 e nt. 1, e da G.F. PUCHTA, *Ueber den der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall*, cit., 319 s. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 275 s.), ma come un’articolazione interna alla *narratio*. Ad avviso di Baron, pertanto, anche la parte del discorso in cui Cicerone sosteneva che nulla Roscio doveva a Fannio in base a cause diverse dalle tre da cui sarebbe nata una *pecunia certa credita*, dovrebbe spiegarsi con la ‘astrattezza’ della *condictio* (J. BARON, *Der Process*, cit., 136; ID., *Die Conditionen*, cit., 159 s.). Questa conclusione è stata criticata, seppur in modo non del tutto efficace, da E. COSTA, *Le orazioni di diritto privato*, cit., 38. Al riguardo, semmai, può rilevarsi che anche nella *pro Roscio comoedo* Cicerone ha seguito uno schema, riscontrabile in altre sue orazioni, nel quale la struttura della difesa è impostata in modo che a un argomento strettamente giuridico è fatto seguire un argomento retorico che mira all’assoluzione del convenuto (sul punto v. M. VARVARO, *Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell’orazione di Cicerone a favore di Milone*, in AUPA 56, 2013, 241, con altra letteratura). Sulla scorta di questa considerazione, pertanto, non si può ritenere che l’*oratio uoluntaria* svolta in favore di Roscio fosse fondata su ragioni di carattere squisitamente giuridico, riconducibili alla ‘astrattezza’ della *condictio*, e bisogna concordare con gli studiosi che in essa hanno scorto la *narratio* dell’orazione (cfr., per esempio, M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 823). Di diversa opinione, ma senza alcuna motivazione né rinvio al pensiero di altri autori, R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 144, il quale si è mostrato convinto del fatto che l’orazione in favore dell’attore comico Roscio sarebbe pervenuta priva non solo dell’*exordium*, ma anche della *narratio*.

<sup>84</sup> Anche questo passo non era sfuggito all’attenzione di Baron nell’ambito della dimostrazione della sua tesi per la quale la *condictio* formulare si sarebbe caratterizzata per la sua ‘astrattezza’: v. J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 4.

<sup>85</sup> L’espressione ‘μητέρες ... τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί’ ricorre in PT. 3.13 pr. Sul passo v. G. FALCONE, *Il*

dalla *obligatio uerbis* contratta a mezzo di *stipulatio* nascono, a seconda del tipo di *stipulatio* (*certa* o *incerta*), tanto la *condictio* quanto l'*actio ex stipulatu*:

I. 3.15 pr.: *Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fieriue nobis stipulamur. ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta rell.*<sup>86</sup>

In realtà, l'aggettivo '*condicticia*' che in D. 12.1.24 qualifica il sostantivo '*actio*', e che ricorre esclusivamente in altre fonti dell'età giustiniana,<sup>87</sup> potrebbe non essere classico, in quanto sembra riecheggiare il modo in cui la *condictio* è indicata nelle fonti bizantine (ὁ κονδικτικός). A ragione, pertanto, su di esso si sono appuntati da tempo i sospetti degli studiosi che se ne sono occupati.<sup>88</sup> Ciò non implica, tuttavia, che il testo di Ulpiano riferito nella versione giustiniana non sia genuino nella sostanza, e che pertanto in età classica non si agisse con *condictio* per far valere in giudizio pretese di *certum* nate da una *stipulatio*.

Pure la *condictio* da applicare per una *certa pecunia* che non fosse *credita* era erede della *legis actio per conductionem ex lege Silia*, e dunque non menzionava nella formula la fonte del DARE OPORTERE. In tale applicazione, tuttavia, la *condictio* non risultava indirettamente

*metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, in AUPA 45.1, 1998, 362 ss., con altra letteratura.

<sup>86</sup> La prima parte di questo testo, fino a '*stipulamur*', deriva dal secondo libro delle *Res cottidianae* di Gaio: v. D. 44.7.1.7 (Gai. 2 *aur.*). Cfr. anche PT. 3.15 pr., su cui v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 112 s.

<sup>87</sup> D. 12.2.13.2 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 12.4.7 pr. (Iul. 16 *dig.*); D. 24.1.55 (Paul. 6 *quaest.*); I. 3.14.1; I. 4.6.24-25; C. 8.54(55).3 pr. (Diocl. et Max., a. 290). Poiché il rescritto diocleziano è stato tramandato in una versione più ampia anche in FV. 286 (Diocl. et Max., a. 290), J.L. MURGA, *La actio condicticia ex lege: una acción popular justiniana*, in RIDA 15, 1968, 363 s. nt. 23, ha ritenuto che espressioni come '*actio condicticia*' o '*actio conductionis*' sarebbero caratteristiche già dell'età postclassica, oltre che giustiniana. Sennonché, il testo dei *Fragmenta Vaticana* considerato dallo studioso spagnolo è stato ricostruito dagli editori sulla base di quanto si legge in una versione di questa stessa costituzione tramandata anche dal Codice di Giustiniano. L'espressione '*condicticia actio*', tuttavia, non trova un riscontro nel foglio del palinsesto vaticano, che è mutilo (Q. XXVIII. 6a): cfr. l'apografo del foglio in *Codicis Vaticani N. 5766 in quo insunt iuris anteiustiniani fragmenta quae dicuntur Vaticana exemplum addita transcriptione notisque criticis edidit Th. Mommsen. Ex commentationibus Regiae Academiae Scientiarum Berolinensis a. MDCCCLIX.*, Berolini 1860, 358. Per questa ragione non sarebbe corretto trarre la conclusione che a discorrere di '*condicticia actio*' fosse già la cancelleria dei tetrarchi.

<sup>88</sup> Cfr. [O. LENEL,] *Palingenesia iuris civilis. Iurisconsultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit Otto Lenel*, II, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), col. 1013 [Nr. 2360] e nt. 2; Id., *EP*<sup>3</sup>, cit., 233 nt. 2; J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*, XVII. *Apud Ulpianum ex stipulatione non nasci conductionem*, in *Mnemosyne* 20, 1892, 113; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III.1, Halle 1892 (rist. Aalen 1963), 225 nt. 2; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen 1911, 63; J. PARTSCH, *Studien zur Negotiorum Gestio I.*, Heidelberg 1913, 53 nt. 2; P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris 1974, 286 s.; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, 116 s.; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, 286; J.C. VAN OVEN, *Les actions issues de la stipulation*, cit., 403; O. BEHREND, *Der Zwölfstafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen 1974, 100 e nt. 374; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conductiones giustinianee*, Milano 2002, 31 s. nt. 62.

‘causalizzata’ dal fatto di essere accompagnata dalle azioni nate dalla prestazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.

Era la mancata menzione all’interno del modello del programma di giudizio, allora, che apriva la strada a una vasta applicazione della *condictio* formulare e che permette di comprendere su quali basi potesse poggiare la dottrina dei *ueteres*, approvata da Sabino e ancora seguita da Celso nel corso dell’età classica, secondo cui oggetto di *condictio* poteva essere tutto ciò che si trovasse presso taluno ‘*ex iniusta causa*’.<sup>89</sup>

La formazione, forse nell’ultimo secolo dell’età repubblicana,<sup>90</sup> di un apposito titolo edit-tale ‘*De rebus creditis*’, nell’ambito del quale furono attratte le due formule della *condictio ex lege Silia* e di quella *ex lege Calpurnia*, consentì di far emergere la *causa credendi* dal più ampio e indifferenziato seno della *condictio certae pecuniae* e della *condictio certae rei*.<sup>91</sup>

Il nome stesso di tale titolo, del resto, rinviava a un’idea che non si limitava a richiamare l’attenzione sull’aspetto che riguardava l’oggetto delle due formule, caratterizzato dalla determinatezza (*certa pecunia* o *certa res*), bensì su quello della loro fonte, riconducibile appunto alla nozione di ‘*res credita*’.

La sistemazione finale del titolo ‘*De rebus creditis*’, in questa prospettiva, costituirebbe il punto di arrivo di un’evoluzione della quale non è difficile intuire le ragioni. Al suo interno, infatti, si rifletterebbe l’avvenuto compimento di un fenomeno di sostanzializzazione delle cause in base alle quali si poteva agire con *condictio*,<sup>92</sup> cause riconducibili non già alla categoria delle *obligationes re contractae*, bensì alla nozione del *credere* edit-tale.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Perpetuo Sabinus probauit ueterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.* Come attestato dalle fonti, del resto, in un’età antecedente a Proculo anche pegno e comodato, sprovvisti di un’autonoma tutela, erano ancora protetti con *condictio*. In argomento v. R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in AUPA 32, 1971, 381 s.; P. FREZZA, *Rec.* a R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in SDHI 38, 1972, 354 (= *Scritti*, III, Romae 2000, 56).

<sup>90</sup> Per l’individuazione del periodo in cui fra il I secolo a.C. e il I secolo d.C. si sarebbe formato il titolo edit-tale ‘*De rebus creditis*’ v. gli autori citati in M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 104 nt. 363. A far pensare che il titolo si sia formato nella seconda metà dell’ultimo secolo dell’età repubblicana è la constatazione che proprio in questo periodo si comincia a discorrere nelle fonti di ‘*pecunia certa credita*’ (v. *supra*, § 8, nt. 71) e di ‘*actio certae creditae pecuniae*’ (v. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 234 nt. 1; U. ROBBE, *L’autonomia dell’actio certae creditae pecuniae*, cit., 40 ss.).

<sup>91</sup> Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 196.

<sup>92</sup> Al riguardo va ricordata l’opinione di R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 381 s., secondo il quale la sistemazione definitiva del titolo edit-tale ‘*De rebus creditis*’ sarebbe «fondata, come si conviene ad una nozione relativa a una sistemazione edit-tale, su ragioni di natura processuale» e risalirebbe a un’epoca nella quale anche pegno e comodato erano protetti, come il mutuo, dalla *condictio*. In un analogo ordine di idee si inquadra la convinzione espressa più di recente da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 129 ss., secondo cui il nucleo attorno al quale dovette formarsi tale titolo dell’editto sarebbe costituito dalla «originaria possibilità di applicare la *legis actio per conditionem*».

<sup>93</sup> D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quoniam igitur multa ad contractus uarios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituumus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque uerbum ut generale praetor elegit.*

In questo ordine di idee, come ha messo in luce B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in AUPA 33,

A livello di sistematica tale fenomeno si sarebbe attuato – come si è detto – includendo nel titolo ‘*De rebus creditis*’ formule che, pur continuando a non indicare espresamente la *causa actionis* nell’*intentio* modellata sul DARE OPORTERE della *legis actio per conditionem*, si prestavano a far emergere il profilo causale connesso alle operazioni di credito in virtù della applicazione di *ius iurandum in iure* e *sponsio et restipulatio tertiae* (o *dimidiae*) *partis*.<sup>94</sup>

Queste formule, nondimeno, potevano impiegarsi per tutte le altre pretese che, seppur estranee a operazioni di credito, riguardassero una *certa pecunia* o una *certa res*. Anche in questi casi il profilo causale della *condictio* sarebbe emerso già nel corso della fase *in iure*, perché avrebbe escluso il ricorso a *ius iurandum in iure delatum* e a *sponsio et restipulatio tertiae partis*.<sup>95</sup>

10. L’attività svolta dalle parti innanzi al magistrato prima della *litis contestatio*, che assumeva rilievo per stabilire se ricorresse o meno un’ipotesi nella quale trovavano applicazione *ius iurandum in iure delatum* e *sponsio et restipulatio tertiae partis*,<sup>96</sup> avrebbe preso spunto dall’*editio actionis*<sup>97</sup> compiuta dall’attore e dalla connessa *editio* degli *instrumenta*

1971, 5 ss., si riuscirebbe a spiegare in modo convincente per quali ragioni nel titolo ‘*De rebus creditis*’ non fossero ricomprese anche le formule per la tutela del deposito, da cui pure nasceva un’*obligatio re*. Meno persuasiva appare la diversa spiegazione suggerita da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 133 ss., secondo cui la diversa collocazione edittale delle formule che tutelavano il deposito si spiegherebbe in ragione del fatto che nel caso del deposito non ricorrerebbe una nozione di ‘*certum dare oportere*’ che si sarebbe caratterizzata anche in relazione all’aspetto della nascita dell’obbligazione. Nei confronti di questa nozione, infatti, possono avanzarsi alcune riserve (v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 137 ss.) che scalgano alla base l’idea secondo cui il titolo edittale ‘*De rebus creditis*’ si sarebbe formato intorno a un nucleo di strumenti che presupponevano la ‘certezza’ della «nascita di una posizione debitoria» in capo al debitore.

<sup>94</sup> Al riguardo v. *supra*, § 7.

<sup>95</sup> Con la ricostruzione proposta ben si coordina la determinazione del campo di applicazione originaria del *ius iurandum in iure* suggerita da B. BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 25, in ciò seguito da E. BETTI, *L’effetto della ‘confessio’ e della ‘infittatio certae pecuniae’ nel processo civile romano*, in *Atti della Reale Acc. delle Scienze di Torino* 50, 1914-1915, 710 s. nt. 3. Secondo Biondi, infatti, il testo di Ulpiano che riferisce la clausola edittale sul giuramento avrebbe riguardato nella sua stesura originaria solamente la *certa pecunia credita*, sicché il passo riferito in D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 *ad ed.*) andrebbe così restituito: *Ait praetor: ‘eum a quo [iusiurandum] <certam pecuniam creditam> petetur, soluere aut iurare cogam’*. Al riguardo rileva anche quanto si afferma in uno scolio di Stefano (Sch. *ad B.* 22.5.34), da leggersi in connessione a D. 13.3.1 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*), da cui può desumersi un’applicazione del giuramento originariamente limitata alla *certa numerata pecunia* e alla *constituta pecunia*. In argomento v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 161 ss., con richiamo alla precedente letteratura in argomento cui *adde* ora J.D. HARKE, *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*, Berlin 2013, 117 ss.

<sup>96</sup> Cfr. *supra*, nel testo, § 7.

<sup>97</sup> Sulla rilevanza di questa attività, sulle discussioni concernenti la necessità o meno di una duplicità di *editio actionis* (per tacere sull’idea di una triplicità dell’*editio* immaginata da Wlassak) nonché la possibilità di intendere questo atto con riferimento alla formula o all’azione, v. A.W. HEFFTER, *Institutionen des römischen und teutschen Civil-Processes*, Bonn 1825, 277; *Id.*, *System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts*<sup>2</sup>, Bonn 1843, 353; A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte. Zum akademischen Gebrauch*, II. *Rechtspflege*, Leipzig 1859, 228 s.; P. KRÜGER, *Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses*,

di cui costui intendeva servirsi innanzi al giudice.<sup>98</sup> Da questo punto di vista l'*editio instrumentorum* si sarebbe profilata come «un'integrazione» dell'*editio actionis* che «poteva completare quel che dalla formula edita non appariva» anche nei casi in cui «questa formula fosse astratta».<sup>99</sup>

Pure da tale complesso di attività che precedeva la *litis contestatio*, infatti, il convenuto avrebbe potuto desumere quale fosse il fondamento dell'azione, e vagliare di conseguenza non solo a quale titolo, ma anche con quali possibilità di successo l'attore avrebbe cercato di dimostrare al giudice il fondamento della propria pretesa. Solo su queste basi – è da pensare – il convenuto sarebbe stato posto nelle condizioni di valutare l'opportunità di resistere o meno nei confronti dell'azione intentata dall'attore (*utrum cedere an contendere ultra*),<sup>100</sup> e di stabilire se effettuare *confessio in iure* o, nel caso di *actio certae creditae pecuniae*, decidere quale atteggiamento gli convenisse tenere in ordine alla prestazione del *ius iurandum in iure*.

Sulla scorta del complesso delle informazioni rese note a partire dall'*editio actionis* e dall'*editio instrumentorum*, inoltre, sarebbe stato possibile procedere a eventuali *interrogationes in iure* per valutare profili connessi alla legittimazione ad agire e, una volta '*instructus ad agendum*', il convenuto avrebbe potuto richiedere al magistrato di anteporre

Leipzig 1864, 62 ss.; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 211 ss.; E.I. BEKKER, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, II. *Prätorisches richterliches kaiserliches Recht*, Berlin 1873, 229 ss.; J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 233 ss.; F.L. VON KELLER-A. WACH, *Der römische Civilprocess und die Aktionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*<sup>6</sup>, Leipzig 1883, 249 ss.; M. WLISSAK, *Die Litiscontestatio im Formularprozess*, Leipzig 1889, 50 ss.; ID., *Die klassische Prozeßformel. Beiträge zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien-Leipzig 1924, 72 ss.; R. SCHOTT, *Das Gewähren des Rechtsschutzes im Römischen Civilprozess*, Jena 1903, 33 ss.; L. WENGER, v. '*Editio*', in PW 5, Stuttgart 1905, coll. 1960 ss.; ID., v. '*Formula*', in PW 6, Stuttgart 1909, col. 2861; ID., *Institutionen*, cit., 95 s.; O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 59 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, 1, Milano 1963, 353 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II. *Il processo formulare*, Torino 1982, 139 ss.; I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 196 ss.; A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo*, in ZSS, R.A. 112, 1995, 1 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*<sup>2</sup>, cit., 220 s.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, 7 ss.

<sup>98</sup> Cfr. D. 2.13.1.3 (Ulp. 4 ad ed.): *Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen ut et instrumenta, quibus quis usus non est, compellatur edere*. Sull'*editio instrumentorum* e sulla nozione di *instrumenta* v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, cit., 361 ss.; A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo*, cit., 25 ss.; cfr. anche, più di recente, N. DONADIO, '*Praejudicia*' e '*divisio actionum*', in L. GAROFALO (a cura di), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca, I, Padova 2011, 481 s.

<sup>99</sup> L'espressione è di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, cit., 365. Sul punto v. anche P. KRÜGER, *Processualische Consumtion*, cit., 63 s.; H. DERNBURG, *Pandekten*, I, cit., 295 nt. 1.

<sup>100</sup> D. 2.13.1 pr. (Ulp. 4 ad ed.): *Qua quisque actione agere uolet, eam edere debet: nam aequissimum uidetur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, ueniat instructus ad agendum cognita actione qua conueniatur*. Il significato di questo passo è stato fortemente svalutato da J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 235 s., sulla base del convincimento che nel caso di un'azione 'astratta' come la *condictio* (o come l'*actio in rem non expressa causa*) l'*editio actionis* non avrebbe dovuto comportare in alcun caso un cenno alla *causa petendi*: a suo giudizio, infatti, solo la mentalità moderna, ma non quella romana, pretenderebbe che il convenuto sia edotto anche sulla *causa actionis* perché sia posto nelle condizioni di assumere una decisione sull'opportunità di continuare o meno la lite.

alla formula *praescriptiones pro reo* o di inserire in essa eccezioni<sup>101</sup> (anche *in factum*) o altre *adipciones* che gli avrebbero permesso di ottenere l'assoluzione<sup>102</sup> se ritenute fondate *apud iudicem*.<sup>103</sup>

Può credersi, infatti, che la *postulatio* di un'*exceptio* presupponesse che il convenuto conoscesse su quali ragioni fosse basata la richiesta dell'attore,<sup>104</sup> anche quando tali ragioni si fondassero su un atto che avesse a sua volta una '*causa remota*'.<sup>105</sup>

Pure dalla lettura dell'orazione in difesa di Roscio si desume che le ragioni su cui Fannio basava la propria richiesta erano quelle legate alla indicazione degli *instrumenta* che a suo giudizio ne avrebbero provato il fondamento.<sup>106</sup>

<sup>101</sup> Al riguardo non bisogna dimenticare che la *condictio* non era un'azione di buona fede, sicché il giudice avrebbe potuto tenere conto di elementi che avrebbero condotto all'assoluzione del convenuto solo se costui si fosse dato carico di fare inserire nel programma di giudizio determinate eccezioni, come per esempio l'*exceptio doli*, l'*exceptio metus*, o l'*exceptio pacti conuenti*.

<sup>102</sup> In tal senso v. le osservazioni svolte da E.I. BEKKER, *Zur Lehre von Conditionen*, cit., 95 s.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 766; U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., 139.

<sup>103</sup> Al riguardo può pensarsi che anche il convenuto dovesse compiere l'*editio* degli *instrumenta* posti a fondamento delle proprie difese. Sul punto, infatti, si può concordare con le conclusioni di U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 105 ss., secondo cui sarebbe stato onere del convenuto provare i fatti estintivi della pretesa dell'attore e quelli a fondamento di eventuali eccezioni.

Può ipotizzarsi che quanto meno in sede di *postulatio* dell'eccezione il convenuto fosse tenuto a indicare i documenti su cui essa si fondava; in questo senso v. D. MANTOVANI, *Rec. a U. BABUSIAUX, Id quod actum est*, cit., 574, il quale nel prospettare tale possibilità ha ritenuto che essa rientrerebbe «nel reame delle mere congetture». In realtà, se si riflette ancora una volta sulla circostanza che in caso di *actio certae creditae pecuniae* tanto l'attore quanto il convenuto si sarebbero esposti al pagamento di una pena processuale elevata per il caso di soccombenza (v. *supra*, § 7), è ragionevole pensare che anche sul convenuto gravasse l'onere di porre l'attore nelle condizioni di vagliare attentamente l'opportunità di non arrivare alla *litis contestatio*. In senso contrario v. L. WENGER, v. '*Editio*', cit., col. 1966.

<sup>104</sup> Poteva accadere, per esempio, che il convenuto chiedesse l'inserimento di un'*exceptio doli mali* nel programma di giudizio per evitare di essere condannato in base a un'azione esperita dall'attore per una somma di denaro che era stata stipulata *credendi causa*, ma in relazione alla quale non era poi avvenuta la *numeratio* della *pecunia* (Gai 116a). In questo caso il convenuto doveva sapere che l'*actio certae creditae pecuniae* intentata dall'attore aveva come fonte proprio una *stipulatio*, perché tale *stipulatio* doveva essere oggetto dell'*editio instrumentorum* (arg. ex Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2.13.1.4).

<sup>105</sup> Dalla lettura di un passo di Paolo può desumersi che tale *postulatio* potesse riconnettersi alla valutazione della '*causa remota*' (o '*causa pristina*') dell'atto posto a fondamento di quanto richiesto in giudizio dall'attore. Così, nel caso di *stipulatio* conclusa *ob turpem causam*, la *postulatio* di un'*exceptio doli mali* si sarebbe basata sulla causa della *stipulatio*, ossia sulla *turpitude*; cfr. D. 12.5.8 (Paul. 3 *quaest.*): *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamuis, si petat, exceptione doli mali uel in factum summouere eum possis, tamen si solueris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitude, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorum esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.*

Sulla rilevanza diretta o indiretta della cosiddetta '*causa remota*' v. E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 244 s., che in proposito rinviava alla nozione elaborata dai Glossatori. In argomento v. da ultimo CHR. ALTHAMMER, *Streitgegenstand und Interesse. Eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff*, Tübingen 2012, 257.

<sup>106</sup> Dalle prime battute della parte superstite dell'orazione ciceroniana, difatti, risulta che Fannio indicava come prova del credito vantato nei confronti di Roscio solamente i propria *aduersaria* (Cic., *pro Rosc. com.*

A tali ragioni, dunque, egli doveva aver fatto riferimento ancor prima della *litis contestatio*.<sup>107</sup>

Era nella fase che precedeva la *litis contestatio*, del resto, che il dialogo fra attore e convenuto dava vita alla *contentio* ‘*de constituendo iudicio*’.<sup>108</sup> Una *contentio* di questo genere doveva servire anche a chiarire con quale strumento<sup>109</sup> l’attore dovesse agire nelle ipotesi in cui si fosse trovato di fronte a più alternative. In tal caso, infatti, egli avrebbe potuto effettuare l’*editio* di due azioni accompagnandola alla dichiarazione di voler conseguire ciò che gli spettava in base a una di esse.<sup>110</sup> Solamente in seguito alla discussione *in iure* si sarebbe stabilito

2.5; 3.7). Questi erano i brogliacci giornalieri sui quali si era soliti appuntare in via provvisoria la somma che poi andava trascritta come partita nel *codex accepti et expensi* del creditore su *iussum* del debitore perché nascesse una *obligatio literis* che trovasse riscontro nel *codex accepti et expensi* del debitore; sul punto v., nella letteratura più recente, C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 173 e 198 ss. (= *Scritti scelti*, II, cit., 615 s. e 632 ss.). Si deve pensare che solamente questi *aduersaria*, di cui Cicerone negava ogni rilevanza ai fini della prova, ma non le *tabulae accepti et expensi*, dovevano essere stati oggetto di precedente *editio* da parte di Fannio; diversamente, ma sulla base di un’interpretazione non persuasiva dell’orazione ciceroniana, C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 201 s. (= *Scritti scelti*, II, cit., 635), il quale ha ritenuto che «in un primo tempo, Cicerone era convinto che la controparte avrebbe prodotto il *codex accepti et expensi* di Cherea con l’*expensilatio*». Dal testo dell’orazione, invece, si ricava proprio il contrario, e cioè che Cicerone fidava sul fatto che in tale *codex* non risultava segnata la partita relativa alla somma per cui Fannio agiva in giudizio.

Al riguardo, peraltro, va ricordato che la conclusione cui è giunto Cannata, secondo cui in età ciceroniana per la validità dei *nomina transcripticia* sarebbe bastata l’annotazione sugli *aduersaria*, non essendo richiesta necessariamente anche la trascrizione sul *codex accepti et expensi* (*op. cit.*, 203 ss. = *Scritti scelti*, II, cit., 636 ss.), era già stata sostenuta da Schmidt: sul punto v. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 817 nt. 35.

<sup>107</sup> Questa osservazione resta valida al di là del fatto che Cicerone, nell’ambito di un’impostazione retorica della difesa del convenuto, concentrasse l’attenzione sulla necessità dell’avvenuto compimento di uno dei tre atti – *datio*, *expensi litio* o *stipulatio* – da cui poteva nascere una pretesa fatta valere in giudizio con l’*actio certae creditae pecuniae* cui si riconnetteva la *sponsio tertiae partis*: v. *supra*, § 7.

<sup>108</sup> A darne notizia è Cic., *part. orat.* 99: *Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit aut iamne sit aut num iam esse desiderit aut illane lege, hisne uerbis sit actio quaeritur. Quae etiam si ante quam res in iudicium uenit aut concertata aut diiudicata aut confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habet pondus, cum ita dicitur: Plus petisti, sero petisti; non fuit tua petitio; non a me, non hac lege, non his uerbis, non hoc iudicio.*

Sulla rilevanza nel corso della fase *in iure* delle questioni ‘*an sit actio*’ e ‘*quae sit actio*’ in connessione alle «Untersuchungen bezüglich der Dinge quae veniunt in hanc actionem, der Einreden und Gegeneinreden», delle quali si sarebbe dovuto tenere conto *officio iudicis* o in base a parti da inserire nella formula, v. E.I. BEKKER, *Ueber das Princip der processualischen Consumption*, in ZSS, R.A. 21, 1900, 346 s., il quale però riteneva che nel processo formulare l’invocazione dei testimoni propria delle *legis actiones* sarebbe divenuta superflua (in senso contrario, però, v. *infra*, nel testo, e ntt. 111-112).

<sup>109</sup> Sulla base di una lettura congiunta di D. 44.7.37 pr. (Ulp. 4 *ad ed.*), in cui Ulpiano commentava l’*editio* ‘*De edendo*’, e D. 43.3.1.4 (Ulp. 67 *ad ed.*), trascritto nel testo, risulta che tali strumenti erano non solo le azioni, ma anche i *praeiudicia*, le stipulazioni pretorie e gli interdetti.

<sup>110</sup> Ciò risulta da D. 43.3.1.4 (Ulp. 67 *ad ed.*): *Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede uel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, siue quis pro herede uel pro possessore siue pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos uelle consequi quod nos contingit.* Su questo passo e sulla questione della sua genuinità

quale programma di giudizio, concordato dalle parti sotto la direzione del magistrato (ossia quale *iudicium*), sarebbe stato oggetto della *litis contestatio*.

Appare del tutto plausibile immaginare, pertanto, che il percorso che conduceva alla *litis contestatio*, incanalato in un solco tracciato dalle parti sotto la direzione del magistrato, si snodasse tenendo conto del tipo di operazione complessiva da cui era nata la pretesa dell'attore, e che ciò avvenisse anche nei casi in cui la fonte del DARE OPORTERE non fosse indicata espressamente all'interno della formula.

Come già intuito da Hugo Krüger, si può pensare che di questo percorso e delle ragioni addotte a fondamento della pretesa dell'attore conservassero memoria anche i testimoni invocati dalle parti una volta che il magistrato avesse rilasciato il *iudicium*.

Della partecipazione dei testimoni al processo formulare, del resto, assicura quanto si legge in

Fest.-Paul., *Contestari litem* (M. 57.18 = L. 50.14-15): *Contestari litem dicuntur duo aut plures aduersarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.*

Nell'ambito di questa testimonianza, infatti, il riferimento all'*ordinatio* di un *iudicium* permette di stabilire che l'attività del *litem contestari* si riferisse proprio al processo formulare,<sup>111</sup> e costituisce una base sufficientemente solida per pensare che le parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute nella formula di una *condictio* vadano poste in rapporto all'attività compiuta nella fase *in iure* in presenza dei testimoni che sarebbero poi stati invocati nella *litis contestatio*.<sup>112</sup>

11. Alla luce di quanto osservato, è da ritenere che nella fase *in iure* non fosse affatto irrilevante se il DARE OPORTERE di una *condictio* avesse come propria causa una *datio credendi causa*, una *datio soluendi causa*, una *datio ob rem*, una *datio donandi causa*, un *furtum* o un'altra possibile causa. Tali questioni dovevano assumere rilievo in ordine all'*agere* compiuto in vista della redazione del *iudicium* che sarebbe stato oggetto di *litis contestatio*.

possono vedersi PH. LOTMAR, *Zur Geschichte des Interdictum Quod legatorum*, in ZSS, R.A. 31, 1910, 104 e 148; M. WŁASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozeß*, cit., 125 ss., che riconosceva la possibilità che la *dictatio* alternativa di azioni fosse resa possibile grazie a un sistema di *praescriptiones*; O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 453 nt. 9; ID., *Miszellen*, in ZSS, R.A. 52, 1932, 283; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milano 1954, 393; M. KASER, *Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio*, in ZSS, R.A. 72, 1955, 97 nt. 28; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, cit., 360 nt. 104; N. BELLOCCI, «*Dictare actionem*» e «*iudicium dictare*», in *Labeo* 18, 1972, 343 ss.; I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive*, cit., 209 s. e nt. 76; A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo*, cit., 10 s.

<sup>111</sup> Cfr. già, in proposito, G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 167 s. e nt. q; H. KRÜGER, *Die Worte*, cit., 385; N. BELLOCCI, *La genesi della «litis contestatio» nel procedimento formulare*, Napoli 1965, 10 s. e 161 ss., secondo la quale nel primo periodo del processo formulare il *iudicium* oggetto della *litis contestatio* sarebbe stato ancora orale, e quando cominciò a essere scritto i testimoni sarebbero stati chiamati ad apporre i sigilli alle tavolette su cui era scritto il programma di giudizio.

<sup>112</sup> In tal senso si vedano le osservazioni di M. WŁASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozeß*, Leipzig 1889, 69 ss., con critica delle precedenti opinioni che avevano riferito il lemma alla *litis contestatio* delle *legis actiones*; G. JAHR, *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozeßbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren*, Köln-Graz 1960, 66; più di recente anche M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 76 nt. 40; 289; U. BABUSLAUX, *Id quod actum est*, cit., 18 s.



In questo ordine di idee va inquadrata la lettura di

D. 5.1.61 pr. (Ulp. 26 ad ed.): *Solemus quidem dicere id uenire in iudicium, de quo actum est inter litigantes: sed Celsus ait periculose esse ex persona rei hoc metiri, qui semper ne condemnatur hoc dicet non conuenisse. quid ergo? melius est dicere id uenire in iudicium non de quo actum est ut ueniret, sed id non uenire, de quo nominatim actum est ne ueniret.*<sup>113</sup>

È significativo che nel brano di Ulpiano, tratto da un libro del commentario *ad edictum* dedicato proprio alla *condictio*,<sup>114</sup> si parli dell'individuazione dell'oggetto del giudizio in relazione all'*agere* di entrambe le parti. Al riguardo occorre chiedersi se tale *agere* vada inteso con riferimento alla determinazione dell'*id quod uenit in iudicium* ai fini della consunzione processuale o piuttosto ai fini della determinazione del fondamento della pretesa oggetto dell'azione,<sup>115</sup> fondamento che sarebbe stato oggetto di prova innanzi al giudice.<sup>116</sup>

Interpretato nel primo senso, il passo attesterebbe che l'*agere* compiuto allo scopo di accordarsi sull'*id quod uenit in iudicium* fosse esclusivamente quello poi trasfuso nel programma di giudizio (ossia nella formula-*iudicium*) oggetto della *litis contestatio*. Ciò avrebbe comportato come conseguenza che l'inclusione o l'esclusione di determinate cause dell'azione avrebbe dovuto trovare puntuale riscontro nel programma di giudizio,<sup>117</sup> in modo da determinare l'estensione degli effetti consuntivi della *litis contestatio*.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> Sul passo – la cui interpretazione è stata spesso connessa a quanto si legge in D. 45.1.83.1 (Paul. 72 ad ed.) – nonché sulla questione della sua genuinità v. P. KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit., 65 s.; E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption im classischen römischen Recht*, Berlin 1853, 54 ss.; Id., *Die Aktionen*, I, cit., 330 e 344; H. KRÜGER, *Die Worte*, cit., 384; A. GUARNERI CITATI, *Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata*, in BIDR 33, 1923, 218 ss.; O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 237 e nt. 7; F. PRINGSHEIM, *Animus in Roman Law*, in LQR 49, 1933, 407 s. (= *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg 1961, 335 s.); G. PUGLIESE, *La «litis contestatio» nel processo formulare romano*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna 1953, 370 s. e 372 s. (= *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 144 s. e 146 s.); G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 75 nt. 38; G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 150 ss.; J.G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961, 50 nt. 85; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, 56 s.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 289 ss.; G. SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., 9 ss.; EAD., *Studi sulla litis contestatio*, cit., 95 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 580 nt. 29; M. MARRONE, *Due interessanti testi di Pomponio a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in J.-F. GERKENS ET AL. (a cura di), *Mélanges Fritz Sturm*, I, Liège 1999, 372 (= *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 694) nt. 19; L. PELLECCI, *La praescriptio*, cit., 387 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 13 ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 166 ss.; D. MANTOVANI, *Rec. a U. BABUSIAUX, Id quod actum est*, cit., 564 ss.

<sup>114</sup> Cfr. O. LENEL, *Paligenesia*, II, cit., col. 569 [Nr. 767].

<sup>115</sup> In proposito v. P. KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit., 64 ss.

<sup>116</sup> Sul punto v. E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption*, cit., 55 s.

<sup>117</sup> Alla luce di questa interpretazione si spiega come mai il brano ulpiano sia stato chiamato in causa in connessione al tema della *praescriptio*: v. P. KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit., 65 nt. 5; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 75 s. nt. 83; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 21 ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 168.

<sup>118</sup> Nella letteratura più recente il tema è stato affrontato specificamente da L. PELLECCI, *La praescriptio*, cit., 368 ss., nel quadro di una interpretazione della funzione da riconoscere alla *praescriptio* che precede la

Sennonché, a tale interpretazione potrebbe opporsi il rilievo che la rilevanza dell' *id ... de quo actum est* è considerata nel testo ulpiano in rapporto al pericolo, messo in luce da Celso, che il convenuto potesse dire che qualcosa non fosse stato oggetto del *uenire in iudicium* allo scopo di evitare la condanna (*ne condemnetur*). Un siffatto pericolo, tuttavia, sembra difficilmente conciliabile con una lettura che presupporrebbe un' *id ... de quo actum est* obiettivato in un documento scritto; sarebbe arduo, peraltro, immaginare che gli effetti consuntivi della *litis contestatio* potessero farsi dipendere dal comportamento del convenuto che, allo scopo di evitare la condanna, dicesse o negasse qualcosa in relazione all' *id ... de quo actum est*.

Sembra preferibile, dunque, una lettura che scorga in D. 5.1.61 pr. un riferimento a tutta quell'attività che, seppur compiuta prima della *litis contestatio*, svolgeva un ruolo determinante in vista del successo che l'azione avrebbe avuto nella fase *apud iudicem*.<sup>119</sup> È nella fase *apud iudicem*, infatti, che il convenuto avrebbe avuto un interesse concreto a negare l' *id ... de quo actum est* allo scopo di evitare la condanna. Ma questa stessa possibilità, considerata da Celso come un pericolo da evitare, avrebbe presupposto che un'eventuale negazione del convenuto circa l' *id ... de quo actum est* non fosse in qualche modo contraddetta da quanto risultava per iscritto nel programma di giudizio che era stato oggetto della *litis contestatio*.

L'espressione '*uenire in iudicium*' di D. 5.1.61 pr., a differenza dell'espressione '*in iudicium deducere*', andrebbe intesa allora con riferimento all'azione considerata anche nella sua 'kondemnierende Funktion', e non soltanto nella sua 'konsumierende Funktion'.<sup>120</sup>

12. A questo punto si riesce a comprendere per quale ragione Ulpiano ricordasse l'opinione di Celso secondo cui sarebbe stato pericoloso far dipendere dal convenuto la determinazione di ciò che era oggetto del processo. Proprio perché la formula di tale azione non doveva necessariamente indicare la causa per cui si agiva, essa andava desunta nei casi dubbi dall' *agere* dei litiganti.<sup>121</sup> Ove il convenuto avesse negato *apud iudicem* che una determinata causa potesse considerarsi come oggetto del giudizio ai fini della condanna, di ciò non si sarebbe potuto tener conto a meno che non fosse stato escluso espressamente (*id non uenire, de quo nominatim actum est ne ueniret*).

La soluzione riferita in D. 5.1.61 pr. induce a pensare che un obiettivo del genere potesse raggiungersi ricorrendo a *praescriptiones pro reo*, almeno fino a quando tali clausole da ante-

prima delle due formule di *condictio* tramandate in TPSulp. 31 che desta più di una perplessità (cfr. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., spec. 178 ss.). Anche secondo Pellicchi, in ogni caso, la questione della determinazione degli effetti della *litis contestatio* nei casi in cui si fosse agito con una formula 'astratta' come quella della *condictio* andava risolta considerando le «reali intenzioni delle parti, quali si potevano ricavare dal dibattito *in iure* e da una lettura d'insieme della formula» (L. PELLECCHI, *La praescriptio*, cit., 391).

<sup>119</sup> In tal senso v. G. SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., 10 nt. 20, la quale ha considerato il passo nella prospettiva che distingueva il profilo relativo alla possibilità di condannare il convenuto da quello concernente la possibilità di ammettere una seconda azione *de eadem re* (v. *supra*, § 3, nt. 25).

<sup>120</sup> Come si è ricordato (*supra*, § 3, nt. 25), la distinzione fra una 'kondemnierende Funktion' e una 'konsumierende Funktion' dell'azione – distinzione che trova riscontro nella distinzione fra '*in iudicium uenire*' e '*in iudicium deducere*' – era stata considerata rilevante da Levy ai fini della determinazione del concetto di *causa actionis*.

<sup>121</sup> Questo profilo è stato ben colto da U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 20. Sulla partecipazione del convenuto all' *agere* v. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*<sup>2</sup>, cit., 233 e nt. 15.

porre alla formula non furono soppiantate da corrispondenti eccezioni. Per mezzo di esse il convenuto avrebbe potuto limitare l'*actio* dal punto di vista della *causa actionis*.<sup>122</sup>

Tale idea risulta corroborata dalle informazioni che si leggono in

Gai 4.133: *Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque notauimus, omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur. olim autem quaedam et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio EA RES AGATVR, QVOD<sup>123</sup> PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT, quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat, ueluti cum singulas res petat; est enim iniquum per unius rei ...*<sup>124</sup>

Dalla parte superstite della trattazione gaiana dedicata alle *praescriptiones*, infatti, si ricava che una *praescriptio pro reo* poteva essere anteposta alla formula di una *rei uindicatio* esercitata in relazione a un singolo bene ereditario. Scopo della *praescriptio*, in un caso del genere, sarebbe stato quello di escludere che l'attore facesse valere il titolo di erede che, se riconosciuto nel corso del giudizio, avrebbe pregiudicato la causa ereditaria. La *praescriptio pro reo* attestata in Gai 4.133, dunque, avrebbe svolto una funzione in ordine alla determinazione delle cause che l'attore avrebbe potuto addurre in giudizio a fondamento della pretesa dedotta nell'*intentio*.<sup>125</sup>

Si trattava di una *praescriptio pro reo* che aveva una funzione schiettamente 'determinativa' della *res qua de agitur*<sup>126</sup> e che doveva trovare applicazione ogni qual volta la possibilità di un *praeiudicium* alla causa ereditaria si presentasse nel corso di un giudizio diverso dalla *hereditatis petitio* (*cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat*).

<sup>122</sup> In questo senso v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 168.

<sup>123</sup> Sulle ragioni che devono indurre a pensare che la lacuna del testo di Gai 4.133 vada integrata con 'QVOD', e dunque a ritenere che la *praescriptio pro reo* ricordata da Gaio fosse formulata con le parole 'EA RES AGATVR, QVOD PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT', anziché 'EA RES AGATVR, SI IN EA RE PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT' (come pure si è ritenuto a partire da Lachmann e come creduto anche da Wlassak), v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 147 ss., con letteratura; ID., *Der Gaius der Preußen*, in ZSS, R.A. 128, 2011, 256 ss.; U. MANTHE, *Gaio, il Veronese e gli editori*, in questo stesso volume.

<sup>124</sup> Sfortunatamente non si sa come proseguisse il discorso gaiano, perché a oggi non si è riusciti a leggere la *scriptura inferior* del f. 122u del palinsesto veronese: cfr. *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund. Accedit pagina codicis Veronensis photographice efficta*, Lipsiae 1874, 234. La pagina è di quelle *ter scriptae*, per le quali è probabile che la *scriptura ima* fosse stata cancellata a mezzo di raschiatura; sicché è difficile credere che anche in futuro sarà possibile far resuscitare tracce del testo gaiano sufficienti a farsi un'idea di quello che doveva essere il contenuto di questa pagina.

<sup>125</sup> In argomento sia consentito rinviare a M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., spec. 78 ss.; cfr. anche C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 28. A una funzione della *praescriptio pro reo* di Gai 4.133 diretta a limitare l'estensione della *deductio in iudicium* – funzione imparentata con quella della *praescriptio pro actore* – ha pensato in tempi recenti anche A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubestimmung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, München 2009, 95.

<sup>126</sup> Per l'idea che anche le *praescriptiones pro reo*, come quelle *pro actore*, svolgessero una funzione determinativa della *res qua de agitur* v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., *passim*, con discussione della letteratura precedente; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 159 s.

Se nella parte superstite della trattazione dedicata da Gaio alle *praescriptiones* si fa l'esempio di un attore che avesse agito con *rei vindicatio* per un singolo bene ereditario, un ulteriore esempio può ricavarsi da un passo del commentario di Gaio all'editto provinciale dal quale risulta che l'*exceptio* in cui si era mutata ai suoi tempi l'antica *praescriptio pro reo* ('*quae nunc in speciem exceptionis deducta est*') trovava applicazione nell'ambito del *iudicium familiae erciscundae*.<sup>127</sup>

È possibile pensare, inoltre, che questa stessa *praescriptio* – così come altre *praescriptiones pro reo* che si trasformarono in eccezioni pregiudiziali – potessero applicarsi a un *iudicium communi diuidundo*. Anche in un'azione del genere, infatti, era possibile addurre il titolo di erede fra quelli in base ai quali si chiedeva giudizialmente la divisione, sicché anche in questo caso, come in quello dell'*actio familiae erciscundae*, si sarebbe corso il rischio di arrecare un *praeiudicium* alla causa ereditaria.

In questa ottica si comprende bene come il compito di escludere *nominatim* dal giudizio determinate *causae actionis* potesse essere affidato a una *praescriptio* che nel tempo si trasformò in eccezione pregiudiziale.<sup>128</sup>

13. Dopo aver chiarito in quale misura l'attività svolta prima della *litis contestatio* dovesse avere un peso anche in relazione alla determinazione del profilo causale dell'azione, si può tornare a riflettere sul valore da riconoscere alle parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute in un programma di giudizio, come quello della *condictio*, che poteva non indicare il fondamento della pretesa dedotto nell'*intentio*.

Lungi dall'essere inutili, pleonastiche o incluse nella formula della *condictio* per ragioni meramente stilistiche,<sup>129</sup> tali parole dovevano svolgere una funzione che ben si spiega se si

<sup>127</sup> D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prouinc.*): *Quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem 'si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat'. quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque aduersarius ei condemnandus est.* In questo passo il discorso di Gaio è svolto in relazione agli effetti che l'eccezione pregiudiziale inserita nella formula avrebbe potuto avere sulla assoluzione o meno del convenuto, e non in relazione alla concessione o meno dell'eccezione da parte del magistrato, ossia in termine di 'escludere' o 'non nocere'. Diversamente R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 26 nt. 83, secondo il quale «l'*exceptio* che discenderà dalla *praescriptio* di cui parla Gai. 4, 133, sarà concessa dal pretore solo quando l'attore non sia in possesso del patrimonio ereditario: se invece egli è possessore, l'eccezione viene negata».

<sup>128</sup> In questa prospettiva può leggersi D. 10.3.13 (Ulp. 75 *ad ed.*): *In iudicium communi diuidundo omnes res ueniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne ueniat.* Al riguardo è forse opportuno precisare che scopo delle eccezioni pregiudiziali che soppiantarono le corrispondenti *praescriptiones pro reo* era quello di far intentare più azioni fra loro connesse in un certo ordine, a prescindere dalle questioni che si sarebbero poste in sede probatoria nell'ambito di tali azioni. Su un altro piano, invece, sembra essersi mosso R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 24, quando a proposito dell'eccezione pregiudiziale di cui si parla in D. 44.1.18 (Afr. 9 *quaest.*) ha ritenuto che «il giurista consiglia di inserire l'eccezione pregiudiziale *si in ea re qua de agitur praeiudicium praedio non fiat* al fine di obbligare *Ego* a provare prima con la *rei vindicatio* di essere proprietario del fondo Tiziano.»

<sup>129</sup> Cfr. *supra*, § 6, nt. 49.

immagina che esse rinviassero all'attività compiuta *in iure* dalle parti.<sup>130</sup> Di tale attività, e dunque anche della menzione delle ragioni addotte dall'attore a fondamento della propria pretesa già prima della *litis contestatio*,<sup>131</sup> doveva rimanere traccia nella memoria dei testimoni invocati dalle parti *ordinato iudicio*.<sup>132</sup>

Almeno a partire da quando, con la *lex Aebutia*<sup>133</sup> si riconobbero effetti civili alla *condictio* formulare, forse abolendo la *legis actio per conductionem*,<sup>134</sup> la clausola 'QVA DE RE AGITVR' presente nella formula della *condictio* doveva ancora svolgere una funzione immediatamente comprensibile per il giudice. Si può pensare a un'epoca nella quale la scrittura aveva già trovato riconoscimento nell'ambito del processo privato, consentendo di affidare a un documento scritto come la formula le istruzioni fondamentali per emanare la sentenza, e nondimeno caratterizzato ancora da residui dell'oralità propria delle *legis actiones*. Tali residui di oralità si manifestavano in una *litis contestatio* che ancora postulava l'invocazione solenne di testimoni. Presenti alla fase *in iure*, essi avrebbero potuto riferire *apud iudicem*, se necessario, tutti gli elementi non immediatamente desumibili dalla formula scritta, ma che si fossero rivelati utili per determinare più compiutamente quale fosse stato l'oggetto dell'*agere*.<sup>135</sup>

Può pensarsi che questo stato di cose si andò trasformando in progresso di tempo, a misura che la scrittura prese definitivamente il sopravvento sull'oralità, finché la *litis contestatio* – perso il significato originario di invocazione solenne dei testimoni da parte dei litiganti – si

<sup>130</sup> E, pertanto, non esclusivamente in funzione della determinazione degli effetti preclusivi della *litis contestatio*, come ritenuto da E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 641.

<sup>131</sup> Ragioni che, si può pensare, dovevano pur essere addotte *in iure* per ottenere la *datio iudicii* da parte del magistrato, e che nel caso di *actio certae creditae pecuniae*, per di più, sarebbero state certamente oggetto di seria considerazione per orientare la decisione delle parti in ordine alla prestazione del *ius iurandum in iure* e all'accettazione dei rischi propri di un'azione caratterizzata dal *periculum* connesso al pagamento delle somme dovute in forza di *sponsio et restipulatio tertiae partis* (cfr. *supra*, § 7).

<sup>132</sup> Cfr. *supra*, § 10.

<sup>133</sup> Questa legge può datarsi a un periodo compreso fra il 130 e il 95 a.C.: v. M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico «G. Boulvert» Copanello 5-8 giugno 1996*, Napoli 1999, 68 s. e 201 nt. 529. Per la citazione di ulteriore bibliografia sul punto v. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 159 nt. 59.

<sup>134</sup> Sullo stato della questione può vedersi, per tutti, M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 76 ss., con fonti e discussione critica della precedente letteratura.

<sup>135</sup> Allo stato delle fonti, infatti, non è dimostrabile che dell'attività compiuta *in iure* rimanesse traccia in documenti scritti. Sul punto v. G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 27 ss. (spec. 53 s. per le conclusioni). Per l'idea che la presenza dei testimoni che sarebbero stati invocati dalle parti nella *litis contestatio* avesse lo scopo di attestare tutto quanto avvenuto nella fase *in iure* v. F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich 1827, 2: «Die Zeugenaufufung bezog sich auf das so eben geschehene *ordinare iudicium*, d. h. auf das ganze in Jure vollzogene Verfahren»; v. anche 5: «die ganze Verhandlung in Jure geschah in Gegenwart von Zeugen, und den Schluß derselben machte die Contestatio aus, d. h. ein eigentliches Aufufen der Zeugen von Seite der Parteyen, über das, was sie jetzt gesehen hatten, künftig Zeugniß abzulegen, das heißt natürlich vor dem Judex, wenn es sich um Constatirung des in Jure geschehenen handeln werden.»

ridusse a un atto consistente nel *dare, dictare e accipere iudicium*.<sup>136</sup> Ciò varrebbe a spiegare per quali ragioni durante l'età di Celso si sia avvertito il pericolo che la fissazione dell'*id quod uenit in iudicium* potesse risultare dubbia. Quanto si legge in D. 5.1.61 pr., infatti, sembra presupporre che in caso di incertezze sulla determinazione dell'*id quod uenit in iudicium* ci si riferisse all'*id ... de quo actum est*' esclusivamente sulla base delle dichiarazioni delle parti, senza che si potesse più contare sui testimoni che avevano partecipato alla *litis contestatio*.

Ciò che più rileva, in ogni caso, è la conclusione che si ripercuote sulla valutazione della convinzione secondo cui la causa della *condictio* formulare sarebbe stata del tutto estranea alla fase *in iure*. Infatti, a prescindere da una sua esplicita menzione nella *praescriptio* della formula che sarebbe stato oggetto di *litis contestatio*, come nel caso attestato in TPSulp. 31, il profilo causale sarebbe emerso chiaramente anche nella prima fase del processo già a partire dall'*editio actionis et instrumentorum*.

14. La 'astrattezza' dei modelli edittali delle formule della *condictio* proposte nell'edito, allora, non implica che anche le azioni concretamente esperite dovessero essere sempre 'astratte'.<sup>137</sup> La diversa convinzione di Baron era basata, da un lato, sull'idea che il passo di Quintiliano dove si parla di '*certam creditam pecuniam petere ex stipulatione*' andrebbe riferito alla fase *apud iudicem*,<sup>138</sup> e dall'altro su una lettura dell'orazione di Cicerone in difesa di Roscio volta a dimostrare che la causa per cui si era agito con *condictio* avrebbe assunto rilevanza solamente innanzi al giudice.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> In argomento v. F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 6.

<sup>137</sup> Al riguardo cfr. R. VON MAYR, *Die condictio*, cit., 200 s., secondo il quale «Die Formel der condictio war wohl eine abstrakte, ja sie konnte ihrer ganzen Anlage nach die Angabe der causa niemals enthalten, aber die dem Prätor vorgetragene Klage mußte vermutlich wie jede andere die Angabe eines Klagegrundes enthalten.»

<sup>138</sup> Quint., *Inst. orat.* 4.6.2: *Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento* rell. Ponendosi nel solco di quanto già osservato da R. SCHLESINGER, *Zur Lehre von den Formalcontracten und der Querela non numeratae pecuniae*, Leipzig 1858, 22 nt. 13, da G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum*, cit., 580 ss., e da B. VON SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht. Ein civilistischer Versuch*, Berlin 1864, 183 nt. 2, anche J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 22 s., si è mostrato convinto del fatto che tali parole fossero pronunciate *apud iudicem*. Ciò dovrebbe dedursi dal contesto complessivo da cui il passo di Quintiliano è tratto, in cui la *propositio* è contrapposta alla *narratio causae*. Le parole in questione, infatti, sarebbero addotte da Quintiliano come esempio dei casi in cui sarebbe stata sufficiente una semplice *propositio* innanzi al giudice che fosse già informato dei fatti di causa, senza dover procedere a una *narratio causae*. Nello stesso senso v. G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 129 nt. d; M. VOIGT, *Ueber die Conditiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen*, Leipzig 1862, 287 s. nt. 216; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 74 s.

<sup>139</sup> Questa lettura partiva dal presupposto, tenuto fermo da Baron sin dalle prime pagine della sua ricerca sulle *condictiones*, secondo cui la 'astrattezza' della *condictio* e quella della sua formula avrebbero comportato che la causa non sarebbe mai stata menzionata *in iure* (cfr. *supra*, § 2 e nt. 12). Dell'orazione ciceroniana Baron si era già occupato in un apposito contributo dato alle stampe l'anno precedente alla pubblicazione dei suoi studi sulla *condictio*, nel quale aveva istituito un parallelo con la *uindicatio expressa causa* e aveva insistito sul carattere 'astratto' della *condictio certae pecuniae* intentata da Fannio contro Roscio: v. J. BARON, *Der Process*, cit., 116 ss., spec. 124 s. e 131 ss. (le cui osservazioni sono state poi riversate nella *Abhandlung* sulle *condictiones*).

I due programmi di giudizio di TPSulp. 31, tuttavia, mostrano che la causa per cui si agiva con *condictio* aveva un peso determinante già *in iure*. Poiché quello dell'*actio certae creditae pecuniae* risulta preceduto dal programma di giudizio dell'*actio ex sponsione tertiae partis*, infatti, ciò presuppone che l'attività svolta prima della *litis contestatio* avesse condotto ad agire in relazione a una *certa pecunia* dovuta in base a un'operazione di mutuo (*certa pecunia credita*).

Le tavolette pompeiane, peraltro, hanno finalmente provato che – come a suo tempo ipotizzato da Hugo Krüger – anche nella formula della *condictio* fossero presenti le parole 'QVA DE RE AGITVR'.

Senza tenere conto di quanto sin qui considerato, si correrebbe il rischio di continuare a ragionare sulla 'astrattezza' della *condictio* impostando come in una sorta di gioco di specchi la questione relativa alla possibilità di individuare l'esistenza di *condictiones* non 'astratte'. È opportuno chiedersi, allora, in quale misura l'idea stessa di 'astrattezza' così come concepita da Baron abbia rappresentato una delle coordinate fondamentali che ha orientato i percorsi della storiografia in ordine al modo in cui bisognerebbe intendere la nozione di *causa actionis*, fino a far dimenticare completamente le intuizioni di quegli autori del primo Ottocento che, come si è accennato, avevano ammesso la possibilità di una *condictio* causalizzabile.

In questo ordine di idee si può tornare a riflettere ancora una volta sul rapporto fra la *condictio* esercitata da Fannio contro Roscio e i tre atti indicati nell'orazione di Cicerone come uniche possibili fonti del DARE OPORTERE dedotto in giudizio.<sup>140</sup> Occorre chiarire, in altri termini, in quale misura tali atti, che in effetti non dovevano essere necessariamente menzionati nella formula come fonte della pretesa azionata dall'attore, vadano considerati come 'cause' della pretesa fatta valere con una *condictio*. *Datio*, *expensi latio* e *stipulatio*, infatti, sono atti che a loro volta possono essere compiuti per varie cause.

Una *datio* di una somma determinata di denaro effettuata *credendi causa*, per esempio, era ben diversa da una *datio* compiuta *soluendi causa*. Eppure da entrambi questi atti poteva nascere una *condictio certae pecuniae*: un'*actio certae creditae pecuniae* nel primo caso; una *condictio* per la ripetizione di quanto indebitamente pagato nel secondo.

A seguire l'impostazione di Baron, la diversa rilevanza di queste due 'cause' della pretesa di una somma determinata di denaro avrebbe assunto rilievo solamente *apud iudicem*, sicché, restando estranea all'intera fase *in iure*, non si sarebbe ripercossa in alcun modo sul programma di giudizio della *condictio* (*certae pecuniae*) intentata dall'attore.<sup>141</sup> Una siffatta conclusione, tuttavia, si scontrerebbe con la constatazione che solamente dalla *datio mutui* sarebbe nata un'*actio certae creditae pecuniae*, mentre per il caso di *datio soluendi animo* nelle

<sup>140</sup> Al riguardo v. *supra*, § 8.

<sup>141</sup> Cfr. *supra*, § 2. In una prospettiva non sempre chiara si articolano le considerazioni svolte a proposito dell'azione intentata da Fannio contro Roscio da C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 192 s. (= *Scritti scelti*, II, cit., 629). Questo autore, infatti, ha parlato indifferentemente di *condictio certae pecuniae* e *actio certae creditae pecuniae*, arrivando alla conclusione che nella *numeratio* cui allude Cicerone come una delle tre possibili cause da addurre quale fonte del debito fatto valere in giudizio potrebbe individuarsi «un'obbligazione contratta *re*, cioè risultante da una precedente rimessa di denaro da Fannio a Roscio a titolo di mutuo o come pagamento d'indebito». Tale conclusione, tuttavia, non può condividersi se si ricorda ancora una volta che la prestazione della *sponsio tertiae partis* era esclusiva dell'*actio certae creditae pecuniae* (v. *supra*, § 7).

fonti si discorre semplicemente di ‘*condicere*’ e ‘*teneri condicione*’,<sup>142</sup> senza alcun riferimento – come è perfettamente comprensibile – alla *pecunia credita*. E Gaio, come si è ricordato, riconnetteva esclusivamente alle ipotesi di *pecunia certa credita* la prestazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.<sup>143</sup> Dal cap. XXI della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*,<sup>144</sup> inoltre, risulta come tale nozione rilevasse proprio nella fase *in iure* del processo, in quanto avrebbe potuto avere conseguenze in ordine alla configurazione dell’*indefensio*.<sup>145</sup>

Riflettendo sulla ‘astrattezza’ della *condictio*, allora, può risultare proficuo distinguere fra un concetto di ‘causa’ così come impiegato da Baron, in riferimento a un atto che non andava direttamente menzionato all’interno della formula di una *condictio* (ossia in un’*intentio* o in una *demonstratio*), e un concetto di causa che nel caso di *actio certae creditae pecuniae* dipendeva dall’attività compiuta *in iure* delle parti e che avrebbe determinato la concessione di due programmi di giudizio di *condictio certae pecuniae* legati da un medesimo *iussus iudicandi* e il primo dei quali preceduto da una *praescriptio* che rinviava alla *sponsio tertiae partis*. Anche in questa seconda ipotesi il fondamento dell’azione si sarebbe potuto individuare univocamente nel tipo di operazione che stava sullo sfondo dell’atto dal quale era nata l’azione e considerata rilevante nell’ambito di un titolo editale appositamente dedicato alle *res creditae*.

15. Come si è avuto modo di osservare, il modo in cui era congegnata la rubrica ‘*Si certum petetur*’ che apriva il titolo ‘*De rebus creditis*’ doveva consentire di agire con le due formule che erano eredi della *legis actio per condictionem* qualunque fosse stato l’atto dal quale era nato il DARE OPORTERE di una somma determinata di denaro o di altre *res quae pondere numero mensura constant*.<sup>146</sup>

Ad assumere rilievo, nella prospettiva editale, erano due aspetti la cui considerazione si sarebbe riflessa sul tipo di azione da intentare nel caso concreto: da un lato, l’aspetto – proprio di ogni *condictio* e rilevante sul piano dell’oggetto dell’azione – rappresentato dalla determinatezza della *pecunia* o della *res* per cui si agiva; dall’altro, l’aspetto riconducibile alla nozione di *res credita*, che assumeva significato sul piano della causa della pretesa e che sarebbe entrato in gioco ai fini dell’applicazione del *ius iurandum in iure delatum* e di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.<sup>147</sup>

<sup>142</sup> Cfr. Gai 3.91; D. 12.6.1 (Ulp. 26 *ad ed.*). Non convince, sul punto, la diversa posizione di G. DONAUTI, *Le cause delle condictiones*, cit., 37 s., che fra l’altro non tiene conto del fatto che nel passo delle Istituzioni di Gaio si parla sì di un’azione la cui formula è analoga a quella nascente dal mutuo in relazione al modo in cui è enunciata l’*intentio* (‘*Nam proinde condici potest si paret EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset*’), ma si allude anche alla diversità della causa quando si richiama l’*animus soluendi* che caratterizza questa diversa *species* di *obligatio re* protetta con *condictio* e nascente da una causa diversa da un contratto qual è il mutuo (‘*haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere*’).

<sup>143</sup> Cfr. *supra*, § 7 e ntt. 60 e 65.

<sup>144</sup> Anche questo capitolo della *lex Rubria* riguarda ipotesi nelle quali ‘*A quoquomque pecunia certa credita ... petetur*’.

<sup>145</sup> In argomento v. M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio*, cit., 394 ss.

<sup>146</sup> Cfr. *supra*, § 9.

<sup>147</sup> Cfr. *supra*, § 7.



Tenendo conto di queste riflessioni non deve stupire che nell'ambito del processo formulare non sia sopravvissuta una formula che menzionasse direttamente nell'*intentio* la fonte dell'*oportere*, come avveniva invece nel formulario della *legis actio per iudicis postulationem* ricordato da Gaio in relazione a un credito di una somma determinata di denaro nascente da *sponsio*.<sup>148</sup> Anzi, se una formula del genere fosse esistita, si dovrebbe spiegare come mai in TPSulp. 31 sia attestata una formula di *condictio certae pecuniae* in cui la *sponsio* da cui è nato il DARE OPORTERE sia indicata non già nell'*intentio*, ma in una *praescriptio*.

In ogni caso, l'idea di una formula di un'*actio certi ex stipulatu* che enunciasse direttamente nell'*intentio* la *causa actionis* non trova un appoggio sicuro nelle fonti, perché nessuna delle testimonianze di cui si dispone tramanda reliquie formulari che proverebbero l'esistenza di una tale azione.

Al riguardo, infatti, non può certamente invocarsi un passo di Quintiliano dove si discorre di '*certam creditam pecuniam petere ex stipulatione*',<sup>149</sup> perché in esso non può riconoscersi una citazione letterale dell'*intentio* di una formula.<sup>150</sup>

Né può chiamarsi in causa quanto si legge in

Gai 4.55: *Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante uidetur egisse: ueluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis EX TESTAMENTO DARI sibi OPORTERE intenderit, cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor aut procurator intenderit si bi DARI OPORTERE.*

Benché nel brano si siano voluti scorgere i riflessi del modo in cui dovevano essere enunciate l'*intentio* dell'*actio certi ex testamento*<sup>151</sup> e quella di un'*actio certi ex stipulatu*,<sup>152</sup> difatti,

<sup>148</sup> Cfr. *supra*, § 4 e nt. 36.

<sup>149</sup> Il testo del passo di Quintiliano è riferito *supra*, § 14, nt. 138.

<sup>150</sup> In questo senso v. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 237 s. La testimonianza di Quintiliano, invece, era stata addotta quale prova della indicazione della *causa* già nella fase *in iure* da parte di A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 145 nt. 19. Alla fase *in iure* avevano pensato anche O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 766; U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., 139. Per la diversa opinione di Baron v. *supra*, § 14, nt. 138.

<sup>151</sup> Cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 238 e 367 s. (§ 170), nel cui solco si è posta anche la ricostruzione seguita da D. MANTOVANI, *Le formule*<sup>2</sup>, cit., 19 s. [Nr. 20]. Sul punto v. però M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 171 s. nt. 597.

<sup>152</sup> Così già A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 145 nt. 19; M. VOIGT, *Ueber die Conditiones*, cit., 287 nt. 216; F.C. VON SAVIGNY, *System*, V, cit., 610; B. VON SALPIUS, *Novation und Delegation*, cit., 183; P. KRÜGER, *Processualische Consumtion*, cit., 58 s.; in tempi più recenti: U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., 139; W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau. Teil I*, Wien-Köln-Graz 1974, 33.

L'idea che l'*intentio* della formula della *condictio* non dovesse, ma potesse menzionare la *causa* della pretesa ove ricorressero talune circostanze era stata prospettata proprio sulla scorta di quanto si legge in Gai 4.55 anche da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 766 s. Questo studioso, in particolare, riteneva che una possibilità del genere avrebbe consentito all'attore di non incorrere in un '*aliud pro alio intendere*', e di evitare così ai rischi connessi al *plus petere causa*. L'osservazione, in sé, merita attenzione. Resta da chiarire, nondimeno, se un'indicazione della *causa* per assolvere a questo scopo potesse avvenire davvero nell'*intentio*, come ritenuto da Karlowa, oppure in una *praescriptio* che enunciasse la *res qua de agitur* al fine di delimitare gli effetti della *litis contestatio* al fatto in essa indicato (v. *infra*, § 19).

questa fonte non riferisce testualmente un'intentio in cui fosse dedotto un 'DARE OPORTERE EX STIPVLATV'.<sup>153</sup>

Che nell'editto fosse proposta una formula di un'actio certi ex stipulatu, peraltro, non può desumersi nemmeno da quanto si legge in un brano dei *Digesta* di Giuliano posto dai compilatori giustinianeî sotto il titolo 'De stipulatione seruorum':

D. 45.3.1.2 (Iul. 52 dig.): *Si seruus communis meus et tuus ex peculio, quod ad te solum pertinebat, mutuam pecuniam dederit, obligationem tibi adquiret et, si eandem mihi nominatim stipulatus fuerit, debitorem a te non liberabit, sed uterque nostrum habebit actionem, ego ex stipulatu, tu quod pecunia tua numerata sit.*<sup>154</sup> *debitor tamen me doli mali exceptione summouere poterit.*

Uno schiavo comune aveva dato a mutuo una somma di denaro attinta dal peculio costituito da uno solo dei due comproprietari (*Tu*). Ove il debitore – non risulta se *in continenti* o *ex interuallo* – si fosse obbligato in virtù di *stipulatio* a restituire la stessa somma di denaro all'altro comproprietario (*Ego*), ciò non avrebbe estinto l'obbligazione nata dalla *numeratio*.

Il passo allude dunque a uno dei casi di *mutuum cum stipulatione* che sono ampiamente attestati non solo dalle fonti giuridiche,<sup>155</sup> ma anche nella prassi documentale.<sup>156</sup>

<sup>153</sup> In questo senso v. G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 74, nonché, criticando alla diversa convinzione di Selb, M. KASER, *Formeln mit «intentio incerta»*, cit., 16.

<sup>154</sup> L'uso del congiuntivo presente 'sit' retto da 'quod', in luogo dell'indicativo, potrebbe tradire un'avvenuta alterazione formale del testo classico in questo punto.

<sup>155</sup> Si veda, per esempio, quanto riferito in D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*). Alcuni dei passi dei giuristi classici noti nella versione tramandata dal Digesto di Giustiniano attestano che la *stipulatio* avrebbe novato l'obbligazione nata *re* per effetto della *numeratio pecuniae*. In tal senso possono leggersi, per esempio, D. 45.1.126.2 (Paul. 3 *quaest.*), in cui si afferma il principio secondo cui 'quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una uerborum. plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione'; D. 46.2.6.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*), dove si fa il caso di una *stipulatio* conclusa *in continenti* e si sostiene che si abbia un *unus contractus*; D. 46.2.7 (Pomp. 24 *ad Sab.*), in cui Pomponio esprime l'opinione che non ci si trova di fronte a un'obbligazione nata *re* per effetto della *numeratio* e successivamente oggetto di *nouatio*: la *numeratio* va intesa *implendae stipulationis gratia*, sicché il debitore è tenuto solamente per effetto di quest'ultima.

Da altri passi, invece, risulta che da un'operazione del genere sarebbe nata una *obligatio re et uerbis*, tutelata tanto da *condictio certae pecuniae* quanto da *actio ex stipulatu*. In questo senso v. D. 12.1.9.3-6 (Ulp. 26 *ad ed.*), testo non immune da interventi compilatori, ove si riconosce la possibilità di agire con la *condictio* per l'ipotesi in cui dalla *stipulatio* non fosse nata un'obbligazione valida; D. 44.7.52 pr.-3 (Modest. 2 *regul.*), ove si ammette la possibilità di una *obligatio re et uerbis* nel caso in cui 'et res interrogationi intercedit'; D. 45.3.1.2 (Iul. 52 *dig.*), trascritto nel testo. In argomento v. M. TALAMANCA, 'Una uerborum obligatio e' obligatio re et uerbis contracta', in IVRA 50, 1999, 7 ss.; P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, in TRG 24, 2006, 269 ss.; A. ENGEL, *Realverträge: das mutuum*, in F.J. ANDRÉS SANTOS-CHR. BALDUS-H. DEDEK (a cura di), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München 2011, 60 ss., con citazione di altra letteratura. Sui rapporti fra mutuo e *stipulatio*, anche in relazione ai casi che avrebbero consentito di avvalersi dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, v. A. SACCOCCIO, *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, Napoli 2011, 389 ss.

<sup>156</sup> Come esempio si è soliti richiamare un documento redatto in Dacia nell'ottobre del 162 d.C., rela-

La peculiarità dell'ipotesi prospettata da Giuliano sta nel fatto che l'obbligazione a restituire era nata *re* nei confronti di *Tu*, e *uerbis* nei confronti di *Ego*. In tale caso, secondo il giurista classico, entrambi i comproprietari avrebbero potuto agire nei confronti del debitore inadempiente: *Ego* in base alla *stipulatio*, *Tu* in base alla *numeratio*. Nondimeno, aggiunge Giuliano, il debitore avrebbe potuto difendersi nei confronti di *Ego* a mezzo di *exceptio doli mali*.

Il brano può essere chiamato in causa in ordine alla questione se alla *stipulatio* vadano riconosciuti o meno effetti novativi rispetto all'obbligazione nata dalla *numeratio*, come sembra potersi dedurre da altri passi tramandati dal Digesto. È un'altra, però, la ragione che consiglia ora di esaminarlo, per stabilire se da esso possa trarsi una prova dell'esistenza di una specifica *actio (certi) ex stipulatu* diretta a far valere in giudizio l'inadempimento di un'obbligazione di un *certum* nata da *stipulatio* e connessa a un'operazione di mutuo.

Sennonché, contro tale conclusione depone il modo di esprimersi di Giuliano, che allude non tanto al tipo di azioni con cui è possibile agire contro il debitore, quanto agli atti in base ai quali esse potevano essere intentate. *Ego*, difatti, avrebbe potuto agire direttamente in base alla *stipulatio (ex stipulatu)*, mentre *Tu* in quanto la somma di denaro data a mutuo proveniva dal peculio costituito con denaro che era di sua proprietà (*quod pecunia tua numerata sit*).<sup>157</sup>

Non diversamente, anche altri passi del Digesto solitamente invocati a sostegno dell'esistenza di un'*actio certi ex stipulatu* non hanno il valore che in essi si è voluto ravvisare. Alcuni di essi, come D. 22.1.38.7 (Paul. 6 *ad Plaut.*), non sono infatti univocamente riconducibili a una *stipulatio certi*.<sup>158</sup> Altri, invece, seppur riferibili a pretese di un *certum*, come D. 19.1.28 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*),<sup>159</sup> D. 44.7.18 (Iul. 54 *dig.*),<sup>160</sup> D. 45.1.3.1 (Ulp. 49 *ad Sab.*)<sup>161</sup> e D.

tivo al prestito di sessanta denari e noto come '*pecunia debita in stipulatum deducta*' (FIRA III 122). Anche l'archivio dei Sulpicii conserva alcuni *chirographa* (ben undici) databili nella prima metà del primo secolo d.C. che attestano la prassi del *mutuum cum stipulatione*. In argomento v. P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, cit., 261 ss.; ID., *Il 'mutuum cum stipulatione' e il problema degli interessi*, in QLSD, 2009, 109 ss. Per un quadro più generale della prassi documentale relativa a operazioni finanziarie attestate nell'archivio dei Sulpicii v. L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpicii. Tabulae Pompeiane di Murécine*, Napoli 1984.

<sup>157</sup> In questo senso, contrariamente a quanto ritenuto da F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 290, v. già A. D'ORS, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, in SDHI 19, 1953, 155. Sul passo v. anche, nella letteratura più recente, P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, cit., 270 s.

<sup>158</sup> D. 22.1.38.7 (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, ueluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.*

<sup>159</sup> D. 19.1.28 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*): *Praedia mihi uendidisti et conuenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit, uenditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex uendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summouebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex uendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.*

<sup>160</sup> D. 44.7.18 (Iul. 54 *dig.*), trascritto *infra*, nel testo, § 19.

<sup>161</sup> Come in D. 45.1.3.1 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena*

46.3.95.1 (Pap. 28 *quaest.*),<sup>162</sup> discorrono di un ‘*petere*’ o di un ‘*agere*’ (o ‘*agi*’) che ancora una volta, come nel caso già considerato di D. 45.3.1.2 (Iul. 52 *dig.*), è detto ‘*ex stipulatu*’ in quanto rinviava all’atto da cui era concretamente nata l’azione,<sup>163</sup> e che doveva assumere rilievo a partire dall’*editio actionis et instrumentorum*.

Lo stesso può ripetersi con riferimento ad analoghe espressioni che ricorrono nelle fonti letterarie, come un testo di Varrone<sup>164</sup> e un passo in cui Gellio riferisce un brano tratto dal libro *De dotibus* di Servio Sulpicio Rufo.<sup>165</sup>

Tutti i passi appena considerati, pertanto, non valgono a costituire una prova del fatto che nell’albo del pretore fosse prevista un’azione che dovesse indicare nella formula, e segnatamente nell’*intentio*, un ‘DARE OPORTERE EX STIPVLATV’ di una somma di denaro o di un altro bene determinato. Occorre concludere, allora, che in assenza di testimonianze sicure non appare prudente né ipotizzare l’esistenza di una formula del genere<sup>166</sup> né parlare senz’altro di un’*actio certi ex stipulatu*.<sup>167</sup>

*subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. enim uero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi.*

<sup>162</sup> D. 46.3.95.1 (Pap. 28 *quaest.*): *Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aequae peti poterit. enim uero si factio debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamuis interim non alius peti possit, quam qui solui etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit uilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter seruius postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur: aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset.*

<sup>163</sup> In questo senso v. anche C.A. CANNATA, *Corso*, II,1, cit., 204 s. nt. 428.

<sup>164</sup> Varr., *de lingua Lat.* 6.72: *...quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.*

<sup>165</sup> Gell., *N.A.* 4.4.2: *Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, is qui stipulatur ex sponsu agebat* rell. Sulla possibilità di riferire l’azione menzionata in questo brano alla *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* v. E. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in *ZSS, R.A.* 54, 1934, 304 nt. 2.

<sup>166</sup> L’esistenza di tale formula è stata negata da O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 237 s., con citazione della precedente letteratura. Nello stesso senso v. A. D’ORS, *Observaciones*, cit., 156 s.; ID., *Creditum und Contractus*, in *ZSS, R.A.* 74, 1957, 91 s.; G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio*, cit., 27; C.A. CANNATA, *Corso*, II,1, cit., 203 ss., il quale, nondimeno, non ha escluso che il processo formulare avesse conosciuto, almeno in origine, anche un’*actio certi ex stipulatu* (quale erede della *legis actio per iudicis postulationem*), la quale però sarebbe «presto caduta in desuetudine di fronte alla più agile sorella astratta» (derivante dalla *legis actio per conditionem*).

<sup>167</sup> Hanno creduto invece all’esistenza di un’*actio certi ex stipulatu*, per esempio, E. SECKEL, s.v. *stipulari*, in H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena 1926, 556 s., con fonti; E. PEROZZI, *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in *Memorie della R. Acc. delle Scienze dell’Istituto di Bologna, Classe di Sc. morali, sez. giuridica, Serie I, tom. X, 1915-1916*, 24 ss. (= *Scritti giuridici*, II, Milano 1948, 472 ss.); ID., *Istituzioni*, II<sup>2</sup>, cit., 213 s. nt. 2, secondo cui, poiché l’applicazione della *condictio* era limitata ai casi di ripetizione, «per i crediti di denaro da stipulazione doveva esserci un’azione a sè»; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 286 ss., che sulla scorta di quanto si legge in D. 12.1.2.5 (Paul. 28 *ad ed.*) ha ritenuto di riconoscere l’esercizio della *condictio* limitatamente ai casi in cui la *stipulatio* fosse connessa a operazioni di mutuo; V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in *BIDR* 42, 1934, 623 s., che ammetteva per tutta l’età repubblicana, e forse «fino alla redazione giuliana dell’Editto» un «concorso elettivo fra l’azione cum poena (certae creditae pecuniae) e sine poena (ex stipulatu)»; ID.,

16. L'ampio campo di applicazione della *condictio certae pecuniae* e della *condictio certae rei* nel processo formulare<sup>168</sup> doveva essere reso possibile grazie al modo in cui erano concepite le rispettive formule proposte nell'albo edittale. Proprio per il fatto di non menzionare direttamente nell'*intentio* o nella *demonstratio* del modello proposto nell'editto la *causa* del DARE OPORTERE, infatti, esse si prestavano a essere impiegate per *causae* diverse.

Se ciò vale a rendere conto della fortuna riscossa nella storiografia dall'idea secondo cui la *condictio* del processo formulare sarebbe stata un'azione 'astratta', l'insieme delle riflessioni svolte sin qui incoraggia a individuare altre ipotesi (oltre a quella attestata in TPSulp. 31) nelle quali si agisse con una formula di *condictio* che non fosse 'astratta'.

Un'idea del genere – lo si è ricordato – non è del tutto nuova, e può parzialmente rianodarsi ad alcune riflessioni compiute prima che il successo della ricostruzione di Baron inducesse a escludere che la formula di una *condictio* potesse indicare la causa dell'azione ogni qual volta ciò si fosse rivelato opportuno.<sup>169</sup>

Proprio nel solco di tali riflessioni, un riesame della trattazione delle *praescriptiones* che si legge nelle Istituzioni di Gaio autorizza a prospettare alcune ipotesi nelle quali si deve pensare che la formula della *condictio* fosse preceduta da una *praescriptio* che indicasse il fatto generatore della pretesa dedotto nell'*intentio*.

17. Il discorso gaiano relativo alle *praescriptiones*, per quanto mutilato da una lacuna di una intera pagina nel palinsesto veronese, consente di stabilire che a tali clausole si ricorresse quando l'avente potestà avesse agito in giudizio per una pretesa nata da una *stipulatio* conclusa da un suo sottoposto, come uno schiavo o un *filius familias*:

Gai 4.134-135: [134] ...*in intentione de i<ure quaeritur>*,<sup>170</sup> *id est, cui dari oporteat; et sane domino dari oportet quod seruus stipulatur; at in praescriptione de facto*<sup>171</sup> *quaeritur, quod*

*Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli 1960 (rist. 2006), 327; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, cit., 39; U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., 116 s. (ove è ritenuto interpolato dai giustinianeî il testo di D. 12.1.24), 137 s. (ove si sostiene che tale azione, derivante dalla *legis actio per iudicis postulationem* attestata in Gai 4.17a, avrebbe indicato nella formula la fonte del DARE OPORTERE); J.C. VAN OVEN, *La „forêt sauvage“ de la condictio*, in TRG 22, 1954, 286 ss.; ID., *Les actions issues de la stipulation*, cit., 391 ss.; P. FREZZA, *Storia del processo civile fino all'età di Augusto*, in ANRW I.2, Berlin-New York 1972, 193 nt. 51. Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 192 nt. 675, con citazione di altra letteratura.

<sup>168</sup> Si legga per l'età classica quanto riferito in D. 12.1.9 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*): *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, siue ex certo contractu petatur siue ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit uel sub condicione obligatio, ante diem uel condicionem non potero agere*. Per la genuinità del testo v. A. SACCOCCIO, *Si certum petitur*, cit., 78 ss., con indicazione della precedente letteratura. Per una sua interpretazione anche alla luce di quanto si legge in uno scolio di Cirillo (Sch. 1 *ad B.* 23.1.9 [BS IV 1510/16-20]) v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 149 ss., con critica all'idea di Saccoccio secondo cui in tale passo Ulpiano avrebbe voluto compiere un'introduzione storica al tema delle *res creditae* (*ibid.*, 150 nt. 506).

<sup>169</sup> Per le posizioni di Hasse, Savigny e Puchta v. *supra*, § 3, nt. 28; § 4, nt. 39. Per quella di Karlowa, successiva agli studi di Baron, v. *supra*, § 15, nt. 152.

<sup>170</sup> Per la verosimiglianza dell'integrazione '*de i<u(re) q(uae)ritur>*' v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 163 ss., con discussione critica della precedente letteratura.

<sup>171</sup> Nel palinsesto veronese, in realtà, si legge chiaramente la parola '*pacto*', emendata in '*facto*' a cominciare

*secundum naturalem significationem uerum esse debet. [135] Quaecumque autem diximus de seruis, eadem de ceteris quoque personis quae nostro iuri subiectae sunt, dicta intellegemus.*<sup>172</sup>

Nel contrapporre un'*intentio* nella quale '*de iure quaeritur*' a una *praescriptio* in cui '*de facto quaeritur*' Gaio doveva avere in mente un'azione nata da una stipulazione compiuta da uno schiavo e dalla quale fosse nato un DARE OPORTERE a favore del suo *dominus*.

Non è possibile stabilire con assoluta sicurezza se nel caso in questione si trattasse da una *stipulatio incerti*, da cui sarebbe nata un'*actio incerti ex stipulatu*, oppure di una *stipulatio certi*, da cui sarebbe nata una *condictio*.<sup>173</sup> Può ritenersi sicuro, nondimeno, che in entrambe le ipotesi si sarebbe potuto agire con un'azione la cui formula sarebbe stata munita di una *praescriptio* che indicava un fatto. Comunque fosse formulata una *praescriptio* del genere,<sup>174</sup> appare chiaro quale fosse tale fatto, e cioè l'avvenuta *stipulatio* compiuta dallo schiavo con il convenuto: se fosse risultato vero *secundum naturalem significationem*, tale fatto avrebbe costituito il presupposto che avrebbe aperto la strada per affrontare la *quaestio de iure* dedotta nell'*intentio*.

Nei casi in cui la stipulazione conclusa da uno schiavo dell'attore<sup>175</sup> avesse avuto per oggetto un *certum*, si sarebbe agito con una *condictio* la cui formula sarebbe stata munita di una *praescriptio* che avrebbe indicato il fatto da cui era nato il DARE OPORTERE dedotto nell'*intentio*,<sup>176</sup> e che sarebbe stato rilevante ai fini dell'azione considerata anche nella sua 'funzione condannatoria'.

La conclusione è che, come intuito a suo tempo da Puchta, la *condictio* – non importa se *certae pecuniae* o *certae rei* – doveva essere causalizzata a mezzo di *praescriptio* ogni volta in cui l'avente potestà avesse agito contro chi si fosse obbligato con *stipulatio certi* nei confronti di un suo schiavo o di altri *potestati subiecti*.<sup>177</sup>

da Savigny: cfr. la letteratura citata da ultimo in M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 166 nt. 3.

<sup>172</sup> Il passo è tramandato dal *recto* del cosiddetto *folium singulare non palimpsestum de praescriptionibus et interdicitis* (oggi f. 128r), in cui, dopo la lunga lacuna di un'intera pagina (f. 123u del codice veronese), riprende la trattazione che si era interrotta nel punto del testo in cui Gaio ricordava l'esistenza e i casi di applicazione di un'antica *praescriptio pro reo* che ai suoi tempi si era ormai trasformata '*in speciem exceptionis*' (Gai 4.133).

<sup>173</sup> Sul punto v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 168 e ntt. 4-5; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 97, la quale ha ammesso che il modo in cui è enunciato il passo di Gaio permette di pensare anche a una *stipulatio* avente per oggetto *certa pecunia* o *certa res*.

<sup>174</sup> Si vedano, al riguardo, le diverse ricostruzioni citate in M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 169 nt. 1. (cfr. anche quella suggerita *ibid.*, 172), cui *adde* quelle proposte in H. DERNBURG, *System des Römischen Rechts. Der Pandekten achte, umgearbeitete Auflage bearbeitet von Dr. Paul Sokolowski*, Berlin 1912, 245; più di recente anche A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 97 (con riferimento all'ipotesi di un'azione nata da una *stipulatio* di un *incertum*).

<sup>175</sup> O da qualunque altro sottoposto alla *potestas* dell'attore, secondo quanto si desume con sicurezza da quanto precisato in Gai 4.135.

<sup>176</sup> Ciò a prescindere dalla circostanza che si fosse trattato di un debito rateale. Tale eventualità, ovviamente, si sarebbe configurata ove la *stipulatio* avesse avuto per oggetto beni diversi da *res quae pondere numero mensura constant*: v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 173 nt. 1.

<sup>177</sup> In questo senso v. già G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 97 s. e ntt. f-g, a giudizio del quale la *praescriptio* in questione avrebbe potuto anche essere integrata all'interno della formula *loco demonstrationis* (in questo caso senza

18. La parte finale della trattazione dedicata nel manuale gaiano alle *praescriptiones* – è noto – si riferisce alle applicazioni di queste clausole ai casi in cui il creditore avesse agito contro lo stesso soggetto che si fosse obbligato nei suoi confronti con *stipulatio incerti*,<sup>178</sup> oppure contro i suoi garanti, per le rate già scadute.<sup>179</sup>

A venire in rilievo, nella prospettiva che riguarda la possibilità di individuare ulteriori applicazioni di una *condictio* causalizzata a mezzo di *praescriptio*, è il caso relativo all'azione che il creditore avrebbe potuto intentare contro i garanti. Sebbene in Gai 4.137 si faccia il caso di una *praescriptio* premessa alla formula di un' *actio incerti ex stipulatu*, infatti, è plausibile pensare che anche nelle ipotesi in cui la *stipulatio* avesse avuto per oggetto un *certum* un'analoga clausola svolgesse la stessa funzione di quella attestata per l'azione nata da *stipulatio incerti*.<sup>180</sup> Si sa, infatti, che *sponsio* e *fidepromissio* potevano accedere solamente a un atto concluso *uerbis*, anche se poi da tale atto non fosse sorta validamente alcuna obbligazione civile a carico del soggetto che avesse effettuato la promessa.<sup>181</sup> Anche in questo caso, allora, una *praescriptio* che avesse menzionato la *stipulatio* conclusa con il debitore principale avrebbe avuto lo scopo di indicare il presupposto di fatto<sup>182</sup> ritenuto necessario perché il programma di giudizio della *condictio* esperita contro il garante assolvesse compiutamente alla sua funzione di istruzione processuale.<sup>183</sup>

le parole iniziali 'EA RES AGATVR'); H. DERNBURG, *System des Römischen Rechts*, cit., 245; più di recente, M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 170 s., con discussione delle diverse conclusioni che – condizionate *in radice* dal convincimento che non esistessero *praescriptiones* con funzione 'determinativa' (cf. *supra*, § 1, nt. 3) – hanno negato che in Gai 4.134 possa scorgersi un esempio di *praescriptio* che indicasse la causa dell'azione. In argomento v. anche U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 72; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 97 s.

<sup>178</sup> Gai 4.136: *Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo IVDEX ESTO. QVOD A. AGERIVS DE N. NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT, QVTDQVID OB EAM REM N. NEGIDIVM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua.*

<sup>179</sup> Gai 4.137: *Si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo EA RES AGATVR, QVOD A. AGERIVS DE L. TITIO INCERTVM STIPVLATVS EST, QVO NOMINE N. NEGIDIVS SPONSOR EST, CVIVS REI DIES FVIT, in persona uero fideiussoris: EA RES AGATVR, QVOD N. NEGIDIVS PRO L. TITIO INCERTVM FIDE SVA ESSE IVSSIT, CVIVS REI DIES FVIT; deinde formula subi citur.*

<sup>180</sup> Si può immaginare che la *praescriptio* fosse enunciata nei seguenti termini: 'EA RES AGATVR, QVOD AVLVS AGERIVS DE LVICIO TITIO HS X MILIA STIPVLATVS EST, QVO NOMINE NVMERIVS NEGIDIVS SPONSOR EST', eventualmente con l'aggiunta della clausola 'CVIVS REI DIES FVIT' ove la *stipulatio* avesse avuto per oggetto una somma determinata di denaro da restituire in più rate. Non vi sono valide ragioni, difatti, per escludere che una *praescriptio* potesse svolgere anche funzione 'limitativa' in relazione alle rate scadute di un mutuo rateale; in questo senso v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 173.

<sup>181</sup> Gai 3.119: *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi uerborum, (quamuis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, uelut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. at illud quaeritur, si seruus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur).*

<sup>182</sup> In argomento v. W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschafts-Stipulationen*, Weimar 1932, 64; ID., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, 29 ss.; ID., *Zu den römischen Bürgschafts-Stipulationen*, in ZSS, R.A. 113, 1996, 110 s.

<sup>183</sup> Sul punto v. A. STEINER, *Die praescriptio aus Gai. 4,137 und ihre Bedeutung für das „materielle“*

19. Restano da esaminare i casi che ancor prima della scoperta di TPSulp. 31 avevano indotto a ipotizzare una causalizzazione della *condictio* a mezzo di *praescriptio* nei casi in cui ciò fosse risultato opportuno.<sup>184</sup>

In tale prospettiva va richiamato quanto si legge in un passo di Paolo che fa parte di un frammento posto dai compilatori giustinianeî nel titolo '*De exceptione rei iudicatae*' del Digesto:

D. 44.2.14.2 (Paul. 70 *ad ed.*): *Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeat, singulas obligationes* (Segrè: [*obligationes*] <*actiones*>) *singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione uitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.*<sup>185</sup>

In questo punto del suo commentario all'editto il giurista stava illustrando i casi nei quali poteva trovare applicazione l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*.<sup>186</sup> Per chiarire quando tale rimedio potesse considerarsi fondato, Paolo specificava che era necessario considerare unitariamente tre aspetti, e cioè l'identità dell'oggetto richiesto in giudizio (*idem corpus*), l'identità della *causa petendi* (*eadem causa petendi*), e l'identità delle parti in causa (*eadem condicio personarum*).<sup>187</sup> Sarebbe stato sufficiente, infatti, che non vi fosse stata identità in relazione a uno solo di questi tre elementi perché la nuova azione non potesse considerarsi *de eadem re*.

*Bürgschaftsrecht*, in ZSS, R.A. 123, 2006, 185 ss.; EAD., *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 99 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 70 ss., spec. 72 s. nt. 362; M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 176 ss., con letteratura.

<sup>184</sup> In proposito v. le osservazioni formulate in tal senso da Kaser e accolte da Brogini (*supra*, § 1, nt. 5).

<sup>185</sup> Sul passo, del quale si trova un estratto anche in D. 50.17.159 (Paul. 70 *ad ed.*), v., seppur da angolazioni fra loro diverse, F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 286 ss.; G.F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa*, cit., 256 s. e 259 (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 175 s. e 178); F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., 529 ss.; O. KARLOWA, *Der Römische Civilprozeß zur Zeit der Legislationen*, cit., 111 s. nt. 3; J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 237; H. BUHL, *Rec. a J. BARON, Abhandlungen*, I, cit., 235 s.; F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, in *AcP* 77 (= N.F. 27), 1891, 419; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 96 s. e 120; G. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 76 s., secondo cui il testo sarebbe «eine inkompetente theoretische Spekulation eines Epigonus und umbratilis doctor»; G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, Milano 1930, 550 nt. 139 (che ha suggerito, seppur con cautela, che nel testo classico si leggesse '*actiones*' in luogo di '*obligationes*'); E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 642 s.; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 66 ss.; G. PUGLIESE, v. '*Giudicato civile (storia)*', in *Enc. dir.* 18, Milano 1969, 739; K. HACKL, *Praejudicium im klassischen römischen Recht*, München 1976, 60 s.; G. SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., 91 ss.; G. NEGRI, v. '*Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*', in *Dig. disc. priv.-Sez. Civile* 3, Torino 1988, 268; M. MARRONE, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in *SDHI* 64, 1998, 51 s. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 663 s.); ID., *La formula della rivendica: astratta o causale?*, in *AUPA* 46, 2000, 230 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 782 ss.); U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 130.

<sup>186</sup> Cfr. [O. LENEL], *Palingenesia iuris civilis. Iurisconsultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit Otto Lenel*, I, Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960), col. 1085 [Nr. 783].

<sup>187</sup> D. 44.2.12 (Paul. 70 *ad ed.*): *Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit*, D. 44.2.14 pr. (Paul. 70 *ad ed.*): *an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est rell.*



È con riguardo all'aspetto relativo all'identità della *causa petendi* che Paolo operava una distinzione fondamentale fra le azioni *in personam* e quelle *in rem*. Solamente nelle prime, difatti, ove uno stesso bene fosse dovuto al medesimo creditore in virtù di una pluralità di rapporti obbligatori, le singole *causae petendi* sarebbero venute in considerazione in dipendenza delle rispettive *obligationes* (o delle rispettive *actiones*, se si segue la proposta di Segrè), sicché la richiesta in giudizio effettuata sulla base di una di tali cause non sarebbe stata di ostacolo per chiedere nuovamente lo stesso bene dallo stesso debitore con un'azione che avesse avuto una diversa *causa petendi*.

Benché il passo sia stato richiamato soprattutto in connessione alla questione concernente la possibilità di riconoscere una rivendica formulare eventualmente causale, in esso possono scorgersi chiaramente le coordinate da tenere presenti per individuare un'ulteriore ipotesi nella quale, agendo con *condictio*, l'attore potesse avere un interesse concreto a causalizzare questa azione.

Baron si era disinvoltamente sbarazzato di questa scomoda testimonianza sostenendo che, ove nel testo di Paolo fosse stata enunciata una regola che equiparava la *condictio* all'azione *in rem non expressa causa*, i compilatori giustinianeî l'avrebbero sicuramente soppressa dal testo che si legge in D. 44.2.14.2, in quanto essa sarebbe risultata in contrasto con una nozione di *condictio* che ai loro tempi aveva perso ormai il carattere della 'astrattezza'.<sup>188</sup> Pur non passando inosservata,<sup>189</sup> tuttavia, la debolezza di tale soluzione non valse a mettere in crisi una ricostruzione complessiva che voleva raffigurare a tutti i costi la *condictio* come un'azione che fosse sempre e comunque 'astratta'.

Eppure, in un brano di Giuliano è rimasta traccia di un caso che, se considerato, autorizza ancora una volta a ritenere – come già immaginato da Savigny – che talune ragioni pratiche potessero talora consigliare di esprimere la causa per la quale si stesse agendo con *condictio*. Si tratta di

D. 44.7.18 (Iul. 54 dig.): *Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem* (Beseler: <ex> stipulat<u act>ionem), *et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento saluam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilo minus integra remaneret.*<sup>190</sup>

<sup>188</sup> J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 237. A tale conclusione Baron giungeva dopo aver sostenuto che nel passo di Paolo in cui si contrappongono le *actiones in rem* a quelle *in personam* la frase '*cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae petitione adprehenduntur*' si sarebbe dovuta riferire anche alle *conditiones*, come sarebbe dimostrato dal fatto che nell'orazione *pro Roscio comoedo* sono indicate come cause della *condictio certi* il mutuo, la *stipulatio*, il contratto letterale e addirittura il contratto di società (*op. cit.*, 236 s.). Una convinzione del genere va inquadrata nella tesi di Baron secondo cui si poteva agire con *condictio certi* anche in base a pretese nate da contratti tutelati da *bonae fidei iudicia* (*supra*, § 2, nt. 9), fra i quali anche il contratto di società. Sennonché, l'idea che l'orazione ciceroniana possa costituire una prova a conforto di tale idea si scontra contro la circostanza che, a differenza di quanto ritenuto da Baron, l'azione intentata da Fannio contro Roscio non era una qualunque *condictio certi*, ma un'*actio certae creditae pecuniae* che trovava il proprio fondamento nella *causa credendi* (*supra*, § 8).

<sup>189</sup> Cfr. H. BUHL, *Rec. a J. BARON, Abhandlungen*, I, cit., 235 s.

<sup>190</sup> Su questo frammento possono vedersi F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 285; F.C. VON SAVI-

Il frammento appena trascritto può considerarsi sostanzialmente genuino e non offre difficoltà interpretative: un soggetto che si era fatto promettere con *stipulatio* lo schiavo Stico, aveva poi ereditato lo stesso schiavo da un altro soggetto cui lo schiavo era dovuto in base a una disposizione contenuta in un testamento,<sup>191</sup> sicché lo stesso schiavo risultava dovuto a uno stesso creditore tanto in base alla *stipulatio*, quanto in base al testamento. Giuliano chiarisce che in un'ipotesi del genere l'esercizio dell'*actio ex testamento* non avrebbe consumato quella nascente dalla *stipulatio* e viceversa, perché le due diverse obbligazioni sussistevano sin dall'inizio in modo che, dedotta in giudizio l'una, l'altra rimanesse intatta.<sup>192</sup>

Il creditore che avesse deciso di agire con la *condictio certae rei* nata da una *stipulatio* avvenute per oggetto un bene determinato, e che avesse voluto riservarsi la possibilità di agire nuovamente in base a un'altra causa in virtù della quale gli era dovuto lo stesso bene, pertanto, avrebbe avuto interesse a far premettere alla formula della *condictio certae rei* una *praescriptio* nella quale indicava che lo schiavo Stico gli era dovuto in base alla *stipulatio*.<sup>193</sup> In tal modo egli avrebbe limitato gli effetti della *litis contestatio* alla *causa actionis* in essa indicata.<sup>194</sup>

20. La *praescriptio* premessa alla prima delle due formule tramandate dal trittico proveniente dall'archivio dei Sulpicii ha indotto a mettere in discussione la nozione di 'astrattezza' che, a partire dagli studi di Baron, è stata considerata un tratto caratteristico e irrinunciabile della *condictio* formulare.

Oltre alla formula di *condictio certae pecuniae* riferita in questo documento, preceduta da una *praescriptio* che indica in una *sponsio* la fonte del DARE OPORTERE della somma indicata nell'*intentio*, è stato possibile individuare altri casi nei quali è pensabile che la formula di una *condictio* dovesse o potesse essere preceduta da una *praescriptio* che esprimesse la causa dell'azione.<sup>195</sup>

GNY, *System*, VI, cit., 456; C. SCHMIDT, *Quid sit quod vulgo dicitur, duas causas lucrativas in eundem hominem et eandem res concurrere non possunt*, Berolini 1858, 22 ss.; F. SCHULZ, *Die Lehre vom Concursus Causarum im klassischen und justinianischen Recht*, in ZSS, R.A. 38, 1917, 136 s.; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 64, 79, 178 e 453 ss.; G. VON BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano 1930, 76; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 72 s.; S. BERNASCONI, *Il legato di debito in diritto romano*, in SDHI 42, 1976, 94 s.; P. LAMBRINI, *Il problema del concursus causarum*, Padova 2000, 172; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 37 s.

<sup>191</sup> Si può pensare a un legato *per damnationem*.

<sup>192</sup> In questo caso, infatti, non si sarebbe configurato un concorso di *causae lucratiuae*, sicché, secondo un principio ricordato in altri due passi di Giuliano – D. 30.82 pr.-1 (Iul. 33 dig.) e D. 44.7.19 (Iul. 73 dig.) – le obbligazioni non si sarebbero estinte.

<sup>193</sup> Può credersi che il programma di giudizio fosse così concepito: 'EA RES AGATVR, QVOD AVLVS AGERIVS DE NVMERIO NEGIDIO HOMINEM STICHVM STIPVLATVS EST. CAIVS AQVILIVS IVDEX ESTO. SI PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO HOMINEM STICHVM DARE OPORTERE, QVA DE RE AGITVR, QVANTI EA RES EST, TANTAM PECVNIAM CAIVS AQVILIVS IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO'.

<sup>194</sup> In questo senso v. già G. PUGLIESE, v. 'Giudicato civile (storia)', cit., 739 nt. 46. Diversamente E.J. TARDIF, *Étude sur la litis contestatio en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français*, Paris 1881, 144, che sulla base di quanto si legge nel frammento di Giuliano aveva pensato che l'indicazione della *causa debendi* potesse essere contenuta nell'*intentio* della formula della *condictio*.

<sup>195</sup> *Supra*, §§ 17-19.

Questi casi non dovevano ricorrere così raramente nella prassi da far pensare che costituissero un ventaglio piuttosto ridotto di eccezioni rispetto a quella che, sulla scia della configurazione della *condictio* come azione ‘astratta’, si sarebbe inclini a raffigurarsi come una sorta di regola.<sup>196</sup>

I risultati ai quali si è pervenuti, nel loro convergere, hanno confermato nella sostanza le intuizioni di alcuni studiosi tedeschi precedenti a Baron, mostrando come benché i modelli formulari della *condictio* proposti nella sezione ‘*Si certum petetur*’ del titolo edittale ‘*De rebus creditis*’ fossero ‘astratte’, i programmi di giudizio di volta in volta sottoposti a *litis contestatio* non dovessero essere necessariamente tali. Essi, infatti, potevano essere causalizzati ogni qual volta una ragione specifica suggerisse di obiettivare in una *praescriptio* la causa che, con ogni verosimiglianza, doveva emergere in giudizio già nella fase precedente alla *litis contestatio*.<sup>197</sup> La ‘astrattezza’ del modello edittale, in altri termini, poteva essere corretta quando ritenuto opportuno o necessario e, di conseguenza, non implicava necessariamente anche la ‘astrattezza’ dell’azione.

In questo ordine di idee è plausibile pensare che anche in un’azione la cui causa non fosse immediatamente desumibile dal modello della formula proposto nell’editto la ragione posta a fondamento della pretesa dell’attore si profilasse già in connessione all’*editio actionis* e all’*editio instrumentorum*, acquistando contorni sempre più chiari nella fase *in iure* nell’ambito dell’interazione delle parti volta a predisporre il programma di giudizio da sottoporre alla *litis contestatio*.<sup>198</sup> Di questa interazione, richiamata dalle parole ‘QVA DE RE AGITVR’ contenute nei modelli della *condictio* proposti nell’albo, avrebbero conservato memoria i testimoni presenti *in iure* e invocati nella *litis contestatio*.<sup>199</sup>

L’aspetto relativo alla causa dell’azione sarebbe stato determinante nei casi in cui il magistrato avesse dovuto stabilire se si dovesse fare ricorso a *ius iurandum in iure delatum* e *sponsio et restipulatio tertiae* (o *dimidiae partis*). In tali ipotesi, infatti, la formula della *condictio certae pecuniae* sarebbe stata direttamente ricollegabile a quella di un’*actio ex sponsione tertiae partis*, rinviando così alla *causa credendi* e restringendo il tema della prova alla dimostrazione *apud iudicem* dell’avvenuta conclusione di uno dei tre atti da cui poteva nascere il DARE OPORTERE di una *certa credita pecunia*.

Ciò ha come conseguenza, che il fatto indicato nella *praescriptio*, seppur enunciato in una clausola che precedeva la *iudicis nominatio* con cui cominciava la formula pro-

<sup>196</sup> A questi casi, forse, si potrebbe aggiungere anche quello di una *praescriptio* premessa alla formula della *condictio ex causa furtiva*, come ammesso esplicitamente da A. BURDESE, Rec. a W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, in SDHI 55, 1989, 477 (= *Recensioni e commenti. Sessant’anni di letture romanistiche*, I, Padova 2010, 704).

In effetti, nel caso in cui oggetto del furto fosse stato un bene di specie che fosse perito, l’attore poteva avere interesse a premettere alla formula della *condictio* una *praescriptio* che indicasse la *causa actionis*, in modo da giovare così del principio in virtù del quale ‘*semper ... moram fur facere uidetur*’ ricordato in D. 13.1.8.1 (Ulp. 27 *ad ed.*) e fare valere così la cosiddetta *perpetuatio obligationis*.

<sup>197</sup> *Supra*, § 6.

<sup>198</sup> *Supra*, § 10.

<sup>199</sup> *Supra*, § 13.

priamente detta, aveva conseguenze sull'azione,<sup>200</sup> facendone venire meno la 'astrattezza' in relazione tanto alla sua 'konsumierende Funktion' quanto alla sua 'kondemnierende Funktion'.

È vero che in relazione all'orazione ciceroniana in difesa di Roscio ciò indurrebbe a chiedersi come mai Fannio si fosse deciso ad agire con *actio certae creditae pecuniae* senza rendersi conto del fatto che la somma di denaro richiesta in giudizio, seppur determinata nel suo ammontare, non era *credita*.<sup>201</sup> Ma a questa circostanza non deve attribuirsi troppo peso. È probabile, infatti, che nella fase *in iure* la parte attrice non fosse stata consigliata per il meglio dall'oratore che l'assisteva.<sup>202</sup>

<sup>200</sup> Al riguardo è forse opportuno precisare che anche quando fosse inserita al di fuori della formula, ossia prima della *iudicis nominatio*, la *praescriptio* non rimaneva estranea all'azione. Non è un caso, peraltro, che tale clausola cominciasse con le parole 'EA RES AGATVR' o 'EA RES AGETVR', che appunto si riferiscono all'*agere*, così come non è un caso che nelle fonti si discorra di *agere praescriptis uerbis*. Per questa ragione non si può condividere l'opinione di C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 25 s., il quale ha ritenuto che solamente nel caso di *praescriptio inserta formulae loco demonstrationis* attestato in Gai 4.136, ciò sarebbe avvenuto «perché essa in tali casi è assolutamente rilevante per determinare i compiti del giudice», e che da ciò dovrebbe desumersi che «la presenza di un dato nella *praescriptio* non limita di per se stesso i compiti del giudice.»

Non vi sono ragioni per pensare che nei casi di *agere praescriptis uerbis* la formula dell'azione, oltre a una *praescriptio* antecedente alla *iudicis nominatio* avesse anche una *demonstratio* che – come ritenuto da C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 27, in relazione alla formula da lui ipotizzata per Gai 4.137 – enunciassero una seconda volta la causa dell'azione già compiutamente indicata nella *praescriptio* (cfr. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 174 s. e 175 nt. 4). Appare preferibile pensare, infatti, che il fatto generatore della pretesa fosse indicato in questi casi in una *praescriptio* anteposta alla *iudicis nominatio*.

Ciò è stato riconosciuto anche da R. FIORI, in F. CURSI-R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 101-102, 2011, 145 s. nt. 1, il quale ha creduto che la descrizione della fattispecie nella *praescriptio* non vincolasse il giudice in ordine alla qualificazione del rapporto dedotto nell'*intentio* proprio perché riferito «in un testo estraneo alla formula vera e propria». Senonché, per quanto una clausola premessa alla *iudicis nominatio* non possa considerarsi una parte della formula in senso proprio, risulta davvero difficile pensare che della determinazione della *res qua de agitur* operata con una *praescriptio* caratterizzante questo tipo di *agere* il giudice e le parti non dovessero tener conto nella fase successiva alla *litis contestatio* in ordine alla fissazione e alla delimitazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. Diversamente ragionando, infatti, si dovrebbe concepire una sorta di azione 'astratta' i cui contenuti andavano di volta in volta determinati solamente nella fase *apud iudicem* sia in relazione al *petitum*, sia in relazione alla *causa petendi*. Una concezione del genere, tuttavia, desterebbe più di una perplessità. Innanzi tutto, infatti, essa svaluterebbe l'attività compiuta *in iure* dalle parti sotto la direzione del magistrato. In secondo luogo, se il giudice non fosse stato vincolato da quanto enunciato nella *praescriptio*, si dovrebbe ammettere che una volta avvenuta la *litis contestatio* l'attore sarebbe stato libero di richiamare *apud iudicem* una causa diversa dal fatto dedotto nella *praescriptio* e che il convenuto, in relazione a tale causa, non avrebbe più avuto la possibilità di fare inserire nel programma di giudizio un'*exceptio* che – se ritenuta fondata – avrebbe potuto condurre alla sua assoluzione. Queste conclusioni, però, non risulterebbero in armonia con una nozione di azione che, in base a quanto risulta dal quadro delle fonti di cui si dispone, doveva profilarsi – lo si è visto (*supra*, §§ 10 ss.) – in modo tale da consentire al convenuto di essere edotto compiutamente sui fatti di causa e di conoscere le prove che l'attore aveva intenzione di addurre innanzi al giudice non solo ai fini della decisione di addivenire o meno alla *litis contestatio*, ma anche alla possibilità di organizzare le proprie difese per farle inserire nel programma di giudizio.

<sup>201</sup> *Supra*, § 8.

<sup>202</sup> Sulle ragioni che avrebbero indotto Saturio a far agire Fannio con *actio certae creditae pecuniae* v.

Di casi del genere, del resto, non mancano tracce in altri scritti dello stesso Cicerone.<sup>203</sup> D'altra parte, il profilo causale appariva essenziale perché il convenuto fosse messo nelle condizioni di effettuare una serie di scelte, come quella relativa alla possibilità di confessare *in iure*, o di organizzare le proprie difese, chiedendo – ove lo avesse ritenuto opportuno – di far inserire nella formula *exceptiones*, anche pregiudiziali, o di far premettere una *praescriptio* al programma di giudizio, anche allo scopo di coordinare più azioni fra loro legate da nessi di pregiudizialità.<sup>204</sup>

La nozione di *causa actionis*, allora, va considerata in relazione alla *condictio* non solo nella prospettiva dell'azione intesa nella sua 'konsumierende Funktion', ma anche nella prospettiva dell'azione considerata nella sua 'kondemnierende Funktion'. Nella prima prospettiva doveva giocare un ruolo il concetto di *causa proxima actionis*, secondo la terminologia impiegata da Nerazio in D. 44.2.27,<sup>205</sup> o di *causa petendi*, come la chiama Paolo in D. 44.2.14 pr.,<sup>206</sup> nella seconda anche il concetto di *causa remota*.<sup>207</sup>

In conclusione non è possibile accettare l'idea di Baron secondo cui la *condictio* formulare sarebbe stata sempre un'azione 'astratta', nella quale l'aspetto della *causa actionis* avrebbe assunto rilevanza solamente innanzi al giudice.

A porsi su questa via, ragionare sulla 'astrattezza' della *condictio* formulare tenendo conto, da un lato, dell'attività compiuta dalle parti nella fase *in iure*,<sup>208</sup> e dall'altro della possibilità di riconoscere che in una serie di casi il programma di giudizio fosse munito di una *praescriptio* che circoscrivesse l'azione in relazione al profilo della causa, potrebbe gettare nuova luce su alcune questioni che continuano a non trovare soluzioni unitarie nella riflessione storiografica.

Le osservazioni compiute da questo angolo visuale, infatti, potrebbero offrire qualche spunto per affrontare ancora una volta il problema della 'astrattezza' della *rei vindicatio per*

M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 814 s., secondo cui Fannio avrebbe dovuto agire in giudizio con un'*actio pro socio*, che però avrebbe presentato lo svantaggio di constenire a Roscio di contrapporgli in giudizio i controcrediti vantati nei suoi confronti. A giudizio di J. BARON, *Der Process*, cit., 130, invece, per far valere l'accordo transattivo concluso tra Fannio e Roscio si sarebbe dovuto agire con un'azione *praescriptis uerbis*. Nella letteratura più recente possono vedersi anche gli spunti di C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 190 ss. (= *Scritti scelti*, II, cit., 627 ss.). Tali spunti, tuttavia, dipendono da una lettura dell'orazione ciceroniana che, rinunciando a far tesoro di preziose osservazioni svolte nella riflessione storiografica più antica, non appare sempre convincente (v., per esempio, *supra*, § 8, nt. 80; § 10, nt. 106; § 14, nt. 141).

<sup>203</sup> Significativo, al riguardo, l'episodio narrato da Cic., *de orat.* 1.37.168, relativo all'oratore ignorante che aveva insistito per far inserire nel programma di giudizio un'*exceptio* 'CVIVS PECVNIAE DIES FVIT', senza comprendere che ciò non avrebbe giovato alla parte che assisteva. Su questo brano ciceroniano v., diversamente fra loro, M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 169 ss.; L. PELLECCHI, *La praescriptio*, cit., 278 ss.; B. ALBANESE, *La vetus atque usitata exceptio di Cic. De Orat. 137,168*, in AUPA 49, 2004, 29 ss. (= *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 1093 ss.); M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 169 ss.

<sup>204</sup> *Supra*, § 10.

<sup>205</sup> V. *supra*, § 3 e nt. 24.

<sup>206</sup> Cfr. *supra*, § 19 e nt. 187.

<sup>207</sup> Cfr. *supra*, § 10 e nt. 105.

<sup>208</sup> *Supra*, §§ 6 ss.

*formulam petitoriam*,<sup>209</sup> e più in generale il tema della compiuta determinazione dell'oggetto del processo.

Poiché le testimonianze sulle quali si può contare inducono a pensare che la *condictio* e la *rei vindicatio per formulam petitoriam* non potessero avere un programma di giudizio munito di *demonstratio*,<sup>210</sup> e che le *formulae in ius conceptae*, modellate sui formulari delle antiche *legis actiones*, fossero proposte nell'editto con un'*intentio* che non enunciava la *causa actionis*,<sup>211</sup> si può pensare che essa fosse indicata in una *praescriptio* con funzione 'determinativa' della *res qua de agitur*.

La possibilità di una *praescriptio pro actore*, già ammessa in linea teorica da Keller<sup>212</sup> e avversata da Puchta,<sup>213</sup> era stata particolarmente difesa da Savigny,<sup>214</sup> che aveva pensato a una *praescriptio* del tipo 'EA RES AGATVR DE FVNDQ MANCIPATO', 'EA RES AGATVR DE FVNDQ VSVCAPTO', o alla *praescriptio* 'DE EADEM RE ALIO MODO' cui si allude in due passi di Cicerone.<sup>215</sup>

<sup>209</sup> Come si ricorderà, la questione della possibilità di un'*agere adiecta* (o *expressa*) *causa* in relazione alla rivendica, risalente già alla Glossa e affrontata nel diritto intermedio, fu oggetto di un intenso dibattito fra gli studiosi dell'Ottocento tedesco a partire da Keller. Nel corso del Novecento sono tornati sulla questione G. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 71 ss.; E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 643; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 66 ss.; K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in ZSS, R.A. 90, 1973, 148 s. nt. 182; ID., *Praeudicium*, cit., 60 ss.; G. PUGLIESE, v. 'Giudicato civile (storia)', cit., 739, nonché, nell'ambito di un contributo specifico che riprende le fila del dibattito svoltosi nel corso dell'Ottocento, M. MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, cit., 229 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 781 ss.); un cenno al tema si trova già in ID., v. 'Rivendicazione (dir. rom.)', in Enc. dir. 41, Milano 1989, 15 e nt. 74 (= *Scritti giuridici*, I, Palermo 2003, 399 e nt. 74), che ha pensato a un'integrazione dell'*intentio* della formula o a una *praescriptio pro actore*.

La possibilità di integrare direttamente la formula con l'indicazione del titolo di acquisto o di aggiungere una *praescriptio pro actore* è stata ammessa di recente anche da D. MANTOVANI, *Le formule*<sup>2</sup>, cit., 38 nt. 8. È chiaro che nella seconda ipotesi si sarebbe di fronte a una *praescriptio* alla quale andrebbe riconosciuta una funzione esclusivamente 'determinativa'.

In argomento v. anche, in relazione alla possibilità di un'*agere expressa causa* che riguardi tanto la *condictio* quanto la *rei vindicatio per formulam petitoriam*, F. STURM, *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, cit., 145 ss.

<sup>210</sup> Cfr. le osservazioni di G.F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa*, cit., 262 s. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 182); ID., *Cursus*, II, cit., 128 s.

<sup>211</sup> Secondo F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 290 s. nt. 9, invece, la formula dell'*actio Publiciana* attestata in Gai 4.36 avrebbe attestato proprio la capacità della formula della *rei vindicatio* di indicare la *causa actionis* direttamente nell'*intentio*. Nello stesso senso si è espresso anche [A.W.] HEFFTER, *Ueber die causa adiecta s. expressa*, cit., 233 ss. A destare perplessità nei confronti di tale convincimento, tuttavia, sta la circostanza che la *formula ficticia* dell'*actio Publiciana* aveva un'*intentio* modificata rispetto a quella tipica della *rei vindicatio*. Per altre obiezioni v. M. MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, cit., 235 (= *Scritti giuridici*, II, cit., 787).

<sup>212</sup> F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 290.

<sup>213</sup> G.F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa*, cit., 260 s. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 179 s.).

<sup>214</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., 523 ss. Sulla stessa scia di Savigny si sono collocate le riflessioni svolte da H. DERNBURG, *Ueber das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*, Heidelberg 1852, 29 ss., che si è richiamato anche a quanto si legge in D. 5.3.7.2 (Paul. 14 *ad ed.*), su cui v. ora M. MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, cit., 236 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 788 ss.), ove altra letteratura.

<sup>215</sup> Cic., *ad fam.* 13.27.1; Cic., *de fin.* 5.29.88.

Contro tale ipotesi si è obiettato che le *praescriptiones pro actore* attestate nel manuale di Gaio e quelle che dovevano impiegarsi nell'*agere praescriptis uerbis* riguardavano solamente azioni *in personam* munite di *intentio* cosiddetta *incerta*.<sup>216</sup>

Senonché, la trattazione delle *praescriptiones* nota grazie al palinsesto veronese presenta una lacuna di un'intera pagina<sup>217</sup> che impedisce di conoscere la parte centrale – pari a un terzo circa – del discorso dedicato da Gaio a questo tema,<sup>218</sup> e nella quale non si può escludere che Gaio trattasse di *praescriptiones* da anteporre a *formulae certae* o a programmi di giudizio di azioni *in rem*. L'argomento che se ne è tratto, pertanto, non appare in sé concludente, e anzi risulta smentito dal primo dei due programmi di giudizio tramandati in TPSulp. 31, che mostra come anche la *formula certa* di un'azione come quella della *condictio* poteva essere munita di *praescriptio*.

Né va dimenticato che anche la *praescriptio* di Gai 4.133 poteva essere premessa al programma di giudizio di un'azione *in rem* come la *rei uindicatio* allo scopo di determinare l'estensione della *res qua de agitur*.<sup>219</sup>

Se è vero che in questo caso la *praescriptio* anteposta alla formula sarebbe stata *pro reo*, non vi sono motivi per negare che una clausola analoga potesse anteporsi alla formula anche nell'interesse dell'attore. La distinzione che oppone le *praescriptiones pro actore* a quelle *pro reo*, infatti, doveva avere rilievo nell'ottica di Gaio perché ai tempi in cui scriveva quelle *pro reo* si erano ormai trasformate '*in speciem exceptionis*'. Ciò, nondimeno, non vale a escludere una considerazione unitaria della loro funzione, messa in discussione a partire dagli studi di Wlassak che avevano scorto nella *praescriptio pro reo* il ruolo di condizionare gli effetti della *litis contestatio*.<sup>220</sup>

<sup>216</sup> Cfr. M. MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, cit., 234 (= *Scritti giuridici*, II, cit., 786) e gli autori ivi citati alla nt. 18.

<sup>217</sup> Cfr. *supra*, § 12, nt. 124.

<sup>218</sup> Al riguardo v. H. DERNBURG, *Ueber das Verhältniß*, cit., 29 nt. 10; M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 162 nt. 4.

<sup>219</sup> Sul punto v. *supra*, § 12.

<sup>220</sup> La convinzione di ascendenza wlassakiana che scorgeva una profonda diversità fra la funzione delle *praescriptiones pro actore* e quella delle *praescriptiones pro reo* è ancora presente nell'impostazione di R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 25 ss. Questo studio, infatti, muove dall'idea che ammette la possibilità che la *praescriptio pro reo* impedisca «che si arrivi alla sentenza, perché se il giudice si rende conto di non poter decidere senza tener conto della questione esclusa dalla *praescriptio*, deve fingere che non vi sia stato un *agere* con la conseguenza di non poter né condannare né assolvere». Una conclusione del genere, tuttavia, postula che la lacuna di Gai 4.133 vada integrata nel modo ritenuto da Wlassak (v. *supra*, § 12, nt. 123), e dà così per scontata una base testuale che invece sarebbe stato necessario verificare autonomamente anche alla luce delle ricostruzioni più antiche di quella accettata dallo studioso austriaco. L'idea che il giudice potesse 'fingere' che non vi fosse stato un *agere*, e che di conseguenza avrebbe potuto porre fine alla controversia senza pronunciare una condanna o un'assoluzione, peraltro, non si allontana di molto dalla convinzione di Wlassak secondo cui il processo poteva 'abortire' (cfr. *op. cit.*, 20), e presta il fianco pertanto a una serie di gravi obiezioni (v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 57 ss.; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 157 ss.) che – a tacer d'altro – impediscono di condividere l'impianto e i risultati dell'intera ricerca di Fiori già a partire dai presupposti su cui risulta edificata. Per una diversa prospettiva v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., *passim*; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 147 ss.

Quanto alla *praescriptio* 'DE EADEM RE ALIO MODO' testimoniata da Cicerone, infine, non vi sono ragioni per non ammettere che essa potesse avere un significato tecnico analogo a quello delle *praescriptiones* di cui si parla nelle fonti giuridiche.<sup>221</sup>

<sup>221</sup> In proposito, infatti, non va dimenticato che Cicerone aveva una preparazione giuridica di tutto rispetto, avendo cominciato ad apprendere il diritto da Quinto Mucio Scevola l'Augure a soli sedici anni e passando in seguito fra gli *auditores* del cugino di secondo grado di quest'ultimo, Quinto Mucio Scevola il Pontefice.



NOTE



DANIELA DI OTTAVIO  
(Università della Tuscia - Viterbo)

*Octo genera poenarum*  
(a margine di August., *civ. Dei* 21.11 e Isid., *etym.* 5.27.1 ss.)

ABSTRACT

August., *civ. Dei* 21.11 lists *octo genera poenarum* contained in *legibus* (*damnum, vincla, verbera, talionem, ignominiam, exilium, mortem, servitutem*): the source of Augustine is Cicero (presumably, but not with certainty, *de orat.* 1.194, even if the text mentions only six punishments). The passage of Augustine is often inserted (Schoell, Riccobono *et alii*) in the *fragmenta incertae sedis* of the Twelve Tables, which however, does not expressly mention the decemviral legislation; nor all the punishments listed by Augustine are attested in the Twelve Tables, at least on the basis of the documents known by us. Isidore (*etym.* 5.27.4), though reporting *verbatim* the list of punishments - introduced as *legibus* - which we read in Augustine, when the latter describes them individually, attributes the introduction of *lautumiae, tormenta, fustes, metalla* and of the exile (*etym.* 5.27.23) to Tarquin the Proud: the source of Isidore, for this assignment, is supposedly the Chronograph of the year 354. The kingdom of the Proud is, as it is known, characterized by brutality and despotism, and marked by a peculiar “creativity” in devising tortures and punishments. In particular, the news of the use of the plebeians in “forced labor” for the construction of public works is widely attested in the sources, since Cassio Emina. But Isidore places the introduction of the mentioned punishments, by Tarquin, among those provided in *legibus*. Now, in the compilation of *leges regiae* directed by Franciosi more than a few regulations are attributed (as opposed to the past) to the last king, but - among them - there is no appearance of what is contained in the story of Isidore: the introduction of those punishments is due, therefore, to a legislative activity of the king himself or is it a mere (and cruel) exercise of the criminal *coercitio*? From the sources we were able to study, we cannot find a unique solution: it can be concluded that the passage of Augustine on the *octo genera poenarum* is not attributable *tout court* to the Twelve Tables and that the text of Isidore who assigned their introduction to Tarquin could be tentatively included among the sources concerning the *leges regiae*, at least in the same way as the others, collected in the anthology directed by Franciosi.

PAROLE CHIAVE

Tarquinio il Superbo; *leges regiae*; Dodici Tavole; *lautumiae*; diritto criminale romano.



## OCTO GENERA POENARUM

(a margine di August., *civ. Dei* 21.11 e Isid., *etym.* 5.27.1 ss.)

SOMMARIO. 1. August., *civ. Dei* 21.11: *octo genera poenarum in legibus*. 2. Attribuzione del testo ai *fragmenta incertae sedis* della Legge delle Dodici Tavole. 3. (segue) Perplexità relative a tale attribuzione. 4. Isid., *etym.* 5.27.4 e 5.27.23: Tarquinio il Superbo e l'introduzione di alcune pene a Roma. 5. Le narrazioni antiche concernenti Tarquinio in tema di repressione criminale. 6. La probabile fonte di Isidoro: Cron. a. 354. 7. L'impiego dei plebei nei lavori forzati in miniera (Cassius Hemina *apud* Serv. Auct., *Aen.* 12.603 e Plin., *n. h.* 36.107). 8. Ancora sui lavori forzati per la costruzione di opere pubbliche (Liv. 1.59.9 e Dion. Hal. 4.44). 9. Le disposizioni attribuite all'ultimo re nelle raccolte di *leges regiae*. 10. Val. Max. 1.1.13 (Zon. 7.11) e Cic., *pro Rab. perd.* 4.13: *poena cullei* e *suspensio* all'*arbor infelix*. 11. *Leges* o *coercitio*? 12. Isidoro e la tradizione storiografica precedente.

1. È noto che Salvatore Riccobono<sup>1</sup> colloca nei *fragmenta incertae sedis* delle Dodici Tavole un testo di Agostino (*civ. Dei* 21.11) nel quale si afferma che i generi di pena previsti in *legibus* sono otto, così come aveva scritto Cicerone:

August., *civ. Dei* 21.11: *octo genera poenarum in legibus esse scribit Tullius, damnum, vincla, verbera, talionem, ignominiam, exilium, mortem, servitutum.*

Agostino sta affrontando in questo brano il tema della durata della pena rispetto ai crimini commessi, argomentando contro coloro i quali trovavano ingiusto che si potesse configurare una pena che durasse in eterno, *'quasi ullius id umquam iustitia legis adtendat, ut tanta mora temporis quisque puniatur, quanta mora temporis unde puniretur admisit'*. A titolo esemplificativo, l'autore menziona, dunque, le pene, introdotte con leggi, al fine di evidenziare come nessuna di esse sia ristretta in un breve spazio di tempo, corrispondente alla rapidità con la quale è commesso il crimine, escluso il caso del taglione.

Come ricordato in apertura, la fonte di Agostino è rappresentata – in esplicito – da Cicerone. Potrebbe trattarsi di un noto passo del *de oratore*<sup>2</sup> o – come ipotizzato in dottrina<sup>3</sup> – di un successivo commentatore dell'Arpinate.

<sup>1</sup> S. RICCOBONO, *Leges*, in S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI, *Fontes iuris Romani antejustiniani, Pars prima*, Florentiae 1909, 62 (= FIRA<sup>2</sup>, Florentiae 1941 [poi 1968, 2007] I, 75 n. 7).

<sup>2</sup> Per tutti, v. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes* (BICS. Supplement), 2, London 1996, 574.

<sup>3</sup> U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 71 e ivi nt. 35.

Giova, a questo proposito, riportare il testo menzionato:

Cic., *de orat.* 1.194: *sive quem ista praepotens et gloriosa philosophia delectat, - dicam audacius - hosce habet fontis omnium disputationum suarum, qui iure civili et legibus continentur: ex his enim et dignitatem maxime expetendam videmus, cum vera virtus atque honestus labor honoribus, praemiis, splendore decoratur, vitia autem hominum atque fraudes damnis, ignominis, vinclis, verberibus, exsiliis, morte multantur; et docemur non infinitis concertationumque plenis disputationibus, sed auctoritate nutuque legum domitas habere libidines, coercere omnis cupiditates, nostra tueri, ab alienis mentis, oculos, manus abstinere.*

È un testo celebre ed approfonditamente studiato, per una molteplicità di aspetti che esulano dai ben più limitati intedimenti di questo contributo<sup>4</sup>. Per ciò che qui interessa, Cicerone (per bocca di Crasso), afferma che coloro che volessero interessarsi della scienza della politica (*praepotens et gloriosa philosophia*), troveranno nel *ius civile* e *in legibus* la fonte di ogni *disputatio*. Da questi (*ex his: ius civile e leges*) si assegnano onori, premi e gloria per i comportamenti virtuosi e punizioni per quelli fraudolenti. Tutto ciò, secondo l'Arpinate, rappresenta l'esaltazione della *dignitas*. Le punizioni, dunque, sono indicate, nel passo in esame, da: '*damnis, ignominis, vinclis, verberibus, exsiliis, morte*'.

Rispetto all'elenco degli *octo genera poenarum* di Agostino, dal quale abbiamo preso le mosse, mancano, dunque, i riferimenti alla *talio* e alla *servitus* quali pene.

La circostanza è singolare e potrebbe far sorgere dubbi sull'effettiva dipendenza del testo agostiniano proprio dal passo del *de oratore* in esame<sup>5</sup>, ma che Cicerone rappresenti la fonte di Agostino è sicuro: evidentemente, o quest'ultimo ha voluto aggiungere all'elenco ciceroniano delle pene due fattispecie che conosceva e che gli sembravano mancare nella sua fonte, oppure – si può anche congetturare – Agostino medesimo leggeva testi ciceroniani forse scolati: dalle nostre informazioni non è dato sapere di più.

Giova, dunque, ora, tornare sulla collocazione del passo agostiniano nelle Dodici Tavole.

2. L'attribuzione del testo agostiniano ai *fragmenta incertae sedis* delle Dodici Tavole, così come operata da Riccobono (e, successivamente, in via, per così dire, tralaticia, anche da non pochi altri autori<sup>6</sup>), nasce sulla scorta dell'autorevole collocazione proposta a suo tempo da Rudolf Schoell<sup>7</sup>: ma non è, tuttavia, pacifica in dottrina.

Le opinioni degli autori appaiono, infatti, drasticamente discordi tra loro.

Per limitarsi alle palinogenesi decemvirali più rilevanti (nonché a quelle più recenti), si

<sup>4</sup> Su di esso esiste una sterminata letteratura: cfr., ultimamente, per tutti, con riferimenti bibliografici precedenti, G. FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, in AUPA 52 (2007-2008) spec. 159 s. = *Scritti on. R. Martini*, I, Milano 2008, 990 s. e 997 s.; Id., *XII Tavole, civilis scientia e philosophia in Cic., de Orat. 1.193-195: un'esegesi*, in *Carmina iuris, Mèl. honn. M. Humbert*, Paris 2012, 275 ss.

<sup>5</sup> Cfr. *supra* nt. 3.

<sup>6</sup> A. R. CASTELLANOS, *Ley de las doce tablas*, Madrid 1992, 99; L. KOFANOV, *Leggi delle XII Tavole* (in russo), Mosca 1996, 168; M. I. J. ZABLOCCY, *Ustawa XII Tablic*, Warszawa 2003, 80.

<sup>7</sup> R. SCHOELL, *Legis duodecim tabularum*, Lipsiae 1866, 164; Riccobono (*Leges cit.*, 62 nt. 7) riconosce esplicitamente di essersi rifatto all'opinione di Schoell.

può osservare, ad esempio, come una parte della dottrina, pur attribuendo anch'essa il testo agostiniano all'antica Legge, opti, tuttavia, rispetto all'incertezza di Schoell, per una precisa collocazione di esso all'interno delle *tabulae e*, più precisamente, quale prima disposizione della nona. Tale proposta di collocazione, apparsa per la prima volta nella settima edizione de *Les lois des Romains*<sup>8</sup>, è opera di Denis Larquet, curatore del capitolo dedicato proprio alla legge delle Dodici Tavole<sup>9</sup>, il quale sottolinea (con riguardo al testo di Agostino in esame, collocato – come detto – all'inizio della nona tavola<sup>10</sup>): «l'ordonnancement proposé ici est original car on a estimé, ce qui n'est pas le cas pour toutes les autres éditions, qu'il convenait de replacer en tête de la table IX, consacrée au droit pénal public, deux dispositions (fragments 7 et 5 dans les *FIRA*) jugées jusqu'ici inclassables [...]. La première de ces dispositions, en effect, qui traite des différentes peines, constitue une transition entre les tables VIII e IX»<sup>11</sup>. L'autore francese giustificava, così, la scelta operata<sup>12</sup>.

All'opposto, vi è stato chi, come Bruns<sup>13</sup>, non ha invece ritenuto di doversi associare alla collocazione di Schoell, espungendo del tutto dalle Dodici Tavole il riferimento al testo agostiniano<sup>14</sup>.

Altri autori, invece, optano per una posizione dubitativa, inserendo nelle rispettive palinogenesi decemvirali il brano di Agostino con qualche incertezza<sup>15</sup> o ponendolo tra i «candidates for exclusion»<sup>16</sup>.

3. Ora, l'attribuzione alle Dodici Tavole dell'elenco delle pene *in legibus* che Agostino leggeva in Cicerone (accrescendolo, ove la fonte agostiniana fosse effettivamente il brano del *de oratore* esaminato<sup>17</sup>), nasce, evidentemente, da diverse circostanze. La prima – ben nota – è da ricercarsi nella corrente di pensiero per cui il riferimento generico nelle fonti alla *lex* o alle *leges*

<sup>8</sup> P. F. GIRARD, F. SENN, *Les lois des Romains. 7<sup>e</sup> édition par un groupe de romanistes des "Textes de droit romain"*, tome II, de P. F. Girard et F. Senn (cur. V. GIUFFRÈ), Napoli 1977, VII. Al riguardo, occorre precisare che il tomo secondo della settima edizione dell'opera di Girard - Senn vide la luce dieci anni dopo il primo [P. F. GIRARD, F. SENN, *Textes de droit romain*, tome I, Paris 1967] per difficoltà oggettive, rese note nella prefazione (ad opera di G. Boulvert, V. Giuffrè e L. Labruna) all'edizione napoletana (*op. cit.*, VI).

<sup>9</sup> D. LARQUET, *Loi des XII Tables, Introduction*, in P. F. GIRARD, F. SENN, *Les lois des Romains*<sup>7</sup> cit., 23 ss.

<sup>10</sup> D. LARQUET, *Loi des XII Tables*, in P. F. GIRARD, F. SENN, *Les lois des Romains*<sup>7</sup> cit., 45.

<sup>11</sup> D. LARQUET, *Loi des XII Tables*, in P. F. GIRARD, F. SENN, *Les lois des Romains*<sup>7</sup> cit., 14.

<sup>12</sup> La collocazione del frammento di Agostino nella nona tavola è successivamente accolta da D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Darmstadt 1994, 185.

<sup>13</sup> C. G. BRUNS, *Fontes iuris Romani. Leges et negotia*<sup>7</sup>, Tubingae 1909, 39 nt. 1, nella quale l'autore precisa di aver scientemente ommesso il frammento inserito da Schoell senza, tuttavia, menzionarne i motivi: «omisi ex Schoelliana appendice fr. 7: Aug. (*de civitate Dei* 21,11)».

<sup>14</sup> Sulla scorta di Bruns, v. ad esempio, anche E. VARELA, *Ley de las XII tablas*, in *Textos de derecho romano*, coord. R. Domingo, Pamplona 1998, 36.

<sup>15</sup> E. H. WARMINGTON, *Remains of old Latin. Lucilius, the Twelve Tables*, London 1993, 513: in nota l'autore si chiede se il testo agostiniano sia effettivamente da ricondursi alle Dodici Tavole.

<sup>16</sup> M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes* cit., 574.

<sup>17</sup> Cfr. *supra* § 1.

sarebbe da intendersi come rivolto al “codice” decemvirale<sup>18</sup>. La seconda è che alcune di quelle pene effettivamente si ritrovano nei versetti a noi noti delle Dodici Tavole medesime.

Non può, tuttavia, sottacersi la circostanza che Agostino, nel testo in esame, ha come fonte principale Cicerone: ora, nel testo del *de oratore* (1.194)<sup>19</sup> normalmente individuato – pur con le perplessità richiamate – quale fonte di Agostino, più volte (1.193 e 1.195) ci si richiama esplicitamente alle Dodici Tavole, terminando esso, anzi, proprio con il celeberrimo elogio di queste ultime, preferite a tutte le biblioteche dei filosofi<sup>20</sup>. Tale intrinseca circostanza potrebbe, dunque, aver indotto gli autori ad inserire gli *octo genera poenarum* di Agostino tra i testi riconducibili alle Dodici Tavole (ancorché senza che tale motivazione sia mai esplicitamente menzionata), in quanto ciò sarebbe, almeno in qualche misura, desumibile dalla sua fonte, cioè Cicerone.

In verità, il testo ciceroniano, per quanto sicuramente intriso di riferimenti alle Dodici Tavole, proprio quando fa menzione delle pene non esplicita che esse siano attribuibili all’antica raccolta legislativa. Infatti, come si ricorderà, l’Arpinate (*de orat.* 1.193-194) introduce il tema delle punizioni con un *‘ex his’*, che si riferisce ai precedenti *‘iure civili et legibus’*. Così come, d’altronde, farà anche Agostino: questi ben conosce e esplicitamente cita le Dodici Tavole in altri luoghi, sempre alla luce della sua fonte Cicerone (*August., civ. Dei* 2.9: XII tab. 8.1 b., FIRA<sup>2</sup> I, 52; *civ. Dei* 8.19: XII tab. 8.8 b., FIRA<sup>2</sup> I, 55)<sup>21</sup> –, ma nel testo in esame si riferisce generalmente alle pene introdotte *legibus*.

Proviamo, dunque, ad analizzare le pene previste (tra quelle note, nell’ambito dei soli versetti a noi pervenuti) nelle Dodici Tavole, seguendo l’elencazione di Agostino (*damnum, vincla, verbera, talionem, ignominiam, exilium, mortem, servitutem*). Tra i testi decemvirali noti attraverso la documentazione antica, ritroviamo sicuramente la pena del *damnum* (XII tab. 8.16, FIRA<sup>2</sup> I, 60; XII tab. XII. 3, FIRA<sup>2</sup> I, 73), dei *vincla* (XII tab. 3.3 – 5, FIRA<sup>2</sup> I, 33 s.; XII tab. 8.10, FIRA<sup>2</sup> I, 56), dei *verbera* (XII tab. 8.9 e 10, FIRA<sup>2</sup> I, 56; XII tab. 8.14, FIRA<sup>2</sup> I, 59) e la *talio* (XII tab. 8. 2, FIRA<sup>2</sup> I, 53). Con meno facilità si può immaginare che l’*ignominia* possa corrispondere all’*improbis* di XII tab. 8.22 (FIRA<sup>2</sup> I, 62), mentre non si rinviene, viceversa, tra i testi a noi noti, alcun riferimento all’*exilium*. Ancora. Sicuramente è largamente attestata (con forme diverse di esecuzione) la pena capitale (XII tab. 3.5, FIRA<sup>2</sup> I, 33; XII tab. 8.1 b., FIRA<sup>2</sup> I, 52; XII tab. 8.9 e 10, FIRA<sup>2</sup> I, 56; XII tab. 8.21, FIRA<sup>2</sup> I, 62; XII tab. 8.23, FIRA<sup>2</sup> I, 62; XII tab. 24 b., FIRA<sup>2</sup> I, 62 s.; XII tab. 9.3 – 5, FIRA<sup>2</sup> I, 64 s.). Ma, infine, la *servitus* quale forma di pena può essere assimilata solo con scarsa verosimiglianza all’*addictio* del debitore insolvente (XII tab. 3.1 – 6, FIRA<sup>2</sup> I, 32 s.) o del *fur manifestus* (XII tab. 8.14, FIRA<sup>2</sup> I, 59), e – in quanto tale – non appare attestata nelle Dodici Tavole.

<sup>18</sup> Di recente, ad esempio, v. R. FERCIA, *Fiduciam contrahere e contractus fiducia. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012, 96 ss.

<sup>19</sup> Cfr. ancora *supra* § 1.

<sup>20</sup> Per tutti, v. G. FALCONE, *XII Tavole* cit., 276.

<sup>21</sup> Secondo Riccobono, peraltro, potrebbero – pur con maggior cautela, in assenza di un’esplicita menzione del testo decemvirale – rinvenirsi altri due riferimenti agostiniani a testi delle Dodici Tavole: *lib. arbitr.* 1.4 (*telum manu fugit*: XII tab. 8.24 = FIRA<sup>2</sup> I, 63); *civ. Dei* 1.19.2 (divieto di mettere a morte un cittadino non regolarmente condannato: XII tab. 9.6 = FIRA<sup>2</sup> I, 65).



Per quanto, evidentemente, a noi non siano certo note tutte le disposizioni decemvirali, non sembra, tuttavia, che le pene che leggiamo in Agostino (e che egli rinveniva, a sua volta, più stringatamente in Cicerone) possano esser fatte rientrare interamente tra quelle previste nelle Dodici Tavole.

Pare, invece, più ragionevole pensare che il riferimento alle pene previste *in legibus*, sicuramente riguardasse *anche* (e probabilmente soprattutto) la raccolta legislativa decemvirale, *lex* per eccellenza, ma intendesse indicarne comunque altre.

Le pagine che seguono hanno, dunque, l'intendimento di dimostrare, alla luce dell'analisi di non poche testimonianze ulteriori, come le fonti sembrino avvalorare tale prima – ed al momento del tutto provvisoria – ipotesi, verificando come taluni antichi autori attribuissero all'ultima età monarchica l'introduzione almeno di alcune delle pene elencate da Agostino.

4. L'elenco dei *genera poenarum* che leggiamo in Agostino si ritrova, innanzi tutto, in un noto passo di Isidoro (*etym.* 5.27.1-38).

Tuttavia, proprio il brano di quest'ultimo contiene elementi ulteriori che, se attentamente valutati, portano a dubitare della corretta attribuzione alle Dodici Tavole della totalità delle pene sopra osservate.

Nel contesto di cui discutiamo, Isidoro<sup>22</sup> si sta occupando *de poenis in legibus constitutis* e fornisce preliminarmente una definizione di *malum*, spiegando come esso possa rappresentare ciò che una persona compie, sia ciò che una persona soffre. Nel primo caso, si tratterà propriamente di un peccato, nel secondo di una pena<sup>23</sup>. La *poena*, afferma Isidoro, si chiama così perché deriva dal verbo *punire*, ma da sola non ha un significato completo: occorre aggiungere alla pena una specificazione, come pena del carcere, pena dell'esilio, pena di morte<sup>24</sup>.

Dopo questa introduzione concernente il significato di alcuni termini, si passa, dunque, all'elenco delle pene introdotte con provvedimento normativo (*in legibus*):

Isid., *etym.* 5.27.4: *Octo genera poenarum in legibus contineri Tullius scribit: id est damnum, vincula, verbera, talionem, ignominiam, exilium, servitutem et mortem. His namque poenis vindicatur omne perpetratum peccatum.*

Il testo di Isidoro è pedissequamente ripreso dal brano di Agostino, affermandosi, anche in questo caso, di leggerlo in Cicerone (anche se, come anticipato, l'elenco ciceroniano

<sup>22</sup> Sulle fonti e le conoscenze giuridiche di Isidoro di Siviglia, si vedano – nell'ambito di una vastissima letteratura – H. E. DIRKSEN, *Über die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts*, in *Hinterlassene Schriften*, Leipzig 1871, 185 ss.; B. KÜBLER, *Isidorusstudien*, in *Herm.* 25, 1890, 496 ss.; J. DE CHURRUCÁ, *Presupuestos para el estudio de las fuentes jurídicas de Isidoro de Sevilla*, in *AHDE* 43, 1973, 441 ss.; Id., *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*, Bilbao 1975, 1 ss.; R. MARTINI, S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche nel libro V delle Etymologiae di Isidoro di Siviglia*, in G. BASSANELLI, SOMMARIVA, S. TAROZZI (a cura di) *Ravenna capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, Repubblica San Marino 2012, 57 ss.

<sup>23</sup> Cfr. R. MARTINI, S. PIETRINI, *Cognizioni* cit., 70.

<sup>24</sup> Isid., *etym.* 5.27.1-2: [1] *Dupliciter malum appellatur: unum, quod homo facit, alterum, quod patitur. Quod facit, peccatum est; quod patitur, poena. Malum autem tunc plenum est, cum et praeteritum est et inpendet, ut sit et dolor et metus.* [2] *Poena dicta quod puniat. Est autem epithetum nomen, et sine adiectione non habet plenum sensum: adicis poena carceris, poena exilii, poena mortis, et inplens sensum.*

è più stringato<sup>25</sup>): *damnum, vincula, verbera, talionem, ignominiam, exilium, servitutum et mortem*. L'elencazione è pressoché identica a quella di Agostino e, per ciò stesso, il passo di Isidoro è menzionato accanto a quello del vescovo di Ippona nelle edizioni delle Dodici Tavole che lo conservano (ad es. FIRA<sup>2</sup> I, 75).

Nella descrizione di Isidoro, tuttavia, ben più circostanziata ed estesa di quella di Agostino, tutte le pene vengono spiegate nella loro etimologia (*damnum* da *diminutio*; *vincula* da *vincire* e *vi ligare*, etc.).

Nell'ambito, dunque, di tale elencazione, nel momento in cui tratta della *verberatio*, Isidoro ricorda anche le *lautumiae*:

Isid., *etym.* 5.27.23: *Est et latomia supplicii genus ad verberandum aptum, inventum a Tarquinio Superbo ad poenam sceleratorum. Iste enim prior latomias, tormenta, fustes, metalla atque exilia adinvenit, et ipse prior regibus exilium meruit.*

Le *lautumiae*, dunque, sono inserite nel contesto della descrizione degli strumenti atti alla *verberatio*, perché – si dice – *latomia supplicii genus ad verberandum aptum*, evidentemente nel senso che le *lautumie* – sostanzialmente luoghi di detenzione e lavoro coatto<sup>26</sup> – si

<sup>25</sup> Cfr. *supra* § 1.

<sup>26</sup> Le *latomiae* o *lautumiae* erano, come noto, cave di pietra all'interno delle quali schiavi e prigionieri erano custoditi e costretti ad estrarre pietra, materiale normalmente impiegato nell'attività edilizia della città. Le più famose *lautumiae* sono indubbiamente quelle di Siracusa, cui vennero inviati gli ateniesi sconfitti dopo il tentativo di presa della città (415-413 a.C.). Le condizioni in cui versavano coloro i quali venivano imprigionati nelle *lautumiae* erano talmente terribili che la condanna equivaleva, normalmente, ad una pena di morte. Così le descrive Cicerone, *Verr.* 2.5.68-69: *Age porro, custodiri duces praedonum novo more quam securi feriri omnium exemplo magis placuit. Quae sunt istae custodiae? apud quos homines, quem ad modum est adservatus? Lautumias Syracusanas omnes audistis, plerique nostis. Opus est ingens, magnificum, regum ac tyrannorum; totum est e saxo in mirandam altitudinem depresso et multorum operis penitus exciso; nihil tam clausum ad exitum, nihil tam saeptum undique, nihil tam tutum ad custodiam nec fieri nec cogitari potest. In has lautumias, si qui publice custodiendi sunt, etiam ex ceteris oppidis Siciliae deduci imperantur. Eo quod multos captivos civis Romanos coniecerat, quod eodem ceteros piratas condi imperarat, intellexit, si hunc subditivum archipiratam in eandem custodiam dedisset, fore ut a multis in lautumiis verus ille dux quaereretur. Itaque hominem huic optima et tutissimaque custodiae non audet committere, denique Syracusas totas timet, amandat nomine — quo? Lilybaeum fortasse? Video; tamen homines maritimos non plane reformidat. Minime, iudices. Panhormum igitur? Audio; quamquam Syracusis, quoniam in Syracusano captus erat, maxime, si minus supplicio adfici, at custodiri oportebat. L'autore rende l'idea del luogo impenetrabile da cui non è possibile fuggire ed in cui, di norma, non avrebbero dovuto essere condotti i cittadini romani: Cic., *Verr.* 2.1.14: *probabit fidem et auctoritatem et religionem suam* L. Suettius, *homo omnibus ornamentis praeditus, qui iuratus apud vos dixit multos civis Romanos in lautumiis istius imperio crudelissime per vim morte esse multatos*; Cic., *Verr.* 2.5.143: *Nam quid ego de ceteris civium Romanorum suppliciiis singillatim potius quam generatim atque universe loquar? Carcer ille qui est a crudelissimo tyranno Dionysio factus Syracusis, quae lautumiae vocantur, in istius imperio domicilium civium Romanorum fuit. Ut quisque istius animum aut oculos offenderat, in lautumias statim coniciebatur. Indignum hoc video videri omnibus, iudices, et id iam priore actione, cum haec testes dicerent, intellexi. Retineri enim putatis oportere iura libertatis non modo hic ubi tribuni plebis sunt, ubi ceteri magistratus, ubi forum plenum iudiciorum, ubi senatus auctoritas, ubi existimatio populi Romani et frequentia, sed ubicumque terrarum et gentium violatum ius civium Romanorum sit, statutis id pertinere ad communem causam libertatis et dignitatis* (cfr. anche Cic., *Verr.* 2.5.145-146, 148, 160, 164). In tal senso, depongono anche Fest., v. *lautumias* (104 L.): *lautumias ex Graeco et maxime a Syracusanis, qui latomias et appellant et ha bene ad instar carceris: ex quibus locis excisi sunt lapides ad extruendam urbem, nonché Varr., ling. Lat. 5.150-151: carcer a coercendo, quod exire prohibentur. In hoc pars quae sub terra, Tullianum, ideo quod**

prestavano anche all'irrogazione della frusta (per quanto, a rigor di logica, esse sarebbero dovute essere inserite nella categoria dei *vincula*<sup>27</sup>). Ma Isidoro aggiunge anche chi introdusse questo '*genus supplicii ad poenam sceleratorum*': Tarquinio il Superbo.

L'autore prosegue ed attribuisce a Tarquinio non solo l'introduzione delle *lautumiae*, ma anche dei *tormenta*, dei *fustes*, dei *metalla* e dell'esilio, che egli stesso patì (*et ipse prior regibus exilium meruit*), di cui parlerà peraltro successivamente nel brano (§ 28). Si prosegue, poi, con la spiegazione delle altre pene: *talio*, *ignominium*, *infamia*, l'esilio, come anticipato, nell'ambito del quale si individuano le categorie della *relegatio*, della *deportatio*, della condanna *ad metalla*, per poi riprendere nuovamente la descrizione dell'elenco principale con la *servitus* e la morte. Nell'ambito della condanna a morte, infine, s'individuano i modi di esecuzione (*crux*, *patibulum*, *cum gladio*, *culleum*).

Nell'elenco descritto da Isidoro, l'unico personaggio, dunque, cui si attribuisce – in esplicito – l'introduzione di determinate pene è proprio Tarquinio il Superbo, che avrebbe per primo previsto '*lautumiae, tormenta, fustes, metalla atque exilia*'. Su questa notizia è opportuno, dunque, soffermarsi.

5. Il giudizio storiografico che ha avvolto e definito la figura di Tarquinio il Superbo è, come si sa, un ritratto impietoso delle atrocità compiute<sup>28</sup>.

All'ultimo re sono attribuite concordemente dagli storici romani arbitrii, violenze, irrogazione di pene ingiuste: sono circostanze notissime. Nel racconto degli autori antichi il suo regno è presentato unanimemente come tirannico, caratterizzato dall'infrazione delle norme consuetudinariamente poste (Liv. 1.49.7: *hic enim regum primus traditum a prioribus morem de omnibus senatum consulendi solvit*) o dall'impiego di norme esistenti in modo artatamente programmato ad eliminare gli avversari o a soggiogare il popolo affinché non si ribellasse (Liv. 1.49.4-5: *quem ut pluribus incuteret cognitiones capitalium rerum sine consiliis per se solus exercebat, perque eam causam occidere, in exilium agere, bonis multare poterat non suspectos modo aut invisos sed unde nihil aliud quam praedam sperare posset*): sono solo alcuni esempi, come ovvio, dell'esercizio arbitrario del potere regio da parte di Tarquinio<sup>29</sup>.

*additum a Tullio rege. Quod Syracusis ubi de causa custodiuntur, vocantur Latomiae, et de Lautumia translatum, quod hic quoque in eo loco lapicidinae fuerunt.* Dalla lettura di tali fonti, sembrerebbe dedursi che le prime *lautumiae* attestate storicamente fossero proprio quelle di Siracusa, ma Varrone arricchisce le informazioni a nostra disposizione, menzionando il carcere Tulliano, costruito sul Campidoglio ed il cui nome deriverebbe dal re Tullio (cfr. anche *infra* § 6). La particolarità di questo carcere era data dal fatto che parte di esso venne ricavato da cave di tufo, le *lautumiae*, da cui il nome del *clivus* ove il carcere era sito, *clivus lautumiarum*, successivamente noto con il nome di *clivus argentarium*. Possiamo, dunque, affermare che le *lautumiae* erano parte integrante di un carcere, verosimilmente in epoca arcaica, nel cuore dell'urbe. A queste informazioni, occorre aggiungere quelle tramandateci da altre fonti e che attribuiscono esplicitamente l'introduzione della condanna ad una attività estrattiva forzata a Tarquinio il Superbo: cfr. *infra* §§ 6 – 8.

<sup>27</sup> Cfr. A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, Bari 1994, 2 per il quale le *lautumiae* rappresentavano una forma di detenzione personale.

<sup>28</sup> Livio, come noto, ne dipinge un affresco molto cruento (Liv. 1.47-60; *perioch.* 1.22-31), così come faranno Dionigi di Alicarnasso (4.29-60) ed Eutropio (*brev.* 1.7-8), seppur quest'ultimo senz'altro meno circostanziato.

<sup>29</sup> Liv. 1.50-51, ad esempio, menziona anche l'introduzione da parte del medesimo re di un '*novus genus*

Dionigi di Alicarnasso (4.43.1)<sup>30</sup>, peraltro, ricorda che il re avrebbe abrogato tutte le leggi del predecessore Servio Tullio, distruggendo persino le tavole ove esse erano state incise.

La menzione isidoriana di Tarquinio quale “ideatore” di pene criminali (*lautumiae, tormenta, fustes, metalla e exilium*) non desta dunque stupore: rientra in una consolidata tradizione storiografica antica, concernente la ferocia dell’ultimo re.

Il riferimento di Isidoro a Tarquinio, tuttavia, è inserito nell’ambito della trattazione che l’autore svolge sulle pene introdotte *legibus*, dalla quale prende le mosse, seguendo pedissequamente Agostino (che però, lo si ricorderà, non tratta delle singole pene, né, tantomeno, menziona Tarquinio).

La circostanza non mi sembra da sottovalutare e giova provare ad approfondire il ragionamento.

6. Prima di Isidoro, infatti, l’elenco delle pene attribuite a Tarquinio si rinviene in un’altra fonte. Mi riferisco a:

Cron. a. 354<sup>31</sup>: *Tarquinius Superbus regnavit ann. xxv. Hic prior hominibus invenit lautumias tormenta fustes metalla flagella carceres exilia. Ipse prior exilium meruit. Inter duos pontes a populo Romano fuste mactatus et positus in circo maximo sub delfinos.*

*leti*’ a danno, in questo caso, di Turno Erdonio di Aricia. La vicenda è analiticamente descritta da Livio, il quale narra di come Tarquinio convocò i capi dei Latini, indicando loro un certo giorno ed un certo luogo (il bosco di Ferentina), con lo scopo di discutere alcune questioni. All’alba tutti i capi giungono, ma di Tarquinio nessuna traccia: il re si presenta solo al tramonto. Durante la lunga attesa, Turno Erdonio di Aricia attacca apertamente Tarquinio per il suo comportamento e, nel mentre, giunge Tarquinio, facendo calare il silenzio tra gli astanti. Il re giustifica il ritardo affermando che si era attardato nel tentativo di rappacificare un padre e un figlio, giustificazione alla quale Turno replica affermando che non esiste causa più veloce che quella tra padre e figlio, perché il figlio deve necessariamente ubbidire al padre. Detto questo, Turno si allontana e Tarquinio ne trama la morte, ‘*ut eundem terrorem quo civium animos domi oppresserat Latinis inceret*’. Non potendo agire pubblicamente, elabora un piano in base al quale accusa falsamente Turno. Con la complicità di un servo di Turno, infatti, nasconde durante la notte nell’alloggio dell’Aricino numerosissime spade; il giorno seguente, convocati i capi, Tarquinio afferma che Turno coltivava, già dal giorno precedente, il proposito di uccidere loro tutti e che il ritardo del Superbo avrebbe in realtà vanificato il piano. A questo scopo, si diceva custodisse in casa delle armi che sarebbero servite all’uopo. Il Superbo e i capi Latini si recano, quindi, a perquisire l’alloggio di Turno e, trovandovi le spade, tutti si convincono dell’esattezza della tesi loro prospettata da Tarquinio: Turno viene messo a morte ‘*novo genere leti*’, cioè fu gettato nella sorgente di Ferentina con legata al collo una cesta piena di pietre e lasciato affogare. Ancora. Tra le atrocità poste in essere da Tarquinio, Floro ricorda anche la *verberatio* nei confronti della plebe (Flor., *epit.* 1.1: *sed ipse in senatum caedibus, in plebem verberibus, in omnis superbia, quae crudelitate gravior est bonis, grassatus, cum saevitiam domi fatigasset, tandem in hostes conversus est*). Sulla “fantasia” di Tarquinio il Superbo nell’irrogare supplizi, v. per tutto E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma* (nuova ed. rivista), Milano 2011, 144 (per la vicenda di Erdonio, 259 s.).

<sup>30</sup> Dion. Hal. 4.43: *τούς τε γὰρ νόμους τοὺς ὑπὸ Τυλλίου γραφέντας, καθ’ οὓς ἐξ ἴσου τὰ δίκαια παρ’ ἀλλήλων ἐλάμβανον καὶ οὐδὲν ὑπὸ τῶν πατρικίων ὡς πρότερον ἐβλάπτοντο περὶ τὰ συμβόλαια, πάντας ἀνείλε· καὶ οὐδὲ τὰς σανίδας ἐν αἷς ἦσαν γεγραμμένοι κατέλιπεν, ἀλλὰ καὶ ταύτας καθαιρεθῆναι κελεύσας ἐκ τῆς ἀγορᾶς διέφθειρεν.*

<sup>31</sup> T. MOMMSEN, *Chronica Minora saec. IV, V, VI, VII*, in *Monumenta Germaniae Historica, Auctores Antiquissimi*, IX, Berlin 1892, 141 ss. e, in particolare, 145.

Come si può notare, nel Cronografo<sup>32</sup> viene attribuita a Tarquinio non solo l'introduzione (si noti, anche in questo caso, l'impiego dell'espressione *invenit*: è una statuizione che "scopre" nuove forme di pena) delle *lautumiae*, ma anche dei *tormenta*, dei *fustes*, della *damnatio ad metalla* e dell'esilio, come anche dei *flagella* e del carcere. Ma le parole '*ipse prior exilium meruit*', riferite all'ultimo re, sono proprio le medesime che leggiamo in Isidoro (*etym.* 5.27.23). Non può essere un caso, evidentemente.

Il Cronografo, tuttavia, attribuisce a Tarquinio due forme di pena ulteriori, che non si rinvencono nell'elenco isidoriano: *flagella* e *carceres*. Entrambe le pene sono trattate nel lungo testo di Isidoro (§§ 13 – 14), ma non nell'ambito di quelle introdotte – secondo l'autore – dall'ultimo re. Né, d'altro canto, può sottacersi la circostanza che il più antico carcere romano era, secondo la tradizione a noi nota, il *Tullianum*<sup>33</sup>, dunque *precedente* a Tarquinio.

Non è dato sapere se Isidoro abbia volontariamente ommesso le due pene che il Cronografo attribuisce a Tarquinio o avesse a disposizione una fonte diretta differente dal Cronografo medesimo: di certo, tuttavia, il tenore letterale, pressoché identico, delle due testimonianze fa pensare ad una derivazione – diretta o indiretta – del testo di Isidoro, nella parte concernente Tarquinio, proprio dal Cronografo. Una tradizione, questa, che durerà nei secoli seguenti<sup>34</sup>.

7. Ora, almeno per quanto riguarda i lavori forzati in miniera, la circostanza che Tarquinio vi avesse impiegato i plebei e, in particolare, li avesse costretti a lavorare quali operai e tagliapietre<sup>35</sup>, è storicamente attestata già da Cassio Emina:

Cassius Hemina *apud* Serv. Auct., *Aen.* 12.603: *et nodum informis leti alii dicunt, quod Amata inedia se interemerit. Sane sciendum quia cautum fuerat in pontificalibus libris, ut qui laqueo vitam finisset, insepultus abiceretur: unde bene ait 'informis leti', quasi mortis infamissimae. Ergo cum nihil sit hac morte deformius, poetam etiam pro reginae dignitate dixisse accipiamus. Cassius autem Hemina ait "Tarquinius Superbum, cum cloacas populum facere coegisset, et ob hanc iniuriam multi se suspendio necarent, iussisse corpora eorum cruci affigi. Tunc primum turpe habitum est mortem sibi consciscere". Et Varro ait, "suspendiosis, quibus iusta fieri ius non sit, suspensis oscillis, veluti per imitationem mortis perentari". Docet ergo Vergilius secundum Varronem et Cassium, quia se laqueo induerat, leto perisse informi.*

<sup>32</sup> L'autore del calendario, titolato da Furio Dionisio Filocalo, già calligrafo di papa Damaso I, grammatico di formazione retorica, raccolse al suo interno – tra le altre cose – una lista dei consoli dal 508 a.C. sino, appunto, al 354, un elenco dei prefetti di Roma dal 254 al 354, una cronaca della città di Roma dall'età regia sino alla morte di Licinio (324). Sull'identificazione dell'autore del Cronografo proprio con Furio Dionisio Filocalo si vedano M. R. SALZMAN, *On Roman Time: the codex-calendar of 354 and the rhythms of urban life in late antiquity*, University of California 1991, 199 ss. e G. ZECCHINI, *Ricerche di storiografia latina tardoantica*, Roma 1993, 17 ss.

<sup>33</sup> Per tutti, v. E. CANTARELLA, *I supplizi* cit., 248 s.

<sup>34</sup> *Ioannis Antiocheni Fragmenta ex historia chronica* 67.2 (cur. U. Roberto), Berlin 2005, 133 s.; Suid, s. v. *Souperbos*.

<sup>35</sup> Che la pena delle *lautumiae* si identifichi proprio con l'attività di estrazione di pietre a fini di edificazione urbana si deduce chiaramente da Varr., *ling. Lat.* 5.150-151: cfr. *supra* nt. 26.

Cassio Emina è particolarmente dettagliato nel ricordo concernente la plebe costretta a costruire le cloache, affermando che – in ragione di questo – molti si diedero la morte per impiccagione e Tarquinio ne oltraggiò i corpi facendoli inchiodare alla croce: da ciò, e per la prima volta, il suicidio sarebbe stato avvertito come una vergogna.

Di certo, ancora una volta, il testo in esame sottolinea la brutalità di Tarquinio: siamo di fonte ad una costrizione arbitraria del re: in questo caso, neppure ad una sua condanna di natura criminale.

Si tratta, tuttavia, di una tradizione storiografica non univoca.

La medesima vicenda infatti è attribuita da Plinio a Tarquinio Prisco e non al Superbo:

Plin., *n. h.* 36.107: *Cum id opus Tarquinius Priscus plebis manibus faceret, essetque labor incertum maior an longior, passim conscita nece Quiritibus taedium fugientibus, novum, inexcogitatum ante posteaque remedium invenit ille rex, ut omnium ita defunctorum corpora figeret cruci spectanda civibus simul et feris volucribusque laceranda.*

Il racconto pliniano è singolarmente coincidente con quanto abbiamo precedentemente letto in Cassio Emina nel Servio danielino: in particolare per ciò che concerne i suicidi e la conseguente crocefissione pubblica dei corpi. Si tratta di una vicenda che non doveva essere omessa – afferma Plinio per motivare la scelta di raccontarla (*n. h.* 36.106) – anche perché ‘*celeberrimis rerum conditores omisum est*’: né Livio né Dionigi, infatti, come vedremo appresso, la ricordano.

Anche l’attribuzione al Superbo di tale efferatezza appare dunque incerta alla luce delle fonti a nostra disposizione: incertezza che non stupisce, evidentemente, per un’età così risalente, ma che aggiunge motivi di prudenza nella disamina in corso. D’altro canto, si tratta di tradizioni che divergono, come già ricordato, anche in relazione al *carcer*, la cui introduzione da parte di Tarquinio, come asserito dal Cronografo dell’anno 354, sembrerebbe contraddetta dall’esistenza del *carcer Tullianum*<sup>36</sup>.

8. Tuttavia, sempre in relazione all’impiego della plebe nei lavori forzati per la costruzione di opere pubbliche, la tradizione storiografica antica appare consolidata (ancorché, come sottolineava Plinio, senza il ricordo dei suicidi e della conseguente crocefissione dei corpi) nel senso di attribuirli a Tarquinio il Superbo.

Ritroviamo la notizia in Livio:

Liv. 1.59.9: *Addita superbia ipsius regis miseriaeque et labores plebis in fossas cloacasque exhauriendas demersae; Romanos homines, victores omnium circa populorum, opifices ac lapicidas pro bellatoribus factos.*

Queste parole sono pronunciate, nella ricostruzione liviana, da Bruto che arringa la folla accorsa nel Foro subito dopo il suicidio di Lucrezia. Bruto ricorda tutte le atrocità commesse da Tarquinio, raggiungendo l’obiettivo di riuscire a strappare definitivamente il potere al re e a obbligarlo all’esilio. Peraltro, il ricordo dei lavori forzati cui venne destinata la plebe<sup>37</sup>, è il

<sup>36</sup> Cfr. *supra* § 6 e ivi nt. 33.

<sup>37</sup> Anche le grandi opere, dunque, realizzate da Tarquinio, il tempio a Giove, i sedili del Circo Massimo,

primo che viene in considerazione subito dopo la morte di Lucrezia, il che testimonia quanto questo fosse uno dei temi maggiormente sentiti dalla popolazione e uno degli argomenti più forti a sostegno della cacciata del re da Roma.

Un racconto sostanzialmente identico si legge in Dionigi di Alicarnasso:

Dion. Hal. 4.44: Καὶ οὐκ ἀπέχρη ταῦτα μόνον εἰς τοὺς δημοτικούς αὐτῷ παρανομεῖν, ἀλλ' ἐπιλέξας ἐκ τοῦ πλήθους ὅσον ἦν πιστὸν ἑαυτῷ καὶ εἰς τὰς πολεμικὰς χρεῖας ἐπιτήδειον, τὸ λοιπὸν ἠνάγκασεν ἐργάζεσθαι τὰς κατὰ πόλιν ἐργασίας, μέγιστον οἴομενος εἶναι κίνδυνον τοῖς μονάρχοις ὅταν οἱ πονηρότατοι τῶν πολιτῶν καὶ ἀπορώτατοι σχολὴν ἄγωσι, καὶ ἅμα προθυμίαν ἔχων ἐπὶ τῆς ἰδίας ἀρχῆς τὰ καταλειφθέντα ἡμίεργα ὑπὸ τοῦ πάππου τελειῶσαι καὶ τὰς μὲν ἐξαγωγίμους τῶν ὑδάτων τάφρους, ἄς ἐκεῖνος ὀρύττειν ἤρξατο, μέχρι τοῦ ποταμοῦ καταγαγεῖν, τὸν δ' ἀμφιθέατρον ἱπποδρομον οὐδὲν ἕξω τῶν κρηπίδων ἔχοντα παστάσιν ὑποστέγοις περιλαβεῖν. ταῦτα δὴ πάντες οἱ πένητες εἰργάζοντο σῖτα παρ' αὐτοῦ μέτρια λαμβάνοντες· οἱ μὲν λατομοῦντες, οἱ δ' ὑλοτομοῦντες, οἱ δὲ τὰς κομιζούσας ταῖθ' ἀμάξας ἄγοντες, οἱ δ' ἐπὶ τῶν ἔμων αὐτοὶ τὰ ἄχθη φέροντες· μεταλλεύοντές τε τὰς ὑπονόμους σήραγγας ἕτεροι καὶ πλάττοντες τὰς ἐν αὐταῖς καμάρας καὶ τὰς παστάδας ἐγείροντες, καὶ τοῖς ταῦτα πράττουσι χειροτέχναις ὑπηρετοῦντες χαλκοτύποι τε καὶ τέκτονες καὶ λιθουργοὶ τῶν ἰδιωτικῶν ἔργων ἀφεστώτες ἐπὶ ταῖς δημοσίαις κατεῖχοντο χρεῖαις. περὶ ταῦτα δὴ τὰ ἔργα τριβόμενος λεῶς οὐδεμίαν ἀνάπαυσιν ἐλάμβανεν· ὥσθ' οἱ πατρίκιοι τὰ τούτων κακὰ καὶ τὰς λατρείας ὀρώντες ἔχαυρόν τ' ἐν μέρει καὶ τῶν ἰδίων ἐπελανθάνοντο ἀλγεινῶν· κωλύειν μὲν γὰρ οὐδέτεροι τὰ γινόμενα ἐπεχείρουν.

Il racconto di Dionigi è più dettagliato (e fosco) rispetto a quello liviano, ma conferma sostanzialmente quanto già osservato: Tarquinio il Superbo costringeva i cittadini più indigenti a lavorare per l'edificazione delle opere pubbliche.

Si tratta, peraltro, di una tradizione storiografica – concernente il Superbo – che si consolida nei secoli seguenti sino ad arrivare al tardo autore (seconda metà del IV sec. d.C.) del *De viris illustribus urbis Romae*, attribuito – con ogni probabilità erroneamente – a Sesto Aurelio Vittore<sup>38</sup> e, per quanto riguarda la condanna *ad metalla* introdotta (per primo) da Tarquinio il Superbo, a Giovanni Lido<sup>39</sup>.

la *cloaca maxima* e, in generale, tutte le opere architettoniche portate a compimento sotto il suo regno (cfr. G. CIFANI, *Architettura romana arcaica: edilizia e società tra monarchia e repubblica*, Roma 2008, 328), mostrano un pesante rovescio della medaglia, rappresentato dal fatto che tali opere vennero realizzate vessando e sfruttando il lavoro dei plebei, costretti a lavorare come operai e tagliapietre nei luoghi più malsani della città (Liv. 1.55; 1.56.1-3).

<sup>38</sup> Ps. Aur. Vict., *de vir. ill.* 9.2: *occiso Servio Tullio regnum sceleste occupavit. Tamen bello strenuus, Latinos Sabinosque domuit; Suessam Pometiam Volscis eripuit; Gabios per Sextum filium, simulato transfugio, in potestatem redegit; et ferias Latinas primus instituit. Foros in circo, et cloacam maxima fecit, ubi totius populi viribus usus est: unde illae fossae Quiritium sunt dictae.* Sull'opera, cfr. F. PICHMAYR, *De viris illustribus*, Leipzig 1911; L. CARDINALI, *Origo gentis Romanae: concordantiae et indices*, Zürich, New York, Hildesheim 1997.

<sup>39</sup> Iohann. Lyd., *de mens.* 4.24: *Λουρηγρία γυνή τις Ῥωμαία περιπτῶς εὐπρεπῆς τε καὶ σώφρων λέγεται Βιασθῆναι ποτε ὑπὸ Ταρκυνίου τοῦ τελευταίου τῶν ῥηγῶν, τοῦ αὐτοῦ παιδός. σοῦπερβον δὲ αὐτὸν ἰστορία καλεῖ οἰονεὶ ἀλαζόνα· πρῶτος γὰρ αὐτὸς ὄργανα ποινῶν καὶ μέταλλα ἐξεύρεν [...].* Giovanni Lido, dunque, afferma chiaramente che il re avrebbe previsto la pena dei lavori forzati in miniera (*metalla*). È il caso di ricor-

Tale tradizione storiografica non era sfuggita ad Ettore Pais<sup>40</sup>, il quale, peraltro isolatamente, aveva sostenuto la necessità di retrodatare la pena dei lavori forzati, collocata generalmente dagli studiosi<sup>41</sup> nel I sec. d.C. Al riguardo, anche Contardo Ferrini, pur fissando il sorgere della *damnatio ad metalla* sotto Tiberio, ravvisò autorevolmente l'esistenza di «antiche tracce di condanne *ad lautumias*»<sup>42</sup>. Ma si tratta di opinioni che non hanno avuto, come noto, largo seguito in dottrina.

È tempo di tornare, dunque, a questo punto dell'indagine, ad Agostino ed Isidoro.

9. Agostino – citando Cicerone – elenca *octo genera poenarum* previsti *in legibus*. Isidoro, che pedissequamente riprende il primo autore, sviluppa la trattazione delle *poenae*, giungendo ad affermare che alcune di esse sarebbero state introdotte da Tarquinio il Superbo, forse

dare che nella lingua greca la parola *metalla* indica proprio la miniera e, con tale più ampio significato, avrebbe potuto indicare comprensivamente sia la *damnatio ad metalla* che le *lautumiae*: cfr. F. SALERNO, "Ad metalla". *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, 26 ss., che ricorda innanzitutto come le fonti romane facciano per lo più derivare l'etimologia del termine *metallum* dal greco *μεταλλον* e di come «*metallum* indichi qualsiasi materiale solido che si estrae dalla terra sia prezioso (oro e argento, anche marmo e, in epoca tarda, gemme) che meno nobile (piombo, creta, zolfo). Indica, inoltre, più propriamente, il 'luogo in cui i minerali vengono estratti dal suolo' e, a volte, comprende, nella sua accezione, non solo il giacimento metallifero (ferro, argento etc.) ma anche le cave di pietra, quelle di sabbia e di creta, che, nelle fonti latine, hanno i nomi specifici di *figilina*, *lapicidina*, *harenaria*, *argentifodina*, *ferrarea*» (*op. cit.*, 27). Lo stesso Ulpiano, sottolinea l'autore, in un passo in cui sta trattando del legato di usufrutto [D. 7.1.9.2-3 (Ulp. 17 *ad Sab.*)] dopo aver citato le *lapicidinae*, le *cretifodinae* e le *harenae*, le comprende tutte con il termine di *metalla*. Sul *de mensibus* di Giovanni Lido, cfr. M. MAAS, *John Lydus and the roman past*, London, New York 1992, 53 ss. (ampia bibl. 159 ss.). In particolare, Maas ritiene che Giovanni Lido potrebbe aver avuto quali modelli per il quarto libro del *de mensibus* un certo Polemio Silvio e lo stesso Filocalo, presumibile autore del Cronografo a. 354.

<sup>40</sup> E. PAIS, *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, Roma 1921, 12 ss. Lo storico, in particolare, ipotizza che dovrebbe ammettersi la pena dei lavori forzati anche in epoca vetusta «tanto più che i lavori forzati per delitti verso il pubblico non sono che l'evoluzione e l'ulteriore applicazione del concetto di quelli a cui era condannato lo schiavo reo verso il padrone» (*op. cit.*, 12). Stando alle fonti, dunque, il Pais ritiene che vi sarebbero i margini per ipotizzare che alcune delle più significative invenzioni del diritto criminale siano state introdotte proprio da Tarquinio il Superbo.

<sup>41</sup> T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 947 nt. 4; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano 1902, 152; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, 95; U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., 416 s.; U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'*, in SDHI 34, 1968, 49 nt. 52 dove lo studioso afferma che «anche a non accogliere la specifica tesi del Mommsen, per il quale la pena del *metallum* sarebbe stata introdotta da Tiberio, è comunque da ritenere che l'origine di essa sia piuttosto risalente»; G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in ANRW II.14, Berlin, New York 1982, 765 per il quale altre pene introdotte nella repressione *extra ordinem* furono quelle dell'*opus publicum*, del *metallum* e del ludo gladiatorio; F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, from the Julio-Claudians to Constantine*, in PBR 52, 1984, 124 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano 1998, 250 s.; V. GIUFFRÈ, *La 'repressione criminale' nell'esperienza romana. Profili*, Napoli 1991, 116; F. SALERNO, "Ad metalla" cit., 36 ss. che, tuttavia, cercando di rintracciare l'origine di tale condanna menziona le cave di pietra cui vennero inviati i Siracusani e nelle quali, «sotto il governo di Roma, per ordine di Verre, sarebbero stati spietatamente puniti molti cittadini romani con una morte violenta» (*op. cit.*, 38). In tema di *servitus poenae* si veda, da ultima, A. McCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli 2010, *passim*.

<sup>42</sup> C. FERRINI, *Diritto penale* cit., 152 nt. 5.



sulla scorta del Cronografo (che tuttavia ne attribuisce all'ultimo re due più di Isidoro).

Le fonti al riguardo, tuttavia, come si è constatato, non sono univoche in merito all'introduzione di tali pene da parte di Tarquinio (perlomeno quale primo "ideatore" delle pene medesime: si pensi al *carcer* e ai "lavori forzati").

Ma, in ogni caso, la domanda di fondo è se questa introduzione (o anche eventualmente la successiva applicazione delle pene medesime) da parte di Tarquinio, come asserito dal Cronografo e poi da Isidoro, possa in qualche misura esser frutto di un'attività di natura legislativa o rappresenti il mero esercizio arbitrario della *coercitio* da parte del re.

Ora, gli autori che si sono occupati di raccogliere e sistematizzare le *leges regiae* non hanno generalmente, tranne in qualche isolato caso<sup>43</sup>, attribuito una significativa attività normativa a Tarquinio il Superbo. Basti pensare allo stesso Salvatore Riccobono<sup>44</sup> che annoverava, al riguardo, un'unica fonte di Dionigi di Alicarnasso (4.43.1), già richiamata<sup>45</sup>, nella quale lo storico racconta l'abrogazione (e la materiale distruzione) delle *leges* di Servio Tullio da parte del Superbo.

Tale scarsità di riferimenti legislativi attribuiti all'ultimo re non è certo opinione isolata di Riccobono: appare anzi una costante nella tradizione dei nostri studi<sup>46</sup>.

Più di recente, viceversa, nella raccolta di *leges regiae* diretta da Franciosi<sup>47</sup>, è stato considerato un numero maggiore di fonti, suddivise in base alla materia che il re avrebbe normato o sulla quale sarebbe comunque intervenuto<sup>48</sup>: tuttavia, anche in tale silloge non viene menzionata la testimonianza di Isidoro.

<sup>43</sup> Si tratta di opere tra le più risalenti nella tradizione palinogenetica delle antiche leggi romane: A. RIVALLIUS, *Libri de Historia Iuris Civilis et Pontificii, Valentiae* 1515, f. VIIv; V. FORSTERUS, *Historia iuris civilis romani libri tres*, I, Basileae 1565, 22: cfr. su di esse, per tutti, O. DILIBERTO, *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della Legge delle XII Tavole (sec. XVI–XX)*, Roma 2001, 47-50 e 86 s.; J.-L. FERRARY, *Saggio di storia della palinogenesi delle Dodici Tavole*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, 506-510 e 513 e ivi nt. 25; da ultimo, P. ARCÉS, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013, 39 ss. e 43 e ivi nt. 132.

<sup>44</sup> FIRA<sup>2</sup> I, 18.

<sup>45</sup> Cfr. *supra* § 5.

<sup>46</sup> In tal senso, infatti, v., tra gli altri, anche C. G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*<sup>7</sup> cit., 14; D. LARQUET, *Loi des XII Tables*, in P. F. GIRARD, F. SENN, *Les lois des Romains*<sup>7</sup> cit., 22. Peraltro, è il caso di notare come nelle precedenti edizioni dell'opera, curate dal solo P. Girard (es. *Textes de droit Romain*<sup>2</sup>, Paris 1895, 8), Tarquinio il Superbo sia del tutto omissa, terminando la rassegna delle leggi regie con Servio Tullio. L'ultimo re è parimenti assente nelle sillogi di *leges regiae* curate da D. CASSINI, *Dritto* (sic) *Papisiano*, Napoli 1837, e da C. CASATI DE CASATIS, *Jus antiquum*, Paris, Milan 1894.

<sup>47</sup> G. FRANCIOSI (a cura di), *Leges regiae*, Napoli 2003, 195 ss.: tale raccolta è «frutto di una ricerca rigorosamente collettiva» (cfr. *l'Avvertenza* dello stesso Franciosi, XXI), ancorché per quanto riguarda Tarquinio il Superbo le norme di diritto pubblico siano state curate da G. M. Oliviero.

<sup>48</sup> G. FRANCIOSI, *Leges* cit., 195 ss. individua, per Tarquinio il Superbo, interventi normativi (Dion. Hal. 4.43.2; 4.58.4; 4.49.2; 4.43.1) in tema, rispettivamente, di abolizione di assemblee e tributi, rapporti internazionali, culti e riti sacri, abrogazione delle precedenti norme introdotte da Tullio; ma Franciosi riporta anche Liv. 1.55.1 (rapporti internazionali, libri sibillini); Horat., *epist.* 2.1.24-25 (rapporti internazionali); Gell., *noct. Att.* 1.19.11 (libri sibillini); Serv., *Aen.* 6.36; 6.72; 9.446 (libri sibillini, culti e riti sacri); *Auct. de vir. ill.* 8.2 (istituzione delle *feriae Latinae*); Cic., *pro Rab. perd.* 4.13 (in rapporto alla *suspensio* all'*arbor infelix*); Val. Max. 1.1.13 (in relazione alla pena del culleo inflitta a M. Atinio); Zonar. 7.11 (sempre in relazione alla pena del culleo): su alcune di queste fonti cfr. *infra* il § seguente.

10. Ora, si è già sottolineato<sup>49</sup> che, nell'ambito di una narrazione sempre a tinte fosche, le fonti antiche attribuiscono all'ultimo re una "fantasia" piuttosto accentuata nell'immaginare ed applicare nuove forme di pena. In proposito, nella raccolta di *leges regiae* diretta da Franciosi<sup>50</sup>, si conservano, quali disposizioni normative dell'ultimo re, le seguenti innovazioni in materia criminale: in primo luogo, sulla base di Val. Mass. 1.1.13 (e Zon. 7.11), è attribuita a Tarquinio l'introduzione della *poena cullei* per un crimine molto simile al sacrilegio (sottrazione e divulgazione, da parte di Marco Atilio, o Atinio, di un '*librum secreta rituum civilium sacrorum continentem*'), pena che, tuttavia, afferma lo stesso Valerio Massimo, solo successivamente sarebbe stata disciplinata *lege* per il parricidio<sup>51</sup>; inoltre, sulla base di un celebre testo ciceroniano (*pro Rab. perd.* 4.13), è attribuita a Tarquinio l'applicazione della *suspensio* all'*arbor infelix* in caso di *perduellio*.

Su tali due testi giova soffermarsi.

Per quanto riguarda il sacrilegio e la relativa testimonianza di Valerio Massimo, è ben noto come tale *crimen* rappresentasse una fattispecie antichissima e tra le più gravi: ciò è testimoniato, tra l'altro, dalla *lex Num.* 5 (Fest. s.v. *Terminus* [L. 505]; Dion. Hal. 2,74,3 = FIRA I, 11; Franciosi, n. 27, 113), concernente la violazione dei confini<sup>52</sup>. A questo proposito, va ricordato che Cicerone (*leg.* 2.9.22) – nell'immaginaria descrizione dell'ordinamento ideale –, per rimarcare l'eccezionale gravità della sottrazione delle *res* dedicate agli dei, propone per tale *crimen* addirittura la formula sanzionatoria del *parcidas esto*: la sicura risalenza del sacrilegio all'età regia e la circostanza che Cicerone ne sottolinei, almeno in una qualche misura, l'analogia con il parricidio, induce quindi a cautela nel sottovalutare la testimonianza di Valerio Massimo relativa all'applicazione della *poena cullei* a chi ha violato la segretezza dei libri sacri. Tarquinio, peraltro, potrebbe non aver legiferato in merito, ma solo aver applicato disposizioni preesistenti: dal testo non è dato evidentemente sapere.

Per quanto riguarda, invece, la pena della *suspensio*, è opportuno rammentare il contesto nel quale Cicerone ne attribuisce l'applicazione a Tarquinio. L'Arpinate è impegnato in un'asprissima polemica contro Caio Gracco (*pro Rab. perd.* 4.13): quest'ultimo, secondo Cicerone, amerebbe certe pene cruente e primitive, abolite in età repubblicana. Così, forse volutamente equivocando, per rimarcare che tali pene potevano essere irrogate solo da un tiranno, Cicerone attribuisce proprio a Tarquinio il supplizio della *suspensio* che, come ben si sa, Livio (1.26.6-7) definisce *lex horrendi carminis*, collocandolo, tuttavia, sotto il regno di Tullo Ostilio<sup>53</sup>. Le parole della relativa legge regia (*I lictor, conliga manus; caput obnubito,*

<sup>49</sup> Cfr. *supra* § 5.

<sup>50</sup> Cfr. *supra* nt. 47.

<sup>51</sup> Cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi* cit., 268. Il testo parrebbe deporre, in questo caso, per una condanna al *culleus* da parte di Tarquinio senza che esistesse un relativo provvedimento normativo, giunto solo successivamente per la condanna dei parricidi: il medesimo passo, tuttavia, lascia qualche margine di ambiguità. Infatti, in esso si afferma che la pena stessa, molto tempo dopo Tarquinio, fu irrogata *lege parricidis*. Non è dato sapere, dunque, se la legge *estendesse* tale pena agli uccisori del genitore o se (come forse è interpretazione più plausibile) per la prima volta essa fosse regolata per legge in caso, appunto, di parricidio.

<sup>52</sup> Per tutti v. di recente M. VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano 2004, 185 s. e ivi nt. 8 (con letteratura precedente) e O. DILIBERTO, *Ut carmen necessarium* (*Cic. leg. II 59*). *Apprendimento e conoscenza della legge delle XII Tavole nel I sec. a. C.*, in M. CITRONI (a cura di), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di E. Narducci*, Pisa 2012, 154.

<sup>53</sup> Cantarella, *I supplizi* cit., 219 ss.

*arbori infelici suspendito*: FIRA I, 15, *Tullus Hostilius*, 4) sono le medesime in Cicerone e Livio: per il primo, Tarquinio applica una pena che ben potrebbe esser stata introdotta precedentemente, così come – Cicerone non lo spiega – averla egli stesso creata.

Ora, anche altre fonti – come si è visto – raccontano della crudele eccentricità dell'ultimo re nell'“inventare” forme sempre nuove di punizioni<sup>54</sup>. Ma il punto è comprendere – nella misura del possibile, per un'età così antica – se siamo di fronte ad una qualche attività “legislativa”, sempre in campo criminale, attribuibile a Tarquinio il Superbo o se, viceversa, si tratti semplicemente dell'esercizio (e/o dell'abuso) della *coercitio* da parte del re.

Nella silloge diretta da Franciosi – almeno per le fattispecie esaminate – sembrerebbe propendersi per la soluzione legislativa, affermando esplicitamente il Curatore che a Tarquinio possono essere attribuite tra le altre «leggi sulla giurisdizione, sui contratti, sul diritto criminale»<sup>55</sup>.

11. Ora, le fonti sin qui esaminate non esplicitano mai che Tarquinio abbia legiferato (nel senso delle *leges regiae* quali sono a noi note attraverso le fonti antiche, indipendentemente dalla loro reale attendibilità storica<sup>56</sup>) in materia criminale, limitandosi a narrare le sue atrocità, pur sempre nell'ambito, tuttavia, dell'applicazione di sanzioni (quasi sempre) attestate anche *aliunde*.

Livio, ad esempio, – lo si è già osservato (1.49.4-5)<sup>57</sup> – sembra adombrare (sia per la condanna a morte, che per l'esilio e per le confische) un mero abuso del potere da parte di Tarquinio, che emetteva le condanne *sine consiliis*. D'altro canto, che il medesimo Tarquinio abbia compiuto abusi ed atrocità è semplicemente ovvio: ma essi erano accompagnati anche da un'attività legislativa (magari iniqua)?

Giova, dunque, a questo punto, tornare al testo di Isidoro, ove si afferma che Tarquinio ‘*prior ... adinvenit*’ (Isid. *etym.* 5.27.23) certe pene criminali. L'autore non definisce tale attività regia come legislativa: ma l'esame del lungo testo induce, a mio modo di vedere, ad esercitare una certa cautela nell'escludere si tratti, appunto, di interventi di natura legislativa da parte del re.

Esaminiamo il contesto complessivo della digressione isidoriana.

In primo luogo, non va dimenticato che l'enciclopedista di Siviglia sta trattando, in esplicito, delle pene contenute in *legibus* (*etym.* 5.27.4): e quando parla di Tarquinio afferma che questi aveva introdotto le *lautumiae* (oltre alle altre pene) ‘*ad poenam sceleratorum*’. Nel testo di Isidoro, in altre parole, non si rinviene alcun riferimento agli abusi della *coercitio*, ma alla creazione di forme di punizione per colpire gli autori di misfatti, tanto che le pene introdotte da Tarquinio sono trattate, in modo – per così dire – *neutro*, meramente descrittivo, alla stregua delle altre punizioni, previste in *legibus*, appunto. Manca in Isidoro, in altre parole, quel giudizio sprezzante sull'esercizio del potere tirannico che abbiamo riscontrato costantemente negli altri autori: nel descrivere le diverse pene, Isidoro afferma semplicemente che alcune le “inventò” Tarquinio.

La circostanza che le innovazioni in campo criminale attribuite all'ultimo re potrebbero essere state introdotte (secondo Isidoro, evidentemente) *legibus*, è ipotizzabile anche attraverso un altro

<sup>54</sup> Cfr. *supra* § 5 e ivi nt. 29.

<sup>55</sup> G. FRANCIOSI, *Premessa*, in *Leges regiae* cit., XIX.

<sup>56</sup> Da ultima, nell'ambito di una letteratura sterminata, v. R. LAURENDI, *Leges regiae e ius Papirianum, tradizione e storicità di un corpus normativo*, Roma 2013 (ivi letteratura precedente).

<sup>57</sup> Cfr. *supra* § 5.

dato testuale. Infatti, quando Isidoro – nell’ambito dell’elencazione (e della relativa spiegazione) delle diverse forme di pena – tratta di punizioni che a suo avviso non erano, viceversa, previste *legibus*, esplicita tale esclusione. In *etym.* 5.27.17, si legge, infatti, ‘*Vectes dicti quod manibus vectentur, unde ostia saxaque velluntur; sed hi ad poenas legum non pertinent*’. Circostanza, questa, che l’autore non menziona, invece, in relazione alle pene introdotte da Tarquinio.

D’altro canto, l’espressione impiegata nel testo (*adinvenit*) non è in contraddizione con un’eventuale introduzione legislativa delle pene medesime: tanto è vero che ‘*invenire*’ per indicare la creazione di leggi o di istituzioni (anche religiose) è rintracciabile nello stesso Cicerone (*leg.* 2.5.11; *dom.* 1.1).

Certo, la cautela, come detto, è d’obbligo. Ma il contesto del ragionamento di Isidoro non mi pare possa indurre ad escludere *tout court* un’attività “legislativa” in materia criminale da parte di Tarquinio, perlomeno nel senso di statuizioni/innovazioni analoghe a molte altre dei re precedenti, così come presentate nelle fonti. In fondo, come abbiamo già verificato, proprio Cicerone attribuisce – ancorché isolatamente – al medesimo Tarquinio anche la pena della *suspensio* all’*arbor infelix*, che Livio definisce – come altrettanto già osservato – ‘*lex horrendi carmini*’ (e l’espressione *carmen* torna in Cicerone: ‘*ista sunt cruciatus carmina*’).

Non si dimentichi, infine, che l’esilio – a quanto afferma lo stesso Isidoro –, introdotto per la prima volta da Tarquinio, fu poi da lui stesso patito, dopo la deposizione: il che fa pensare si tratti di un’innovazione di natura “legislativa” e non di un semplice arbitrio punitivo, tanto che i capi repubblicani fecero promulgare, per poterlo condannare, non casualmente, la c.d. *lex Iunia de gente Tarquinia in exilium releganda* (Liv. 2.2.11)<sup>58</sup>.

12. Isidoro, in definitiva, sembra aver attinto – per la lunga digressione delle *poenae in legibus* – a fonti tra loro diverse.

Da una parte, egli rinviene l’elenco degli *octo genera poenarum in legibus* in Agostino, da cui dipende in misura piuttosto evidente la parte iniziale del testo di Isidoro; dall’altra, invece, nel momento in cui individua come re “innovatore” in campo criminale proprio Tarquinio, l’enciclopedista sembra rifarsi ad una tradizione storiografica che si consolida probabilmente nel Cronografo a. 354: l’introduzione delle pene è attribuita – diversamente che in Cicerone e in Agostino – non genericamente *legibus*, ma esplicitamente a Tarquinio.

Ritengo, dunque, plausibile che anche il testo di Isidoro sul quale si è ragionato in queste pagine possa esser preso in considerazione – ancorché dubitativamente – nell’ambito delle fonti concernenti *leges regiae* attribuibili a Tarquinio il Superbo, perlomeno alla stessa stregua di quelle raccolte nella silloge diretta da Franciosi<sup>59</sup>. Parallelamente, il brano di Agostino, collocato da una parte autorevole della dottrina nei *fragmenta incertae sedis* delle Dodici Tavole (o, da alcuni autori, nella nona *tabula*)<sup>60</sup>, non pare, viceversa, essere attribuibile *tout court* all’antica raccolta legislativa, quantomeno nei limiti in cui alcune delle pene annoverate nel testo non compaiono nei frammenti decemvirali a noi noti<sup>61</sup> e sono esplicitamente attribuite, da alcune fonti che abbiamo esaminato, all’ultimo re.

<sup>58</sup> Per tutti, v. D. FLACH, *Die Gesetze* cit., 58 s.

<sup>59</sup> Cfr. *supra* §§ 9 -10.

<sup>60</sup> Cfr. *supra* § 2.

<sup>61</sup> Cfr. *supra* § 3.

GIUSEPPE FALCONE  
(Università di Palermo)

The 'mysterious' beauty of Laws



## THE 'MYSTERIOUS' BEAUTY OF LAWS\*

1. In some key-passages of the introductory constitutions of the Digest we are faced with a representation in terms of beauty with respect to the laws collected in the Code and in the Digest: the ancient material is depicted as having attained a '*nova pulchritudo*' ('*in novam pulchritudinem pervenire*': c. *Tanta* pr.); it is affirmed that the "superior divine force" has intervened to bring to the Roman νομοθεσία a 'κάλλους ἰδέα' (Δέδωκεν pr.); the same Digest is indicated as '*forma legum pulcherrima*' (c. *Tanta* 11).

Tribonian and Justinian have accustomed us to emphatic images and metaphors intended to support the propaganda of the compilation, and in particular to the images and metaphors that involve the perspective of vision: from the *leges* "bright and resplendent" to the laws "which, shrouded in the night of the darkness, are made shine with light". But the relationship established between the laws and the beauty stimulates a specific reflexion.

It is not an aesthetic evaluation concerning the form of the texts. This is already suggested by the others uses in the Justinian's legislative texts, in which the semantic of '*pulcher*', '*pulchritudo*', 'καλός', 'κάλλος' concerns the substance of the law: it refers to the effectiveness or to the topicality of a legal institution<sup>1</sup> or, again, to the appropriate compilers' work of distribution of the classical material in books and titles.<sup>2</sup> On the other hand, we find the same perspective of the substance and of the contents in the works of the *antecessores*, as in the frequent construction 'καλῶς εἰπεῖν', through which they approved a position of the commented text, as well in the current use of 'καλόν' for rendering the concept of *aequum*.

\* Il testo riproduce il discorso pronunciato nell'Academy Building dell'Università di Groningen il 24 giugno 2014 come Inaugural Lecture, in relazione al conferimento del ruolo di Honorary Professor in Byzantine Law at the H.J. Scheltema Chair of the University of Groningen. Ho ommesso le parole introduttive e ho aggiunto alcune note essenziali.

<sup>1</sup> In c. *Tanta* 17 Justinian states that the compilers have excerpted from the classical texts "*quidquid pulcherrimum erat*", in opposition to what was by now unusable; similarly, in c. *Omnem* 3 he affirms that "*omnia nova pulchritudine sunt decorata*, since absolutely nothing unprofitable or obsolete can be found in them"; and again, the emperor considers the institutions regulated in the fourth part of the Digest as '*utilissima et pulcherrima iura*', "τὰ κάλλιστα καὶ χρησιμώτατα τῶν νόμων" (c. *Tanta*-Δέδωκεν 5); in a case the reference is to the only effectiveness: in C. 5.13.1.2a (A.D. 530) the new remedy concerning the *res uxoria* is described as "decorated by the *pulchritudo* both of the ancient *actio rei uxoriae* and of the new *actio ex stipulatu*". To a more appropriate solution or regulation of a case alludes the use of 'τὸ κάλλιον' in Nov. 18.1; 22 pr.; 74.4 pr.; 97.6.2; 117.4; 127.4. For c. *Deo auctore* 7 ('*opus moderatum et quam pulcherrimum*') see *infra*, nt. 10.

<sup>2</sup> c. *Deo auctore* 5: '*opus pulcherrimum*'.

More particularly, if we look at the specific contexts in which the ‘beauty’ concerning the laws is mentioned, we can recognize that such a representation gives voice – or I should say: gives light – to the most important propaganda motif concerning the making of the *Corpus iuris* and especially of the Digest. Let’s consider rapidly these contexts.

In c. *Tanta* pr. the ‘*nova pulchritudo*’ is the result of the overall imperial intervention on the entire Roman Law, which, as Justinian says, was “wavering because of internal strifes” (*vacillante intestinis proeliis*) and has been reduced to a “single harmonious whole” (*‘in unam consonantiam reducere’*), so that nothing should be found in it which was contradictory or identical or repetitious, and that two different laws (*‘leges geminae’*) on a particular matter should nowhere appear.<sup>3</sup>

In c. Δέδωκεν (pr.) the words *‘μίαν παρασχέιν κάλλους ιδέαν’*, “provide a beautiful aspect” (and not “provide an idea of beauty” in a platonic sense, as it has been recently said by an authoritative scholar)<sup>4</sup> express the achievement of both a *‘συμφωνία’*, obtained by eliminating the contradictory dispositions, and of the suppression of laws which were identical or similar (*τὸ ταυτόν τε καὶ ὁμοίον*); the consequence is that for each matter there is a single regulation (*‘ὅστε ἓνα τὸν κείμενον ἔφ’ ἐκάστῳ καθεστάναι πράγματι νόμον’*).

In c. *Tanta* 11 *‘pulcherrima forma legum’*<sup>5</sup> indicates the whole arrangement of the Digest as the final result of the operations described immediately before (§ 10),<sup>6</sup> among which

<sup>3</sup> *‘Tanta circa nos divinae humanitatis est providentia, ut semper aeternis liberalitatibus nos sustentare dignetur. ... enim ... leges antiquas iam senio praegravatas per nostram vigilantiam praebuit in nova m pulchritudine et moderatum pervenire compendium: quod nemo ante nostrum imperium umquam speravit neque humano ingenio possibile esse penitus existimavit. Erat enim mirabile Romanam sanctionem ab urbe condita usque ad nostri imperii tempora, quae paene in mille et quadringentos annos concurrunt, in testinis proeliis vacillantem hocque et in imperiales constitutiones extendentem in unam reducere consonantiam, ut nihil neque contrarium neque idem neque simile in ea inveniatur et ne geminae leges pro rebus singulis positae usquam appareant.’*

<sup>4</sup> I allude to M. BRETONE, *Soliloquio sul diritto antico* (I: “Una metafora giustiniana”), Lecce-Brescia 2013, 17 and 25. But the use of the verb *παρασχέιν*, ‘provide, attribute’, prevents such a reading; rather, the statement corresponds to the concept of *‘forma legum pulcherrima’* of c. *Tanta* 11. The presence of the (neo)platonism in the culture of the VI century is well known and irrefutable; however, this fact does not mean that each literal reference to *ιδέα* (as well as to the semantic of *συμφωνία*, *consonantia*, *pulchritudo*) reflects a platonic point of view rather than a current and not-engagé use of the term. See E. DES PLACES, *Lexique*, in PLATON, *Oeuvres complètes*, ed. «Les Belles Lettres», XIV.1, Paris 1964, 260 s., with the different occurrences of *‘ιδέα’* in philosophical pregnant sense (as in *Ph.* 65a, recalled by the same Bretone) and in the current meaning of ‘form, aspect’ (for my part, I add that, with this last sense, we find in the literary language even a connection with the beauty already in Pindarus, *Ol.* 10.122: *ιδέα καλῆ*).

<sup>5</sup> *‘Sed cum prospeximus, quod ad portandam tantae sapientiae molem non sunt idonei homines rudes et qui in primis legum vestibulis stantes intrare ad arcana eorum properant, et aliam mediocre eruditionem praeparandam esse censuimus, ut sub ea colorati et quasi primitiis omnium imbuti possint ad penetralia eorum intrare et formam legum pulcherrimam non coniventibus oculis accipere...’*

<sup>6</sup> c. *Tanta* 10: *‘Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est: hoc tantummodo a nobis effecto, ut, si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum aut minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis. Et ex multis similibus vel contrariis quod rectius habere apparebat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auc-*



there was the deletion, from the material to be collected, of the classical controversies and of statements similar or conflicting.<sup>7</sup> Significantly, in the successive section (§ 12), the main merit of the compilation of the Digest, which Justinian presents with pride and emphasis to all *homines*, is indicated through the hendiadys '*moderatio et legitima veritas*'.<sup>8</sup> These words allude to the clearing of the excessive amount of legal material accumulated due to superfluous similar texts and to the presence of conflicting texts and stances. In particular, the *legitima veritas* corresponds to the *sinceritas*, which is mentioned in the *c. Deo auctore* 1 as the opposite of "all unnecessary repetition and of most iniquitous disagreement among the texts" ("*omnis supervacua similitudo et iniquissima discordia*").<sup>9</sup> The *veritas-sinceritas* is the capability of regulating through unambiguous and straight dispositions, without repetitions and contradictions.<sup>10</sup>

*toritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum: nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat his quae nostra auctoritas introduxit, quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt. Adeo ut et si principalis constitutio fuerat in veteribus libris relata, neque ei pepercimus, sed et hanc corrigendam esse putavimus et in melius restaurandam. Nominibus etenim veteribus relictis, quidquid legum veritati decorum et necessarium fuerat, hoc nostris emendationibus servavimus. Et propter hanc causam et si quid inter eos dubitabatur, hoc iam in tutissimam pervenit quietem, nullo titubante relicto'.*

<sup>7</sup> The evidence offered by the § 10 can not be invalidated by the use of '*forma*' (*legum pulcherrima*). In fact, although one could think, at first glance, of a reference to a linguistic profile concerning the form of the texts, the term alludes to the overall structure of the compilation, in the same perspective of '*formosus*', 'well structured', in *c. Cordi* 4. This adjective recalls, in pregnant and synthetic way, the operations mentioned just before, which involve not the form but the content: namely, the clarification of obscure provisions and the elimination of similar or contrasting or abrogated constitutions ('*Supra dictis itaque magnificis et prudentissimis viris permisimus haec omnia facere et, si qua emendatione opus fieret, hanc facere non titubante animo, sed nostra auctoritate fretos, constitutiones vero superfluas vel ex posterioribus sanctionibus nostris iam vacuatas, vel si quae similes vel contrariae invenirentur, circumducere et a prioris codicis congregatione separare et tam imperfectas replere quam nocte obscuritatis obductas nova eliminationis luce reterege, ut undique non solum institutionum et digestorum via dilucida et aperta pateret, sed etiam constitutionum nostri codicis plenum iubar omnibus claret, nulla penitus nec simili nec diversa nec inusitata relicta, cum nemini venit in dubium, quod repetita praelectio probavit, hoc satis validum satique esse formosum*').

<sup>8</sup> *c. Tanta* 12: '*...Omnibus itaque hominibus eandem sanctionem manifestam facere necessarium esse perspeximus, ut sit eis cognitum, quanta confusione et infinitate absoluti in quantam moderationem et legitimam veritatem pervenerunt: legesque in posterum habeant tam directas quam compendiosas...*'.

<sup>9</sup> *c. Deo auctore* 1: '*Cum itaque nihil tam studiosum in omnibus rebus invenitur quam legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit, repperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe condita et romuleis descendit temporibus, ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur: primum nobis fuit studium a sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidae tradere, quatenus in unum codicem congregatae et omni supervacua similitudine et iniquissima discordia absolutae universis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium*'.

<sup>10</sup> For the whole sequence of *c. Tanta* 10-12 and for the meaning of '*moderatio et legitima veritas*' (and of '*sinceritas*' in *c. Deo auctore* 1) see G. FALCONE, *La 'veritas' delle 'leges': C. 7.62.39.2a; cost. 'Tanta' §§ 10 e 12*, in C. CASCIONE - C. MASI DORIA (ed.), *Quid est veritas?*, Napoli 2013, 453 ss.

Once examined the previous references, we can also quote the passage of *c. Deo auctore* 7, in which Justinian instructs the compilers of the Digest to achieve an '*opus moderatum et quam pulcherrimum*' ('*Sed*

2. Therefore, the contexts show that the beauty with respect to the laws alludes to the sharpness and straightness, to the *consonantia*, *συμφωνία*, *concordia*. In the propaganda of the compilation, this is the most important result achieved by Justinian: it is not a case that by formulating the famous ban on the commentaries upon the Digest, Justinian states emphatically that a possible presence of a ‘*discordia*’ among the commentaries would cause to the same Digest a ‘*dedecus*’, i.e. a dishonour and an affront.<sup>11</sup> Moreover, it was really the answer to the need most urgently felt in Late Antiquity: it is sufficient to recall that, already at the end of the fourth century, the anonymous author of the treatise *De rebus bellicis* addressed a passionate plea to the Emperor, with which he asked to the imperial majesty to remove the presence of conflicting positions within the legal texts, which prevented the proper administration of justice.<sup>12</sup>

Is it a mere coincidence and doesn't it have any particular meaning that in all cases in which the beauty refers to the laws it always alludes to the sharpness-straightness, to the ‘*consonantia*’, ‘*συμφωνία*’, ‘*concordia*’? I don't think so.

It is known that in the Byzantine political thought the legislative power of the Emperor is supported by the following two ideological pillars, which project this power in a religious

*et hoc studiosum vobis esse volumus, ut, si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis vel aliquod superfluum vel minus perfectum, supervacua similitudine semota et quod imperfectum est repleatis et omne opus moderatum et quam pulcherrimum ostendatis. Hoc etiam nihilo minus observando, ut, si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris posuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformetis et ordini moderato tradatis: ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat...’). This conceptual couple corresponds to the couple of c. *Tanta* pr. ‘*leges antiquas in novam pulchritudinem et moderatum pervenire compendium*’ (above, nt. 3); but see also the hendiadys ‘*moderatio et legitima veritas*’ of c. *Tanta* 12 (above, nt. 8): both the elements linked, in these two last passages, to *moderatum* / *moderatio* (that is, the qualify ‘*pulcherrimum*’ and the *veritas*) allude, as we have seen, to the result of the selection among similar and contrasting data, to the overcoming of interpretative divergences and to the attitude to regulate a situation with a unique and unambiguous provision. Moreover, the ‘*reformare*’ (‘*et hoc reformetis et moderato ordine tradatis*’) brings to mind the ‘*forma legum*’ of c. *Tanta* 11 and the adjective ‘*formosum*’ of c. *Cordi* 4 (above, nt. 7).*

<sup>11</sup> C. *Tanta* 21: see G. FALCONE, *The prohibition of commentaries to the Digest and the antecessorial literature*, in *Subseciva Groningana IX (Between Groningen and Palermo)*, 2014, 21 s. An interesting confirmation of the ideological relevance of this result is offered by the Novel 75 (AD 537). We know that, starting from the early Novels, every emphasis disappeared from the references to the Digest, because of a rapid disillusion about the sufficiency of the collection (in front of the continuous occurrence of new cases, arising from the *varia rerum natura*: G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli 1984, 41 ss.; 165 ss.); nevertheless, Tribonian – this is the relevant point – is still commended highly as the collaborator thanks to whose commitment “*omnis legum ambiguitas, omnis latitudo in praesentem concordiam et pulchram breviter pervenit*”: a solemn statement which clearly reminds the hendiadys ‘*opus moderatum et pulcherrimum*’ and ‘*moderatio-veritas*’ (on which, see above, nt. 1).

<sup>12</sup> *De reb. bell.* 21.1-2: ‘*Divina providentia, sacratissime imperator, domi forisque rei publicae praesidis comparatis, restat unum de tua serenitate remedium ad civilium curarum medicinam, ut confusas legum contrariasque sententias, improbitatis reiecto litigio, iudicio augustae dignationis illumines. Quid enim sic ab honestate consistit alienum quam ibidem studia exerceri certandi ubi, iustitia proficiente, discernuntur merita singulorum?*’. On this text see, recently, V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi* (Atti Congresso, Firenze 2010), Roma 2012, 360 s.

perspective: 1) the legislative power is deriving from God;<sup>13</sup> 2) the legislation is a very relevant part of an imperial *potestas* considered as "imitation of God" (μίμησις θεοῦ).<sup>14</sup>

Both the elements, having a long and complex philosophical-theological genealogy, are very present in the Justinian's texts.

As for the first element, it is enough recalling that in some passages of his Novels, Justinian underlines that the legislative *potestas* is given to the emperor *παρὰ θεοῦ*, by God, with the aim of preserving the *imperium* and the peace and quiet of the State granted to him by the same God (Nov. 113.1pr.; 137praef.; 72praef.), and that the emperor is 'animated Law' sent by God to the *homines* (Nov. 105.2.4).

As for the second element (that is, legislation as '*imitatio Dei*'), I point out two textual evidences. On the one hand, in a constitution of 530 (C. 5.16.27.1) Justinian expressly indicates as '*imitatio Dei*' the *humanitas* of the imperial *maiestas* which manifests itself in the issue of the laws. On the other hand, I quote the preamble of the constitution *Deo auctore*: "...Nothing in any sphere is found so worthy of care as the authority of law, which sets in good order ('*bene disponit*') affairs both divine and human". It is the immediate sequel of the reference to the Supreme Trinity, "from whom the elements of the whole world proceeded and their disposition throughout the universe was derived".<sup>15</sup> The use of the expression "*bene disposit*" with respect to the imperial laws is an evident reproduction of this mention of the divine '*dispositio*' of the universe. It is right the 'εὐτέθημι' used, for example, by the contemporary author of the philosophical '*Dialogue on the political science*' with reference both to the actions of God, which set the whole universe in harmonic order, and to the imitating actions through which the emperor contributes to

<sup>13</sup> On this point, see, recently, J.H.A. LOKIN, *The Significance of Law and Legislation in the Law Book of the Ninth to Eleventh Centuries*, in A. LAIOU - D. SIMON (ed.), *Law and Society in Byzantium, Ninth-Twelfth Centuries*, Washington 1994, 74 ss. Despite the recent attempt to re-evaluation of the role of the *populus* and of the figure of the *lex regia* as sources of the imperial (legislative) power achieved by L. HECKETSWEILER, *La fonction du peuple dans l'Empire romain. Réponses du droit de Justinien*, Paris 2009, *passim*, I believe founded the traditional interpretation, according to which the reference to those elements (c. *Deo auctore* 7; D. 1.4.1; I. 1.2.6) is only «un ossequio - estemporaneo e di facciata - alla volontà popolare» (R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*,<sup>4</sup> Bologna 1985, 83), which recalls «un fatto del passato, avvenuto una volta per tutte e irreversibile» (R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino 1968, 274).

<sup>14</sup> See, e.g., C. CAPIZZI, *Potere e ideologia imperiale da Zenone a Giustiniano*, in G.G. ARCHI (ed.), *L'imperatore Giustiniano. Storia e mito*, Milano 1978, esp. 9 ss.; 25 ss.; A. PERTUSI, *Il pensiero politico bizantino*, Bologna 1990, spec. 19 ss.; M.TH. FÖGEN, *Das politische Denken der Byzantiner*, in I. FETSCHER - H. MÜNKLER (hrsg.), *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, II, München-Zürich 1993, 43 ss.; D. KARAMBOULA, *Der byzantinische Kaiser als Politiker, Philosoph und Gesetzgeber*, in *Jahrbuch Österreichischen Byzantinistik*, 50, 2000, esp. 14 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 413 ss.

<sup>15</sup> c. *Deo auctore* 1: '*Cum itaque nihil tam studiosum in omnibus rebus invenitur quam legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit, reperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe condita et romuleis descendit temporibus, ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur: primum nobis fuit studium a sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidare tradere, quatenus in unum codicem congregatae et omni supervacua similitudine et iniquissima discordia absolutae universis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium*'.

a ‘παναρμονίος συμφωνία’ of the State:<sup>16</sup> and - mind you - the author of this *Dialogue* had to be in very close terms with Tribonian and Justinian, since he was, with all probability, Thomas, one of the compilers of both the first Code and the Digest.<sup>17</sup> Well, the passage of the *c. Deo auctore* just now quoted is revealing for our purposes: because the relationship, established therein, between the “*bene disponere via leges*” and the ‘divine *dispositio* of the universe’, is the premise both for the statement according to which Justinian has already eliminated from the constitutions of former emperors all unnecessary repetition and disagreement (§ 1) and for the intention to remove, through the projected Digest, any repetition and divergence also from the ancient *ius* (§ 4).<sup>18</sup>

In essence: the laws are adorned with ‘beauty’ in so far they are harmonious, straight and unambiguous, lacking of repetitions and of contradictions; and in this sense they are an imitation of the divine beauty, which disposes the whole universe with order, harmony and splendour (τάξις, ἁρμονία, ἀγλαΐα, according to a widespread representation, from Eusebius of Caesarea to the contemporary pseudo-Dionysius the Aeropagyte).

3. In such a perspective I think we can better understand two data, which are linked together: the use of Latin as the outward form of this beauty and the ‘mysteriousness’ of this beauty.

That Latin was tough for the Greek speaking *homines*, to those Justinian proclaimed the ‘beauty’ and ‘*veritas*’ of the collected laws, was well known to the same emperor. Not only, as we shall see, did he authorize the Greek translation of the Digest, but also in the Novel 7 of the 535 he affirms that the use of Greek (“*κοινή φωνή*”), instead of Latin (“*πάτριος φωνή*”), makes the constitution knowable to all subjects because of its easy intelligibility; and in the Novel 66 of the 538, in order to justify the adoption of a disposition formulated in Greek and Latin, he explicitly states that the Greek version was enacted with the aim of meeting the linguistic usage of the most of recipients.

Why, then, Latin for the Compilation? The answer is in the immediate sequel of the same Novel 66: if Greek is the current language, Latin is “*φωνή ... κυριωτάτη διὰ τὸ τῆς πολιτείας σχῆμα*”, “an idiom of greatest moment in relation to the figure of the State”. Latin and State: the ideology of the legislation as highest expression of the imperial power and as

<sup>16</sup> *Menae patricii cum Thoma referendario De scientia politica dialogus* (ed. C. Mazzucchi, Milano 1982), V.134-136 (p. 47 M.).

<sup>17</sup> C.M. MAZZUCCHI, *Damascio, autore del Corpus Dyonisiacum, e il Dialogo ΠΕΡΙ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΕΠΙΣΤΗΜΗΣ* (*Saggio Integrativo* in P. SCAZZOSO - E. BELLINI (ed.), *Dionigi Aeropagita, Tutte le opere*, Milano 2009), 760 s. (already in «*Aevum*» 80, 2006: *non vidi*); ID., *Per una rilettura del palinsesto vaticano contenente il Dialogo ‘Sulla scienza politica’ del tempo di Giustiniano*, in *L'imperatore Giustiniano. Storia e mito*, cit., 237 ss.; esp. 246 s.; for the dating between the years 532-533 see ID., *Menae patricii cum Thoma referendario* cit., p. XIII-XV. On this work see also D. O'MEARA, *The Justinianic Dialogue on Political Science and its Neoplatonic Sources*, in K. IERODIAKONOU (ed.), *Byzantine Philosophy and its Ancient Sources*, 2002 49 ss. (which prefers the different dating – end of the reign of Justinian - proposed by A. Cameron).

<sup>18</sup> *c. Deo auctore* 4: ‘*Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla secundum quod possibile est neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiat...*’.

key-element of the *'imitatio Dei'* required a solemn and 'potestative' language for the laws. The best description of this character had been made, about 300 years before and in the identical perspective of polarity between Greek and Latin, by the Greek-speaking Gregory Thaumaturgus: the Latin is "an idiom impressive and haughty and worthy of the imperial power".<sup>19</sup> Moreover, the link 'imperial power - Latin language' reaffirmed and underlined the Roman roots of the imperial power (another political-ideological motif): in a passage of the *De Magistratibus* (II.12), Johannes Lydus - a prominent figure in Justinian's court - mentions an oracle given to Romulus, stating that Fortune would desert the Romans whenever they forgot their native tongue. This oracle was fulfilled, continues Lydus, when Cyrus the Egyptian (an official in the government of Theodosius II) began to issue decrees in Greek. Of course, Cyrus was put aside for internal rivalries in the court; however the reading of Lydus, together with the "discovery" of the oracle, of which no other source speaks, reflects the view of Tribonian-Justinian about Latin as expression of Roman imperial *maiestas*.<sup>20</sup>

Thus, the beauty of the laws, considered by Justinian as the greatest result and the greatest merit of the Digest's accomplishment, was not accessible in its concrete contents to most people because of Latin. The Digest is esoteric, is intelligible only by 'initiates': in this sense, the emphasized beauty is arcane, mysterious.

This interpretation is consistent with the perspective of sacralisation of the text-Digest, that we can recognize on the basis of some explicit data of the *c. Tanta*: first of all, to the purpose of proclaiming the overlapping of the imperial *auctoritas* on the collected classical *leges*, Justinian enunciates that these *leges* are to be considered as if uttered by the 'divine imperial mouth' (§ 6: *'divino ore profusa'*); further, he refers to the collection through the words "Worship these laws!", *'has leges adorete'* (§ 19);<sup>21</sup> finally, the Digest is represented as a 'most holy temple of Justice' (*sanctissimum templum Iustitiae*: § 20)<sup>22</sup> - an image, which

<sup>19</sup> Gregorius Thaumaturgus, *Remerciement à Origène suivi de La Lettre d'Origène à Grégoire. Texte grec, introduction, traduction et notes par H. Crouzel* (Sources Chrétiennes, 148, 1969), I.7. See C.M. MAZZUCCHI, *Il contesto culturale e linguistico. Introduzione al lessico giuridico greco*, in J.H.A. LOKIN - B. STOLTE (ed.), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 72. An interesting example of the "potestative" fascination of the Latin during the same years of Justinian is offered by a passage of the already mentioned *"Dialogue on the political science"* (above, nt. 17). He has quoted several times Cicero and other Roman authors, but only in one case (of course, within the surviving parts of the work) he felt the need and, so to say, the pleasure of using, besides the Greek, also the Latin expression contained in the source and it is a clear word of power, *'princeps'*: "Cicero appropriately called Socrates *'ἀρχηγόν'*", and, for speaking I too in Latin, *'πρίγκιπα'* of the whole philosophy" (§ V.209, p. 63 M.).

<sup>20</sup> On this text, B. ROCHETTE, *Justinien et la langue latine. A propos d'un prétendu oracle rendu à Romulus d'après Jean le Lydien*, in *Byzantinische Zeitschrift*, 90, 2007, 413 ss.

<sup>21</sup> With regard to these words, M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II.2, Perugia 2007, 224, recalls the idea of "enfasi devozionale" evoked, in other connection, by LANATA, *Legislazione e natura cit.*, 168.

<sup>22</sup> See also *c. Deo auctore* 5. It has been remained unnoticed until now that, in the sources of the Late-Antiquity, this image is referred in a specific way to the law court: not only Ammianus Marcellinus (30.4.13) affirms that the law courts should be *'delubra aequitatis'* (temples of equity), but right in Justinian's years one of the epigrams describing the monuments of Byzantium (*Anth. Pal.* IX, 658) depicts the court of *praefectus urbi* as *'θέμενος Δίκης'* ('temple of Dike'), and one of the epideictic epigrams (*Anth. Pal.* IX, 779) refers to a specific *praefectus urbi* who "administers in imperishable way the *θρόνος Δίκης*" (the sacred throne of

would have allowed the emperor to portray himself, in the opening text of the Digest, as ‘*sacerdos iuris*’, a priest of the Law (D. 1.1.1.1).<sup>23</sup>

4. Sacralisation of legal texts, inaccessibility of Latin, mysteriousness: that well learned men may have been induced to put these three elements together, is shown by an authoritative witness: Jacob of Edessa, a central figure of the Syriac intellectual life between VII and VIII century: canonist, theologian, translator, grammarian, philosopher.<sup>24</sup>

Around the year 700 he carried out a revision of the preceding Syriac translation of the Greek cathedral homilies of Severus of Antioch, the excellent student of the Law-School in Berytos, who became, during the Justinian’s kingdom, Patriarch of Antioch.<sup>25</sup> Jacob adds here and there annotations, scholia, to the translated main-text. One of these scholia is intriguing; and I think that it is worth dwelling on it also because it has remained – as far as I know – unnoticed to the historians of law.<sup>26</sup>

Within a broad discourse concerning the venerable name of God, Jacob recalls that the wise men called by King Ptolemy Philadelphus of Egypt to translate the Hebrew scriptures into Greek, every time they found the venerable name of God, kept it in Hebrew characters within the Greek lines, noting at the edge of the text the Greek ‘*Κύριος*’. To justify this proceeding Jacob establishes a comparison with the translations of the Roman laws (we

the Justice). Such architectonic representation of the ‘*pulcherrimum*’ Digest as sacred place of the law court perfectly matches, not only with the several references to the forensic destination of the compilation (c. *Deo auctore* 10; c. *Tanta* 17; 18; 19; 21; 22; 23; 24: see FALCONE, *The prohibition of commentaries* cit., 32 s.) and with the role of the same Emperor as ultimate judge in the procedural-system of the State, but also with the doctrine, according which the emperor imitates God both through legislation and justice: the link between these two elements, already firmly present in the philosophical-theological tradition concerning the *imitatio Dei*, is also expressed in c. *Deo auctore* 1 (above, nt. 7), where the authority of the laws is represented as setting in good order affairs both divine and human on the model of the Supreme Thrynity and as casting out all injustice (“... *legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit...*”).

<sup>23</sup> Justinian has reused, with regard to the emperor, an image devised by Ulpian with the aim of emphasizing the fundamental figure and role of the jurists (see G. FALCONE, *La ‘vera philosophia’ dei ‘sacerdotes iuris’: sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi*, in AUPA 49, 2004, esp. 5 ss., 76 ss.; ID., *Un’ipotesi sulla nozione ulpiana di ius publicum*, in M.P. BACCARI - C. CASCIONE, *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli-Roma 2006, 1167 ss.). The recent view of O. BEHREND, *Der Schlüssel zur Hermeneutik des Corpus Iuris Civilis. Justinian als Vermittler zwischen skeptischen Humanismus und pantheistischem Naturrecht*, in M. AVENARIUS (ed.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden 2008, 226 ss., according to which the whole D. 1.1.1.1 has a justinianic origin, is unacceptable already because of the use of the first person singular ‘*nisi fallor*’.

<sup>24</sup> See R.B. TER HAAR ROMENY (ed.), *Jacob of Edessa and the Syriac Culture of His Days*, Leiden 2008, *passim*.

<sup>25</sup> But also a guiding figure of the Monophysitism. For this reason Severus was struck by a Justinian’s anathema (Nov. 42, of the year 536): his writings should have been burned and not recopied anymore in the future (for an historical placing see C. CAPIZZI, *Giustiniano I tra politica e religione*, Catania 1994, esp. 61 ss., 65 ss.). Despite this disposition, the cathedrals homilies survived also thanks to the work of Jacob of Edessa.

<sup>26</sup> A mention, from the point of view of the persistence of Latin in Syriac culture, is in V. POGGI, *Situazione linguistica dell’Oriente bizantino nel V secolo*, in G. FIACCADORI - M. PAVAN (ed.), *Autori classici in lingue del Vicino e Medio Oriente*, Roma 1990, 115.

must think: the *Corpus iuris*), in which abounded Latin technical terms which remained unchanged even in their original handwriting. I will quote from the French translation of Syriac made by a specialist, M. Brèier, in *Patrologia Orientalis*:<sup>27</sup>

« ... en effet, nous voyons que ceux qui ont traduit les lois des Romains et les on fait passer dans la langue des Grecs, après y avoir laissé beaucoup de noms de ceux de la langue latine, qui renferment secrètement et profondément le sens des lois, et n'avoit pas voulu les traduire, afin que ce ne soit pas pour tout le monde que les lois et les noms soient connus et que ce ne soit pas [...] qui puisse changer quelque chose de sa propre volonté dans les livres [...] et les falsifier, n'ont pas écrit avec des signes grecs ces noms qu'ils ont laissés et n'ont pas traduits, mais les ont écrits avec les signes de l'écriture latine. Et également les contemporains, qui écrivent des documents d'achats et de dots en langue grecque d'après les livres des lois, écrivent pareillement ces noms latins à l'intérieur du langage grec et de l'écriture grecque avec les lettres latines, avec lesquelles ils étaient écrits aussi chez les Romains, en sorte que, si ceux-là ont ainsi honoré les lois des Romains dans leur état caché et avec leur signes, c'est très convenablement et très sagement qu'ont agi les traducteurs hébreux, qui ont honoré le nom honorable et secret de Dieu dans son état caché et avec leurs signes, et ne l'ont pas traduit ».

Plainly, Jacob can have proposed the parallel with the sacred Scriptures, the Law of God, only on the assumption of a sacralisation also of the imperial codified law. In relation to this parallel, the Roman *leges* are represented as having a hidden, mysterious sense; and the keeping of original words and characters in translating is represented as a way to honour the *leges* in their mysteriousness. The author alludes expressly to an esoteric perspective: “afin que ce ne soit pas pour tout le monde que les lois et les noms soient connus” (“in order that it is not for everyone that the laws and the words are known”). It is possible that the mentality of the canonist, used to dealing with rules which evoke the religious sphere, has somehow contributed to the sharpness of this discourse. However, what matters for our purposes is that, in relation to a sacralization of the legal text – and Justinian, as we have seen, projected the Digest in this horizon –, the use of Latin was suitable to be considered and justified as a mark of an intrinsically mysterious nature of the laws.

5. Moreover, the scholion of Jacob of Edessa offers an interesting suggestion also from another point of view, which call into question a famous passage of the Justinian's c. *Tantal Déδωκεν*, the § 21<sup>28</sup>.

It is known that, with respect to the contents of the Digest, Justinian allows, besides the apposition of brief annotations via '*tituli*' or '*indices*' or *παράτιτλα*, a literal translation, called '*κατὰ πόδα*' in Greek. It is a word-for-word translation, having the role to clarify the

<sup>27</sup> *Patrologia Orientalis*, XXIX (*Les Homélie Cathédrales de Sévère d'Antioche. Traduction syriaque de Jacques d'Edesse*), Paris 1961, 199 ss., ed. M. BRIÈRE (the passage quoted in the text is at p. 200 ss.).

<sup>28</sup> On which see now FALCONE, *The prohibition of commentaries cit., passim*.

meaning of each word of the official text.<sup>29</sup> The translation must be absolutely respectful of the position that words have in their original context: “*in graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua voces Romanae positae sunt*”. Thus, it is more than a literal translation. It is what specialists call ‘strict literal translation’.

The traditional answer to the question “Why such a rigid provision?” is that this kind of translation prevents the translator from organising a discourse having a complete sense and in this way reduces the risks of alteration, voluntary or unaware, of the meaning of the original text. However, besides this explication, we can think of another perspective.

In this direction we are first of all oriented, precisely, from the text of Jacob of Edessa, in so far it offers two concomitant explications for the keeping of Latin legal terms in their original handwriting: the presence of a ‘mystic’ dimension of the legal writing, but also the ‘rational’ need to protect the text from risks of falsification: “*afin .... que ce ne soit pas ... qui puisse changer quelque chose de sa propre volonté dans les livres ... et les falsifier*”, “in order that ... there is no one ... who could change, of his own will, something in the books ... and falsify them”.

But we are also induced by a statement of Jerome, the Church Father active between the IV and V century. Protagonist of an intense activity of translation from Hebrew and Greek into Latin, Jerome also composed an epistle entitled “*De optimo genere interpretandi*”, that scholars consider “the first treaty of literature devoted to the translation”. In a passage of the epistle (§ 5.2) he affirms that in translating from Greek he usually renders, not ‘word for word’, but ‘sense for sense’ (“*non verbum e verbo, sed sensum de sensu*”), with the exception of the sacred Scriptures, in which “also the *ordo verborum* is a *mysterium*”: “*ubi et verborum ordo mysterium est*”.<sup>30</sup>

‘*Mysterium*’ certainly indicates a ‘spiritual and sacred truth’. Referring to a written text, the term alludes to the existence of “a divine and immutable pre-linguistic meaning”.<sup>31</sup>

As for ‘*ordo verborum*’, it is clear, because of the otherness both respect to *sensus* and *verbum*, that it indicates the precise disposition of the words. And it is notable that, in another passage, Jerome opposes to the ‘*sensus*’ just the two words ‘*ordo et consequentia*’ that we find in the Justinian’s constitution.

Thus: in the sacred text *par excellence*, the *ordo et consequentia verborum* is expression of mysteriousness of divine meaning and for this reason should not be altered by translating. The suggestion deriving from it, is intuitive: in c. *Tanta-Δέδωκεν* 21 Justinian could have transferred to the field of law, and specifically to the text-Digest, the criterion of strict literal translation typical of the theological tradition, where it caught on in relation to the concern of protecting the sacred scriptures from ‘heretical’ translations and interpretations.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> On the *κατὰ πόδα* see, most recently, S. SCIORTINO, *La relazione tra il κατὰ πόδα e le traduzioni di Taleo dei rescritti latini del Codex*, in AUPA 56, 2013, 113 ss.; ID., *Conjectures regarding Thalelaios’ commentary on the Novus Codex*, in *Subseciva Groningana* IX cit., 157 ss.

<sup>30</sup> See, recently, E. BONA, *La libertà del traduttore. L’epistola de optimo genere interpretandi di Gerolamo*, Acireale - Roma 2008, 55 ss.

<sup>31</sup> So C.-H. LAVIGNE, *Droit, traduction, langue et ideologie: Kata poda ou la traduction pas à pas selon Justinien 1er*, in *Traduction, Terminologie, Redaction* 18.1, 2005, 194.

<sup>32</sup> For the connection, in general terms, between the (strict) literal translation and the spread of heresies see S. BROOK, *Aspects of Translation Technique in Antiquity*, in *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, 20,



It would be superfluous to note that this reading matches with the already underlined sacred connotation of the text-Digest. Rather, it should be stressed that the works of Christian apologetics and polemics were familiar to the imperial cultural environment, also because of the difficult and pressing problem of the religious disputes, which led the same Justinian to intervene not only via constitutions, but also via theological writings, in which the emperor (or whoever for him)<sup>33</sup> draws continuously from the Christian controversial production. And it is interesting to note that in these writings Justinian, when he condemns the heretical interpretative technique of isolating the words of the sacred Scriptures from their context and the heretical interpretative technique of omitting this or that term, which would give the real meaning to the text, uses, in opposition to the normal 'ἔρμενεύειν', the pejorative 'παρερμενεύειν':<sup>34</sup> this recalls the juxtaposition 'interpretations-perversions' used right in c. *Tanta* 21 "*alias interpretationes, immo magis persiones iactare non concedimus!*"

If my reading of the strict literal translation imposed by Justinian is itself a plausible 'interpretation' and not a 'perversion', we are faced with a such sacralisation of the Latin Digest's writing, that even the outward disposition of its elements, the *ordo verborum*, is regarded as bearer of mysteriousness. The devotional imperative, earlier recalled, "*has leges adorete*" is referred to a Digest-icon, in which, like in a Byzantine liturgical scene, the location of each detail has a precise meaning.

6. I conclude with a rapid leap forward, of exactly 1000 years with respect to the constitution *Tanta*. The Dutch humanist Viglius Zuichem, who in 1534 published the *editio princeps* of the Paraphrase, in the *epistula dedicatoria* addressed to the Emperor Charles V<sup>35</sup> reproduces not few motifs from the compilation's propaganda of Justinian: the amazement for the excessive growing of the *ius civile*, due to the proliferation of conflicting laws and jurisprudential opinions; the request, to the Emperor, for remedying through an organic codification; the dualism *arma - leges*; the qualify of the emperor as person "which is at the head of the *templum iustitiae*". Even the 'beauty' appears. But this concept is now referred to the Institutes, no longer to the Digest. And the *Institutiones* are considered '*pulcherrimae*' for external aesthetic reasons: because they are brief statements (*versiculi*), ordered according to systematic criteria typical of the dialectical techniques, and because they are formally elegant. Besides: according to Viglius, thanks to such a kind of beauty, the Institutes allow to "open the secret mysteries of the Digest".

The reversal of perspective compared to the vision of Justinian could not be more clear. 'Beauty' is now separated from the 'mystery'; indeed, it is its opposite, is the key to solving

1979, 69 ss. More specifically, S. SARCEVIC, *New Approach to Legal Translation*, The Hague 1997, 24 s.

<sup>33</sup> See M. AMELOTI, *Introduzione storico-giuridica*, in M. AMELOTI - L. MIGLIARDI ZINGALE, *Scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano* (Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium. Subsidia - III), Milano 1977, X-XI.

<sup>34</sup> *Schreiben gegen die Drei Capitel* (ed. E. SCHWARTZ, *Drei dogmatische Schriften Iustinians*,<sup>2</sup> in M. AMELOTI - R. ALBERTELLA - L. MIGLIARDI ZINGALE, *Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium. Subsidia - II*, Milano 1973), 84 l. 22; *Scritti contro Origene* (ed. M. AMELOTI - L. MIGLIARDI ZINGALE, in *Scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano* cit.), 100 l. 34.

<sup>35</sup> The *epistula* is also included in W.O. REITZ, *Theophili Antecessoris paraphrasis graeca Institutionum caesarearum*, II, Hague Comitibus 1751, II, 1126 ss.

the mysteries. And the *secretiora mysteria et aenigmata* are, in this view, the more high and intricate problems and discussions collected, without a good systematic order, in the Digest. The advent of the Humanism elapses between the two representations, with its most characteristic elements in the legal field: on the one hand, the passion for elegance of letters and for systematic-dialectical organizing of the legal material, on the other hand, the discovery of the human reason against the authority and the hidden and immutable truths.<sup>36</sup>

It is a particular, but significant example of how Byzantine propositions and ideas were revisited during the modern age: a general phenomenon which, in its turn, is part of the complex and fascinating history of the encounter between the ancient material coming from East and the Western legal culture. It is an important chapter of the making of the European legal tradition, which, however, for the most part is still waiting to be written.

<sup>36</sup> For an overview of these characteristics see G. FALCONE, “*Theophilus noster*”. *Zur Benutzung der Theophilus Paraphrasis seitens der humanistischen Jurisprudenz*, in *Iuris Antiqui Historia* 2, 2010, 16 ss. (with bibl. at nt. 2).

ULRICH MANTHE  
(Università di Passau)

## Gaio, il Veronese e gli editori

### ABSTRACT

After a short account of the discovery and decipherment of the *Codex Veronensis rescriptus* 13 (*Gai institutiones*), the article analyzes the scholarly editions, in particular the editions made by Göschen and Lachmann. The text of Gai 4.16 is reconsidered on the basis of the Florentine fragments of Gaius.

### PAROLE CHIAVE

Edizioni delle *Gai institutiones*; Göschen; Lachmann; Böcking; Huschke; Studemund; Krüger; Kübler; i frammenti fiorentini di Gaio; Gai 4.16; *legis actio sacramento in rem*.



## GAIO, IL VERONESE E GLI EDITORI

SOMMARIO: I. Il codice di Verona. 1. Maffei e Niebuhr. 2. La lettura di Göschen, Bekker e Bethmann-Hollweg. II. Göschen e Lachmann. 1. La prima edizione di Göschen. 2. La seconda edizione di Göschen. 3. La terza edizione di Lachmann. III. Heffter. IV. I *Syntagma*. V. Böcking. 1. Le edizioni di Böcking. 2. L'apografo. VI. Huschke. VII. Krüger e Studemund. 1. L'apografo e i *Supplementa*. 2. Le edizioni. VIII. Dubois. IX. L'edizione facsimile di Spagnolo. X. Kübler. 1. Le edizioni di Kübler. 2. L'importanza dei frammenti fiorentini (PSI 1182). XI. Ventesimo secolo: Kniep, Bizoukides, de Zulueta, Baviera, Meylan, Reinach, David-Nelson-Manthe.

*Si quis scriptis nostris alios superne imprimi versus, priores litteras non tollit, sed abscondit.*<sup>1</sup>

\* Questo contributo riproduce il testo di una relazione tenuta a Copanello il 10 giugno 2012 nell'ambito del convegno internazionale di diritto romano "Gaius Noster. Nei segni del Veronese". Il testo era già stato scritto quando è stato pubblicato F. BRIGUGLIO, *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna 2012; ho inserito rimandi a questo libro e ad altra letteratura. Ringrazio Mario Varvaro per la revisione del testo italiano e per molte segnalazioni di gran valore. Questo contributo è dedicato alla memoria di Bernardo Albanese, che ha dato impulso alla nuova costituzione del testo di Gai 4.16 (*infra*, nt. 191).

Nel testo e nelle note sono state usate le seguenti abbreviazioni: **V** = Codex Veronensis secondo STUD.; **F** = Codex Florentinus (PSI 1182); **GOE.**<sup>1</sup> = [I.F.L. GOESCHEN], *Gaii Institutionum commentarii quattuor e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis ... nunc primum editi*, Berolini 1820; **GOE.**<sup>2</sup> = *Gaii Institutionum commentarii quattuor e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis ... secundum edidit Io. FRID. LUD. GOESCHEN*, Berolini 1824; **LA.**<sup>3</sup> = *Gaii Institutionum commentarii quattuor ex membranis deleticiis Veronensi Bibliothecae Capitularis eruit Io. FRID. LUD. GOESCHEN, CAROLUS LACHMANNUS recognovit*, Berolini 1842; **CIRA**<sup>1</sup> = *Corpus Iuris Romani Anteiustiniani consilio ... E. BÖCKINGII, A. BETHMANN-HOLLWEGII, E. PUGGAEI I*, Fasc. I<sup>1</sup>, Bonnae 1835; **CIRA**<sup>2</sup> = *Corpus Iuris Romani Anteiustiniani consilio ... EDUARD BÖCKING, MORITZ AUGUST VON BETHMANN-HOLLWEG et EDUARD PUGGÉ institutum I*, Fasc. I<sup>2</sup>, Bonnae 1841; **KR./ST.**<sup>1</sup> = *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum in usum scholarum edd. PAULUS KRUEGER et GUILIELMUS STUEMUND*, Berolini 1877; **KR./ST.**<sup>2</sup> = *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum nouis curis auctum in usum scholarum iterum edd. PAULUS KRUEGER et GUILIELMUS STUEMUND*, Berolini 1884; edizioni posteriori: **KR./ST.**<sup>3</sup> (1891); **KR./ST.**<sup>4</sup> (1899); **KR./ST.**<sup>5</sup> (1905); **KR./ST.**<sup>6</sup> (1912); **KUE.**<sup>7</sup> = *Gai institutiones ediderunt E. SECKEL et B. KUEBLER, septimam editionem curavit B. KUEBLER*, Lipsiae 1935; **STUD.** = *Gaii institutionum commentarii quattuor Codicis Veronensi denuo collati apographum confecit GUILIELMUS STUEMUND*, Lipsiae 1874; **BÖ.** = *Gai Institutionis Codicis Veronensis apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas compositum scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit EDUARDUS BÖCKING*, Lipsiae 1866; **SPAGNOLO** = [A. SPAGNOLO], *Gai codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis, distinctus numero XV (13)*, phototypice expressus, Lipsiae 1909; **BRIGUGLIO**, *Gai Codex = Gai Codex Rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis* curavit PHILIPPUS BRIGUGLIO, Firenze 2012.

<sup>1</sup> Sen., *de benef.* 6.6.3: «Se qualcuno scrive sulle nostre lettere altre linee, non rimuove le lettere anteriori,

## I. Il codice di Verona

## 1. Maffei e Niebuhr

Scipione Maffei (1675-1755) aveva menzionato il foglio non palinsesto *de interdictis* (Cod. Veron. fol. sing. = V pag. 235/236, Gai 4.134-139 e 139-144) negli anni 1732 e 1742<sup>2</sup> e aveva riconosciuto che si trattava di un testo giuridico. Nel 1816 Haubold<sup>3</sup> e Witte<sup>4</sup> ne erano a conoscenza. Quando Barthold Georg Niebuhr (1776-1831) si mise in viaggio per Roma passando da Verona probabilmente non sapeva cosa cercare.<sup>5</sup> Nel settembre del 1816 trovò il *codex rescriptus* 13 olim XV,<sup>6</sup> lesse il foglio *de interdictis* e altri due fogli<sup>7</sup> con l'aiuto

ma le occulta.» Devo il riferimento a queste parole a GU. STUEDEMUND, *Senecae librorum quomodo amicitia continenda sit et de vitae patris reliquiae*, in O. ROSSBACH, *De Senecae philosophi librorum recensione et emendatione*, Vratislaviae 1888, III.

<sup>2</sup> GOE.<sup>1</sup>, VIII-IX; GOE.<sup>2</sup> XI s.; LA.<sup>3</sup> VIII s.; F. BLUME, *Iter Italicum*, I, Berlin-Stettin 1824, 260 s.; [A. SPAGNOLO], *Gai codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis, distinctus numero XV (13)*, phototypice expressus, Lipsiae 1909, 9; H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai institutiones*, Leiden 1981, 2 nt. 4; F. BRIGUGLIO, *Barthold Georg Niebuhr und die Entdeckung der Gaius-Institutionen – tatsächlich ein „Glücksstern“?*, in ZSS R.A. 128, 2011, 263 ss., spec. 270 s.; M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, Torino 2012, 61 ss., anche sulla prima comunicazione di Maffei (1721) della scoperta (1712); U. MANTHE, Rec. a VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, in IAH 5, 2013, 193 ss., spec. 195. J.M. COMA FORT, «Ein entdecktes juristisches Ineditum»: a propósito del descubrimiento de las *Institutiones de Gayo* [che contiene anche una recensione di M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*], in SDHI 79, 2013, 653 ss., spec. 654.

<sup>3</sup> CH. HAUBOLD, *Notitia Fragmenti Veronensis de Interdictis*, Lipsiae 1816, citato secondo CH. HAUBOLD, *Ueber die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen Handschriften*, in ZgRW 3, 1817, 358 ss., spec. 358; GOE.<sup>1</sup> XII; GOE.<sup>2</sup> XIV; LA.<sup>3</sup> LX; F. BLUME, *Iter Italicum*, I, cit., 260; A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit., 10 nt. 1; inoltre C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht*, Frankfurt am Main 2008, 117 (edizione tedesca di C. VANO, «Il nostro autentico Gaio». *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000). L'articolo di Haubold fu pubblicato non prima che si sapesse che era stato riscoperto il Gaio veronese: v. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 116 nt. 84; 117 nt. 114. Per tutte le recensioni all'edizione italiana e tedesca v. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, 78 nt. 1.

<sup>4</sup> F. BLUME, *Iter Italicum*, I, cit., 260; VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 111; F. BRIGUGLIO, *Barthold Georg Niebuhr*, cit., 279 s.

<sup>5</sup> Secondo C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 111 s., M. VARVARO, *Le istituzioni di Gaio e il Glücksstern*, cit., 72, F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 49, Savigny venne a conoscenza della pubblicazione di Haubold sul *Fragmentum de interdictis* non prima dell'ottobre 1816 per il tramite di Witte, sicché prima di questo momento non poteva informarne Niebuhr. Sulla discussione fra Briguglio e Varvaro cfr. anche F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 81 ss. nt. 160; J.M. COMA FORT, «Ein entdecktes juristisches Ineditum», cit., 679 nt. 76; S. MEDER, *Die Entdeckung der Institutionen des Gaius: Zufall oder Notwendigkeit? Zu Mario Varvaro, Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, in Annaeus 10, 2013, 55 ss.

<sup>6</sup> Numerazione secondo STUD. pag. v e H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 1. Cfr. E.A. LOWE, *Codices Latini Antiquiores*, IV, Oxford 1947, 24 e 38 [nr. 486-488]. Secondo F. BRIGUGLIO, *Barthold Georg Niebuhr*, cit., 265 nt. 2 e 297 nt. 103; ID., *Il Codice*, cit., 267 ss., la numerazione corretta del manoscritto è «cod. XV (13)». Ma sul punto cfr. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni del palinsesto di Gaio e il presunto «mistero» delle schede veronesi (BCapVr; Cod. DCCCIX)*, in IAH 6, 2014, 78 nt. 2.

<sup>7</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Neu entdeckte Quellen des Römischen Rechts*, in ZgRW 3, 1817, 129-172, 135: «I. Ein Blatt aus Gaius [V pag. 235 s. = fol. sing. = Gai 3.134-144]; «II. Zwey einzelne, sehr zerstörte Blätter aus einem unbekanntem Juristen» [Fragmentum de iure fisci]; «III. Ein Probeblatt aus dem ganzen Band, worin der *codex rescriptus* enthalten ist» [V pag. 145 s. = fol. 97 = Gai 3.69-73]. Un'immagine della copia

dell'infuso di noce di galla<sup>8</sup> e il 4 settembre spedì una lettera a Savigny<sup>9</sup> (1779-1861) con le copie realizzate a Verona.

## 2. La lettura di Göschen, Bekker e Bethmann-Hollweg

Savigny riconobbe subito che si trattava delle Istituzioni di Gaio<sup>10</sup> e si adoperò perché il filologo Immanuel Bekker (1785-1871) e il giurista Johann Friedrich Ludwig Göschen (1778-1837) si recassero a Verona nel maggio del 1817 e, con l'aiuto della tintura di noce di galla, cominciarono a rendere leggibili i fogli *semel rescripti*.<sup>11</sup> Nel mese di luglio Bekker continuò il suo viaggio;<sup>12</sup> su consiglio di Savigny<sup>13</sup> Moritz August von (Bethmann-)Hollweg (1795-1877), studente dotato di grande talento,<sup>14</sup> prese il posto di Bekker.

Hollweg ricostruì l'ordine originario dei quaternioni<sup>15</sup> così come esso si trova in una tabella delle prefazioni delle edizioni di Göschen.<sup>16</sup> Il codice degli scritti di San Girolamo è composto da 127 fogli (254 pagine), dei quali 123 fogli per intero e 2 fogli per metà sono stati riscritti sopra il testo di Gaio (248 pagine).<sup>17</sup> Si è conservato inoltre il foglio non palinsesto *de praescriptionibus et interdictis*,<sup>18</sup> nel complesso si hanno quindi 250 pagine del testo

del *Folium singulare de interdictis* eseguita da Niebuhr è riprodotta in C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 103 s. (Figg. 1 e 2); un'immagine del fol. 97<sup>r</sup> = V pag. 145 è riprodotta in H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., Fig. 2; la copia di Niebuhr può vedersi in C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 132 s. (Figg. 3 e 4); la prima trascrizione di Göschen e Hollweg in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, in SCDR 22, 2009, 478 (Fig. 6), la bella copia di Göschen *ibid.*, 479 (Fig. 7). Cfr. anche C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 102; F. BRIGUGLIO, *Barthold Georg Niebuhr*, cit., 277 s.

<sup>8</sup> Cfr. la lettera di Niebuhr a Savigny del 4.9.1816 in F.C. VON SAVIGNY, *Neu entdeckte Quellen*, cit., 134 [= M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern*, cit., 121]: «Galläpfelinfusion» (*gallae infusum*); GOE.<sup>1</sup> XIII; GOE.<sup>2</sup> XV; LA.<sup>3</sup> XII; M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 443; PH. BRIGUGLIO, *Gai Codex*, cit., 3 nt. 7; M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 86 ntt. 2 e 3.

<sup>9</sup> C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 102 nt. 47; M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern*, cit., 117 ss.

<sup>10</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Neu entdeckte Quellen*, cit., 132.

<sup>11</sup> A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit., 11; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 6 nt. 14.

<sup>12</sup> GOE.<sup>1</sup> XV; GOE.<sup>2</sup> XII; LA.<sup>3</sup> XVI.

<sup>13</sup> C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 150; M. VARVARO, *Fünf unveröffentlichte Briefe Savignys an Bethmann-Hollweg aus den Jahren 1816–1819*, in ZSS R.A. 128, 2011, 464 ss., spec. 472.

<sup>14</sup> Hollweg stesso ha reso nota la sua capacità di riconoscere una lettera grazie a minime tracce di scrittura (*ex ungue leonem*, Plut., *de def. orac.* 3, pag. 410c): [M.A. VON] BETHMANN-HOLLWEG, *Gai Institutiones*, in ZRG 5, 1866, 357 ss., qui 363.

<sup>15</sup> LA.<sup>3</sup> XXIX.

<sup>16</sup> GOE.<sup>1</sup> XXXV-XXXVI; GOE.<sup>2</sup> XXXV-XXXVII; LA.<sup>3</sup> XXX ss.; STUD. pag. XXI; A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit., 21 nt. 2; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 23.

<sup>17</sup> Fol. 2<sup>r</sup>-39<sup>r</sup>; 40<sup>r</sup>-42<sup>r</sup>; 43<sup>r</sup>-126<sup>r</sup>. Fol. 1<sup>rv</sup>, 39<sup>v</sup> (V pag. 188; alla fine del libro terzo), 42<sup>v</sup> (V pag. 252; alla fine del quarto libro), 127<sup>rv</sup> non contenevano testo gaiano.

<sup>18</sup> V pag. 235-236.

di Gaio. Mancano 4 fogli (8 pagine),<sup>19</sup> dei quali 3 pagine<sup>20</sup> non contenevano testo gaiano; nel complesso si hanno pertanto 255 pagine del testo di Gaio.

Di queste 255 pagine, 2 pagine – quelle del foglio *de praescriptionibus et interdictis* – non erano rescritte; 91 fogli per intero e 5 per metà, per complessive 187 pagine, erano rescritti una volta;<sup>21</sup> 61 pagine erano rescritte due volte.<sup>22</sup> Per i fogli rescritti due volte lo scriba dello strato intermedio ha usato 15 bifoli (*bifolia*) e 2 mezzi bifoli del codice di Gaio,<sup>23</sup> per complessivi 32 fogli corrispondenti a 64 pagine; lo scriba dello strato intermedio non ha rescritto 3 pagine,<sup>24</sup> sicché egli ha impiegato soltanto 61 pagine.<sup>25</sup>

L'elenco che segue mostra quali pagine del codice originario di Gaio sono state impiegate tanto dallo scriba dello strato intermedio quanto dallo scriba dello strato superiore (pagine *bis rescriptae*); alcune di queste pagine sono leggibili con estrema difficoltà, e ciò si riflette sulla ricostruzione del testo di Gaio.

<sup>19</sup> V pag. 80\*/80\*\* (Quaternio VI 1a), 126\*/126\*\* (IX 1a), 194\*/194\*\* (XIII 4a) e 252\*/252\*\* (Quinio XVI 1b).

<sup>20</sup> V pag. 126\* (alla fine del secondo libro) e 252\*/252\*\* (alla fine del quarto libro).

<sup>21</sup> Fol. 2-38, 40-41, 43-59, 61, 69-70, 82-112, 121; sono rescritti solo una volta su una pagina i fogli 39<sup>r</sup>, 42<sup>r</sup>, 72<sup>r</sup>, 118<sup>r</sup>, 126<sup>v</sup>. Due pagine non contenevano testo di Gaio, ossia l'ultima pagina del terzo libro (fol. 39<sup>v</sup> = V pag. 188) e l'ultima del quarto libro (fol. 42<sup>v</sup> = V pag. 252).

<sup>22</sup> Fol. 60, 62-68, 71, 73-81, 113-117, 119-120, 122-125 (29 fogli = 58 pagine); sono stati rescritti solamente su una pagina: fol. 72<sup>v</sup> (V pag. 38), 118<sup>v</sup> (V pag. 170) e 126<sup>r</sup> (V pag. 133): 3 pagine. Errore di stampa in A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit., 21 nt. 3: «72<sup>v</sup>-73» in luogo di «72<sup>v</sup>-80». Cfr. anche l'elenco in F. BRIGUGLIO, *Le integrazioni delle lacune nei testi giuridici romani: il Gaio digitale*, in N. PALAZZOLO (a cura di), *Diritto romano e scienze antichistiche nell'era digitale*, Torino 2012, 269 ss., spec. 276 nt. 22; ID., *Il Codice*, cit., 318 s. nt. 187 dove sono indicati anche i ff. 69<sup>r</sup> e 69<sup>v</sup> (V pag. 81, 82); nelle edizioni facsimile del manoscritto (A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit.; BRIGUGLIO, *Gai Codex*, cit.) non si vedono tre scritture; ma la scrittura di ambedue le pagine traspare sul tergo del foglio.

<sup>23</sup> Quaternio I 3, III 2, 3, IV 3, 4, VI 4, IX 2, X 2, XI 2, XIII 2, XIV 2, 4, XV 1, Quinio XVI 4, 5 e 2 mezzi bifoli: Quaternio II 2a, IX 4b.

<sup>24</sup> Quaternio III 3a<sup>r</sup>, IX 4b<sup>v</sup>, XI 2b<sup>r</sup> = fol. 72<sup>r</sup>, 126<sup>v</sup>, 118<sup>r</sup>.

<sup>25</sup> H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 5. Diversamente ancora GOE.<sup>2</sup> XXIII ntt. 14-15 (dove si corregge GOE.<sup>1</sup> XXI ntt. 13-14) = LA.<sup>3</sup> XIX ntt. 14-15: 60 pagine rescritte totalmente due volte, 2 solo parzialmente.



Quaternio et bifolium dimidium	Gai. pag.	Gai. institutiones	Hieron. fol.	adnotationes
I 3a	5/6	1.21-27	75 <sup>r</sup> /75 <sup>v</sup>	
I 3b	11/12	1.43-45	80 <sup>r</sup> /80 <sup>v</sup>	
II 2a	19/20	1.69-77	65 <sup>v</sup> /65 <sup>r</sup>	fol. 65 <i>inversum</i>
III 2a	35/36	1.130-134	119 <sup>r</sup> /119 <sup>v</sup>	1,133: cfr. D. 1.7.28
III 3a	38	1.135-137a	72 <sup>v</sup>	fol. 72 <sup>r</sup> <i>bis scriptum = semel rescriptum</i>
III 3b	43/44	1.156-164	67 <sup>r</sup> /67 <sup>v</sup>	
III 2b	45/46	1.164a-168	114 <sup>r</sup> /114 <sup>v</sup>	
IV 3a	53/54	1.196-200	117 <sup>v</sup> /117 <sup>r</sup>	fol. 117 <i>inversum</i>
IV 4a	55/56	2.1-14	63 <sup>r</sup> /63 <sup>v</sup>	
IV 4b	57/58	2.14-21	62 <sup>r</sup> /62 <sup>v</sup>	
IV 3b	59/60	2.21-26	116 <sup>v</sup> /116 <sup>r</sup>	fol. 116 <i>inversum</i>
VI 4a	85/86	2.124-132	124 <sup>r</sup> /124 <sup>v</sup>	
VI 4b	87/88	2.132-137	123 <sup>r</sup> /123 <sup>v</sup>	
IX 2a	127/128	3.5-14	76 <sup>r</sup> /76 <sup>v</sup>	3,1-17: cfr. Coll. 16,2
IX 4b	133	3.33a-34	126 <sup>r</sup>	fol. 126 <sup>r</sup> <i>bis scriptum = semel rescriptum</i>
IX 2b	137/138	3.43-50	79 <sup>r</sup> /79 <sup>v</sup>	
X 2a	143/144	3.64-69	64 <sup>r</sup> /64 <sup>v</sup>	
X 2b	153/154	3.95-100	60 <sup>r</sup> /60 <sup>v</sup>	
XI 2a	159/160	3.117-122	115 <sup>r</sup> /115 <sup>v</sup>	
XI 2b	170	3.157-161	118 <sup>v</sup>	fol. 118 <sup>v</sup> in parte <i>ter scriptum</i> ; fol. 118 <sup>r</sup> <i>bis scriptum = semel rescriptum</i>
XIII 2a	191/192	4.12-15	78 <sup>v</sup> /78 <sup>r</sup>	fol. 78 <i>inversum</i>
XIII 2b	199/200	4.31-35	77 <sup>v</sup> /77 <sup>r</sup>	fol. 77 <i>inversum</i>
XIV 2a	205/206	4.48-53c	66 <sup>r</sup> /66 <sup>v</sup>	
XIV 4a	209/210	4.59-60	71 <sup>r</sup> /71 <sup>v</sup>	
XIV 4b	211/212	4.60-66	68 <sup>r</sup> /68 <sup>v</sup>	
XIV 2b	215/216	4.72-74a	73 <sup>v</sup> /73 <sup>r</sup>	4.68-73: cfr. P. Oxy. 2103
XV 1a	219/220	4.80-84	125 <sup>r</sup> /125 <sup>v</sup>	
XV 1b	233/234	4.131-134	122 <sup>r</sup> /122 <sup>v</sup>	
Quinio				
XVI 4a	241/242	4.163-165	120 <sup>r</sup> /120 <sup>v</sup>	
XVI 5a	243/244	4.165-166a	81 <sup>r</sup> /81 <sup>v</sup>	fol. 81 <sup>v</sup> in parte <i>ter scriptum</i>
XVI 5b	245/246	4.166a-170	74 <sup>r</sup> /74 <sup>v</sup>	
XVI 4b	247/248	4.170-177	113 <sup>r</sup> /113 <sup>v</sup>	

Dall'elenco si evince che lo scriba dello strato intermedio ha impiegato un bifolio esterno (il primo del quaternione) solamente una volta (XV 1). Anche lo scriba dello strato superiore non ha impiegato alcuni bifoli esterni<sup>26</sup> (inoltre non ha impiegato un bifolio interno).<sup>27</sup> Da ciò può desumersi che i bifoli esterni non si erano conservati bene, e per questa ragione non erano riutilizzabili.

Göschen e Bekker (e in seguito Hollweg) cominciarono a leggere le 188 pagine rescritte una volta soltanto: il che durò più a lungo del previsto; solamente nel mese di ottobre essi cominciarono a leggere le 61 pagine rescritte due volte. Il tempo ormai stringeva. Alla fine di ottobre del 1817 Göschen e Hollweg ritornarono in Germania.<sup>28</sup>

Per la descrizione delle edizioni è utile gettare uno sguardo sul metodo seguito dagli studiosi che effettuarono questa prima trascrizione:<sup>29</sup> uno dei due leggeva le lettere della scrittura inferiore, le quali erano divenute visibili grazie ai reagenti chimici,<sup>30</sup> mentre l'altro scriveva a matita i risultati della lettura su pagine *in folio*, per la maggior parte<sup>31</sup> 6 linee su ciascuna pagina *in folio*.<sup>32</sup> In seguito le lettere venivano lette dall'altro studioso e collazionate dal primo con la trascrizione.<sup>33</sup> Se la seconda lettura coincideva con la trascrizione, questa veniva ripassata a inchiostro.<sup>34</sup> Se solo Bekker o Hollweg credevano di riconoscere una lettera, ma non Göschen, se ne prendeva nota. Una pagina – pag. 30 del testo di Gaio (Gai 1.115-118 = fol. 58<sup>r</sup>) – è stata letta solamente da Hollweg senza essere collazionata da Göschen.<sup>35</sup> Nelle pagine della trascrizione le linee che erano coperte in parte dalla scrittura superiore erano indicate con una crocetta; quelle coperte del tutto erano indicate con due crocette.<sup>36</sup> Ogni sera Göschen ricopiava in

<sup>26</sup> I mezzi bifoli Quaternio VI 1a (V pag. 80\*/80\*\*), IX 1a (pag. 126\*/126\*\*) e tutto il bifolio Quinio XVI 1a-1b (fol. de int. = pag. 235/236 e pag. 252\*/252\*\*).

<sup>27</sup> Quaternio XIII 4a (V pag. 194\*/194\*\*).

<sup>28</sup> Per la storia della scoperta e della decifrazione v. F.C. VON SAVIGNY, *Neu entdeckte Quellen*, cit., 129 ss.; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 1 ss.; J.M. COMA FORT, *Índice comentado de las colecciones de fuentes del Corpus iuris civilis*, Cizur Menor 2008, 245 ss.; M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 436 ss.; ID., *Der Gaius der Preußen*, in ZSS R.A. 128, 2011, 239 ss.; ID., *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern*, cit.; F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 19 ss., 138 ss.

<sup>29</sup> M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 249 ss.

<sup>30</sup> GOE.<sup>1</sup> XV; GOE.<sup>2</sup> XV; LA.<sup>3</sup> XIV: «gallae infusum»; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 6 nt. 14. Secondo F. BLUME, *Iter Italicum*, I, cit., 261, Göschen aveva usato anche il cosiddetto fegato di zolfo («Schwefelleber»). Sul fegato di zolfo cfr. F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, in ZRG 3, 1864, 446-460, spec. 450 (451) nt. 7; M. VARVARO, *Una lettera inedita di Bluhme a Göschen*, in IAH 1, 2009, 237 ss., spec. 252; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., 87 e nt. 1.

<sup>31</sup> Non sempre: la pagina *in folio* su fol. 10<sup>r</sup> = V 161 ha 12 linee; cfr. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 469 (Fig. 3).

<sup>32</sup> Bö. pag. XIV.

<sup>33</sup> M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 249.

<sup>34</sup> Per esempio fol. 2<sup>r</sup> = V pag. 39,19-24, M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 475 (Fig. 5), o fol. 10<sup>r</sup> = V pag. 161,1-12, M. VARVARO, *op. ult. cit.*, 469 (Fig. 3).

<sup>35</sup> M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 249; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, Rec. a *Gai Institutiones*, cit., 363 nt. 6. Un'immagine della prima trascrizione di Hollweg è riprodotta in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 455 (Fig. 1).

<sup>36</sup> M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 249; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., 89; Bö. pag. XIV. Poiché

bella copia (*Reinschrift*) la trascrizione dalle pagine *in folio* su pagine *in quarto*; all'inizio faceva un'imitazione precisa delle lettere onciali,<sup>37</sup> più tardi impiegò solamente caratteri corsivi<sup>38</sup> per la bella copia.<sup>39</sup> Come avvertito da Böcking,<sup>40</sup> spesso nella bella copia non si può stabilire se una lettera fosse stata vista tutta o solo in parte. La trascrizione in scrittura moderna corsiva comporta certamente un'interpretazione del testo decifrato. Le pagine *in folio* devono essere il fondamento di una nuova edizione.<sup>41</sup> Tutti i fogli, le cosiddette schede,<sup>42</sup> furono consegnate all'Accademia Prussiana delle Scienze nel novembre del 1817.

Nella realizzazione dei *Supplementa* all'apografo (*infra*, VII 1)<sup>43</sup> Studemund osservò che i fogli 92 e 93 (= V pag. 249/250 e 239/240), nel frattempo, erano stati paginati nuovamente dal prefetto della Biblioteca Capitolare, Giovan Battista Carlo Giuliani (1810-1892)<sup>44</sup> (oggi: fol. 93 e 92). Spagnolo stampò i fogli già nell'ordine corretto (fol. 93<sup>vecchio</sup> prima del fol. 92<sup>vecchio</sup>); ma la nuova paginatura non era stata effettuata sui fogli della sua edizione.<sup>45</sup>

Göschen sapeva che la trascrizione non era perfetta.<sup>46</sup> È vero che realizzò la sua prima edizione (quella del 1820) sulla base delle 'schede' del 1817,<sup>47</sup> ma fece in modo che il giurista Friedrich Bluhme (Blume, 1797-1874) operasse nuove letture negli anni 1821 e 1822, questa volta con l'aiuto della tintura giobertina.<sup>48</sup> Bluhme annotò tutto su schede che spedì

Böcking indica queste crocette come punti sopra il numero della linea (per esempio: Bö. pag. 2, *infra*, nt. 155), il suo apografo rappresenta un valore aggiunto all'apografo di Studemund.

<sup>37</sup> Esempio: M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 494 (Figura 10 = V pag. 15).

<sup>38</sup> Esempio: M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 483 (Figura 9 = V pag. 120); ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 250 (Fig. 1 = V pag. 6).

<sup>39</sup> M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 250 s.

<sup>40</sup> Bö. pag. XIV.

<sup>41</sup> M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, Rec. a *Gai Institutiones*, cit., 364; M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 256. Si veda inoltre la lettera di Hollweg a Haubold del 17.4.1818, il cui testo è parzialmente pubblicato in C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 157 nt. 51 (nella trascrizione di Vano 'ausführlichste' andrebbe però corretto con 'authentischste': cfr. M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 256).

<sup>42</sup> Secondo M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 250, Göschen indicava solo la bella copia come 'schede'. Göschen stesso comunicò (GOE.<sup>1</sup> LVI ad nt. 56; GOE.<sup>2</sup> LVI ad nt. 61; LA.<sup>3</sup> LI ad nt. 61) che egli indicava come 'schedae' l' 'exemplum nostrum'; non risulta chiaro se intendeva riferirsi solo alla bella copia o anche alle pagine *in folio*. Bö. pag. XIV ha indicato le pagine *in folio* con 'Sch.', la bella copia con 'Gö.', le schede di Bluhme con 'Bl.'.

<sup>43</sup> KR./ST.<sup>2</sup> = KR./ST.<sup>6</sup> (1912) pag. XIX e XXXIII.

<sup>44</sup> Giuliani aveva sciolto i fogli per agevolare la lettura di Studemund: cfr. A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit., 15 nt. 5. Su Giuliani v. la bibliografia citata in M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 83 nt. 5.

<sup>45</sup> L'indicazione della nuova paginatura si vede in PH. BRIGUGLIO, *Gai Codex*, cit., 245 e 247.

<sup>46</sup> STUDEMUND, *Apogr.* XII; GOE.<sup>1</sup> XVII; GOE.<sup>2</sup> XIX; LA.<sup>3</sup> XVI.

<sup>47</sup> Nel dicembre del 1820 fu posta in commercio la prima edizione di Göschen, che ancora non conteneva la *Praefatio* e gli indici (C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 185 ss., 261 nt. 105). Solamente gli esemplari messi in commercio nel 1821 ne furono provvisti, pur continuando a indicare il 1820 come data di edizione sul frontespizio (C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, cit., 186 nt. 127, così anche la mia copia). In realtà i gruppi di esemplari dell' *editio princeps* sono tre: v. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 255; ID., *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 460 ss., con altra bibliografia.

<sup>48</sup> GOE.<sup>2</sup> LXXII; LA.<sup>3</sup> LXV; Bluhme usò la tintura giobertina insieme all'infuso di noce di galla; A. SPAGNO-

in Germania e in Italia. È noto che una lettera di Bluhme contenente alcune di queste schede spedite a Gustav Hugo (1764-1844) nell'ottobre del 1822 è andata smarrita. Si è spesso ipotizzato che la lettera sia stata intercettata dalla polizia austriaca perché in essa era stata scritta la parola 'costituzione', che destava sospetti.<sup>49</sup> In ogni caso, la lettera non è risultata reperibile in una ricerca compiuta a Vienna nel 2005 nell'Archivio dello Stato austriaco.<sup>50</sup>

## II. Göschen e Lachmann

### 1. La prima edizione di Göschen

#### a. La formazione del testo

Lo stesso Göschen ha descritto nella *Praefatio* i principi seguiti per la sua edizione.<sup>51</sup>

#### (1) Disposizione del testo:

Nella sua edizione Göschen ha indicato con cifre segnate sui margini esterni delle pagine la corrispondente pagina del manoscritto (in cifre romane i fogli del codice seguiti da <sup>a</sup> o <sup>b</sup> per indicare rispettivamente il *recto* e il *verso*, e in cifre arabe la corrispondente paginazione della *Reinschrift*), e con cifre arabe sui margini interni i multipli di 4 che indicano gruppi di quattro linee di scrittura.

LO, *Gai codex rescriptus*, cit., 12 nt. 5; M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 251; ID., *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 502 nt. 230. La tintura è descritta da F. BLUME, *Iter Italicum*, IV, Berlin 1836, 188 s.; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 7 nt. 16; PH. BRIGUGLIO, *Gai Codex*, cit., 3 nt. 8; ID., *Il Codice*, cit., 198 s. nnt. 159-160; M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 86 s. nt. 3.

<sup>49</sup> Bluhme riferisce di una lettera spedita per posta a Hugo da Verona il 16.10.1822, e perduta nel trasporto, contenente copie di singole pagine del codice. Cfr. F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 447 s.: «Mich aber wird es wohl am schwersten gravirt haben, daß mein Brief an Hugo auch der griechischen Constitution gedacht hatte, mit der ich „bald fertig zu werden“ hoffte; d. h. nicht der neuen Verfassung, welche die damals um ihre Freiheit ringenden, aber in Verona noch zurückgewiesenen Griechen sich geben wollten, sondern Einer der drei Verordnungen Justinian's in griechischer Sprache, die in den Veroneser Palimpsesten des justinianischen Codex neu aufgefunden, aber schwer zu entziffern waren.» (Su queste costituzioni cfr. GOE.<sup>1</sup> LXV ss.). Cfr. anche M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, Rec. a *Gai Institutiones*, cit., 362 nt. 5 [la citazione nella nt. 5 va corretta in «Bd. 3 S. 447 fg.»]; A.F. RUDORFF, *Über die lexikalen Excerpte aus den Institutionen des Gaius*, in *Philologische und historische Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* 1865, Berlin 1866, 323 ss., spec. 338; STUD. pag. XIII; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 8; M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 507 ss.; ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 254; F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 201. Quando l'apografo di Studemund fu pubblicato nel 1874 Bluhme stesso comunicò a Krüger che la sua copia della pag. 5 di V non aveva valore ed era capitata solo per una svista in una delle sue lettere; questa copia, dunque, non era contenuta in quella lettera perduta; Kr./St.<sup>1</sup> pag. v nt. 1 = Kr./St.<sup>2</sup> pag. xx ad V pag. 5. Nelle schede di Bluhme conservate a Berlino vi sono due copie della trascrizione della pagina 5: la scheda contrassegnata con la lettera 'A', di pugno di Göschen, e la scheda contrassegnata con la lettera 'C', di pugno di Bluhme; la trascrizione di questa pagina si trova anche nella lettera autografa di Bluhme a Göschen del 1.7.1822: cfr. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 248.

<sup>50</sup> Informazione ricevuta per lettera da parte di Mag. Dr. R.-H. Gröger (8.6.2005). Cfr. U. MANTHE, *Das Fortleben des Gaius im oströmischen Reich*, in OIR 12, 2008, 23 ss., spec. 25 nt. 8.

<sup>51</sup> La dedica e la prefazione sono state ora ristampate secondo il testo della seconda edizione e tradotte in castigliano da J. LORENZO, *Prólogo a la primera y segunda edición del código veronés de Gayo*, in SCDR 19, 2006, 435 ss. – Praefatio<sup>1</sup>: 446 ss.; Praefatio<sup>2</sup>: 506 ss.

Göschen si era reso conto del fatto che i titoli (rubriche) nel codice non erano di Gaio;<sup>52</sup> naturalmente li ha stampati, indicando però nell'apparato critico il modo in cui erano scritti nel codice. La divisione in paragrafi è stata effettuata da Göschen.<sup>53</sup> I paragrafi seguiti dalla lettera «a» sono stati introdotti nella seconda edizione di Göschen.<sup>54</sup>

A mio giudizio la divisione in paragrafi in un caso non è corretta. A onta della nuova lettura di Studemund, tuttavia, essa non è stata rettificata. Göschen, infatti, ha stampato così il testo che si legge in V pag. 19,3-8 (Gai 1.70-71):<sup>55</sup>

§. 70. *Idem iuris omnino est si Latinus per errorem peregrinam, quasi Latinam aut ciuem Romanam, e lege Aelia Sentia uxorem duxerit.* §. 71. *Praeterea si ciuis Romanus, qui se credidisset Latinum, uxorem<sup>56</sup> <duxisset> Latinam, permittitur ei, filio nato, erroris causam probare, tamquam si ex lege Aelia Sentia uxorem duxisset<sup>57</sup>.*

Secondo questa lettura, la frase terminava nel § 70; sulla base delle schede di Göschen era corretto far cominciare una nuova frase, e di conseguenza un nuovo paragrafo (§ 71).

Ma secondo la lettura di Studemund ora deve leggersi:<sup>58</sup>

**70.** *Idem constitutum est, ut, si Latinus per errorem peregrinam quasi Latinam aut ciuem Romanam, e lege Aelia Sentia uxorem duxerit, 71. praeterea si ciuis Romanus, qui se credidisset Latinum esse, et ob id Latinam <uxorem duxerit>, permittitur eis filio nato erroris causam probare, tamquam e lege Aelia Sentia uxorem duxissent.*

Stando a questa lettura la frase che comincia con le parole '*idem constitutum est*' non finisce nel § 70 con il verbo *duxerit*;<sup>59</sup> per contro la proposizione subordinata introdotta da '*ut*' e dipendente da '*constitutum est*' continua nel § 71 fino a '*permittitur ... causam probare*'. Ciò risulta dalla circostanza che la frase che comincia con '*ut*' richiede un predicato (cioè: *permittitur*) e che i plurali '*eis*' e '*duxissent*' indicano due casi (*Latinus* e *ciuis Romanus*). Alla proposizione subordinata di primo grado introdotta da *ut* seguono due proposizioni subordinate di secondo grado ('*si Latinus ... uxorem duxerit*' e '*si ciuis Romanus ... <uxorem*

<sup>52</sup> GOE.<sup>1</sup> XXXIX; GOE.<sup>2</sup> XXXX; LA.<sup>3</sup> XXXIV.

<sup>53</sup> GOE.<sup>1</sup> XLI; GOE.<sup>2</sup> XXXI; LA.<sup>3</sup> XXXV. Cfr. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 494 nt. 203.

<sup>54</sup> GOE.<sup>2</sup> LXXIII; LA.<sup>3</sup> LXVI, per esempio GOE.<sup>2</sup> 53: «§. 118a.»

<sup>55</sup> GOE.<sup>1</sup> 26 s.; GOE.<sup>2</sup> 31; LA.<sup>3</sup> 32 s. Naturalmente può accadere non di rado che una divisione in paragrafi risulti scorretta, come per esempio in D. 48.5.12(11).8-9: cfr. U. MANTHE, *Papinians Liber singularis de adulteriis: Überlieferung und Authentizität*, in J.D. HARKE (a cura di), *Argumenta Papiniani*, Heidelberg 2013, 99 ss., spec. 105.

<sup>56</sup> GOE.<sup>1</sup> 27: *uxorem (duxisset)*; GOE.<sup>2</sup>, 31: *duxisset* [in luogo di '*uxorem (duxisset)*']; LA.<sup>3</sup>, 31: *duxisset*.

<sup>57</sup> *duxissent* V: BÖCKING, *Apogr.* e STUD. pag. 19,8. GOE.<sup>1</sup> ha stampato '*duxisset*', senza indicare la lezione di V.

<sup>58</sup> STUDEMUND, *Apogr.* 19,3-8; U. MANTHE, *Gaius, Institutionen*, Darmstadt 2004, 62 s., 420 ad Gai 1.70-71.

<sup>59</sup> Però così tanto DAVID-NELSON, *Komm. (infra, nt. 200)* 90 ss., quanto KR./ST.; DAVID-NELSON difendono l'espunzione dell'*ut*.

*duxerit*><sup>60</sup>). L'*ut* retto dal verbo *constituere* corrisponde all'uso della lingua classica;<sup>61</sup> l'indicativo *permittitur* non è strano in Gaio.<sup>62</sup>

## (2) Abbreviature.

Tutte le abbreviature sono state sciolte; solo i numeri sono stati conservati se scritti con cifre romane.<sup>63</sup>

Anche i prenomi sono stati sciolti. Per esempio V pag. 96,11 (Gai 2.166) 'p.titius' è stato sciolto in 'PVBLIVS TITIVS',<sup>64</sup> ma nelle note non è stato indicato che *Publius* era abbreviato nel codice e nell'elenco delle abbreviature non compare *P.* per *Publius*.

Quando abbreviature errate sono state sciolte correttamente nel testo, Göschen, purtroppo, non lo ha sempre indicato nell'apparato.<sup>65</sup>

## (3) Grammatica e ortografia.<sup>66</sup>

Se la grafia del manoscritto non corrispondeva alle norme ortografiche della scuola dell'Ottocento, ma era comunque attestata nella tradizione testuale, Göschen ha conservato la lezione del codice:<sup>67</sup> 'praegnas' e 'praegnans',<sup>68</sup> 'diminutio' e 'deminuerè'.<sup>69</sup>

La congiunzione *sed* si trova scritta nel codice anche con la grafia 'set'; Göschen ha mantenuto di volta in volta la lezione del codice. Tuttavia, poiché nel codice la variante 'sed' ricorre con maggiore frequenza rispetto a 'set', Göschen ha sciolto la sigla *s* sempre come

<sup>60</sup> Si deve valutare se il completamento del secondo 'uxorem duxerit' sia veramente necessario oppure no; la proposizione 'si ciuis Romanus' può essere anche ellittica: cfr. DAVID-NELSON, *Komm.* (*infra*, nt. 200), 91.

<sup>61</sup> R. KÜHNER-G. STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache: Satzlehre*<sup>2</sup>, Hannover 1912: *constituere* regge come *verbum sentiendi* (I, 690 s.) e come *verbum voluntatis* (I, 693) una proposizione infinitiva oggettiva; nel significato di 'decidere' regge *ut* con valore finale (II, 222). TH. BURKARD-M. SCHAUER, *Lehrbuch der lateinischen Syntax und Semantik*, Darmstadt 2000: nella latinità aurea il verbo 'constituere' nel significato di 'dichiarare decisamente' regge la proposizione infinitiva oggettiva (775, § 527,3), nel significato di 'decidere' regge *ut* con valore finale e la proposizione infinitiva oggettiva; al cambio del soggetto regge sempre *ut*. Con dubbi su Gai 1.70: J.B. HOFMANN-A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München 1965, 646, però con altri esempi dal latino tardo. Inoltre DAVID-NELSON, *Komm.* (*infra*, nt. 200), 61, all'estensione di *ut* in luogo dell'accusativo con l'infinito già a partire da Plauto.

<sup>62</sup> DAVID-NELSON, *Komm.* (*infra*, nt. 200), 21-28 e 324 con molti esempi per *ut* finale con l'indicativo in Gaio.

<sup>63</sup> GOE.<sup>1</sup> XLIX; GOE.<sup>2</sup> L; LA.<sup>3</sup> XXXV. Sull'elenco delle sigle si veda *infra*, II 1 c.

<sup>64</sup> GOE.<sup>1</sup> 128; GOE.<sup>2</sup> 152; LA.<sup>3</sup> 158.

<sup>65</sup> V pag. 90,4 (Gai 2.143) 'p̄teritus' = *p(er)teritus*: GOE.<sup>1</sup> 119, GOE.<sup>2</sup> 142 'praeteritus' senza richiamo; solo LA.<sup>3</sup> 149 nt. 13a: 'praeteritus'. Diversamente V pag. 111,7 (Gai 2.220) 'p̄cipere ei' = *p(er)cipere ei*: GOE.<sup>1</sup> 145 nt. 9, GOE.<sup>2</sup> 172 nt. 17, LA.<sup>3</sup> 180 nt. 17 'praecipere is', con richiamo (ma solo a causa della congettura *is*). L'elenco delle sigle GOE.<sup>1</sup> cxv "p" cita V pag. 90,4, ma non pag. 111,7; GOE.<sup>2</sup> 464 e LA.<sup>3</sup> 473 citano V pag. 90,4 e 111,7.

<sup>66</sup> Cfr. F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 193 ss.

<sup>67</sup> GOE.<sup>1</sup> XLIII; GOE.<sup>2</sup> XXXII; LA.<sup>3</sup> XXXVIII.

<sup>68</sup> V pag. 25,15 *praegnatem*, 25,10-11 *praegnante* (ambidue Gai 1.94), GOE.<sup>1</sup> 36. Cfr. DAVID-NELSON, *Komm.* (*infra*, nt. 200) 113 s.

<sup>69</sup> Su *deminutio* e *diminutio* cfr. DAVID-NELSON, *Komm.* (*infra*, nt. 200) 190 ss.; su *demittere* e *dimittere* cfr. DAVID-NELSON, *Komm.* 148, 167.

*sed.*<sup>70</sup> La sigla *ap* (o  $\overline{ap}$  o  $\overline{ap}$ ), invece, è stata sciolta sempre come ‘*aput*’,<sup>71</sup> perché nel codice la forma *aput* era più frequente di *apud*.<sup>72</sup> Ciò è corretto.

In altri casi egli ha provveduto a normalizzare l’ortografia.<sup>73</sup> Ciò appare meno grave nei casi in cui si legge ‘*pena*’ in luogo di ‘*poena*’, perché *e* in luogo di *oe* sicuramente non risale a Gaio, bensì allo scriba del codice; ma in tutti questi casi il lettore sarebbe grato se il dittongo *oe* della parola ‘*poena*’ fosse stampato con caratteri corsivi, come hanno fatto Krüger e Studemund.

D’altra parte vi sono casi nei quali Göschen ha normalizzato l’ortografia secondo le regole scolastiche anche se la grafia del codice potrebbe corrispondere alla scrittura originale di Gaio. È strano che Göschen abbia stampato perfino i composti di *iacere* con una doppia *i* (*abiicere* etc.).<sup>74</sup> Questo modo di procedere ha finito per coprire con un velo la base testuale dell’edizione. A dire il vero, Göschen ha indicato questi casi nella prefazione,<sup>75</sup> ma non li ha segnalati di volta in volta nei relativi passi del testo. La prefazione motiva appena le ragioni per le quali Göschen ha provveduto a normalizzare l’ortografia in questi casi, mentre non lo ha fatto nei casi sopra menzionati. Perché, per esempio, non ha ammesso ‘*adluuio*’ e ha stampato ‘*alluuio*’?<sup>76</sup> Sebbene *V* molto frequentemente presenti ‘*quicquid*’, Göschen ha provveduto a normalizzare anche ‘*quidquid*’, in quanto era convinto che lo scriba avesse sbagliato nella correzione.<sup>77</sup> Mentre ha riprodotto fedelmente tanto ‘*ercisci*’ quanto ‘*hercisci*’, Göschen ha aggiunto sistematicamente una *h* iniziale che mancava alla parola *habere*, senza indicare se il codice avesse o meno tale *h*. L’aggiunta della *h*, tuttavia, non si sottrae a obiezioni, perché la sua omissione risale allo scriba del quinto o sesto secolo che ha ricopiato il testo delle Istituzioni.

Un caso limite riguarda i pronomi *hic* e *is*: se il codice aveva solo *is*, Göschen ha stampato costantemente l’ablativo plurale secondo la norma scolastica, ossia ‘*his*’ e ‘*iis*’. Nel testo la lettera aggiunta non è stampata in corsivo e nelle note Göschen non ha indicato la modifica. Il lettore, pertanto, deve preoccuparsi di riunire faticosamente i singoli passi indicati nella nota 34 della prefazione.<sup>78</sup> Credo che questo modo di procedere sia assai infelice proprio in relazione ai pronomi, perché Göschen ha interpretato tacitamente e ha emendato senza rendere conoscibile la base testuale su cui ha effettuato la scelta.<sup>79</sup>

<sup>70</sup> *V* pag. 3,1 (Gai 1.8), GOE.<sup>1</sup> 4.

<sup>71</sup> *V* pag. 193,8 (Gai 4.15) GOE.<sup>1</sup> 261.

<sup>72</sup> GOE.<sup>1</sup> XLIII s.; GOE.<sup>2</sup> XXXIV; LA.<sup>3</sup> XXXVIII.

<sup>73</sup> GOE.<sup>1</sup> XLVI s.; GOE.<sup>2</sup> XXXVII-XXXIX; LA.<sup>3</sup> XXXI-XXXIV.

<sup>74</sup> GOE.<sup>1</sup> XLVIII; GOE.<sup>2</sup> XXXVIII s.; LA.<sup>3</sup> XXXIV (qui Lachmann non ha comunicato di aver abbandonato questa scelta ortografica), per esempio *V* pag. 79,2 (Gai 2.104) ‘*adiciunt*’: ‘*adiiciunt*’ GOE.<sup>1</sup> 105, GOE.<sup>2</sup> 125; ‘*adiciunt*’ LA.<sup>3</sup> 132.

<sup>75</sup> GOE.<sup>1</sup> XLIV-XLIX; GOE.<sup>2</sup> XXXIV-XXXIX; LA.<sup>3</sup> XXXVIII-XXXV.

<sup>76</sup> Gai 2.70: *V* pag. 70,16 e 70,17-18 ambedue le volte ‘*alluuionem*’, ma pag. 70,21 ‘*adluuionem*’; GOE.<sup>1</sup> 93 s. = GOE.<sup>2</sup> 112 ha scritto ‘*alluuionem*’ in tutti e tre i casi; LA.<sup>3</sup> nel terzo caso più correttamente ‘*adluuionem*’.

<sup>77</sup> GOE.<sup>1</sup> XLIV nt. 31; GOE.<sup>2</sup> XXXV nt. 35; LA.<sup>3</sup> XXXIX nt. 35.

<sup>78</sup> GOE.<sup>1</sup> XLV nt. 34; GOE.<sup>2</sup> XXXVI nt. 38; LA.<sup>3</sup> XXX nt. 38.

<sup>79</sup> Su *his* o *is* (nom. sing.) in Göschen cfr. O. ROSSBACH, *De Senecae*, cit., 133 nt. 67. GOE.<sup>1</sup> 24 nt. 34

Errori ortografici del copista che si risolvono in mutamenti del significato e l'errato scioglimento di sigle, ovviamente, sono stati emendati e segnalati.<sup>80</sup>

Per controllare le decisioni editoriali di Göschen si deve guardare un apografo, e naturalmente l'apografo di Böcking, che rende le schede di Göschen con un certo grado di precisione.

Riassumendo, si deve dire comunque che Göschen ha fatto quanto di meglio ci si poteva aspettare per la sua epoca, pur lasciandosi imprigionare dalle regole della grammatica scolastica. Lachmann ha migliorato molto in quest'ambito.

(4) Integrazioni del testo.<sup>81</sup>

Lì dove lo scriba ha omesso qualcosa (ossia dove mancano parole) senza che la lacuna sia visibile nel codice, Göschen ha integrato con caratteri corsivi posti fra parentesi tonde (*semicirculi*),<sup>82</sup> tanto per integrare una proposizione incompleta aggiungendo parole mancanti,<sup>83</sup> quanto sulla base di testi paralleli.<sup>84</sup>

Viceversa, lì dove lo scriba ha copiato più volte alcune parole dall'antigrafo, esse sono state riprodotte nel testo di Göschen solo una volta, dandone notizia nell'apparato superiore.<sup>85</sup>

Lì dove il codice aveva un passo visibile, ma non leggibile, Göschen ha integrato per lo più in base alla tradizione parallela dove era possibile e plausibile, racchiudendo fra due asterischi in alto (\* = *asteriscus*) le parole frutto dell'integrazione.<sup>86</sup> Inoltre ha calcolato le let-

(Gai 1.64) congetturava per 5 *stellulae*: \**is etiam*\* e richiamava come confronto I. 1.10.12, in relazione al quale alcuni manoscritti hanno '*his etiam*', cfr. E. SCHRADER, *Corpus Iuris civilis* I, Berolini 1832, 74; GOE.<sup>2</sup> 28 nt. 41 \**pater*\*; LA.<sup>3</sup> 29 nt. 41 \**his etiam*\*; corretto è (STUD. pag. 17,14) *his et*.

<sup>80</sup> Gai 3.211: V pag. 183,5-6 "re|phdicit" che GOE.<sup>1</sup> 247 correttamente scompose "re|prehenditur"; nella nota era indicata la scrittura errata del codice.

<sup>81</sup> GOE.<sup>1</sup> LI-LV; GOE.<sup>2</sup> LI-LV; LA.<sup>3</sup> XXXVII-L. Cfr. F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 195 s.

<sup>82</sup> GOE.<sup>1</sup> LIII *ad* nt. 48 = GOE.<sup>2</sup> LIII *ad* nt. 53 = LA.<sup>3</sup> XXXVIII *ad* nt. 53.

<sup>83</sup> Esempio: Gai 1.47 (GOE.<sup>1</sup> 18): «(*quod*)», omissione dallo scriba.

<sup>84</sup> Esempio: Gai 1.12 (GOE.<sup>1</sup> 4): «Rursus libertinorum (*tria sunt genera: nam aut ciues Romani, aut Latini, aut dediticiorum*) numero sunt»; perdita di una linea di scrittura a causa di omoteleuto (55 lettere, ma tenendo conto delle abbreviature – per esempio: *tria sunt genera n. a. c. r. a. latini a. dediticiorum* – 38 lettere), completato secondo Gai. ep. 1.1 pr.

<sup>85</sup> Parecchie linee due volte: Gai 4.13, V pag. 191,7-9 = 191,10-13; nell'apparato di KR./ST.<sup>1</sup> il numero delle linee è indicato in modo inesatto, per esempio KR./ST.<sup>1</sup> 145 «19 *uerba quae post erat secuntur usque ad 24 erat ... bis scripta sunt*» – si allude al '*periculosa erat*' della linea 20, non al '*cautum non erat*' della linea 19. Una volta perfino quattro volte: Gai 1.114, V pag. 29,12-18 (*quae uero alterius rei causa facit coemptionem*). A proposito di Gai 1.114 GOE.<sup>1</sup> 42 nt. 20 (= GOE.<sup>2</sup> 49 nt. 26 = LA.<sup>3</sup> 51 nt. 26) ha scritto: «Librarius, temulentus, opinor ...»; STUD. pag. XXIX *ad* nt. g, ancora più chiaramente: «Nonne multae illae uoces ad taedium usque repetitae minus olei nonnunquam quam uini a semisomnis librariis consumptum esse indicio sunt?». Analogamente già Piacentino aveva supposto che Giustiniano fosse ubriaco nella formulazione del testo di C. 2.40(41).5, Gl. *quaerere* C. 2.40(41).5.1: «3 Vel secundum Placen(tinum) biberat hic Justinianus, & non recordabatur de illis legibus.» Così in E.P.J. SPANGENBERG, *Einleitung in das Römisch-Justinianische Rechtsbuch*, Hannover 1817, 269. L'edizione di IOANNES FEHIUS, *Corpus Iuris Civilis Iustiniiani*, Lugduni 1627 (su questa edizione SPANGENBERG, 844) IV col. 496 ha 'liberat' in luogo di 'biberat', evidentemente un errore di stampa, cfr. FEHIUS, col. 496 nota marginalis b: «Vinum obliuionem parit.» Su V pag. 29,12-18: F. BRIGUGLIO, *Gai Codex*, cit., 22 nt. 56.

<sup>86</sup> GOE.<sup>1</sup> LIII *ad* nt. 49; GOE.<sup>2</sup> LIII *ad* nt. 54; LA.<sup>3</sup> XXXVIII *ad* nt. 54. Esempio: Gai 1.1 secondo D. 1.1.9 (GOE.<sup>1</sup> 1; GOE.<sup>2</sup> 1; LA.<sup>3</sup> 1).



tere mancanti del testo illeggibile postulando una lunghezza media di una linea di scrittura composta da 39 lettere<sup>87</sup> e calcolando per le abbreviature il numero delle relative lettere.<sup>88</sup>

Quando non fosse possibile integrare una lacuna del genere in modo plausibile, egli ha indicato ogni segno mancante con una stelletta posta più in basso ( = *stellula*).<sup>89</sup> Nei casi in cui non si poteva decidere il numero delle lettere in modo abbastanza preciso, Göschen ha segnalato tali lacune di estensione maggiore con linee di traverso di lunghezza differente; se la lacuna conteneva parecchie linee di scrittura, egli ha indicato il numero delle linee non leggibili nel margine interno<sup>90</sup> della pagina dell'edizione.<sup>91</sup>

Cosa bisogna intendere per una stelletta (.)? Molti suppongono che una stelletta significhi esattamente una lettera; e, in effetti, vi sono passi in cui esse ricorrono con questo valore. In V pag. 15,3 (Gai 1.55) ci sono 8 stellette, e in questo luogo Göschen<sup>92</sup> ipotizzava la presenza di 8 lettere, vale a dire «s(vel c)c(vel i)alatar(vel p)», ipotesi confermata dalla lettura di Bluhme.<sup>93</sup> Si deve concludere, dunque, che a una stelletta corrisponde una lettera?

Lo stesso Göschen ha dato l'impressione che una stelletta significhi la quantità di una lettera: «eas autem lacunas, quas sine supplementis reliqui, modo stellulis (\*), singulas litteras significantibus, modo lineolis impletas exhibui.»<sup>94</sup> Egli ha anche indicato esplicitamente che una stelletta ha lo stesso significato sia nel testo sia nelle schede citate nell'apparato critico: «... cujus apographi lacunas in annotationibus iisdem atque contextu signis descripsi».<sup>95</sup>

Infatti, una stelletta significa nel testo stampato<sup>96</sup> di Göschen – nella maggior parte dei casi<sup>97</sup> – e sempre nelle schede non una lettera, ma un tratto verticale (*hasta*), vale a dire 1 *stellula* per *i*, 2 *stellulae* per *n*, 3 *stellulae* per *m* etc. A renderlo noto fu Bethmann-Hollweg (che aveva collaborato alla redazione delle schede), ma solo nel 1866. Gli studiosi successivi, che spesso non ne erano a conoscenza, hanno integrato con un numero eccessivo di lettere.<sup>98</sup>

<sup>87</sup> GOE.<sup>1</sup> XXVI, LIV *ad* nt. 61; GOE.<sup>2</sup> XXVIII, LIV *ad* nt. 56; LA.<sup>3</sup> XXIII; XXXIX *ad* nt. 56.

<sup>88</sup> GOE.<sup>1</sup> LV; GOE.<sup>2</sup> LV; LA.<sup>3</sup> L.

<sup>89</sup> GOE.<sup>1</sup> LIII; GOE.<sup>2</sup> LIII; LA.<sup>3</sup> XXXVIII. Diversamente dagli *asterisci* le *stellulae* sono poste esattamente sulla linea, il che non è ben visibile in M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 259 nt. 44.

<sup>90</sup> Così è possibile constatare se una cifra piccola posta in alto indica il numero delle linee o un esponente di nota. Esempio: Gai 1.21 (GOE.<sup>1</sup> 8) «1-24» nel margine significa «24 linee», «9» nel testo è esponente di nota. La pagina è stata composta di nuovo secondo le schede di Bluhme in GOE.<sup>2</sup> 9; LA.<sup>3</sup> 8 s.

<sup>91</sup> GOE.<sup>1</sup> LIII; GOE.<sup>2</sup> LIV; LA.<sup>3</sup> XXXVIII-XXXIX. Per esempio: Gai 1.21 a. E. (GOE.<sup>1</sup> 8), 3.33 (GOE.<sup>1</sup> 177).

<sup>92</sup> GOE.<sup>1</sup> 21.

<sup>93</sup> GOE.<sup>2</sup> 25 *Galatarum*.

<sup>94</sup> GOE.<sup>1</sup> LIII (modo ... modo) = GOE.<sup>2</sup> LIII (hic ... hic) = LA.<sup>3</sup> XXXVIII (hic ... hic). Cfr. F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 196.

<sup>95</sup> GOE.<sup>1</sup> LVI-LVII; GOE.<sup>2</sup> LVI; LA.<sup>3</sup> LI.

<sup>96</sup> Questo risulta con chiarezza sufficiente dall'esempio seguente (Gai 4.133).

<sup>97</sup> Non sempre: Gai 1.55; cfr. *supra*, nel testo.

<sup>98</sup> M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, Rec. a *Gai Institutiones*, cit., 365: «Die Unkenntniß dieses Umstandes hat häufig spätere Bearbeiter des Textes verführt, die Lücke durch mehr als richtig ist auszufüllen.» Cfr. M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 258 s.

Studemund, almeno, ha menzionato la comunicazione di Bethmann-Hollweg in una nota del *Prooemium* del suo apografo.<sup>99</sup>

Varvaro<sup>100</sup> ha seguito scrupolosamente questa notizia di Hollweg e ha mostrato un esempio convincente di un'interpretazione errata delle stellette impiegate nell'edizione di Göschen: V pag. 233,20 *STUD.* (Gai 4.133). Nella prima edizione Göschen (Goe.<sup>1</sup> 315) ha stampato: «AGATVR\*\*\*\*\*PRAEIV» e ha rimandato<sup>101</sup> alla bella copia «*a\*1\** (pro *agat'*, ut opinor) \*\*\*\*\*d(?) – Heis. legendum existimat *si modo*) *pr\*1\**». <sup>102</sup> Bluhme ha scritto nella sua scheda «*agat*3[*r*?] ...*praeju*». <sup>103</sup> Nella seconda edizione Göschen ha emendato il testo (secondo Hollweg)<sup>104</sup> in «AGATVR, QVOD PRAEIV». In seguito Lachmann<sup>105</sup> ha congetturato «AGATVR, SI IN \*EA RE\* PRAEIV» secondo D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) '*si in ea re*'. Come dimostrato da Varvaro, l'integrazione con '*quod*' è corretta, mentre quella con '*si in ea re*' non lo è. Lachmann ha attribuito al numero delle stellette un valore non corretto;<sup>106</sup> le 8 stellette significano 4, e non 8 lettere.

È possibile che anche Böcking non fosse consapevole del significato effettivo di una stelletta, perché nella sua edizione ha seguito la congettura di Lachmann per il testo di Gai 4.133.<sup>107</sup>

## b. Note

Il testo dell'edizione di Göschen è corredato da due apparati di note. L'apparato superiore dà conto delle decisioni assunte da Göschen per la *constitutio textus* quando la lezione del codice non risultava chiara. In molti luoghi le lezioni erano citate secondo le schede<sup>108</sup> di Göschen; e precisamente le lettere onciali sono rappresentate in scrittura corsiva, le lettere illeggibili sono rappresentate da stellette (.) e le abbreviature sono sciolte. Le integrazioni del testo, inoltre, sono motivate nell'apparato superiore in base ai luoghi paralleli, indicandone eventualmente la paternità.

<sup>99</sup> *STUD.* pag. XII nt. b.

<sup>100</sup> M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 256 ss.

<sup>101</sup> GOE.<sup>1</sup> 315 s. nt. 30.

<sup>102</sup> La bella copia in M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 259 (Fig. 5). Così anche A.GU. HEFFTER, *Gaii iurisconsulti institutionum commentarius quartus*, Berolini 1827, LII, e HEFFTER, in *CIRA*<sup>1</sup> (*infra*, nt. 145) pag. 114: «AGATUR SIMODO PRAEIV». L'edizione di Heffter ha sei lettere per «\*\*\*\*\*d» di Göschen, ma certo senza motivarlo in base al numero delle lettere. *STUDEMUND*, *Apogr.* ha seguito Bluhme, la cui lettura è stata racchiusa da Studemund fra parentesi quadre: cfr. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, in *IAH* 2, 2010, 156 nt. 2.

<sup>103</sup> Bl., Scheda di V pag. 233,20, M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 464 (Fig. 2). Così anche Bö. pag. 233,20. Nella scheda di Bluhme la *r* è posta al di sopra della *s*, il che qui è reso con «s[*r*?]».

<sup>104</sup> Già GOE.<sup>1</sup> 365 *ad* §. 133 aveva rinviato a Hollweg; successivamente anche GOE.<sup>2</sup> 371 nt. 35.

<sup>105</sup> LACHMANN, ed. min., 1841 (*infra*, nt. 127), 230 = *CIRA*<sup>2</sup> 132; ed. mai., 1842 (= LA.<sup>3</sup>), 385. Nell'*editio maior* (385 nt. 35) si spiega inoltre «[Scripsi *si'n ea r*]»; Lachmann ha preso la "s", a suo parere letta con certezza, dalla scheda di Bluhme, la "i" (in *in*), a suo parere letta con certezza, dalla scheda di Göschen. La "e" dopo la "r" che manca nella nota può risalire a un errore di stampa, non menzionato da LA.<sup>3</sup> LXXVI (*Corrigenda*). M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 254 nt. 31 cita l'*editio minor* secondo il *CIRA*<sup>2</sup>.

<sup>106</sup> Così tutte le edizioni posteriori: KR./ST.<sup>1-6</sup>, HUSCHKE, *Iur. Ant.*<sup>1-5</sup>, SECKEL/KUEBLER, anche U. MANTHE, *Gaius*, cit., 392.

<sup>107</sup> BÖCKING<sup>5</sup> (*infra*, nt. 150) 330.

<sup>108</sup> Indicato come «Sched.» nell'apparato (*supra*, nt. 43).

L'apparato inferiore non solo presenta le pezze d'appoggio per le integrazioni o le emendazioni del testo, ma anche altri passi paralleli.

### c. Elenco delle sigle

L'elenco delle sigle<sup>109</sup> costituisce un eccellente lavoro di Göschen.<sup>110</sup> I *Notarum Laterculi* non erano stati ancora scritti da Mommsen.<sup>111</sup> Göschen ha dovuto ricorrere a edizioni più antiche che erano incomplete, sicché il suo lavoro deve apprezzarsi ancora di più. I miglioramenti contenuti nella seconda edizione di Göschen e nella terza di Lachmann hanno aggiunto molti dettagli (*infra*, II 2, 3).

L'apografo di Studemund ha prodotto un elenco delle sigle totalmente nuovo, migliorato in molti dettagli dai *Supplementa*. È pressoché immune da errori.<sup>112</sup>

### d. Aggiunte

Nella propria edizione Göschen stampò anche il frammento di una costituzione greca con scoli (C. 4.59.1)<sup>113</sup> tramandata dal palinsesto Veronese del Codice Giustiniano<sup>114</sup> e il frammento in materia fiscale.<sup>115</sup>

## 2. La seconda edizione di Göschen

Negli anni 1821 e 1822 Bluhme ha esaminato nuovamente il codice, realizzando schede nelle quali raccoglieva su un'unica pagina nuove letture relative a parecchie pagine del codice.<sup>116</sup>

La maniera in cui Bluhme ha lavorato è stata spesso criticata; da un lato egli ha arrecato

<sup>109</sup> GOE.<sup>1</sup> LXXV-CLVI.

<sup>110</sup> Sebbene sia riconducibile (ma assai raramente) a letture sbagliate. Così l'elenco pag. xcvi linea 2 presenta *h* per *here* e rimanda a V pag. 119,9 (Gai 2.254). Göschen aveva letto *h̄diatē* (cfr. Bö. pag. 119,9). Però in questo luogo del manoscritto si legge, come mostra chiaramente A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit., fol. 98<sup>r</sup>, *h̄reditatē*; in questo luogo, dunque, *h̄* sta solo per 'he'. Sorprendentemente STUEMUND ha ripetuto lo stesso errore, scoperto da R.G. BÖHM, *Gaiustudien*, III, Freiburg im Breisgau 1969, 6.

<sup>111</sup> TH. MOMMSEN in H. KEIL, *Grammatici Latini*, IV, Lipsiae 1864, 265 ss., 611 ss.

<sup>112</sup> STUD. pag. 87,2 e 97,12 *potē* = *potest* manca nell'indicazione dei passi in STUEMUND, *Index notarum*, cit., pag. 288,4-5. M. Varvaro mi ha dato l'informazione che nella copia personale dell'apografo di Studemund conservato nella Staatsbibliothek di Berlino, destinato a servire da base a una nuova edizione dell'apografo, vi sono varie correzioni di pugno di Studemund: alcune di esse – e non sono affatto poche – riguardano proprio l'*index notarum*.

<sup>113</sup> Letto da Bekker; GOE.<sup>1</sup> LXXI-LXXIV; non più da GOE.<sup>2</sup>, perché nel frattempo il testo era stato pubblicato da Bluhme.

<sup>114</sup> Cod. Veron. rescriptus LXII (60) = V in KRUEGER, *Codex Iust.*, ed. ster. 1963<sup>13</sup>, pag. v = LOWE, *CLA* IV nr. 513, cit. (p. 31, 40), saec. VI; GOE.<sup>1</sup> LXVII s.; GOE.<sup>2</sup> LXVI s.; LA.<sup>3</sup> LX s.; F. BLUME, *Iter Italicum*, I, cit., 262 s.; F.A. BIENER-K.W.E. HEIMBACH, *Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex*, Berlin 1833, 150; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 40.

<sup>115</sup> Cod. Veron. I (1), LOWE, *CLA* IV nr. 475 (pag. 21,37); H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 40; GOE.<sup>1</sup> 341 ss.; GOE.<sup>2</sup> 403 ss.; LA.<sup>3</sup> 417 ss.

<sup>116</sup> Esempio: la scheda di Bluhme di V pag. 223-244 una cui immagine a colori è riprodotta in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 464 (Fig. 2).

al manoscritto guasti irreparabili per l'uso della tintura giobertina,<sup>117</sup> dall'altro egli non aveva pratica nella lettura di palinsesti, e quindi le sue letture<sup>118</sup> non sarebbero affidabili. Il primo rimprovero può essere corretto: al riguardo non mi sono fatto una mia idea personale. Ma il secondo è certamente giustificato.<sup>119</sup>

Göschen ha reso nota la nuova collazione di Bluhme nella *Praefatio novae editionis*.<sup>120</sup> Egli, inoltre, ha effettuato molti cambiamenti nell'edizione, ma non sempre in modo felice: così ha eliminato dopo la citazione di Omero in Gai 1.141 le parole 'et reliqua',<sup>121</sup> perché credeva (erroneamente) che lo scriba avesse inserito le parole solo per indicare la sua omissione dei quattro versi greci (Hom., *Il.* 7.472-475). Infatti, 'et reliqua' significa che Gaio stesso aveva tralasciato altri versi di Omero. Lo stesso Gaio deve avere scritto 'et reliqua'.<sup>122</sup>

Alla fine della praefazione Göschen<sup>123</sup> ha nominato i colleghi che ringraziava per i suggerimenti ricevuti, fra cui il giovane Huschke.

L'elenco delle sigle è stato migliorato e posto alla fine del volume.<sup>124</sup>

### 3. La terza edizione di Lachmann

Nel frattempo Heffter aveva realizzato un'edizione di Gaio (*infra*, III) per il *Corpus Bon-nense* (CIRA<sup>1</sup>). La vendita del fascicolo con l'edizione di Heffter si era esaurita e Göschen fu pregato di preparare l'edizione per il *Corpus Bonnense*. Göschen, però, morì quando era giunto al testo di Gai 2.253, sicché Lachmann (1793-1851) fu incaricato di curare una nuo-

<sup>117</sup> M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Rec. di Gai Institutiones*, cit., 362; A.F. RUDORFF, *Über die lexikalen Excerpte*, cit., 339; *STUD.* pag. XIII; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 7.

<sup>118</sup> *STUD.* pag. XII lodava le schede di Göschen, Bekker e Hollweg (da *STUD.* segnalate fra parentesi tonde), ma criticava (pag. XIII) le letture di Bluhme (segnalate fra parentesi quadre). Cfr. anche H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 8; M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 258.

<sup>119</sup> M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Rec. a Gai Institutiones*, cit., 366 sulla scheda di Bluhme di V pag. 5 (*sopra*, nt. 50): «die einzelnen Buchstaben oder Zeichen scheinen mir öfter der Handschrift abgezwungen und insofern eine freiere Behandlung zuzulassen.» *STUD.* pag. 5, si è espresso in modo estremamente negativo sulla lettura di Bluhme di V pag. 5. Anche HUSCHKE<sup>4</sup> (*infra*, nt. 164) 174 s. nt. 5 e HUSCHKE<sup>5</sup> (*infra*, nt. 166) 176 nt. 5 ha citato la critica di Bethmann-Hollweg, continuando tuttavia a costituire un nuovo testo in base alle lettere scorte nel palinsesto da Bluhme (cosa che, a mio giudizio, è però ben riuscita nella sostanza). Cfr. anche DAVID-NELSON, *Text (infra*, nt. 200) 8 App. II ad § 21,3 e *supra*, nt. 50 (alla pag. 5 del V). All'epoca il giovane Bluhme, nato nel 1797, non aveva ancora maturato una grande esperienza; ma i suoi lavori posteriori sono eccellenti.

<sup>120</sup> GOE.<sup>2</sup> LXXI-LXXX; LA.<sup>3</sup> LXIV-LXXII (*Praefatio secundae editionis*).

<sup>121</sup> GOE.<sup>2</sup> LXVII, 259 nt. 17; LA.<sup>3</sup> LXVIII, 269 nt. 17.

<sup>122</sup> Cfr. H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraksobligationen*, Berlin 1999, 269; altri autori, infatti, erano soliti citare in questo contesto (compravendita e permuta) ulteriori versi di Omero, omessi consapevolmente da Gaio; perciò: 'et reliqua'. Diversamente F. BRIGUGLIO, *Gai Codex*, cit., 21 nt. 49; ID., *Il Codice*, cit., 289 nt. 74: il copista scrisse 'et reliqua' e voleva dire che ha tralasciato t u t t o il testo greco. Anche nella *Collatio* le parole 'et reliqua' indicano che l'autore della *Collatio* (e non il copista) ha omesso consapevolmente u n a p a r t e del testo dell'antigrafo: Coll. 1.3.1; 1.12; 2.2; 4.3.6; 7.3.4; 8.7.3; 9.2.3; 14.3.5.

<sup>123</sup> GOE.<sup>2</sup> LXXIX-LXXX; LA.<sup>3</sup> LXXI-LXXII.

<sup>124</sup> GOE.<sup>2</sup> 417 ss.; inoltre migliorato da LA.<sup>3</sup> 432 ss.

va edizione.<sup>125</sup> Sulla base dei lavori preparatori di Göschen e delle schede egli realizzò una nuova edizione, l'*editio minor*,<sup>126</sup> in seguito, su richiesta degli amici,<sup>127</sup> preparò l'*editio maior*, pubblicata nel 1842 al di fuori del *Corpus* di Bonn.<sup>128</sup>

Nella *Praefatio* egli ha reso note parecchie emendazioni che gli sembravano incerte e che non avevano ricevuto un'approvazione unanime da parte dei colleghi.<sup>129</sup>

Certamente in oltre cento passi ha dato notizia nelle note di proposte di emendazione poste fra parentesi quadre, segnalando con modestia che provenivano da amici;<sup>130</sup> ma parecchi sono frutti del lavoro dello stesso Lachmann. Spesso ha citato anche l'edizione critica delle Istituzioni giustiniane di Schrader (1779-1860);<sup>131</sup> nelle questioni grammaticali era di gran lunga superiore a Göschen. Le sue annotazioni sono sempre utili, sebbene qualcuna sia stata superata dalle nuove lezioni di Studemund. Vorrei richiamare l'attenzione solamente su alcune annotazioni storiche e filologiche che testimoniano il ricco sapere di Lachmann.

In Gai 1.96 egli ha effettuato un rimando a Niebuhr sul diritto di *maius Latium*.<sup>132</sup>

In V pag. 37,1 (Gai 1.134) Göschen aveva stampato 'ac intercedentes';<sup>133</sup> Lachmann<sup>134</sup> faceva presente che *ac* davanti a una vocale non si trova in altri passi del Veronese e congetturava felicemente «*et duae intercedentes*» – il che è corretto, come mostra l'apografo di Studemund: «*etduaeintcedentes*».

V pag. 89,17 (Gai 2.141) 'PDEEST': naturalmente deve essere '*prodest*',<sup>135</sup> la 'e' è di troppo. Lachmann,<sup>136</sup> tuttavia, sapeva che '*prode est*' ricorre nella lingua volgare e spiegava '*prode est*' correttamente come errore dello scriba. Infatti '*prode est*' è frequente nella tarda latinità.<sup>137</sup>

<sup>125</sup> LACHMANN, *CIRA*<sup>2</sup> pag. III\*; ed. min. pag. v. Su Lachmann e sulla sua edizione delle Istituzioni di Gaio: J.M. COMA FORT, *Índice comentado*, cit., 265 s.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 48 s.; F. BRIGUGLIO, *Il codice*, cit., 203.

<sup>126</sup> *Gaii institutionum commentarii quattuor. Ex recensione et cum commentariis* IOH. FRID. LUD. GOESCHENII. Opus Goeschenii morte interruptum absolvit CAROLUS LACHMANN, in *CIRA*<sup>2</sup>, Bonnae 1841; pubblicato separatamente: Bonnae 1841.

<sup>127</sup> LA.<sup>3</sup> LXXIII.

<sup>128</sup> = LA.<sup>3</sup>.

<sup>129</sup> Per esempio ha proposto (LA.<sup>3</sup> LXXIV) di migliorare il <*non posse*> (Gai 3.141), che era stato integrato correttamente da Göschen, per <*n(on) recte eam*>, forse non giusto: cfr. H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181*, cit., 271. Però ha colto bene altro. Riferendosi a Lachmann Mommsen espresse il seguente giudizio (che cito secondo M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 260 nt. 47): «Emendiert hat er schön, wenn er nur von der Sache etwas verstanden hätte.» («Ha emendato bene, purché capisse qualcosa della materia.»). Secondo la mia opinione Lachmann conosceva abbastanza bene il diritto romano.

<sup>130</sup> LA.<sup>3</sup> LXXIII-LXXVI.

<sup>131</sup> SCHRADER, *Corpus Iuris civilis*, cit. nt. 80.

<sup>132</sup> LA.<sup>3</sup> 45 secondo B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*<sup>2</sup>, II, Berlin 1830, 93 nt. 163 = *Römische Geschichte. Ausgabe in einem Bande*, Berlin 1853, 397 s. nt. 163. Cfr. DAVID-NELSON, *Komm.* (*infra*, nt. 200) 114.

<sup>133</sup> GOE.<sup>1</sup> 52; GOE.<sup>2</sup> 64; Bö. pag. 37,1: «*e[vel c]io.[vel i vel c]acintcedentes*».

<sup>134</sup> LA.<sup>3</sup> 67 s.

<sup>135</sup> GOE.<sup>1</sup> 119; GOE.<sup>2</sup> 142.

<sup>136</sup> LA.<sup>3</sup> 148 nt. 12.

<sup>137</sup> H.E.M. SCHUCHARDT, *Der Vokalismus des Vulgärlateins* II, Leipzig 1867, 504 s.; M. LEUMANN, *Lateinische*

In un altro luogo il lettore avrebbe desiderato un'annotazione di Lachmann: V pag. 78,5 (Gai 2.102) *dare uelletur*. Tutti gli editori avevano emendato «dare uelletur»<sup>138</sup> secondo V pag. 78,14 (Gai 2.103) – corretto per la lingua di Gaio. Ma il doppio passivo con verbi servili (*dare uelletur*, infinitivo passivo del verbo principale con passivo di *posse, quire, incipere* etc. in luogo dell'infinito passivo del verbo principale con la forma attiva del verbo servile) non è raro anche nel latino classico.<sup>139</sup> Kniep<sup>140</sup> lo ha fatto presente; a Lachmann, invece, ciò è sfuggito.

### III. Heffter

Nel 1827 August Wilhelm Heffter (1796-1880) aveva pubblicato il quarto libro di Gaio (*actiones*) corredato da annotazioni;<sup>141</sup> le sue emendazioni nei confronti di Göschen, così come le sue congetture, hanno notevole valore e dovrebbero essere considerate con attenzione ancor oggi. Faccio notare soltanto una proposta felice per l'integrazione della lacuna in V pag. 192 (Gai 4.15); si tratta dalla *legis actio sacramento in personam*, e Heffter ricostruiva arditamente le parole rituali secondo Valerio Probo e altre fonti, ma forse a ragione: «QUANDO NEGAS, SACRAMENTO QUINGENARIO TE PROVOCO, SI PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIEM.»<sup>142</sup> Almeno *captus* si legge in V pag. 192,18. Le *Observationes* al quarto libro di Heffter<sup>143</sup> spianavano la via per la comprensione del diritto processuale romano.

Per il *Corpus* di Bonn Heffter curò un'edizione completa di Gaio,<sup>144</sup> la cui vendita andò subito esaurita e fu sostituita dall'edizione di Lachmann.

### IV. I Syntagmata

Solamente di passaggio vorrei menzionare i tre libri che presentano sinotticamente le Istituzioni giainie insieme con le Istituzioni giustiniane. Nel 1829 Klenze e Böcking realizza-

*Grammatik*, München 1977, 271 (§ 261), 562 (§ 418 I B 1); J.B. HOFMANN-A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik*, cit., 217 (d), 348 (II A); P. STOTZ, *Handbuch zur lateinischen Sprache des Mittelalters* II, München 2000, 400 (VI § 113.1). Inoltre: Glossarium Abavus, ed. MOUNTFORD, *Glossaria Latina* II, Paris 1926, pag. 100 PR 100: *prode it*: [*proret*] <*prodit*>; pag. 101 PR 166: [*proret*] <*prodit*>: *prode it*; Actus Petri cum Simone 27, in *Acta apostolorum apocrypha*, a cura di R.A. LIPSIUS-M. BONNET, I, Lipsiae 1891, 74,11: *prode es*.

<sup>138</sup> GOE.<sup>1</sup> 105; GOE.<sup>2</sup> 124; LA.<sup>3</sup> 130 e gli editori successivi.

<sup>139</sup> Arcaico e arcaizzante; poi più spesso nel latino tardo. Esempi per l'infinito passivo + *potestur*: R. KÜHNER-F. HOLZWEISSIG, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache. Elementar-, Formen- und Wort-lehre*, Hannover 1912, 808; R. KÜHNER-C. STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache*, cit., I, 678; M. LEUMANN, *Lateinische Grammatik*, cit., 525 (§ 400 C 2); per l'infinito passivo + *quitur*: KÜHNER-HOLZWEISSIG, cit., 818; KÜHNER-STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache*, cit., I 678; LEUMANN 521 (§ 399 b γ); inoltre KÜHNER-STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache*, cit., I 676 s.; TH. BURKARD-M. SCHAUER, *Lehrbuch*, cit., 672 ss. (§ 476): l'infinito passivo + (pleonastico) *incipi, desini* e altro nella lingua di Cicerone. Qui starebbe bene un gaiano '*dare uelletur*'.

<sup>140</sup> F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius secundus* 2, Jena 1913, 2 nt. 4.

<sup>141</sup> A.GU. HEFFTER, *Gaii ... commentarius quartus*, cit.

<sup>142</sup> A.GU. HEFFTER, *Gaii ... commentarius quartus*, cit., VIII, secondo Val. Prob., 4.2 e Cic., *de off.* 3.17.70: *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*.

<sup>143</sup> A.GU. HEFFTER, *Gaii ... commentarius quartus*, cit., 1-118.

<sup>144</sup> Dopo l'edizione separata di Heffter, Bonnae 1830, poi in *CIRA*<sup>1</sup>, Bonnae 1835; la prefazione di Heffter nel *CIRA* risale all'edizione del 1830.

vano la prima edizione sinottica;<sup>145</sup> Gneist seguiva nel 1850,<sup>146</sup> e infine Polenaar nel 1876.<sup>147</sup> Solo Polenaar viene citato frequentemente, perché congetturava ed emendava in modo ardito.<sup>148</sup> Vi sono soltanto pochi dettagli nei quali egli ha promosso la ricerca su Gaio.

## V. Böcking

### 1. Le edizioni di Böcking

Eduard Böcking (1802-1870) pubblicò nel 1837 il Gaio senza Giustiniano<sup>149</sup> secondo il testo della seconda edizione di Göschen come un'edizione tascabile per la *iuris studiosa iuventus*. Böcking aveva visitato Verona nel 1832, ma senza leggere il palinsesto di Gaio.<sup>150</sup>

Poiché Böcking, come editore del *Corpus* di Bonn, sapeva che Lachmann aveva lavorato alla terza edizione critica dopo la morte di Göschen,<sup>151</sup> ha potuto rinunciare a quasi tutti i rimandi alle lezioni del manoscritto; nel suo apparato superiore si è occupato soltanto di una selezione di emendazioni e integrazioni. Nell'apparato inferiore, in compenso, ha presentato una ricca raccolta di luoghi paralleli. Egli è stato il primo a fornire nella prefazione informazioni sulla vita e sull'opera di Gaio; ha precisato inoltre che il nome *Gaius* è composto da tre sillabe,<sup>152</sup> il che oggi viene osservato raramente nella pronuncia. Seguirono altre tre edizioni con il testo di Lachmann; la quinta (1866) è molto migliorata rispetto alle precedenti. Le edizioni di Böcking sono molto utili grazie a una *constitutio textus* che appare ben ponderata.

### 2. L'apografo

Più importante è l'apografo di Böcking, che rende lo stato delle schede di Göschen, Hollweg e Bluhme.<sup>153</sup> Böcking ha cercato di imitare a mano nel modo più preciso possibile la scrittura inferiore del codice, specificando per ogni linea con uno o due punti se le lettere lette erano

<sup>145</sup> C.A.C. KLENZE-E. BÖCKING, *Gaii et Iustiniani Institutiones Iuris Romani*, Berolini 1829.

<sup>146</sup> R. GNEIST, *Institutionum et regularum iuris Romani syntagma*<sup>2</sup>, Lipsiae 1858, 1880.

<sup>147</sup> B.J. POLENAAR, *Syntagma institutionum novum. Gaii institutiones iuris civilis Romani*, Lugduni Bata-vorum 1876.

<sup>148</sup> KR./ST.<sup>1</sup> pag. VI nt. 1; critica pungente di Polenaar in KR./ST.<sup>1</sup> pag. IX nt. 1 = KR./ST.<sup>2</sup> pag. VII nt. 4. Delle congetture fatte nell'Ottocento al di fuori delle opere citate hanno esercitato un peso non indifferente quelle di A. VAN DER HOEVEN, *Tentamina critica in Gaium*, in ZRG 7, 1868, 257 ss., spec. 258 in relazione a Gai 3.192-193: [*linterio l linterium*] <licio l licium>. Secondo la mia opinione non è convincente: cfr. U. MANTHE-H.L.W. NELSON, *Gai Institutiones III 182-225. Die Deliktobligationen*, Berlin 2007, 154 e 287 s.

<sup>149</sup> E. BÖCKING, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>1</sup>, Bonnae 1837; *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>2</sup>, Bonnae 1841; *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>3</sup>, Bonnae 1850; *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>4</sup>, Bonnae 1855; *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>5</sup>, Bonnae 1866. Su Böcking: R. VON STINTZING, *Böcking, Eduard*, in ADB 2, Leipzig 1875, 785 ss.; F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 205.

<sup>150</sup> A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit., 14; M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 80 s. nt. 5.

<sup>151</sup> BÖCKING<sup>5</sup> III.

<sup>152</sup> BÖCKING<sup>5</sup> IV nt. 5. Göschen e Lachmann hanno adottato la grafia «Gajus» (per esempio GOE.<sup>2</sup> 25 nt. 5 = LA.<sup>3</sup> 26 nt. 5), ma cfr. F. SOMMER, *Handbuch der lateinischen Laut- und Formenlehre*<sup>2-3</sup>, Heidelberg 1914, 132, 339. Böcking, inoltre, ha segnalato che il nome *Gaius* comincia ovviamente con la lettera G, ma viene indicato con la sigla C, Quint., *inst. or.* 1.7.28.

<sup>153</sup> BÖ.: *supra*, nt. 1.

state coperte in maggiore o minore misura dalla scrittura superiore<sup>154</sup> e indicando alla fine di ogni pagina colui che aveva decifrato le lettere. L'edizione fu riprodotta litograficamente. Per comprendere le edizioni anteriori a Studemund, ma anche per la collazione con l'apografo di Studemund, l'apografo di Böcking ha gran valore, sebbene non sia sempre affidabile.<sup>155</sup>

## VI. Huschke

Philipp Eduard Huschke (1801-1886) aveva letto le bozze della seconda edizione di Göschel<sup>156</sup> quando aveva ventitré anni, facendo così il suo primo incontro con Gaio. Nel 1861, dopo molti lavori preparatori,<sup>157</sup> egli realizzò una nuova edizione nella sua collezione degli scritti dei giuristi anteriori a Giustiniano<sup>158</sup> sulla base delle edizioni di Göschel, Lachmann e Böcking. Nel testo proponeva congetture audaci; qualcosa è discutibile, ma molte congetture si sono rivelate fondate. Tutte le emendazioni risultano accuratamente motivate nelle note. Le integrazioni delle lacune di maggiore estensione sono state formulate sulla base dei luoghi paralleli (la maggior parte dell'*Epitome Gaii*). Il latino non è sempre ben riuscito, ma a mio giudizio le integrazioni sono contenutisticamente corrette. Huschke si è fondato spesso sulle lezioni di Bluhme (particolarmente nella pagina 5 di V<sup>159</sup>) stampate nella terza edizione di Lachmann, ma in modo non sempre felice. In un secondo apparato ha riunito insieme molti luoghi paralleli della letteratura latina giuridica e non giuridica, accrescendo così il valore della sua edizione.

Nella seconda e terza<sup>160</sup> edizione Huschke ha cambiato molto, dandone conto nelle relative prefazioni.<sup>161</sup> Con la seconda edizione della *Iurisprudentia anteiustiniana* sono stati pubblicati ampi *Indices personarum, geographicus, fontium, rerum et verborum memorabilium* (inoltre *Emendanda vel Supplenda*),<sup>162</sup> che ancora oggi possono essere utili per il Gaio.

La quarta edizione<sup>163</sup> è stata pubblicata dopo l'apografo di Studemund e dopo la prima edizione di Krüger e Studemund; nelle parti del testo che erano state lette diversamente, l'edizione presentava un testo rivisto in base alle nuove lezioni; per questo lavoro Huschke

<sup>154</sup> *Supra*, nt. 37.

<sup>155</sup> Cfr. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, cit., 510 nt. 260, con un esempio concreto; secondo F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 206, l'apografo di Böcking non sarebbe «un esempio di precisione».

<sup>156</sup> HUSCHKE, *Iur. Ant.*<sup>5</sup> 171; cfr. GOE.<sup>2</sup> LXXIX-LXXX; LA.<sup>3</sup> LXXI-LXXII.

<sup>157</sup> Importante: PH.E. HUSCHKE, *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniß seiner Institutionen*, Leipzig 1855.

<sup>158</sup> HUSCHKE, *Iurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt*<sup>1</sup>, Lipsiae 1861, 75 ss. Su Huschke: I. LUDOLPHY, *Huschke, Eduard*, in NDB 10, Berlin 1974, 81 s.; F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 205.

<sup>159</sup> *Supra*, nt. 120.

<sup>160</sup> HUSCHKE, *Iur. Ant.*<sup>2</sup>, Lipsiae 1867, 82 ss.; *Iur. Ant.*<sup>3</sup>, Lipsiae 1874, in cui già si tiene conto di alcune singole letture di STUEMUND; HUSCHKE<sup>3</sup> pag. xv, 167.

<sup>161</sup> Riprodotto in HUSCHKE, *Iur. Ant.*<sup>5</sup>, 167 ss.

<sup>162</sup> *Huschkeii* <ad?> *Iurisprudentiam Anteiustinianam Indices*, confecit F. FABRICIUS, Lipsiae 1868, con paginazione corrispondente a quella della prima e seconda edizione. I numeri delle pagine della seconda edizione sono stati aggiunti in margine a *Iur. Ant.*<sup>3-5</sup> (*Iur. Ant.*<sup>5</sup> xv), in modo che l'indice può essere usato anche per queste edizioni.

<sup>163</sup> HUSCHKE, *Iur. Ant.*<sup>4</sup>, Lipsiae 1879, 148 ss.; separatamente già nel 1878: PH.E. HUSCHKE, *Gaii institutionum iuris civilis commentarii quattuor*<sup>3</sup>, Lipsiae 1878, la 3ª edizione separata con il testo come *Iur. Ant.*<sup>4</sup>, ma con paginazione autonoma.



ha consultato anche le sagaci osservazioni di Goudsmit<sup>164</sup> e le osservazioni eccessivamente ardite di Polenaar.

La quinta edizione, nuovamente migliorata,<sup>165</sup> rappresentò il coronamento dell'opera di tutta una vita. Nell'aprile del 1885, quando ormai aveva ottantaquattro anni di età ed erano passati ben sessantuno anni dalla sua collaborazione con Göschen, Huschke terminò la prefazione con le parole: «Itaque iam ad ultimos vitae humanae limites provectus dimitto Gaium meum et non sine magna animi mei commotione, vale ei dico ...».<sup>166</sup> Morì il 7 febbraio del 1886.

## VII. Krüger e Studemund

### 1. L'apografo e i *Supplementa*

Wilhelm Studemund (1843-1889) si trovava a Verona negli anni 1866, 1867, 1868, 1869 e 1870, e lesse nuovamente il palinsesto.<sup>167</sup> Usava solfocianato (o tiocianato) di potassio (*kalium sulphocyanatum*) con alcune gocce di acido muriatico (*acidum muriaticum*).<sup>168</sup> Il suo apografo apparve nel 1874. Il filologo fu altre due volte a Verona nel 1878 e nel 1883, migliorando parecchio numerose lezioni, stampate come *Supplementa* a partire dalla seconda edizione di Krüger e Studemund.<sup>169</sup>

Vari ricercatori hanno esaminato nuovamente singoli passi del codice di Verona; esami più estesi sono stati compiuti, per quanto mi risulta, solamente da David e Nelson negli anni 1951, 1958 e 1962 nonché da Nelson nel 1975: i risultati non si sono rivelati numerosi (come essi stessi hanno osservato),<sup>170</sup> ma sono comunque degni di nota.<sup>171</sup>

### 2. Le edizioni

La prima edizione (1877) di Paul Krüger (1840-1926) e Wilhelm Studemund<sup>172</sup> è fondata sulle nuove lezioni di Studemund e ha fornito nuovi criteri. Studemund ne ha dato conto nella prefazione. Come nell'edizione di Lachmann, tutte le lettere la cui lettura era incerta e tutte le varianti ortografiche rispetto al codice furono stampate con caratteri corsivi; il

<sup>164</sup> J.E. GOUDSMIT, *Studemund's Vergleichung der Veroneser Handschrift*, Utrecht 1875 (rist. Frankfurt am Main 1970).

<sup>165</sup> HUSCHKE, *Iur. Ant.*<sup>5</sup>, Lipsiae 1886; separatamente nel 1900, ma con la stessa paginazione.

<sup>166</sup> HUSCHKE, *Iur. Ant.*<sup>5</sup> 171.

<sup>167</sup> KR./ST.<sup>1</sup> pag. v; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 9 s., 13; F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 208 ss.

<sup>168</sup> STUD. pag. xvii; KR./ST.<sup>2</sup> pag. vi, vii ad nt. 3. F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 211. Studemund descrive nel suo *Prooemium* due diversi tipi di reagenti impiegati a seconda che si trovasse a lavorare sul lato pelo o sul lato carne dei fogli pergamenei, e quindi oltre al *kalium sulphocyanatum* con acido muriatico anche il *kalium sulphuratum*: cfr. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund e il «martire illustre della paleografia»*, cit., 297 s.

<sup>169</sup> KR./ST.<sup>2</sup> = KR./ST.<sup>6</sup> pag. xvii-xxxix.

<sup>170</sup> DAVID-NELSON, *Eine neue Gaius-Edition*, in TR 19, 1951 336 ss., spec. 336 s. nt. 4; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 19 s.

<sup>171</sup> Alcune nuove lezioni sono state registrate in H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 21 s., e altre ancora nell'apparato II di DAVID-NELSON, *Text (infra, nt. 200)*: I 21, 73, 78, 135a, 137a; cfr. U. MANTHE, *Hein L. W. Nelson (10.5.1916 – 7.1.2008)*, in ZSS R.A. 126, 2009, 642 ss., spec. 642 s. nt. 3.

<sup>172</sup> KR./ST.<sup>1</sup>: *supra*, nt. 1. Su KRUEGER/STUEMUND: F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 242 s.

lettore, in questo modo, poteva notare subito i punti in cui occorreva consultare l'apografo. L'indicazione dei luoghi paralleli è più limitata.

L'apparato critico aveva una veste moderna: per ogni linea di scrittura venivano comunicate le varianti rispetto al codice; ma lo scioglimento delle abbreviature era segnalato solo nei casi problematici allo scopo di non appesantire l'apparato critico. Solo nei casi in cui le emendazioni non fossero ovvie se ne indicava la paternità.

La seconda edizione appariva nel 1884 come primo volume della *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum*, pubblicata da Krüger, Mommsen e Studemund. Questa edizione fu perfezionata in molti casi dai *Supplementa* (*supra*, VII 1) riprodotti a stampa in questa stessa edizione e per il miglioramento del testo basato su di essi. Dalla terza alla sesta edizione non si introdusse alcuna novità sostanziale; in realtà, nella nuova composizione del testo a stampa si intrufolarono inavvertitamente nuovi errori di stampa dei quali non ci si rese conto.<sup>173</sup>

### VIII. Dubois

Nel 1881 Ernest Dubois (1837-1882) fece un'edizione<sup>174</sup> nella quale riprodusse il testo secondo la prima edizione di Krüger e Studemund, ma senza poter considerare i *Supplementa* alla seconda edizione. Dal punto di vista paleografico il suo apparato è eclettico; egli, a dire il vero, ha indicato tutte le emendazioni ritenute sostanziali e ha discusso le possibili integrazioni delle lacune, così da assicurare in modo rapido le informazioni essenziali. Nell'appendice ha fornito un elenco delle nuove letture di Studemund del 1874. Per il lavoro al testo di Gaio questa edizione non presenta novità.

### IX L'edizione facsimile di Spagnolo

Nel 1909 Antonio Spagnolo (1863-1916) ha pubblicato una edizione facsimile fotografica del codice<sup>175</sup> che non lascia a desiderare secondo lo stato tecnico dell'epoca. Ma senza dubbio mostra che l'apografo di Studemund è il migliore.<sup>176</sup> L'edizione presenta in pressoché tutte le pagine una buona immagine della distribuzione dei due o tre strati di scrittura e indica sempre con precisione i testi della scrittura intermedia e superiore, di modo che il lettore può identificare le lettere del testo di San Girolamo in singoli casi e riconoscere più facilmente le lettere del testo di Gaio. L'edizione di Spagnolo è stata sorpassata da quella di Filippo Briguglio con l'aiuto della tecnica del XXI secolo, ma non sarà dimenticata.<sup>177</sup>

<sup>173</sup> KR./ST.<sup>6</sup> pag. 157: le parole «*uerba quae post erat secuntur ...*» nell'apparato critico non appartengono a pag. 157,26, ma a pagina 158,1. Molto grave è a partire dalla 5ª edizione (KR./ST.<sup>5</sup> = KR./ST.<sup>6</sup> 182,3-4) nel testo: «*geusnus tionis ... specta sacit*» in luogo di «*genus actionis ... suspecta sit*». La decisione di porre i *Corrigenda ad Pauli sententias* (in *Collectio* II) alla fine della *Collectio* III = KR./ST.<sup>6</sup> 214 non si è rivelata felice: i miglioramenti sono stati quasi del tutto ignorati dal mondo romanistico.

<sup>174</sup> E. DUBOIS, *Institutes de Gaius d'après l'Apographum de Studemund*, Paris 1881; Rec. di J. MERKEL, in ZSS R.A. 4, 1883, 143 ss.

<sup>175</sup> A. SPAGNOLO, *Gai codex rescriptus*, cit.

<sup>176</sup> Cfr. H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 15 s.; F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 238 s.

<sup>177</sup> La riproduzione di Spagnolo conserva ancora una sua utilità: cfr. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund e il «martire illustre della paleografia»*, in SC DR 25, 2012, 289. Descrizione breve della nuova edizione facsimile di Briguglio: F. BRIGUGLIO, *Il Codice*, cit., 262 ss.; ampliamente: ID., *Gai Codex*, cit., 1 ss.

## X. Kübler

## 1. Le edizioni di Kübler

La *Iurisprudentia anteiustiniana* di Huschke, e quindi anche l'edizione delle Istituzioni di Gaio, fu continuata da Emil Seckel (1864-1924) e Bernhard Kübler (1859-1940). Questi due editori furono molto cauti nell'accettare le congetture di Huschke, dando vita così a un'edizione degna di fede. La quinta edizione separata del Gaio fu pubblicata nel 1903 e stampata testualmente nelle *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae* pubblicate nel 1906. Una sesta edizione, realizzata da Kübler nel 1927, conteneva in appendice il testo del P. Oxy. 2103, che era già stato scoperto.

## 2. L'importanza dei frammenti fiorentini (PSI 1182)

Nella settima e ultima edizione separata data alle stampe nel 1935 Kübler inserì tanto il P.Oxy. 2103 quanto i frammenti fiorentini PSI 1182. Vorrei considerare i frammenti fiorentini per fare due osservazioni.<sup>178</sup>

## a. Gaio ha realizzato due edizioni

La trattazione della *societas ercto non cito* si trova in PSI 1182 (F), ma non in V. Nelson<sup>179</sup> riconosceva che Gai 3.154a-b risale a una prima edizione delle Istituzioni, realizzata certamente dall'autore Gaio. Lo stesso Gaio ha realizzato anche la (seconda) edizione tramandata nel codice Veronese, eliminando la trattazione della *societas ercto non cito* e adattando il testo di Gai 3.154 sulla *societas* classica con un'alterazione del suo tenore letterale. Questa teoria è contestata, ma in questa sede la questione può lasciarsi aperta.

b. Gai 4.16 *ET EGO TE*

L'importanza di F per le parole della *legis actio sacramento in rem* non è stata finora riconosciuta.<sup>180</sup>

<sup>178</sup> L'edizione dei frammenti fiorentini di V. ARANGIO-RUIZ, *PSI XI*, Firenze 1935, Nr. 1182, è eccellente, ma in un luogo ha interpretato scorrettamente, influenzando la letteratura successiva: in Gai 3.154a «*unde caedere et secare et diuidere dicimus*», un utente del codice F avrebbe cancellato le parole «*et diuidere*» ponendovi sopra alcuni puntini. Arangio-Ruiz credeva che espungendo le parole cancellate il senso della frase ne risultasse migliorato (*PSI XI*, cit., 8 nt. a lin. 27: «È certo che il senso ci guadagna»). Chi ha provveduto a effettuare la cancellazione riteneva che Gaio avesse derivato etimologicamente non solo *caedere* da *ciere*, ma anche *secare* da *ciere*, e che quindi non sapesse più cosa fare con «*et diuidere*», perché il suono di *diuidere* non si accordava con quello di *ciere*. Interpretando il testo allo stesso modo, BAVIERA, FIRA III (*infra*, nt. 197), 133, in Gai 3.154a ha posto fra virgolette semplici alcune parole: '*ciere*' *autem diuidere est: unde 'caedere' et 'secare' et diuidere dicimus* (traduco: '*ciere*' significa 'dividere'; da ciò vengono le nostre parole '*caedere*' e '*secare*' e *diuidere*); KUE.<sup>7</sup> ha posto fra parentesi quadre «*[et diuidere]*», richiamandosi ad Arangio-Ruiz. A mio parere il testo deve essere inteso diversamente, e cioè: «*ciere*' *autem diuidere est: unde 'caedere' et 'secare' et diuidere dicimus*» (traduco: «'*ciere*' significa 'dividere' da dove noi diciamo '*caedere*' tanto nel senso di 'tagliare' quanto in quello di 'dividere'»). Vale a dire: solo *caedere* è derivato da *ciere*, e *secare* e *diuidere* sono entrambi significati di *caedere*; pertanto *diuidere* è corretto. Cfr. H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Inst. III 88-181*, cit., 332 ss. Sulle etimologie stoico-varroniane in Gaio v. H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Inst. III 182-225*, cit., 277.

<sup>179</sup> H.L.W. NELSON, *Die textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente*, in J.A. ANKUM ET AL. (a cura di), *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, Leiden 1968, I, 135 ss., spec. 168 ss. (173: Gaio stesso ha realizzato le due edizioni); H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 69 s.; NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181*, cit., 9 ss. Cfr. U. MANTHE, *Fortleben*, cit., 30.

<sup>180</sup> Solo U. MANTHE, *Gaius*, cit., 326.

(1) Il codice di Verona (V) presenta alla descrizione della *legis actio sacramento in rem* il testo seguente (V pag. 193,23-194,3):

V pag. 193,23-194,3:

<sup>23</sup> q(ui) prior uindicauerat dicebat

<sup>24</sup> quando tu iniuria uindicauisti

<sup>1</sup> D aeris sacramento te p(ro)uoco adu(er)sarius q(uo)q(ue) dicebat

<sup>2</sup> similit(er) et ego te scil(icet) L asses sacramenti nomina

<sup>3</sup> bant

KR./ST.<sup>1</sup> hanno costituito il testo secondo la congettura di Göschen e la lezione di Studemund come segue:<sup>181</sup>

qui prior uindicauerat, dicebat QUANDO TU INIURIA UINDICAUISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROUOCO; aduersarius quoque dicebat SIMILITER ET EGO TE; scilicet <si de re maioris quam M aeris agebatur, D, si de minoris,><sup>182</sup> L asses sacramenti nominabant.

È chiaro che fra *scilicet* e *L asses* è andato perduto qualcosa che è stato integrato da Krüger e Studemund. Nella prima edizione, inoltre, essi avevano ipotizzato che *similiter* appartenesse alla pronuncia rituale,<sup>183</sup> tornando successivamente sui propri passi (KR./ST.<sup>2</sup>, secondo Polenaar).<sup>184</sup>

(2) F ora presenta:

<sup>G133</sup> tis assibus sacramen

<sup>134</sup> to te p(ro)uoco aut si res i(n)

<sup>135</sup> fra mille asses erat q(u)i(n)

<sup>136</sup> quagenarium scil(icet) sa

<sup>137</sup> cramentum nomi

<sup>138</sup> nabant

Anche qui sembra mancare qualcosa.

(3) Kübler<sup>7</sup> 198 ha confrontato V e F e ha ricostruito così il modello comune di V e F:<sup>185</sup>

<sup>181</sup> KR./ST.<sup>1</sup> 147. GOE.<sup>1</sup> 262 nt. 33: «Equidem excidisse aliquid, locumque ita restituendum esse puto: set D. asses sacramenti nomina(bant in reb. M. aeris plurisue in minoribus L. nomina)bant.»

<sup>182</sup> Così anche KR./ST.<sup>2</sup> 159; fin da KR./ST.<sup>3</sup> 159 (= KR./ST.<sup>6</sup> 159) <si de re maioris M aeris plurisue agebatur, D, si de minoris,>.

<sup>183</sup> Come GOE.<sup>1</sup> 362 nt. 32; GOE.<sup>2</sup> 306 nt. 34; LA.<sup>3</sup> 318 nt. 34; HUSCHKE<sup>1-5</sup>.

<sup>184</sup> B.J. POLENAAR, *Syntagma*, cit., 359.

<sup>185</sup> Così anche H.L.W. NELSON, *Die textkritische Bedeutung*, cit., 151 ss.

V	F	KUEBLER
qui prior uindicauerat, dicebat: QUANDO TU INIURIA UINDICAUISTI,		qui prior uindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI,
D AERIS SACRAMENTO TE PROUOCO;	<i>quingen</i> ]TIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROUOCO;	QVINGENTIS ASSIBVS <sup>187</sup> SACRAMENTO TE PROUOCO;
aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE;	< <i>aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE;</i> >	aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE <sup>188</sup> ;
< <i>aut si res infra M asses erat,</i> >	aut si res <i>infra</i> mille asses erat,	aut si res <i>infra</i> mille asses erat,
scilicet L asses sacramenti nominabant.	<i>quinquagenarium</i> scilicet <i>sacramentum</i> nominabant.	<i>quinquagenarium</i> scilicet <i>sacramentum</i> <sup>189</sup> nominabant.

In questa ricostruzione si suppone che:

(1) le due proposizioni di V (*D AERIS SACRAMENTO TE PROUOCO*) e di F (*QUINGENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROUOCO*) corrispondano fra loro nella pronuncia della *vindicatio*;

(2) in V dopo le parole «*ET EGO TE*» sia caduto «*aut si res infra M asses erat*», mentre in F dopo la parola «*PROUOCO*» sia caduto «*aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE*», sicché nei due manoscritti, tanto in V quanto in F, sarebbero andate perdute alcune parti, fra loro differenti;

(3) le due frasi di V: *scilicet L asses sacramenti* e di F: *quinquagenarium scilicet sacramentum* corrispondano, in modo che lo scriba di F ha scelto le parole: *quinquagenarium scilicet sacramentum* (V: *scilicet L asses sacramenti*), e in modo da trasporre *scilicet* e trasformare «*L asses sacramenti*» in «*quinquagenarium sacramentum*».

La ricostruzione da me proposta è più semplice: il testo di F comincia subito dopo le parole «*ET EGO*», dunque con la pronuncia del cd. *contravindicans*, e solo in V, dopo le parole «*ET EGO TE*», è caduta la frase: *D AERIS SACRAMENTO PROUOCO; aut si res infra M asses erat*, che si è invece conservata in F: *QUINGENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROUOCO; aut si res infra mille asses erat*. In F nulla è andato perduto. I due codici si completano precisamente in questo modo:

<sup>187</sup> KUE.<sup>7</sup> 198 nt. 3: «quingentis assibus F, *qui hinc denuo incipit*. D AERIS V.»

<sup>188</sup> KUE.<sup>7</sup> 198 nt. 4: «aduersarius – EGO TE om. F.»

<sup>189</sup> KUE.<sup>7</sup> 198 nt. 5: «aut si res – sacramentum F. scilicet L asses sacramenti V.»

V	F	MANTHE <sup>190</sup>
qui prior uindicauerat, dicebat QUANDO TU INIURIA UINDICAUISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROUOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO		qui prior uindicauerat, dicebat QUANDO TU INIURIA UINDICAUISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROUOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO
TE <D AERIS SACRAMENTO PROUOCO;	quingen]TIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROUOCO;	TE D AERIS SACRAMENTO PROUOCO;
aut si res infra M asses erat,>	aut si res infra mille asses erat,	aut si res infra M asses erat,
scilicet L asses sacramenti nominabant.	quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant.	scilicet L asses sacramenti nominabant.

Come si spiegano le differenze fra V e F?

(1) F: 'QUINGENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROUOCO' non appartiene alla pronuncia del *vindicans*, ma a quella del *contravindicans*, che comincia la sua pronuncia con 'ET EGO TE' e continua con le parole 'QUINGENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROUOCO'; in questo modo si riesce a superare la sorprendente stranezza<sup>191</sup> che si avrebbe se nel rituale vi fosse una proposizione interrotta. V usava 'aes' nella pronuncia rituale arcaica (del *vindicans*), mentre F usava *asses* (*quingentis assibus*) nella pronuncia rituale arcaica (del *contravindicans*).

(2) Solo in V è stato omesso qualcosa: *D AERIS SACRAMENTO P(RO)UOCO*; *a(ut) si r(es) infra M asses erat*, in tutto (calcolando le abbreviature usuali) 40 lettere che corrispondono esattamente a una linea di scrittura del modello del copista. In F non è stato omesso niente.

(3) Nella descrizione della procedura, formulata nella lingua del tempo (*aut si res ...*), V usava le parole *scilicet quinquaginta asses sacramenti nominabant* («vale a dire nominavano 'cinquanta asses' come *sacramentum*»),<sup>192</sup> laddove 'scilicet' non separava le parole 'quinquaginta' e 'asses'. Al contrario F usava le parole 'quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant' («nominavano un contenente cinquanta – vale a dire – *sacramentum*») e separava con *scilicet* l'aggettivo<sup>193</sup> *quinquagenariam* dal sostantivo *sacramentum* al quale era correlato.

<sup>190</sup> U. MANTHE, *Gaius*, cit., 32, 432 ad Gai 4.16.

<sup>191</sup> B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 72 nt. 242, aveva già ipotizzato una formulazione più lunga della frase, per esempio: «QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI ET EGO TE ... SACRAMENTO PROUOCO»; gli era sfuggito tuttavia che la formulazione originaria era contenuta in F. Secondo M. KASER, *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in ZSS R.A. 104, 1987, 53 ss., spec. 70 s., le parole 'ET EGO TE' erano sufficienti anche senza continuazione. J. ZLINSKY, *Gedanken zur legis actio sacramento in rem*, in ZSS R.A. 106, 1989, 106 ss., spec. 130, ha ipotizzato che Gaio abbia troncato la frase dopo 'et ego te' e che *similiter* fosse sufficiente a dare un senso compiuto al periodo (500 as come *sacramentum*). Anche C.A. CANNATA, «*Qui prior uindicauerat: la posizione delle parti nella 'legis actio sacramento in rem'*», in H. ANKUM ET AL. (a cura di), *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, 83 ss. nt. 8, ha ammesso che Gaio ha abbreviato la formula con le parole 'ET EGO TE'. Cfr. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 82 nt. 4.

<sup>192</sup> *Sacramenti* è oggetto del genitivo dipendente da *nominare*; sul genitivo *sacramenti nominare* cfr. H.L.W. NELSON, *Die textkritische Bedeutung*, cit., 152; SZANTYR (*supra*, nt. 62) 71 s.: *genitivus tituli*.

<sup>193</sup> L'aggettivo denominativo *quinquagenarius* «un *sacramentum* contenente cinquanta» è formato dal numerale collettivo *quinquageni* con il significato di «50 alla volta», così come *denarius* «contenente 10 (scil. *asses*)» da *deni* con il significato di «10 alla volta»: cfr. LEUMANN (*supra*, nt. 138) 495 (§ 381 C), 299 (§ 277,2c).

Qual è il testo più antico? A mio parere, V ha migliorato il testo.

In V la pronuncia rituale del *vindicans* usa la denominazione del denaro *aes*: si può ipotizzare che il termine ‘*aes*’ fosse contenuto anche nella pronuncia del *contravindicans* omessa dallo scriba. La pronuncia rituale del *contravindicans* in F usa la denominazione del denaro ‘*asses*’; si può ipotizzare che il termine ‘*asses*’ fosse contenuto anche nella pronuncia del *vindicans* che non si è conservata in F. ‘*Aes*’ è più corretto, perché anche nel rituale della *mancipatio* ricorre ‘*aes*’, e non ‘*asses*’. Perciò credo che nella prima edizione di Gaio la parola più moderna ‘*asses*’ fosse contenuta nelle due pronunce dei vindicanti e che la parola più arcaica ‘*aes*’ risalga all’emendazione nella seconda edizione.

Nella descrizione (formulata nella lingua del tempo) della procedura relativa a oggetti di minor valore in F si legge: *mille asses e quinquagenarium sacramentum*, mentre in V si legge: *quingenta asses sacramenti*. Qui ‘*asses*’ è più corretto di ‘*aes*’, perché si tratta della determinazione del valore dell’oggetto in causa, non della citazione della pronuncia rituale. La differenza fra *quinquagenarium sacramentum* e *quingenta asses sacramenti* non è una svista imputabile allo scriba, ma un cambiamento effettuato consapevolmente dall’autore. *Quingenta asses sacramenti* («cinquanta *asses* come *sacramentum*») è più preciso di *quinquagenarium sacramentum* («un *sacramentum* contenente cinquanta»), perché *quingenta asses* continua l’espressione *mille asses* della proposizione precedente senza cambiare l’espressione. Per questa ragione credo che anche l’espressione ‘*quingenta asses*’ possa risalire a un mutamento effettuato direttamente dall’autore nella seconda edizione.

Di conseguenza, V contiene un testo più corretto di F, molto probabilmente un testo migliorato. Secondo l’opinione di Nelson e mia il testo di Gaio impiegato come modello dallo scriba del Veronese riproduce la seconda edizione realizzata ancora dallo stesso Gaio.

XI. Ventesimo secolo: Kniep, Bizoukides, de Zulueta, Baviera, Meylan, Reinach, David-Nelson-Manthe

I problemi editoriali erano stati risolti in un certo qual modo con l’edizione di Kübler. Kniep<sup>194</sup> ha seguito l’infausta teoria secondo la quale vi sarebbero state molte *Textstufen* delle Istituzioni gaiane. Il suo commentario è pieno di osservazioni preziose, ma il suo tentativo di identificare le *Textstufen* deve considerarsi fallito. Bizoukides<sup>195</sup> ha offerto un ricco materiale per la sua edizione. Quella di de Zulueta<sup>196</sup> ha un gran valore per le sue annotazioni. Baviera<sup>197</sup> ha approntato un’utile edizione ridotta, priva di apparato critico; similmente Meylan,<sup>198</sup> ma con un apparato che è frutto di una selezione. L’edizione di Reinach non è ben riuscita nella critica del testo.<sup>199</sup>

<sup>194</sup> F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius primus*, Jena 1911; *secundus* 1, Jena 1912, 2, Jena 1913; *tertius* 1, Jena 1914, 2, Jena 1917; con commentario.

<sup>195</sup> P.K. BIZOUKIDES, *Gaius*, I-II, Thessaloniki 1937-1938.

<sup>196</sup> F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, I-II, Oxford 1946-1953.

<sup>197</sup> J. BAVIERA, in *FIRA (Fontes iuris Romani anteiustiniani)*<sup>2</sup>, a cura di S. RICCOBONO ET AL. II, Florentiae 1940.

<sup>198</sup> PH. MEYLAN, in P.F. GIRARD-F. SENN, *Textes de droit romain*<sup>7</sup>, I, Paris 1967, 25 ss.

<sup>199</sup> J. REINACH, *Gaius, Institutes*, Paris 1950; cfr. M. DAVID-H.L.W. NELSON, *Eine neue Gaius-Edition*, in TR 19, 1951, 336 ss.; M. DAVID-H.L.W. NELSON, Rec. di J. REINACH, *Gaius, Institutes*, in Mnemosyne 4 5, 1952, 83 ss.

Nel 1948 Martin David e Hein L. W. Nelson (1916-2008) hanno messo mano a una nuova edizione. All'inizio si sono limitati alla *recensio* del testo e al commentario filologico; Julius Christiaan van Oven aveva intenzione di realizzare il commentario giuridico, senza purtroppo esservi riuscito. La messa a punto del commentario è durata più a lungo del previsto; il commentario ai primi due libri delle Istituzioni non è stato stampato prima del 1968.<sup>200</sup> Nelson ha pubblicato l'opera fondamentale con i risultati acquisiti fino ad allora sulla tradizione e sul testo.<sup>201</sup> Sin dal 1984 Nelson ha collaborato con l'autore di questo contributo; fino alla morte di Nelson (2008) è stato possibile portare a termine il commentario giuridico e filologico al terzo libro delle Istituzioni.<sup>202</sup> I risultati della tecnologia ora impiegata da Briguglio sul palinsesto veronese potrebbero essere utilizzati per il quarto libro.<sup>203</sup>

<sup>200</sup> M. DAVID-H.L.W. NELSON, *Gai institutionum commentarii IV, mit philologischem Kommentar. Bücher I bis II in 3 Lieferungen*, Leiden 1968. Testo e commentari sono stati pubblicati tre fascicoli alla volta: *Text* p. 1-48 (1954), 49-96 (1960), 97-150 (1968), *Kommentar* p. 1-176 (1954), 177-342 (1960), 343-442 (1968).

<sup>201</sup> H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit. Recensioni utili di D. LIEBS, in *Gnomon* 55, 1983, 113 ss., e F. WIEACKER, in *ZSS R.A.* 100, 1983, 630 ss.

<sup>202</sup> H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III, 1-87. Intestaterbfolge und sonstige Arten von Gesamtnachfolge*, Berlin 1992; Id., *Gai Institutiones III 88-181, cit.*; *Gai Institutiones III 182-225, cit.* Il libro U. MANTHE, *Gaius*, cit., è frutto di tale collaborazione.

<sup>203</sup> Informazioni sul metodo di Briguglio: A. CASTRO SÁENZ, *El Gayo veronés: nuevas perspectivas sobre un tema de siempre (Anotaciones en torno a una nueva generación de romanistas)*, in *SDHI* 79, 2013, 627 ss., spec. 645 s. Nel marzo del 2013 Filippo Briguglio mi ha comunicato gentilmente la sua nuova lettura di Gai 3.53 (STUD. pag. 139,23), dove forse non si legge (dopo *honorato*) «cre», ma piuttosto «f\*\*\*». In H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III, 1-87, cit.*, 40 e 144, si era già ipotizzato che in Gai 3.53 dovesse leggersi: *filio liberis honorato filiae patroni iura dedit*, e questa ipotesi diventa più probabile grazie alla nuova lettura.



VARIE



In data 10 febbraio 2014 a Madrid, presso la prestigiosa sede dell'Academia Matritense del Notariado, è stato conferito a Matteo Marrone, Decano del Comitato Scientifico di questa rivista e Professore Emerito dell'Università di Palermo, il prestigioso *Premio Ursicino Álvarez*.

All'onorificenza si aggiunge la meritoria iniziativa della raccolta, in un volume della *Collección Premios Ursicino Álvarez* di prossima uscita, degli articoli di questo Studioso apparsi successivamente alla pubblicazione dei due densi tomi di *Scritti giuridici* (editi a Palermo nel 2003).

Cinquantanove anni fa, nel 1955, gli *Annali del Seminario Giuridico* ospitavano la prima, corposa monografia di Matteo Marrone, '*L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*'; quindi, altre due monografie (*Actio ad exhibendum*, nel 1958; *La posizione possessoria del nudo proprietario*, nel 1961) e numerosi articoli, nell'ultimo dei quali è tracciata con sobrietà la storia della Rivista, in occasione del Centenario della stessa (2012). La Direzione rivolge le più vive felicitazioni all'Onorato ed augura agli *Annali* di potersi giovare *per multos annos* del Suo alto magistero scientifico, esemplare per sapienza ed equilibrio critico, che tanto ha contribuito alla loro prestigiosa tradizione.

G.P. - G.F.



MARIO VARVARO  
(Università di Palermo)

La revisione del palinsesto veronese  
delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme

ABSTRACT

In the light of unpublished material this paper reconstructs the history of the deciphering of Gaius' palimpsest of the Capitular Library of Verona (BCapVr, Cod. XV) by Friedrich Bluhme. It deals for the first time with other copies of Bluhme's transcriptions preserved at the Bonn University Library (ULB, S 675f; ULB, S 1440) and with their relationship to the ones at the Berlin State Library – Prussian Cultural Heritage (SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2, Fasz. 1).

PAROLE CHIAVE

*Gai Institutiones*; Friedrich Bluhme; Palimpsestforschung; BCapVr, Cod. XV (13); SBB-PK, Ms. lat. fol. 308; ULB, S 675f; ULB, S 1440.



# LA REVISIONE DEL PALINSESTO VERONESE DELLE ISTITUZIONI DI GAIO E LE SCHEDE DI BLUHME\*

SOMMARIO: 1. Premessa: circolarità ermeneutica e *constitutio textus* delle Istituzioni di Gaio. 2. I lavori di Bluhme a Verona e i reagenti chimici da lui impiegati sul palinsesto veronese. 3. I danni arrecati da Bluhme al palinsesto gaiano e i giudizi sul suo operato. 4. La questione dello smarrimento di alcune delle schede di Bluhme. 5. I lavori per la seconda edizione delle Istituzioni di Gaio. 6. Le schede di Bluhme custodite a Berlino (SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2). 7. L'acquisto delle schede di Bluhme da parte della biblioteca di Berlino. 8. Ulteriori impieghi delle schede berlinesi di Bluhme. 9. Le schede di Bluhme custodite a Bonn (ULB, S 675 f, ad Nr. 1; S 1440). 10. Conclusioni.

1. Già a partire dagli inizi dell'Ottocento è stato segnalato in filologia come l'edizione critica dei testi antichi sia caratterizzata da una sorta di circolarità del processo ermeneutico.<sup>1</sup>

\* Questo contributo è stato concepito e realizzato nell'ambito di un progetto di ricerca dedicato alla scoperta, alle prime trascrizioni e agli apografi del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio finanziato dalla *Alexander von Humboldt-Stiftung* con uno *Stipendium für erfahrene Wissenschaftler*.

Nelle trascrizioni dei documenti manoscritti il cambio di pagina è segnalato con | e il cambio di foglio con ||, seguito fra parentesi quadre dal numero del foglio (in apice), con indicazione del *recto*<sup>[r]</sup> o del *verso*<sup>[v]</sup>. Fra i segni □ □ sono racchiuse le lettere o le parole che negli autografi sono aggiunti sul rigo o sul margine del foglio. L'integrazione delle parti del testo che oggi non possono più leggersi sugli autografi perché scritte su una porzione del supporto cartaceo che risulta strappata o deteriorata è segnalata fra parentesi quadre [ ]. L'ortografia non è stata normalizzata e le abbreviature non sono state sciolte. Le sottolineature riproducono quelle presenti sugli autografi. In corsivo sono rese lettere o parole che negli originali sono in *Antiqua* anziché in *deutsche Kurrentschrift*, mentre in maiuscoletto lettere o parole che negli autografi sono in onciale. Nei testi trascritti nelle note la presenza di un capoverso nell'autografo è stata resa con il segno / .

Per la citazione delle fonti manoscritte si è fatto ricorso alle seguenti sigle:

ABBAW	Berlin, Archiv der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften
BAV	Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana
BCapVr	Verona, Biblioteca Capitolare
BCV	Vercelli, Fondazione Museo del Tesoro del Duomo e Archivio Capitolare
SBB-PK	Berlin, Staatsbibliothek zu Berlin – Preußischer Kulturbesitz
UB Marburg	Universitätsbibliothek Marburg
ULB	Universitäts- und Landesbibliothek Bonn
WLB	Stuttgart, Württembergische Landesbibliothek.

Nelle citazioni bibliografiche corsivi, maiuscoletti e spaziature riproducono quelli degli originali. Con *CLA* si indicano i *Codices Latini Antiquiores. A Palaeographical Guide to Latin Manuscripts prior to the Ninth Century* edited by E. A. Lowe, I-XI, Oxford 1934-1966; *Supplement*, Oxford 1971; con *ADB* si indica la *Allgemeine Deutsche Biographie*; con *BBKL* il *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*; con *DBI* il *Dizionario Biografico degli Italiani*; con *NDB* la *Neue Deutsche Biographie*; con *ÖBL* l'*Österreichisches Biographisches Lexikon 1815–1950*.

<sup>1</sup> L'espressione risale, come è noto, al filologo classico Friedrich Ast (1778-1841): cfr. F. Ast, *Grundli-*

Su tale circolarità non si è mancato di richiamare l'attenzione anche in relazione all'edizione delle fonti del diritto romano.<sup>2</sup> Quando il testo oggetto di ricostruzione risulti maggiormente problematico perché tramandato dalla *scriptura inferior* di un *codex rescriptus*, come nel caso del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio (BCapVr, Cod. XV),<sup>3</sup> bisogna considerare l'eventualità che nel circolo ermeneutico, con il tempo, si siano infiltrate precomprensioni, o che sul processo ecdotico gravi in qualche misura il peso di giudizi che hanno condizionato la lettura del testo di volta in volta considerato.

D'altro canto, anche le tecniche in relazione alle quali si è discusso di un 'restauro virtuale' o 'restauro digitale' di un palinsesto<sup>4</sup> non si sottraggono ai rischi cui si è accennato, sebbene vengano presentate in modo da assecondare il cosiddetto postulato dell'oggettività.<sup>5</sup> Al riguardo può essere utile far tesoro degli approfondimenti metodologici svolti in altre discipline e in un più ampio orizzonte di ricerca, i quali hanno mostrato che pure l'uso di tecnologie informatiche si risolve non già in operazioni neutre basate su una 'ottimizzazione' obiettiva delle immagini, bensì in 'letture' che – più o meno consapevolmente – tendono a incanalarsi sui binari del circolo ermeneutico.<sup>6</sup>

Né va dimenticato che, a dispetto del 'postulato dell'oggettività', anche le 'letture' compiute in questo modo risultano operate su un'immagine, ossia su un simulacro che, per

*nien der Grammatik, Hermeneutik und Kritik*, Landshut 1808, 179 s. Di un circolo ('Kreis') nel processo ermeneutico discorreva anche F.D.E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik und Kritik mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament*, Berlin 1838, spec. 33. Sul punto v. M. LONGO, *Philosophiegeschichtsschreibung nach der Aufklärung*, in A. BÜHLER (a cura di), *Unzeitgemäße Hermeneutik. Verstehen und Interpretation im Denken der Aufklärung*, Frankfurt am Main 1994, 224 ss.; M. LA MATINA, *Il testo antico*, Palermo 1994, 41; S. KLINGER, *Status und Geltungsanspruch der historisch-kritischen Methode in der theologischen Hermeneutik*, Stuttgart 2003, 112 ss., con riferimento alle osservazioni compiute sulla circolarità ermeneutica da Martin Heidegger (1889-1976) e Hans-Georg Gadamer (1900-2002) anche in relazione alle posizioni del teologo Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1768-1834) e dello storico Wilhelm Dilthey (1833-1911).

<sup>2</sup> F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte, I. Einleitung · Quellenkunde. Frühzeit und Republik*, München 1988, 113 nt. 5, con bibliografia; cfr. anche F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram, I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al testamento librato)*, Torino 2011, 74, nonché la bibliografia ivi citata nella nt. 122.

<sup>3</sup> Questo codice tramanda sotto gli scritti di san Girolamo e di altri scrittori cristiani (CLA IV 486-487) le *Institutiones* del giurista Gaio (CLA IV 488). Le convinzioni che datano la redazione del manoscritto gaiano in età sicuramente anteriore al 530 o addirittura in età pregiustiniana vanno riconsiderate di sana pianta valorizzando senza pregiudizi lo spunto fornito da S. AMMIRATI, *Per una storia del libro latino antico: osservazioni paleografiche, bibliologiche e codicologiche sui manoscritti latini di argomento legale dalle origini alla tarda antichità*, in JJP 40, 2010, 93 s. nt. 125. Per un cenno al tema, su cui è in corso un'apposita ricerca, v. intanto M. VARVARO, *Le prime trascrizioni del palinsesto di Gaio e il presunto «mistero» delle schede veronesi (BCapVr, Cod. DCCCIX)*, in IAH 6, 2014, 98 nt. 2.

<sup>4</sup> Per evitare di condurre a un '*camouflage objectivante*' del trattamento delle immagini su cui si basa l'interpretazione dei grafemi della *scriptura ima* del palinsesto veronese è opportuno parlare di 'lettura digitale' anziché di 'restauro virtuale' o 'restauro digitale'. Sul punto v. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund e il «martire illustre della paleografia»*, in SCDR 25, 2012, 288 s. nt. 20.

<sup>5</sup> Sul 'postulato dell'oggettività' può vedersi M. LA MATINA, *Notizie dalla crisi. Verso una filologia della pensosità*, in G. PICONE (a cura di), *L'antichità dopo la modernità*, Palermo 1999, 151 ss. (spec. 151 s.).

<sup>6</sup> In proposito v., nella bibliografia più recente, M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., spec. 289 s. nt. 22; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., 90 s. nt. 5.



quanto in grado di rendere alcune caratteristiche del manoscritto, non può né deve considerarsi alla stessa stregua dell'originale o, addirittura, migliore dell'originale.<sup>7</sup>

Il trattamento digitale delle immagini,<sup>8</sup> peraltro, può condurre a risultati contrastanti non solo con dati in sé oggettivi, ma anche con 'letture' precedentemente proposte da uno stesso osservatore sulla base delle medesime tecniche.<sup>9</sup>

In ogni caso, l'interpretazione di tracce di grafemi appartenenti alla *scriptura inferior* di un palinsesto che nemmeno con le più moderne tecniche si è in grado di individuare con sicurezza, e che tuttavia vengono letti in modo da risultare compatibili con proposte già formulate in passato, può costituire un esempio significativo del modo in cui si attua il processo di circolarità ermeneutica.

Alla luce di queste osservazioni è opportuno acquisire un maggior grado di consapevolezza in ordine alla ricostruzione delle vicende relative alla formazione delle varie interpretazioni che continuano a condizionare anche le più recenti proposte di ricostruzione del testo gaiano.

Fra queste interpretazioni ne vanno menzionate specialmente tre che dipendono da un esame diretto del manoscritto gaiano. La prima è quella derivante dai primi lavori di trascrizione eseguiti nel 1817 dal giurista Göschen<sup>10</sup> con l'aiuto del filologo Bekker<sup>11</sup> e in seguito con quello del giurista Bethmann-Hollweg.<sup>12</sup> Tali trascrizioni, annotate su schede

<sup>7</sup> Cfr. D. ARNOLD, *Digital Artefacts: Possibilities and Purpose*, in M. GREENGRASS-L. HUGHS (a cura di), *The Virtual Representation of the Past*, Farnham 2008, 150: «There are many potential purposes for creating and using digital representations of cultural artefacts and indeed there are many forms that such digital artefacts can take. But a digital representation of an artefact is a representation of certain relevant characteristics of the artefact. It is not the original and complete artefact, nor even a metonymy or *simulacrum* of the complete artefact. It is only a representation of some 'relevant characteristics'».

<sup>8</sup> Sull'uso della fotografia e del trattamento digitale delle immagini per la decifrazione dei *codices rescripti* v. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 285 ss., nonché la bibliografia ivi richiamata nelle ntt. 15-19.

<sup>9</sup> Una certa cautela, peraltro, è consigliata dalla circostanza che nel trattamento digitale delle immagini i risultati presentati come frutto del nuovo metodo finora applicato al palinsesto veronese, in realtà, si appoggiano a letture già suggerite o ipotizzate da altri studiosi, anche quando conducano a un'interpretazione non condivisibile (cfr. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 289 s. nt. 22; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., 90 s. nt. 5; ID., *Der 'Glücksstern' Niebuhrs und die Institutionen des Gaius. Deutsch-italienische Wissenschaftspolitik im frühen 19. Jahrhundert* (2. erweiterte Aufl.), Heidelberg 2014, spec. 133 ss.; J.M. COMA FORT, «*Ein entdecktes juristisches Ineditum*»: a propósito del descubrimiento de las *Institutiones de Gayo*, in SDHI 79, 2013, 681 ss.).

<sup>10</sup> Su Johann Friedrich Ludwig Göschen (1778-1837) v. la bibliografia da ultimo richiamata in M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 79 nt. 3, cui *adde* J.ST. PÜTTER-G.H. OESTERLEY, *Versuch einer akademischen Gelehrten-Geschichte von der Georg-Augustus-Universität zu Göttingen*, IV. Theil. *Geschichte der Universität Göttingen in dem Zeitraume vom Jahre 1820 bis zur ersten Säcularfeier der Universität im Jahre 1837. Mit 7 Kupfern*, Göttingen 1838, 276 s.

<sup>11</sup> Su Immanuel Bekker (1785-1871) v. la bibliografia citata in M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 79 nt. 4.

<sup>12</sup> Su Moritz August von Bethmann-Hollweg (1795-1877) v. la bibliografia citata in M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 79 nt. 5.

oggi custodite nella *Staatsbibliothek* di Berlino<sup>13</sup> (cd. schede di Göschen),<sup>14</sup> costituirono la base per la prima edizione del testo delle Istituzioni di Gaio, pubblicata fra il 1820 e il 1821.<sup>15</sup>

Un'altra lettura del palinsesto è quella eseguita da Bluhme<sup>16</sup> in ordine a singole parti del manoscritto, appuntata su altre schede (cd. schede di Bluhme)<sup>17</sup> impiegate per la seconda edizione data alle stampe nel 1824.<sup>18</sup>

La terza interpretazione si basa sulla collazione del palinsesto veronese compiuta dal filologo Studemund<sup>19</sup> a partire dal 1866, i cui risultati sono raccolti in un apografo pubbli-

<sup>13</sup> SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 1, Konv. 1. Si tratta di schede *in quarto* su cui sono state ricopiate in bella copia (*Reinschrift*) i risultati delle trascrizioni appuntate in un primo momento su schede *in folio*, la cosiddetta *Kladde* (o *Brouillon*), custodite insieme a quelle della *Reinschrift* in SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, all'interno di fascicoli del Konvolut 2 oggi distribuiti in parte nel Kasten 1, e in parte nel Kasten 2. Su queste schede v., per tutti, M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, in SCDR 22, 2009, 435 ss.; ID., *Der Gaius der Preußen*, in ZSS, R.A. 128, 2011, 239 ss.; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., *passim*. Per una valutazione critica dell'idea di Briguglio ([F. BRIGUGLIO,] *Gai codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis curavit Philippus Briguglio* [!], Firenze 2012, 41 ss.; ID., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna 2012, 153 ss.) secondo cui la prima trascrizione in bella copia dei lavori di decifrazione appuntati sulla *Kladde* sarebbe quella ancor oggi custodita a Verona (BCapVr, Cod. DCCCCIX), forse perché dimenticata dagli studiosi prussiani o perché da loro lasciata in dono alla Biblioteca Capitolare come segno di riconoscenza per i lavori svolti sul palinsesto di Gaio v. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 77 ss.

<sup>14</sup> Su queste schede v. H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil der Gaius-Institutionen*, Leiden 1981, 8 s.; M. VARVARO, *Una lettera inedita di Bluhme a Göschen*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano 2010, 447 s. [anche in IAH 1, 2009, 255]; ID., *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, in SCDR 22, 2009, 435 ss.; ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 239 ss.

<sup>15</sup> *Gaii Institutionum commentarii IV e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis Regiae Scientiarum academiae Borussicae nunc primum editi. Accedit fragmentum ueteris iurisconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transcriptum. Cum tabulis aereis*, Berolini 1820. Sui tre gruppi di esemplari dell'*editio princeps*, pubblicati nella capitale prussiana fra il 1820 e il 1821, v. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 399 ss. [237 ss.].

<sup>16</sup> Su Friedrich Bluhme, o Blume (1797-1874), v. la bibliografia citata da ultimo in M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 79 s. nt. 9.

<sup>17</sup> I risultati annotati sulle schede di Göschen e su quelle di Bluhme costituiscono la base dell'apografo di Böcking: v. *Gai Institutiones. Codicis Veronensis apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas compositum scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicauit Eduardus Böcking. Accesserunt Goescheni de codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de iure fisci quae supersunt*, Lipsiae 1866. Sul giudizio di Briguglio secondo cui l'apografo di Böcking conterrebbe «molti errori» e non costituirebbe «un esempio di precisione» v. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 80 s. nt. 5. Per un esempio di errore di trascrizione compiuto da Böcking, ma poi corretto da Studemund, v. *infra*, § 8, nt. 242.

<sup>18</sup> *Gaii Institutionum commentarii IV. E codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis a Frid. Bluhmio iterum collato secundum edidit Io. Frid. Lud. Goeschen. Accedit fragmentum ueteris iurisconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transcriptum*, Berolini 1824.

<sup>19</sup> Su Wilhelm Studemund (1843-1889) v. la bibliografia richiamata in M. VARVARO, *Der „Glücksstern“ Niebuhrs*, cit., 134 nt. 173.

cato a Lipsia nel 1874,<sup>20</sup> impiegato, insieme ai suoi *Supplementa*,<sup>21</sup> come base delle edizioni successive delle Istituzioni di Gaio.<sup>22</sup>

Sul valore della prima lettura della *scriptura inferior* del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio si è già avuto modo di compiere alcune riflessioni,<sup>23</sup> anche in relazione al significato assunto dalla brutta copia (*Kladde* o *Brouillon*), considerata «die erste und authentischste Quelle» per la critica testuale delle Istituzioni di Gaio.<sup>24</sup>

Alla lettura compiuta da Studemund è dedicato uno studio, ancora in cantiere,<sup>25</sup> che sulla scorta di materiale inedito mira a fornire una nuova cornice nell'ambito della quale inquadrare il modo in cui essa è stata realizzata e il valore che vi si può attribuire nella *constitutio textus* delle Istituzioni di Gaio.

La lettura del palinsesto veronese compiuta da Bluhme sarà discussa invece nelle pagine che seguono. Fra le ragioni che consigliano di dedicarvi un apposito contributo può addursi, innanzi tutto, l'opportunità di prospettare una più compiuta ricostruzione della storia delle schede in cui Bluhme annotò i risultati dei lavori svolti a Verona. Ciò consentirà non soltanto di considerare da un nuovo angolo visuale il fondamento del giudizio negativo che da tempo continua a gravare sul valore da riconoscere alle lezioni che costituiscono il frutto di tali lavori,<sup>26</sup> per tenerne conto nella ricostruzione del testo gaiano tramandato dal codice veronese,<sup>27</sup> ma anche di precisare alcuni aspetti che sono stati oggetto di fraintendimenti.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund. Accedit pagina codicis Veronensis photographice efficta*, Lipsiae 1874 (rist. Osnabrück 1965).

<sup>21</sup> Sui *Supplementa ad codicis Veronensis apographum a Studemund composita* v., nella più recente letteratura, M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 284 e ntt. 9-10.

<sup>22</sup> In argomento v. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 501 s.; ID., *Wilhelm Studemund*, cit., 283 ss.; cfr. anche ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 255.

<sup>23</sup> M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 435 ss.; ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 255 ss.; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, in IAH 2, 2010, 147 ss.; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., 77 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Bethmann-Hollweg a Haubold, Göttingen 17.4.1818, in WLB, Cod. iur. 4°, 135, II, f. 213, qui f. 213r. Sul punto v. C. VANO, «Il nostro autentico Gaio». *Strategie della Scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000, 187 s. nt. 51 [cfr. EAD., *Der Gaius der Historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht*, Frankfurt am Main 2008, 157 nt. 51]; M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 256.

<sup>25</sup> Alcuni dei risultati di questo studio, in realtà, sono già stati pubblicati (M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., *passim*) o resi noti nel corso di alcune relazioni. In particolare, la relazione intitolata «El Gayo de Studemund» si è tenuta a Madrid il 3 giugno 2011 nell'ambito di una sessione dei *XXIV Seminarios Complutenses de Derecho romano*, cui hanno partecipato come relatori anche Cristina Vano e Filippo Briguglio (cfr. J.M. COMA FORT, «Ein entdecktes juristisches Ineditum», cit., 666 s. nt. 35). L'altra relazione, intitolata «Dogmengeschichte e critica del testo», si è tenuta nell'ambito del seminario «La storia del diritto fra testi e tecniche giuridiche. I. Di fronte al testo», svoltosi a Roma il 13-14 gennaio 2012, al termine della quale si è avuto un intervento non programmato di Briguglio. In entrambe le occasioni alle relazioni, nel corso delle quali sono state mostrate le trascrizioni di documenti inediti, sono seguiti colloqui su vari temi legati al palinsesto veronese, dal suo ritrovamento alla storia delle trascrizioni e alla realizzazione dell'apografo di Studemund.

<sup>26</sup> *Infra*, nel testo, § 3.

<sup>27</sup> *Infra*, nel testo, § 10.

<sup>28</sup> *Infra*, nel testo, § 4.

Si darà conto, inoltre, di alcune copie delle schede realizzate di pugno dallo stesso Bluhme, facenti parte del suo *Nachlass* oggi conservato nella *Universitäts- und Landesbibliothek* di Bonn<sup>29</sup> (ULB, S 675f; S 1440),<sup>30</sup> di cui finora la storiografia non si è occupata. Un esame di queste copie dimenticate, peraltro, potrebbe indurre a valutare in un contesto più ampio anche le schede di Bluhme custodite nella *Staatsbibliothek* di Berlino (SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2, Fasz. 1).<sup>31</sup>

2. Le schede di Bluhme costituiscono il frutto del lavoro di collazione della *editio princeps* delle Istituzioni<sup>32</sup> condotto sul palinsesto veronese in vista della pubblicazione di una nuova edizione, sollecitata dall'editore Reimer<sup>33</sup> dopo che tutti gli esemplari della prima edizione erano stati rapidamente venduti. Poiché l'esperienza aveva insegnato a Göschen che il trascorrere del tempo aumentava la leggibilità della *scriptura inferior* grazie agli effetti della soluzione di noce di galla,<sup>34</sup> egli riteneva necessario che prima di dare alle stampe una seconda edizione delle Istituzioni si procedesse a un accurato riesame del manoscritto veronese.<sup>35</sup> Scopo della collazione affidata al giovane Bluhme era quello di colmare le lacune che non si era riusciti a leggere durante i primi lavori di trascrizione compiuti nel 1817, o di controllare

<sup>29</sup> Il *Nachlass* è costituito dai libri a stampa e documenti autografi donati dopo la morte di Bluhme dalla moglie Louise (1802-1877) e da una delle figlie, Marie von Bärensprung (1826-1907), alla biblioteca universitaria di Bonn, città nella quale Bluhme aveva trascorso gli ultimi anni della sua vita. Del *Nachlass* facevano parte, oltre alle lettere di Göschen, anche quelle di Gustav Hugo (1764-1844), Barthold Georg Niebuhr (1776-1831), Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), Jacob Grimm (1785-1863), Wilhelm Grimm (1786-1859), Carl Otfried Müller (1797-1840), Friedrich Christoph Dahlmann (1785-1860), August Biener (1787-1861), Gustav Friedrich Hänel (1792-1878), Ernst Theodor Gaupp (1796-1859), Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Clemens August Carl Klenze (1795-1838), Adolf August Friedrich Rudorff (1803-1873), Georg Heinrich Pertz (1795-1876), Moriz August von Bethmann-Hollweg e altri corrispondenti, nonché gli autografi dei suoi scritti e dei *Collegien-Hefte* e una cartella con alcuni fogli di antichi manoscritti. Sul punto v. D. STRAUCH, *Vorwort*, in *Friedrich Carl von Savigny. Briefwechsel mit Friedrich Bluhme. 1820 – 1860*, a cura di D. Strauch, Bonn 1962 [d'ora innanzi: D. STRAUCH, *Briefwechsel*], 5 (cfr. i testi dei relativi documenti pubblicati nell'*Anhang*, *ibid.*, 333 ss.). Sfortunatamente nel corso della seconda guerra mondiale alcune parti di questo *Nachlass* sono andate distrutte. In argomento v., in breve, M. HERKENHOFF, *Juristische Nachlässe in der Universitäts- und Landesbibliothek Bonn*, in BRJ, Sonderausgabe 1, 2012, 32.

<sup>30</sup> V. *infra*, nel testo, § 9.

<sup>31</sup> Si tratta di schede di vario formato, la maggior parte delle quali è *in octavo*, come quelle custodite in SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2, Fasz. 1, ff. 6-15 (mm. 194 x 125); ff. 18-19 (mm. 180 x 120); ff. 20-30 (mm. 191 x 117); f. 33 (mm. 196 x 124); vi sono poi una scheda *in octavo* di formato leggermente maggiore, che è quella del f. 31 (mm. 218 x 162), e una scheda in sedicesimo, che è quella del f. 32 (mm. 95 x 116).

<sup>32</sup> [J.F.L. GÖSCHEN,] *Gaii Institutionum Commentarii IV*, cit.

<sup>33</sup> Su Georg Andreas Reimer (1776-1842) v. F. JONAS, *Reimer, Georg Andreas*, in ADB 27, Leipzig 1888 (rist. Berlin 1970), 709 ss.; M. WOLFES, *Georg Andreas Reimer*, in BBKL 17, Herzberg 2000, coll. 1116 ss.; H.-CHR. KRAUS, *Reimer, Georg Andreas*, in NDB 21, Berlin 2003, 338 s., con ulteriore bibliografia.

<sup>34</sup> Sulla noce di galla, sulla soluzione di noce di galla e sulle modalità della sua preparazione v. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 86 s. ntt. 2-3.

<sup>35</sup> Cfr. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 425 [238].

alcuni punti del testo in cui la decifrazione della *scriptura inferior* del codice veronese era rimasta dubbia.<sup>36</sup>

Per raggiungere questo obiettivo si fece ricorso a ulteriori reagenti chimici rispetto alla soluzione di noce di galla già adoperata in precedenza sulle pagine del manoscritto. In particolare, Bluhme si servì dell'acido muriatico (HCl) e di una tintura composta da acqua, acido muriatico e prussiato di potassio,<sup>37</sup> realizzata dal chimico piemontese Giobert<sup>38</sup> su richiesta di Peyron<sup>39</sup> per far rivivere la *scriptura prior* dei palinsesti<sup>40</sup> (*remedium Giobertinum* o 'tin-

<sup>36</sup> Per la comprensione delle informazioni appuntate sulle schede di Bluhme bisogna tenere presente che il numero arabo in esse indicato, preceduto da 'p.' (ossia: 'pagina') è quello della corrispondente pagina della *Reinschrift* delle schede di Göschen, numero indicato da Göschen con cifre arabe sul margine esterno delle pagine della sua *editio princeps*, subito sopra al numero del foglio del palinsesto espresso con numeri romani seguiti dalla lettera 'a.' o dalla lettera 'b.' per riferirsi, rispettivamente, al *recto* o al *verso* di ciascun foglio del codice, eventualmente seguiti dall'abbreviazione 'b.r.' per segnalare se esso fosse *bis rescriptum*; con 'lin.' o 'l.' (ossia: 'linea'), talvolta anche con 'Z.' (ossia: 'Zeile'), Bluhme ha indicato la linea delle singole pagine del manoscritto veronese, agevolmente individuabile grazie ai numeri multipli di quattro che Göschen ha fatto stampare nei margini interni delle pagine della sua edizione; con 'N.' (ossia: 'Note'), invece, è indicata la nota dell'apparato posto a piè di pagina dell'edizione a stampa.

<sup>37</sup> La preparazione della tintura di Giobert e le modalità di impiegarla sono descritte in F. BLUME [*alias* BLUHME], *Iter italicum*, IV. *Königreich Neapel nebst Nachträgen und Registern zu allen vier Bänden und zur Bibliotheca librorum mss. Italica*, Halle 1836, 188 s.: «G i o b e r t ' s Tinctur soll nach seiner Vorschrift zusammengesetzt werden aus 6 Teilen Wasser, 1 Teil acidum muriaticum  $\frac{1}{8}$  prussiat de potasse (Kali Zooticum); allein diese Verhältnisse können nach Umständen und vorsichtiger Probe etwas verändert werden. Bei dem Gebrauche ist vor Allem jedes Reiben zu vermeiden. P e y r o n hat ganze Blätter in die Tinctur getaucht, und sie gleich darauf in Wasser gelegt; ich habe mit einem Pinsel aufgetunkt und die Stelle nach wenigen Secunden durch Aufdrücken eines Tuches getrocknet, weil die Tinctur nicht Zeit erhalten darf, das Pergament zu färben, nachdem sie in die Ueberreste der alten Schrift eingedrungen ist. Auch durch die Verbindung mit Galläpfeltinctur wird das gefährliche Färben des Pergaments erschwert; doch hüte man sich auch dann noch die Operation zu oft auf derselben Stelle zu wiederholen. Im Laufe einiger Jahre scheint freilich Alles nachzudunkeln.» Cfr. ID., *Iter italicum*, I. *Archive, Bibliotheken und Inschriften in den sardinischen und oestereichischen Provinzen*, Berlin-Stettin 1824, 261 s. Per gli effetti della tintura giobertina v. G.A. [*alias* Pater Raphael] KÖGEL, *Die chemische Behandlung der Palimpseste*, in *Studien und Mittheilungen zur Geschichte des Benediktiner-Ordens und seiner Zweige* 34 [= N.F. 3], 1913, 127 ss., spec. 134; F. ALBRECHT, *Between bone and bane: The use of chemical reagents in palimpsest research in the nineteenth century*, in *Care and Conservation of Manuscripts 13. Proceedings of the thirteenth international seminary held at the University of Copenhagen 13th-15th April 2011*, Copenhagen 2012, 156 ss.

<sup>38</sup> Su Giovanni Antonio Giobert (1761-1834), dal 1789 membro dell'Accademia delle Scienze di Torino, v. F. ABBRI, *Giobert, Giovanni Antonio*, in DBI 55, Roma 2000, 92 ss., con fonti e bibliografia.

<sup>39</sup> Su Amedeo Peyron (1785-1870) v. la bibliografia citata da A. FERRARIS, *Angelo Mai e la cultura subalpina del primo Ottocento*, in D. ROTA (a cura di), *Angelo Mai e la cultura del primo Ottocento. Atti del Convegno BERGAMO 8-9 aprile 1983*, Bergamo 1985, 109 nt. 19, cui *adde* L. PESCE, *Amedeo Peyron e i suoi corrispondenti. Da un carteggio inedito*, s.l. e s.d. (ma Treviso 1997).

<sup>40</sup> F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 261 s. Cfr. anche Bluhme a Niebuhr, Livorno 7.9.1821, in ABBAW, *Nachlass B.G. Niebuhr* 61 (Bluhme), ff. 1-2, qui f. 1r: «Es würde eine große Vermeßenheit von meiner Seite sein, Ew. Excellenz mit einem Briefe beschwerlich zu fallen, wenn es nicht auf den Wunsch des Hr<sup>a</sup> von Savigny geschähe, welcher glaubte, daß Ihnen die Nachricht einer neuen Entdeckung in Ihrem Gajus nicht unangenehm sein würde. Ich habe nämlich mit Hülfe des Giobertischen *acidum muriaticum* und *prussiatum de potasse* eine Reihe der bisherigen Lücken ganz oder zum Theil ausfüllen können, und wenn ich bedauern muß, im Ganzen bei den wichtigsten Stellen nicht am glücklichsten gewesen zu sein, so freut

tura giobertina').<sup>41</sup> Era stato proprio Peyron, conosciuto da Bluhme personalmente a Torino durante una delle prime tappe del suo viaggio in Italia nel 1821,<sup>42</sup> a consigliargli l'uso della tintura giobertina. Mentre Peyron preferiva ricorrere a tale reagente su codici non ancora trattati, in relazione ai quali la soluzione di noce di galla non dava risultati apprezzabili,<sup>43</sup> Bluhme si era reso conto che esso si rivelava efficace anche per la decifrazione di fogli pergamenei già spennellati con l'infuso di noce di galla.<sup>44</sup>

Non senza rammarico, invece, il giovane aveva potuto constatare che l'idrosolfuro di ammonio ( $\text{NH}_4\text{S}_4$ ), noto come 'fegato di zolfo' (*Schwefelleber*),<sup>45</sup> non si era rivelato di grande aiuto.<sup>46</sup> Si trattava di un sale derivato dal catione ammonio ( $\text{NH}_4^+$ ) e dall'anione idrosolfuro ( $\text{HS}^-$ ),<sup>47</sup> già impiegato a Hannover e a Wolfenbüttel per scopi medici contro la gotta. La sua

mich eine Ergänzung desto mehr, welche ich als Ausnahme von der Regel betrachten kann. In der Beilage, welche dieselbe enthält, habe ich die Uncialen und die Zeilen-Abtheilung beibehalten, damit auch das Fehlerhafte und das Unverständliche besser dargestellt werde. / Da ich in wenigen Wochen in Rom zu sein hoffe, so behalte ich mir die Ehre vor, Ihnen die übrigen Ergänzungen persönlich mitzutheilen.»

<sup>41</sup> In una serie di recenti contributi che si sono occupati del palinsesto veronese si trova impiegato più volte, accanto all'aggettivo 'giobertina' (o 'Giobertina') anche l'aggettivo 'giobertiana' (o 'Giobertiana'): v. F. BRIGUGLIO, *Le «pagine scomparse»*, in MEP 10, 2007, 146, 149 e 159; ID., *Gaius. Ricerche e nuove letture del codice veronese delle Institutiones*, Bologna 2008, 128 e 139; ID., *Le integrazioni delle lacune nei testi giuridici romani: il Gaio digitale*, in N. PALAZZOLO (a cura di), *Diritto romano e scienze antichistiche nell'era digitale. Convegno di studio. Firenze 12-13 settembre 2011 Altana di Palazzo Strozzi, Piazza Strozzi*, Torino 2012, 288 e nt. 49; 291; ID., *La 'lex Pinaria' e la nomina del giudice alla luce della nuova lettura di Gai. 4.15*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova 2012, 283 e 284; ID., *Gai codex rescriptus*, cit., 3 e nt. 8; 11. Appare preferibile, tuttavia, usare senza oscillazioni l'aggettivo 'giobertina', che, senza generare equivoci o dar luogo a possibili fraintendimenti, rinvia a Giobert anziché a Gioberti.

<sup>42</sup> Cfr. F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 262. Bluhme si era trattenuto a Torino dal 29 al 30 maggio del 1821: v. F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 75; cfr. anche Bluhme a Savigny, Turin 30.5.[1821], in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 21 ss. [Nr. 11]; Bluhme a Niebuhr, Livorno 7.9.1821, in ABBAW, Nachlass B.G. Niebuhr 61 (Bluhme), ff. 1-2, spec. f. 1.

<sup>43</sup> Si legga quanto riferito da Peyron al riguardo (*Ad fragmenta orationum Ciceronis praefatio*, in M. Tulli. *Ciceronis Orationum pro Scauro, pro Tullio, et in Clodium fragmenta inedita pro Cluentio, pro Calpio, pro Caecina etc. variantes lectiones orationem pro T. A. Milone a lacunis restitutam ex membranis palimpsestis Bibliothecae R. Taurinensis Athenaei edidit et cum Ambrosianis parium orationum fragmentis composuit Amedeus Peyron in R. Taurinensis Athenaeo ling. orient. professor, colleg. theolog. XXX vir et R. scientiarum Academiae socius. Idem praefatus est de bibliotheca Bobiensis cuius inventarium anno MCCCCLXI confectum edidit atque illustravit*, Stuttgartiae et Tubingae 1824, 3 s.); v. anche il verbale della seduta del 9.4.1820 dell'Accademia delle Scienze di Torino (per la parte trascritta in C. CIPOLLA, *Codici Bobbiesi della Biblioteca Universitaria di Torino con illustrazioni*, Milano 1907, 19).

<sup>44</sup> Cfr. F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 262: «Nach längeren vielfältigen Versuchen habe ich mich überzeugt, dass dies Mittel am besten wirkt, wenn es in sehr geringem Maasse zur Galäpfel-Auflösung hinzugethan wird.»

<sup>45</sup> Su questo reagente v. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 87 nt. 1.

<sup>46</sup> F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit.,<sup>261</sup> s. e nt. 10. Sull'efficacia del 'fegato di zolfo' nella decifrazione della *scriptura prior* dei palinsesti v. anche F. BLUHME, Rec. a F.A. EBERT, *Zur Handschriftenkunde*, in Allgemeine Literatur-Zeitung vom Jahre 1826, Zweyter Band, Nr. 116 May 1826, Halle-Leipzig 1826, col. 97; ID., *Paläographische und kritische Miscellen*, in ZRG 3, 1864, 450 s. e nt. 7.

<sup>47</sup> Sulla ricetta di questo preparato chimico e sulle modalità di impiegarlo v. G.H. PERTZ, *Italienische Reise vom November 1821 bis August 1823*, Hannover 1824, 512, il quale avvertiva che il rimedio, efficace

utilità per la lettura dei palinsesti era stata sperimentata a Gottinga dal chimico Stromeyer<sup>48</sup> soprattutto in combinazione con l'uso della soluzione di noce di galla.<sup>49</sup> Niebuhr<sup>50</sup> considerava particolarmente efficace la *Schwefelleber*, da lui adoperata al suo ritorno dalla missione diplomatica a Roma per decifrare il *Codex Sangallensis* 908.<sup>51</sup> Anche Pertz<sup>52</sup> l'avrebbe impiegata insieme alla tintura giobertina<sup>53</sup> su un foglio palinsesto acquistato a Toledo dallo storico Heine<sup>54</sup> e donato nel 1847 alla *Königliche Bibliothek* di Berlino,<sup>55</sup> che purtroppo subì

anche per le lettere vergate con inchiostro di colore rosso, era inutile ove fosse stato usato su scritture abrase. La ricetta è ripetuta con una variante relativa alla quantità della calce (una sola parte anziché le quattro suggerite da Pertz) in W. STUDEMUND, *Der Plautinische Trinummus im Codex Ambrosianus. An Herrn Geh. Rath Fr. Ritschl in Leipzig*, in *RhM* 21, 1866, 575, che ne consigliava l'impiego sulle pagine della pergamena trattate in precedenza con la soluzione di noce di galla.

<sup>48</sup> Su Friedrich Stromeyer (1776-1835) possono vedersi G. VON WILCKE, *Der Chemiker Friedrich Stromeyer, Vorfahren und Seitenverwandte*, in *Archiv für Sippenforschung* 33-34, 1969, 130 ss.; K. ARNDT-G. GOTTSCHALK-R. SMEND-R. SLENCZKA, *Göttinger Gelehrte: Die Akademie der Wissenschaften zu Göttingen in Bildnissen und Würdigungen 1751 - 2001*, Göttingen 2001, 88.

<sup>49</sup> Cfr. I. BEVILACQUA LAZISE, *Notizia d'alcuni frammenti di antica giurisprudenza romana scoperti nell'anno MDCCCXVII [!] fra i codici della Biblioteca del Capitolo canonico in Verona: con un saggio storico della Biblioteca stessa e dei principali codici in essa raccolti*, Vicenza 1817, 21. Al riguardo può ricordarsi che in un'anonima segnalazione di questa *Notizia* pubblicata nella *Biblioteca italiana* (Tomo VIII, Anno secondo. Ottobre Novembre e Dicembre 1817., Milano 1817, 503) si precisava che «prima ancora delle replicate ed esatte esperienze del prof. Stromeyer di Gottinga si conosceva l'efficacia della soluzione di noce di galla e dell'idrosolfuro d'ammoniaca per ravvivare i caratteri svaniti, ingialliti e cancellati, e che la pratica di questi reagenti era già da lunghissimo tempo in uso negli archivi d'Italia.»

<sup>50</sup> Su Niebuhr v. la bibliografia citata in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, Torino 2012, 9 s. nt. 2, cui *adde* ID., *Le ultime lettere del carteggio di Niebuhr e Mai (febbraio 1828 – gennaio 1829)*, in *MBAV* 20, 2014, 707 ss.

<sup>51</sup> Cfr. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit. 87 s. e ivi (88) nt. 1.

<sup>52</sup> Su Pertz v. [W.] WATTENBACH, *Pertz, Georg Heinrich*, in *ADB* 25, Leipzig 1887 (rist. Berlin 1970), 406 ss.; M. WESCHE, *Pertz, Georg Heinrich Jakob*, in *NDB* 20, Berlin 2001, 205 ss.

<sup>53</sup> L'uso dei reagenti è descritto in G.H. PERTZ, *Über ein Bruchstück des 98<sup>ten</sup> Buchs des Livius*, in *Philologische und historische Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*. Aus dem Jahre 1847, Berlin 1849, 222 s.: «Um die seit 1200 schlummernde erste Schrift wieder hervorzurufen, wählte ich unter den mir aus mancher Erfahrung als wirksam bekanntsten Stoffen das Ammonium hydro-sulphuratum und die Giobertsche Tinctur, 6 Theile Wasser, 1 Theil acidum muriaticum, Kali zooticum (prussiat de potasse). Je nach der Zusammensetzung der früher angewandten Dinten hat bald die eine bald die andere dieser Mischungen einen größeren Erfolg; ich ließ beide frisch bereiten, reinigte das Pergament mittelst kalten Wassers sorgfältig von Staub und Unreinigkeit, und da ein Versuch zeigte, daß die alte Dinte gegen Giobertsche Tinctur sehr empfindlich war, so mischte ich deren beide Bestandtheile in ungefähr gleichem Maße, befeuchtete damit das eben gereinigte noch nasse Pergament, und ließ es zwischen weißem Löschpapier gepresst zum Trocknen 48 Stunden liegen. Bei der Eröffnung zeigte sich die alte Schrift im Ganzen sehr deutlich und schön himmelblau. Das Lesen war nur dadurch erschwert, daß die Zeilen der alten Schrift von den in gleichen Richtung darüber laufenden neuen Zeilen zum Theil verdeckt, und mehrere Stelle beim Abschaben oder spätem Gebrauch verletzt waren.»

<sup>54</sup> Wilhelm Gotthold Heine (1819-1848).

<sup>55</sup> Il foglio palinsesto in questione (*CLA* VI 808-809), proveniente da un codice smembrato a Fleury tra la fine del settimo e gli inizi dell'ottavo secolo, è ancor oggi custodito nella *Staatsbibliothek* di Berlino (SBB-PK, Ms. lat. qu. 364). Esso nasconde sotto un commentario di san Girolamo risalente a un periodo

gravissimi e irrimediabili danni in seguito al trattamento cui fu sottoposto per essere decifrato.<sup>56</sup> A distanza di molti anni dai suoi lavori sul palinsesto veronese lo stesso Bluhme avrebbe ricordato che a Verona, proprio a causa dell'odore particolarmente sgradevole,<sup>57</sup> il canonico Guarienti<sup>58</sup> gli aveva vietato l'uso della *Schwefelleber* sul palinsesto delle Istituzioni di Gaio.<sup>59</sup> A differenza di quanto ritenuto da Stromeier, tuttavia, Bluhme credeva che il 'fegato di zolfo' non fosse efficace sui fogli già trattati con la soluzione di noce di galla.<sup>60</sup> Pure il 'sal d'acetosella' – ossia il binossalato di potassio ( $\text{KHC}_2\text{O}_4$ ) – non sortiva gli effetti desiderati quando fosse impiegato da solo.<sup>61</sup>

compreso fra l'ottavo e il nono secolo alcuni passi inizialmente individuati da Pertz come facenti parte del 98° libro di Livio. A un più attento esame condotto da parte di TH. BERGK, *Miscellen*, in *Zeitschrift für die Alterthumswissenschaft* 6, 1848, 880, e di L.K. ROTH, *Die von Pertz bekannt gemachten Bruchstücke eines römischen Historikers*, in *RhM*, N.F. 8, 1853, 433 ss., tuttavia, il frammento si è rivelato appartenente alle *Historiae* di Sallustio. Su di esso v. anche H. JORDAN, *Zur Topographie von Rom*, in *Hermes* 2, 1867, 81 ss.; E. HAULER, *Ein neues Palimpsestfragment zu Sallusts Historien*, in *Wiener Studien* 8, 1886, 315 ss.; H. DEGERING, *Katalog der Schausammlung der Preussischen Staatsbibliothek*, Berlin 1925, 3, Nr. 6.

<sup>56</sup> La metà inferiore della pergamena (mm. 155 x 115) presenta fori di varie dimensioni. Tanto sul *recto* quanto sul *verso* la superficie del foglio, in molti punti raggrinzita, è quasi completamente macchiata con una colorazione che va dall'azzurrognolo al blu intenso. Altri danni derivanti dall'uso dei reagenti impiegati ne hanno reso difficoltosa la decifrazione a coloro che successivamente hanno tentato una revisione della trascrizione suggerita da Pertz, come quella compiuta nel 1867 da Studemund e Heinrich Jordan (1833-1886): cfr. [H. JORDAN,] *Praefatio editionis secundae*, in *C. Sallusti Crispi Catilina, Iugurtha, historiarum reliquiae codicibus servatae. Accedunt rhetorum opuscula Sallustiana. Henricus Jordan tertium recognovit*, Berolini 1887, XII s.; E. HAULER, *Ein neues Palimpsestfragment*, cit., 317; G. PERL, *Der alte Codex der «Historiae» Sallusts*, in *Institut de Recherche et d'histoire des Textes. Bulletin* N° 15, 1967-68, 29 ss.; ID., in M. DOHNICHT-G. PERL, *Computergestützte Palimpsestforschung am Beispiel der Historiae des Sallust*, in *Das Altertum* 40, 1994, 86 ss.; R. SCHIPKE, *Die lateinischen Handschriften in quarto der Staatsbibliothek zu Berlin Preussischer Kulturbesitz, I. Ms. lat. quart. 146-406*, Wiesbaden 2007, 451.

<sup>57</sup> L'idrosolfuro di ammonio (in latino: *ammonium hydrosulphuratum*), infatti, era caratterizzato da un «odore infernale»: v. F. RITSCHL, *Ueber den Mailänder Palimpsest des Plautus: Zuschrift an Gottfried Hermann*, in *Zeitschrift für die Alterthumswissenschaft* 91, 1837, 739 [ripubblicato in *Kleine philologischen Schriften*, II. *Zu Plautus und lateinischer Sprachkunde*, Leipzig 1868, 169].

<sup>58</sup> Il conte Bartolomeo Guarienti fu bibliotecario della Capitolare fino al gennaio del 1827: cfr. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 107 nt. 2.

<sup>59</sup> F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 451 nt. 7. Cfr. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 51; ID., *Una lettera inedita*, cit., 443 [252].

<sup>60</sup> F. BLUME, Rec. a F.A. EBERT, *Zur Handschriftenkunde*, cit., col. 97: «Nur so viel kann ich verbürgern, daß die Schwefelleber nicht wohl zu brauchen ist, wenn das Pergament schon früher mit Galläpfeltinctur bestrichen wurde».

<sup>61</sup> Cfr. Bluhme a Göschen, Verona 1.7.1821, in SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2, Fasz. 1, f. 2, il cui testo è integralmente edito in M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 410 ss. [246 ss.], con riproduzione in bianco e nero della lettera. In questa trascrizione le parole 'die ich auf auf den *Codex repetitae prael*. Und' vanno corrette con 'die ich auch auf den *codex repetitae praelect*. und'; 'besser' con 'beßer'; 'noch Verona' con 'nach Verona'; 'Galläpfeltinctur' con 'Galläpfeltinctur'; 'Tinctur' con 'Tinctur'.



Durante il primo soggiorno a Verona nel 1821, durato poco più di un mese,<sup>62</sup> Bluhme si occupò non soltanto del palinsesto delle Istituzioni di Gaio, ma anche di altri manoscritti conservati nella Biblioteca Capitolare. Fra questi un codice palinsesto miscelaneo che tramandava alcuni brani di Livio,<sup>63</sup> di cui compì un inventario dei fogli e da cui trascrisse due brevi scolii in greco.<sup>64</sup> Su incarico di Schrader,<sup>65</sup> inoltre, egli aveva provveduto a collazionare insieme a Maier<sup>66</sup> alcuni fogli di un altro palinsesto<sup>67</sup> già esaminato da Bekker<sup>68</sup> che

<sup>62</sup> Il primo soggiorno a Verona, secondo quanto ricordato in F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 247, copri il periodo compreso fra il 19 giugno e il 29 luglio 1821.

<sup>63</sup> BCapVr, Cod. XL (38), ff. 267-314; 316-317; 320-321; 324; 332-333; 337; 339-340; 342 (CLA IV 499). La scrittura sottostante di questo codice composito (CLA IV 497-501) tramanda i frammenti di alcuni dei *Libri ab urbe condita* di Livio (3.6-6.7) scritti in onciale verso l'inizio del quinto secolo, e in altri fogli alcuni frammenti degli scolii a Virgilio (CLA IV 498); alcuni frammenti di un trattato filosofico (CLA IV 500); e alcuni frammenti matematici, considerati da Studemund e, sulla sua scia, anche da Theodor Mommsen (1817-1903) una libera versione dei libri XIV-XV degli *Elementa* di Euclide (CLA IV 501). Sul codice v. F. BLUME [*alias* BLUHME], *Ueber die Veroneser Bruchstücke einer Handschrift des Livius*, in RhM 2, 1828, 336 ss.; ID., *Iter italicum*, I, cit., 263; D. DETLEFSEN, *Zu Livius*, in Philologus 14, 1859, 58 ss. e 158 ss. (con l'apografo di alcuni fogli); A.W. ZUMPT, *De Livianorum librorum inscriptione et codice antiquissimo Veronensi commentatio*, Berlin 1859; I.F. FISCHER, *Der codex Veronensis der Livius*, in Hermes 3, 1869, 479 ss.; S. MARCHI (a cura di), *I Manoscritti della Biblioteca Capitolare di Verona. Catalogo descrittivo redatto da don Antonio Spagnolo*, Verona 1996, 90 ss.

<sup>64</sup> Cfr. F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 263; cfr. anche ID., *Iter italicum*, IV, cit., 189. Gli scolii in greco si trovano nei ff. 296r e 307: la trascrizione è riferita in F. BLUME, *Ueber die Veroneser Bruchstücke*, cit., 343.

<sup>65</sup> Su Heinrich Eduard Siegfried von Schrader (1779-1860) v. per tutti E. LANDSBERG, *Schrader, Heinrich Eduard Siegfried von*, in ADB 32, Leipzig 1891 (rist. Berlin 1971), 428 s.

<sup>66</sup> A Christian Johann C. Maier, giurista che aveva sostituito Walther Friedrich von Clossius (1795-1838) nel progetto di edizione del *Corpus iuris ciuilis*, Schrader aveva affidato l'incarico di collazionare i manoscritti che si trovavano in Italia, tentando poi di ricompensarlo per il lavoro facendogli ottenere il posto di *Unterbibliothekar* a Tubinga. Tale tentativo non fu coronato dal successo.

<sup>67</sup> BCapVr, Cod. LXII (60), ff. 4-81 (CLA IV 513). Su questo codice miscelaneo (mm. 350 x 275) v. I. BEVLACQUA LAZISE, *Notizia d'alcuni frammenti*, cit., 26; J.F.L. GÖSCHEN, *Praefatio*, cit., LXVII ss.; A.W. VON SCHRÖTER, *Uebersicht der vorzüglichsten seit dem Jahre 1813, besonders durch Codices rescripti neuentdeckten Stücke der griechischen und römischen Literatur*, in Hermes oder Kritisches Jahrbuch der Literatur 23-24, 1824, 312 s.; P. KRÜGER, *Kritik des Justinianischen Codex*, Berlin 1867, 7 ss.; ID., [*Praefatio*,] in *Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia edidit Paulus Krueger*, Berolini 1874, III ss.; ID., *Praefatio*, in *Codex Iustinianus recensuit Paulus Krueger*, Berolini 1877, v; E.A. LOWE, *Studia Palaeographica. A contribution to the history of early Latin minuscule and to the dating of Visigothic MSS with seven facsimiles*, München 1910, 42; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 43 s.; S. BERNARDINELLO, *I più antichi codici della legislazione di Giustiniano nell'interscambio grafico tra Bisanzio e Italia*, in *Bisanzio e l'Italia. Raccolta di studi in memoria di Agostino Pertusi*, Milano 1982, 6 ss.; S. MARCHI (a cura di), *I Manoscritti della Biblioteca Capitolare di Verona*, cit., 119 s.; F. MACINO, *Sulle tracce delle Istituzioni di Giustiniano nell'alto Medioevo. I manoscritti dal VI al XII secolo*, Città del Vaticano 2008, 20; S. AMMIRATI, *Per una storia del libro latino antico*, cit., 84 s.

Cenni al manoscritto, seppur con imprecisioni e oscillazioni nell'indicazione della segnatura, si trovano anche in F. BRIGUGLIO, *Gaius*, cit., 61: «Codex nr. 60 (LXXII)»; ID., *La paternità di Gaius in una scritta ritrovata del Codice Veronese delle Institutiones*, in MEP 11, 2008, 230 nt. 123: «Codice Nr. 60 [LXII]»; ID., *Il Codice Veronese*, cit., 294 nt. 100: «Codice Nr. 60 [LXII]»; 303 nt. 141: «Codex LII (60)».

<sup>68</sup> Che il riesame compiuto da Bluhme su questo manoscritto fosse avvenuto su incarico di Schrader è ricordato da P. KRÜGER, *Kritik des Justinianischen Codex*, cit., 7 s.; cfr. anche ID., [*Praefatio*,] in *Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia*, cit., VII.

tramandavano alcune costituzioni in greco del Codice di Giustiniano,<sup>69</sup> ottenendo risultati<sup>70</sup> che in seguito sarebbero stati tenuti presenti da Krüger<sup>71</sup> per la sua edizione del *Codex Iustinianus*.<sup>72</sup>

Alla fine di questo primo periodo trascorso nella Biblioteca Capitolare di Verona Bluhme si era limitatato ad affrontare le pagine del manoscritto gaiano che erano più facili da decifrare. Al riguardo, infatti, egli aveva notato che nei codici palinsesti il foglio presentava maggiori difficoltà di lettura sul lato carne della pergamena, che era ruvido, mentre era più facile da leggere sul lato pelo, che era liscio.<sup>73</sup> Lasciata Verona, egli scriveva a Hugo a tale proposito:

<sup>69</sup> Cfr. F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 261 ss., spec. 262 s.: «Die Blätter des justinianischen Codex hatte ich anfangs nur inventirt, und die vier darin enthaltenen griechischen Konstitutionen abzuschreiben begonnen; dann aber hat Herr Maier aus Eslingen, der schon aus dem Schraderschen Prodromus bekant ist, und auch jezo noch für die Ausgabe des Corpus Juris und andere literarische Zwecke in Italien arbeitet, sie ganz mit mir verglichen, und die Abschrift der griechischen Konstitutionen und Scholien revidirt.» Al riguardo è interessante quanto riferito in Bluhme a Savigny, 19./25./29.8.1822 (il cui testo è pubblicato in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 101 ss. [Nr. 39], spec. 102), nonché il contenuto di una lettera inedita di Bluhme a Hugo appartenente al *Nachlass* di Bluhme (Bluhme a Hugo, Livorno 22.8.1821, in ULB, S 675c, Nr. 1, ff. 80-81).

<sup>70</sup> Tali risultati sono appuntati su alcune schede rilegate in un volume in ottavo di 316 fogli, oggi custodito nella *Staatsbibliothek* di Berlino (SBB-PK, Ms. lat. oct. 109). La bella copia della trascrizione delle schede era stata realizzata in massima parte da Bluhme su schede *in octavo* (mm. 230 x 128).

<sup>71</sup> Su Paul Wilhelm Anton Krüger (1840-1926) v. P. KRÜGER, *Paul Krüger [Selbstbiographie]*, in H. PLANITZ (a cura di), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, 2, Leipzig 1924, 153 ss.; E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, III.2. *Text*, München-Berlin 1910 (rist. Aalen 1978), 880 ss.; III.2. *Noten*, München-Berlin 1910 (rist. Aalen 1978), 369 s.; F. SCHULZ, *Paul Krüger*, in ZSS R.A. 47, 1927, IX ss.

<sup>72</sup> La trascrizione effettuata da Bluhme e da Maier, già impiegata per l'edizione stereotipa del *Codex Iustinianus* curata da Emil Herrmann (1812-1885) in seno al progetto dei fratelli Karl Albert Kriegel (1804-1834) e Karl Moritz Kriegel (1805-1839), fu considerata come base del lavoro di revisione condotto da Krüger. Cfr. P. KRÜGER, *Kritik des Justinianischen Codex*, cit., 8, nonché ID., [*Praefatio*.] in *Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia*, cit., III. Al viaggio in Italia per ricontrollare la tradizione manoscritta del Codice giustiniano Krüger si era preparato informandosi direttamente con Bluhme sui codici da esaminare, come risulta da una serie di lettere inedite oggi conservate a Bonn (ULB, S 1924, Nr. 82; Nr. 80; Nr. 83). Il 30 marzo del 1866 Bluhme aveva inviato a Krüger anche le «Varianten zum *Codex Justiniani*» del codice capitolare di Pistoia, trascritte a Verona nell'agosto del 1822, accompagnandole con una lettera (ULB, S 1924, Nr. 81).

<sup>73</sup> F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 262; ID., Rec. a F.A. EBERT, *Zur Handschriftenkunde*, cit., col. 94 s.: «Vielmehr habe ich bey allen Palimpsesten, die ich in Turin, Mailand, Verona, Rom, Cesena, München u. a. O. gesehen habe, immer nur eine und dieselbe Natur gefunden: auf der einen Seite waren sie glatt und lesbar, auf der andern rauh und schwer zu lesen. Das erklärt sich ganz einfach aus dem Zustand aller Häute: auf der äußern Seite (der Haarseite) sind sie glatt, auf der innern faserig. Auch das Pergament, so weit man es auch im Glätten gebracht haben mag, wird sich nie auf beiden Seiten ganz gleich werden; und wenn die rauhe Seite öfter angefeuchtet wird, so muß ihre ursprüngliche Natur wieder mehr hervortreten. Nun fodere ich Jedermann zu einem Versuche auf: er beschreibe ein Stück Pergament auf beiden Seiten, wasche Alles wieder weg, schreibe Anderes darüber, und brauche Tinkturen, um die erste Schrift herzustellen: niemals werden die alten Züge auf der rauhen Seite wieder bestimmt und scharf hervortreten, sondern sie werden mehr oder weniger durch die Fasern des Pergaments verlaufen. Wird nur gar ein Stück Pergament doppelt rescribirt, wie es bey einem Theil des Gajus geschehen ist, so muß die Verschiedenheit der beiden Seiten in

In Hinsicht des Gajus liegt mir Vor Allem Folgendes am Herzen: seitdem ich Ihnen zum letztenmal geschrieben, habe ich den ungeheuren Unterschied zwischen der glatten und der rauhen Seite des Pergaments genauer kennen lernen<sup>74</sup>; ein Unterschied den ich<sup>75</sup> von der ursprünglichen Natur des Pergaments herleite, und nicht davon, daß die eine Seite geschabt, die andere nur gewaschen sei. Die glatte Seite widersteht der Tinctur, so daß dieß Zeit hat, den von der alten Schrift übrigen Eisentheilen nachzugehen und diese zu färben; der Glanz dieser Seite wird dann durch die Feuchtigkeit noch erhöht. Bei der rauhen Seite hingegen nutzt die Tinctur fast gar nichts, sie ist bisweilen sogar schädlich. Sie dringt nämlich mit solcher Schnelligkeit ein, daß Alles eine gleiche trübe Farbe erhält, und erst wenn <sup>das Blatt</sup><sup>76</sup> ganz getrocknet ist, wird die Schrift durch ein wenig tieferes Schwarz kenntlich.<sup>77</sup>

Sul tema Bluhme aveva avviato uno scambio epistolare anche con Göschen.<sup>78</sup> L'osservazione sul diverso grado di difficoltà relativo alla decifrazione dei due lati dei fogli pergamenacei dei *codices rescripti* risulta confermata dai problemi incontrati anche dagli altri studiosi che si sono occupati del manoscritto gaiano. Con la sola eccezione della pagina 227, corrispondente al f. 83r (Gai 4.114-116),<sup>79</sup> infatti, tutte le pagine in cui è stata riscontrata una notevolissima difficoltà di lettura appartengono a fogli *ter scripti*, di cui il lato carne (*pagina interior*, chiamata da Studemund *'exterior'*) è illeggibile, mentre il lato pelo (*pagina exterior*, chiamata da Studemund *'interior'*) risulta leggibile.

In ogni caso, Bluhme si era presto reso conto che solamente dopo aver acquistato maggiori competenze nella lettura dei palinsesti avrebbe avuto la possibilità di leggere meglio il

ungeheurer Progression zunehmen. ... Im Ganzen ist dieß dieselbe Ansicht, welche auch Hr. Prof. Göschen in der zweyten Ausgabe des Gajus (praef. p. XXII Note 13) angedeutet hat; nur ist hier die rauhe Seite und die Haarseite der Hä[u]te mit einander verwechselt worden.» Cfr. anche Id., *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 452: «Endlich bleibt noch der Thatsache zu gedenken, daß fast jedes Blatt eines Palimpsesten auf einer Seite viel schwerer zu entziffern ist, als auf der andern: die alte Schrift ist gründlicher zerstört und die färbenden Reagentien dringen rascher in den die Schrift umgebenden weißen Raum. Diese größeren Schwierigkeiten zeigen sich aber nicht, wie in allen Ausgaben von Göschen's Vorrede gesagt ist, auf der Haarseite, d. h. auf der äußeren härteren Seite des Fells, sondern umgekehrt auf der inneren, weicheren Seite desselben: ebenda, wo früher auch das Wiederauslöschten der tiefer eingedrungenen alten Schrift mit gewaltsameren Mitteln bewirkt sein mogte, als auf der äußeren Seite. Darum beginne man seine Experimente zuerst auf der harten Seite des Pergaments; wollen sie dann auf der weichen Seite nicht gelingen, so suche man hier die Tinctur durch eine geringe Zuthat von Gummi arabicum mehr auf die Oberfläche des Pergaments festzuhalten; öftere Wiederholungen aber sind in jedem Falle entschieden zu meiden.»

<sup>74</sup> Sic, per: 'gelernt' o 'lernen können'.

<sup>75</sup> Segue cancellato: 'nach'.

<sup>76</sup> Sostituisce sul rigo: 'Alles'.

<sup>77</sup> Bluhme a Hugo, Livorno 22.8.1821, in ULB, S 675c, Nr. 1, ff. 80-81, qui f. 80u.

<sup>78</sup> Ciò si deduce da un'altra sua lettera inedita (Göschen a Bluhme, [Berlin] 10.9.[18]21, in ULB, S 865, Nr. 4).

<sup>79</sup> E, secondo Studemund, anche della pagina 81, corrispondente al f. 69r (Gai 2.111-112), che però secondo Göschen era 'zwiefach rescript'.

testo delle Istituzioni di Gaio tramandato dal codice veronese.<sup>80</sup> Alcuni anni dopo egli imputava alla mancanza di esperienza e di esercizio nel decifrare la *scriptura prior* dei palinsesti la circostanza che durante il primo soggiorno, durante il quale anche il paleografo Kopp<sup>81</sup> si trovava nella Biblioteca Capitolare,<sup>82</sup> egli era riuscito a ottenere risultati piuttosto magri.

Bluhme, tuttavia, coltivava la speranza di poter decifrare ancora qualcosa a dispetto della notizia fatta circolare in Germania da alcuni studiosi, secondo cui nel palinsesto di Gaio non potesse leggersi più nulla dopo il trattamento con la soluzione di noce di galla cui era stato sottoposto. Nella recensione del libro di Ebert<sup>83</sup> sulla *Handschriftenkunde* egli si premurava di scrivere a tale proposito:

Was gelehrte Reisende über die erste Behandlung des Gajus in Deutschland verbreitet haben, kann nichts entscheiden, wenn sie sich nicht dafs der Gajus noch recht wohl lesbar sey: denn das Lesen der Palimpsesten ist etwas rein Technisches, was nur durch wochenlange Uebung und Ausdauer gelernt werden kann. Als ich im Sommer 1821 zuerst nach Verona kam, konnte ich eben so wenig im Gajus lesen, als Hr. Geh. Rath Kopp, der damals einige Zeit in Verona verweilte.<sup>84</sup>

Il riferimento in questo brano alla presenza di Kopp a Verona non può ritenersi casuale. Era stato proprio Kopp, infatti, lo studioso che aveva raccontato ai quattro venti che Göschen, Bekker e Bethmann-Hollweg avevano reso illeggibile il codice gaiano per l'eccessivo

<sup>80</sup> Cfr. Bluhme a Göschen, Verona 1.7.1821, in SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2, Fasz. 1, f. 2: «Mit der Uebung | <sup>[2u]</sup> giebt es sich allmählig; die Arbeit wird mir täglich leichter.»

<sup>81</sup> Su Ulrich Friedrich Kopp (1762-1834) v. [Th.] ILGEN, *Kopp, Ulrich Friedrich*, in ADB 16, Leipzig 1882 (rist. Berlin 1969), 690 ss.; B. BISCHOFF, s.v. *Kopp, Ulrich Friedrich*, in NDB 12, Berlin 1980, 568. A Kopp era stato affidato da Göschen il compito di provvedere a un primo esame paleografico della scrittura gaiana del manoscritto veronese per cercare di datare la redazione del manoscritto. In base alla presenza di numerose *notae iuris* il paleografo giunse alla conclusione che il codice gaiano fosse stato vergato in età pregiustiniana, perché altrimenti la sua realizzazione avrebbe urtato contro il divieto di usare *sigla et compendiosa aenigmata* disposto da Giustiniano (cost. *Tanta-Δέδωκεν*, § 22; cost. *Deo auctore*, § 13; cost. *Ommem*, § 8): v. U.F. KOPP, *Ueber das Alter der Veronesischen Handschrift des Gajus*, in ZgRW 4, 1820, 479 s. Con riguardo a tale divieto va precisato che non può condividersi la convinzione di Briguglio secondo cui Kopp avrebbe ipotizzato «una diversa proibizione per le sigle e le note Tironiane» (così F. BRIGUGLIO, *Il Codice Veronese*, cit., 298). Il paleografo, anzi, aveva esplicitamente ricordato di essersi espresso in senso contrario a quanti avevano immaginato che il divieto fosse da intendersi limitatamente alla note tironiane, ma non alle *siglae*. Per rendersene conto basta leggere il passo di Kopp riferito, seppur con qualche infedeltà, dallo stesso Briguglio (*op. cit.*, 298 nt. 117). Che Kopp si fosse pronunciato in senso diverso da quello ritenuto da Briguglio, peraltro, risulta con sicurezza anche dal luogo del primo tomo della *Palaeographia critica* richiamato da U.F. KOPP, *Ueber das Alter*, cit., 480 nt. 16.

<sup>82</sup> Sulla presenza di Kopp nella Biblioteca Capitolare di Verona e sul suo ruolo nello stratagemma inscenato da Bluhme per poter usare nuovi reagenti chimici sul palinsesto veronese v. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 440 ss. [252 ss.].

<sup>83</sup> Su Friedrich Adolph Ebert (1791-1834) v. [F.] SCHNORR v. CAROLSFELD, *Ebert, Friedrich Adolph*, in ADB 5, Leipzig 1877 (rist. Berlin 1968), 585; H. LÜLFING, *Ebert, Friedrich Adolph*, in NDB 4, Berlin 1959, 253 s.

<sup>84</sup> F. BLUME, Rec. a F.A. EBERT, *Zur Handschriftenkunde*, cit., col. 97.

uso della soluzione di noce di galla. Delle voci messe in circolazione a tale riguardo Bluhme era stato informato da Göschen. In una lettera quest'ultimo gli chiedeva esplicitamente se durante il suo lavoro a Verona aveva potuto ancora decifrare qualcosa, o se lo stato del manoscritto era così grave come il paleografo sosteneva, tanto da far disperare che anche con l'uso di nuovi reagenti, o ravvivando con acqua l'effetto della soluzione di noce di galla già impiegata in precedenza, si potesse ancora ottenere qualche risultato:

Ich danke Ihnen für Alles, was Sie bereits an dem *Gajus* gethan haben, und noch mehr für das, was Sie daran in der Folge thun werden und müssen. Für jetzt aber bitte ich Sie um die Beantwortung folgender Frage: Haben Sie den *Codex* 13. in dem Zustande gefunden, daß die Schrift des *Gajus* sich auch ohne Anwendung neuer chemischer Mittel lesen ließ – oder doch höchstens nur das Anfrischen mit Wasser erforderte? Und ferner – haben Sie gefunden, daß ungeachtet der Galläpfelinctur, die wir aufgetragen haben, sich doch auch noch andre chemische Mittel mit Erfolg anwenden ließen? – *Implicite* haben Sie diese Fragen schon dadurch beantwortet, daß Sie wirklich |<sup>[u]</sup> im *Gajus* gelesen haben u. s. w. Aber mir liegt an einer ganz ausdrücklichen u. besonderen Antwort. Denn Hl<sup>85</sup> *Kopp* hat überall erzählt – *Hollw.*<sup>86</sup> *Bekker* u.<sup>87</sup> ich hätten mit unsrer Galläpfelinctur den *Gajus* so verdorben, daß sich nichts darin lesen und auch kein neues Mittel anwenden lasse.<sup>88</sup>

Terminato il primo soggiorno a Verona, Bluhme si era messo in contatto epistolare con Niebuhr. Con la lettera che inaugurava un carteggio destinato a protrarsi nel tempo, Bluhme gli fece avere per iscritto i primi risultati della sua collazione del codice gaiano, riservandosi di comunicargliene altri quando si sarebbe trovato a Roma.<sup>89</sup>

A questa lettera Niebuhr rispose non soltanto mostrando di rallegrarsi per essere stato messo a parte delle nuove letture del palinsesto veronese e per incoraggiare il lavoro di revisione del manoscritto,<sup>90</sup> ma anche suggerendo congetture relative ai risultati proposti da

<sup>85</sup> Abbreviatura di: 'Herr'.

<sup>86</sup> Abbreviatura di: 'Hollweg'.

<sup>87</sup> Abbreviatura di: 'und'.

<sup>88</sup> Cfr. Göschen a Bluhme, [Berlin] 10.9.[18]21, in ULB, S 865, Nr. 4.

<sup>89</sup> Cfr. Bluhme a Niebuhr, Livorno 7.9.1821, in ABBAW, Nachlass B.G. Niebuhr 61 (Bluhme), ff. 1-2, qui f. 1 r, trascritto per la parte che interessa *supra*, nt. 40.

<sup>90</sup> Niebuhr a Bluhme, Rom 10.9.1821, in ULB, S 675f, Nr. 1, qui f. 1r: «Sie haben mir, hochgeehrter Herr, durch Ihre Zuschrift und die derselben beygefügte Ergänzung einer noch nicht gelesenen sehr interessanten Stelle des Gaius ein ausgezeichnetes Vergnügen gemacht, wofür ich nicht nur Ihnen sondern meinem Freunde Savigny für seinen Theil sehr verpflichtet bin. Nachdem Gaius durch Goeschen und Hollweg so meisterhaft und musterhaft herausgegeben worden, und die Schwierigkeiten mit denen sie zu kämpfen hatten für Nachfolgende auf einen äußerst kleinen Theil durch ihre Arbeit vermindert worden, : – da man die Siglen vor Augen hat, und weiß was auf jedem der nicht oder fast nicht gelesenen Blätter zu suchen ist – : war und ist es mein angelegentlicher Wunsch daß dieser Schatz vollständig gehoben werde. Vielleicht hat Kleeß Ihnen meine Wünsche geäußert: vielleicht hatten Sie Verona schon vorher besucht. Jeder der dieses Geschäft unternimmt wird uns Zusätze verschaffen: ich erkenne eine durch die physische Zerstörung gesetzte Gränze an, die uns vielleicht auf immer eines nur zu großen Theils berauben wird; aber wenn man durch den Gewinn jedes Vorgängers bereichert, immer neue Versuche macht, so müssen wir

Bluhme in relazione al foglio del codice corrispondente alla pagina 30 della *Reinschrift* di Göschen<sup>91</sup> (Gai 1.115-118)<sup>92</sup> e al modo di sciogliere le abbreviature incontrate nel testo. Alcune di queste proposte risultano accolte da Göschen nella seconda edizione.<sup>93</sup> Altre, di cui non è rimasta traccia nella critica testuale successiva, potrebbero fornire spunti utili per la *constitutio textus* delle Istituzioni.<sup>94</sup>

Oltre a rivelare il suo interesse per il frutto dei nuovi risultati, Niebuhr prometteva che avrebbe fatto di tutto per convincere Bluhme a continuare nel lavoro intrapreso e si rammaricava di non potersi recare personalmente a Verona per proseguire il lavoro sul palinsesto di Gaio a causa del sentimento di ostilità che avvertiva in quella città nei suoi confronti:<sup>95</sup>

Ich freue mich sehr Ihre weitere Entdeckungen kennen zu lernen, und wünsche sehr daß sie einige Stellen erweitert haben mögen, ʽbey denenʼ ich mich nach größerer Vollständigkeit sehne. || [2r]

Wenn ich das Vergnügen haben werde Sie hier zu sehe[n, werde] ich alles anwenden um Sie zu bewegen auf der Rückreise Verona noch einmal zu besuchen. Dies tückische Grimm dieser schändlichen Nation gegen einen Fremden der gefunden was sie nie ans Licht gezogen haben würden macht es mir unmöglich selbst hinzugehen.<sup>96</sup>

diese Gränze erreichen, und möglich ist es daß sie so gar viel doch nicht einschließt.» Un riassunto di questa lettera può leggersi in B.G. NIEBUHR, *Briefe · Neue Folge · 1816–1830*, a cura di E. VISCHER, I. *Briefe aus Rom (1816–1823)*, Bern-München 1981, 685 [Nr. 370].

<sup>91</sup> In questa pagina, contenente la trascrizione del f. 58r del palinsesto di Gaio, Göschen non era riuscito a decifrare talune parti di alcune linee di scrittura, come risulta dalla corrispondente scheda della *Reinschrift* oggi custodita nella *Staatsbibliothek* di Berlino.

<sup>92</sup> Niebuhr a Bluhme, Rom 10.9.1821, in ULB, S 675f, Nr. 1, qui f. 1r: «Ich wüßte Ihnen das Interesse welches Ihre Arbeit mir einflößt nicht besser zu beweisen als indem ich Ihnen einige Conjecturen über die mir gütig mitgetheilte Abschrift Ihrer Ergänzungen zu pag. 30 mittheile, welche Sie mir so vorgelegt wie Ihnen die Schrift erschien, ohne Ihre späteren Emendationen zu bemerken. Aus diesem Grunde thue ich es ohne bevorwortende Entschuldigungen.»

<sup>93</sup> Per esempio quella di leggere ‘*apparebit*’ (rr. 1-2): cfr. [J.F.L. GÖSCHEN,] *Gaii Institutionum commentarii IV*<sup>2</sup>, cit., 50: «sicut inferius app|arebit»; o il suggerimento di sciogliere ‘N ALR’ (r. 4) in ‘*non aliter*’: cfr. [J.F.L. GÖSCHEN,] *Gaii Institutionum commentarii IV*<sup>2</sup>, cit., 50 s.: «tunc enim non aliter | feminae testamenti faciendi ius habebant».

<sup>94</sup> Così, per limitarsi qui a un solo esempio, il suggerimento di verificare sul codice la possibilità di leggere ‘*Sane itaque*’ (r. 9) dopo le parole ‘*ex auctoritate diui Hadriani senatus remisit*’ (Gai 1.115a). Niebuhr, infatti, pensava che all’inizio del nuovo periodo (Gai 4.115b) potesse leggersi ‘*sane itaque etiamsi*’ o ‘*sane igitur etiamsi*’ invece di ‘*censtar.enimur*’. Cfr. Niebuhr a Bluhme, Rom 10. 9.1821, in ULB, S 675f, Nr. 1, qui f. 1ru: «Nach *remisit* wird wohl ein Punkt stehen müssen. Denn fängt mit dem folgenden ein Periodus an, der Z. 12. mit *esse* schließt. Ob *sane itaque* bey Gaius steht kann ich am wenigsten jetzt wo mir die Musse zum Nachsuchen fehlt bestimmen: es wäre schlechte Latinität, aber doch bey diesem Autor nicht unglücklich. Anstatt *CENSITAR.ENIIMIR* lese ich entweder *SANEITAQ.ETIAMFI* oder *SANEIGITURETIAMFI*: denn Z. 11 zeigt | [1u] daß in diesem Saz von einem besondern und bestimmten Verhältnisse die Rede ist, der dennoch die Regel nicht aufhebt daß die Frau ʽ*filia loco*ʼ des *coemptionator* ist.»

<sup>95</sup> Sul punto v. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, cit., 40.

<sup>96</sup> Niebuhr a Bluhme, Rom 10.9.1821, in ULB, S 675f, Nr. 1, qui f. 1u-2r.

Comunicare anche a Savigny le congetture formulate da Niebuhr,<sup>97</sup> Bluhme non mancò di tenerne conto per determinare meglio quanto era riuscito a scorgere nel manoscritto.<sup>98</sup>

Dello scambio fra Niebuhr e Bluhme è rimasta una traccia significativa in alcune lettere conservate a Bonn, una delle quali – come si vedrà – contiene anche una delle sue schede.<sup>99</sup> Può immaginarsi che i due si fossero confrontati su altre lezioni del palinsesto quando Bluhme, recatosi a Roma, fu ospite di Niebuhr a Palazzo Savelli.

Sul manoscritto gaiano Bluhme tornò a lavorare nuovamente nell'estate del 1822.<sup>100</sup> In seguito al disastro finanziario in cui era rimasto coinvolto nella primavera del 1822,<sup>101</sup> cui sarebbe seguito di lì a poco il fallimento dell'impresa paterna,<sup>102</sup> egli venne a trovarsi improvvi-

<sup>97</sup> Cfr. Bluhme a Savigny, Lucca 21.9.1821, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 43 ss. [Nr. 19], qui 43: «Für Ihre Aufforderung, Niebuhr zu schreiben, meinen innigsten Dank; ich bin mit einer sehr interessanten Antwort belohnt worden. Da ich [nicht] weiß, ob er seine Conjecturen über Gajus p. 30 nach Berlin geschickt hat, so will ich dieselben beifügen». Cfr. la risposta di Savigny a Bluhme, Berlin 22.11.1821, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 49 s. [Nr. 21], qui 49: «Ich beantworte Ihren Brief vom 21. Sept., dessen Bemerkungen über Gajus bestens benutzt werden sollen.»

<sup>98</sup> Come risulta da una delle schede custodite a Berlino (v. *infra*, § 6, *sub* III.a), infatti, Bluhme sarebbe tornato nel 1822 a riesaminare la pagina del palinsesto gaiano corrispondente alla pagina 30 della *Reinschrift*. In questa circostanza egli ebbe modo di riflettere sulla proposta di Niebuhr di emendare 'inferioribus' (r. 2) in 'ex inferioribus'. Tale idea, tuttavia, non lo convinse: come risulta da quanto annotato sulla sua scheda (cfr. SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2, Fasz. 1, f. 18u), Bluhme ritenne infatti che dovesse emendarsi in 'inferius'. A tale conclusione egli pervenne sulla base della seguente considerazione appuntata sulla scheda: «Da der Abschreiber auf dieser Seite gewöhnlich zu viel geschrieben, möchte vielleicht *inferius*, nicht *ex inferioribus* zu lesen sein. cf. §. 118. *fin.*» Questa proposta di lettura di Bluhme è stata accolta in [J.F.L. GÖSCHEN,] *Gaii Institutionum commentarii IV*<sup>2</sup>, cit., 50 («sicut inferius app|arebit») e nt. 32 («Cod. *inferioribus*, quam scripturam in Ed. 1 retinui: jam vero de Bluhmii sententia reposui *inferius*.»).

<sup>99</sup> *Infra*, nel testo, § 9, *sub* I.

<sup>100</sup> F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 261. Cfr. F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 247, da cui risulta che egli soggiornò a Verona dal 29 luglio al 23 ottobre del 1822.

<sup>101</sup> Sul punto v. D. STRAUCH, *Einleitung*, in Id., *Briefwechsel*, cit., xx s. Bluhme a Savigny, Rom 6.3.1822, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 67 ss. [Nr. 27].

<sup>102</sup> Cfr. Bluhme a Savigny, Rom 29/31.5.1822, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 78 ss. [Nr. 31]; Niebuhr a Savigny, [Rom] 23./31.5.1822, in UB Marburg, Savigny-Nachlass, Ms. 830/27, qui f. 3u: «Bluhme, von dem ich nun höre daß er Ihnen noch nicht geschrieben weil er Ihren mit der letzten Post angekommenen Brief erwartete (der meinige ist unvollendet geblieben weil mir alles Schreiben noch sehr sauer wird), befindet sich, wie Sie wahrscheinlich von ihm erfahren, in einer sehr kummervollen Lage durch den Bankerott seines alten Vaters. Ihr Brief ist im ein großer Trost gewesen: es traf sich glücklich daß, ehe er ihn mir mittheilen konnte, ich, nach Überschlagung meiner Mittel, mich im Stande gefunden hatte ihm zu schreiben, und ihm für die nächste Zeit die Mittel anzubieten seinen Aufenthalt hier in Italien zu verlängern: mit Ihrer Hülfe reicht er denn nun völlig bis zum Winter, und für den künftigen Winter, falls wir ihn noch hier zubringen, kann er bey uns Wohnung, Mittagstisch und Frühstück haben, so daß er hier an den Pandectenmanuscripten, die er sehr merkwürdig findet – die alten hat man mir immer versteckt – tüchtig arbeiten könnte: den Sommer und Herbst aber wieder zu Verona am Gaius: einen Versuch zu Vercelli machen: und zu Perugia das Breviarium des Codex abschreiben, wenigstens excerptiren. Sollte der Congreß nicht Statt finden, so würde ich, verhältnismäßig, recht viel für ihn thun können: so lange der, und der Besuch der Souveraine, über unserm Haupte schwebt, und damit ruinirenden Ausgaben droht, müssen wir uns gewaltig in Acht nehmen Geld auszugeben.» Il testo di questa lettera è stato edito, seppur con talune varianti ortografiche rispetto all'originale, in B.G. NIEBUHR, *Briefe · Neue Folge*, I, cit., 741 ss. [Nr. 419], qui 751 s.

samente in ristrettezze economiche. Ciò lo indusse a darsi da fare per procurarsi il denaro che fino a quel momento non gli era mancato e che era indispensabile per continuare a effettuare le proprie ricerche nelle biblioteche e negli archivi italiani.<sup>103</sup> Per questa ragione Bluhme assunse contrattualmente da parte della *Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*<sup>104</sup> l'incarico di collazionare i manoscritti che tramandavano le leggi germaniche, in attesa di ottenere una cattedra in un'università tedesca, e si risolse a chiedere un onorario per la collazione del palinsesto di Gaio.<sup>105</sup> Su suggerimento di Savigny,<sup>106</sup> inoltre, aveva cominciato a pensare alla pubblicazione di un libro che fornisse notizie sulle biblioteche e sugli archivi che andava visitando nel suo viaggio in Italia.<sup>107</sup>

Dopo aver appreso delle difficoltà finanziarie in cui quest'ultimo versava, Savigny riteneva sicuro che si sarebbe riusciti a ottenere un remunerazione adeguata: sarebbe stato Göschen a proporre all'editore Reimer un onorario da determinare. Nel caso in cui quest'ultimo avesse opposto un rifiuto, Göschen avrebbe concluso il contratto per la seconda edizione delle Istituzioni di Gaio e del *Fragmentum de iure fisci* con un altro editore, ponendo come condizione che fosse pagato un compenso a Bluhme. Ove questa soluzione non si fosse ri-

<sup>103</sup> Poiché Bluhme si era trovato improvvisamente sprovvisto dei mezzi necessari per le proprie ricerche, Niebuhr gli prestò del denaro. Ciò risulta da due ricevute (datate Rom, 11.2.1823 e 16.2.1823) interamente di pugno di Bluhme (ULB, S 675f). La prima ricevuta riguarda gli importi di 400 franchi avuti in prestito nel settembre del 1822 e di 100 talleri romani avuti in prestito nel maggio dello stesso anno; la seconda l'importo di 3 doppie romane, corrispondenti a 9,65 talleri romani, avute in prestito nel febbraio del 1823.

<sup>104</sup> Questa società, com'è noto, era stata fondata nel 1819 da Heinrich Friedrich Karl Reichsfreiherr vom und zum Stein (1757-1831) per incoraggiare, organizzare e finanziare la ricerca e la pubblicazione di documenti storici nell'ambito dei *Monumenta Germaniae Historica*. In argomento può consultarsi H. BRESSLAU, *Geschichte der Monumenta Germaniae historica im Auftrage ihrer Zentralkommission*, Hannover 1921 (rist. Hannover 1976), spec. 34 ss.; G.L. POTESTÀ, *I Monumenta Germaniae Historica a Palermo*, in HTh 19, 2001, spec. 452 s., con altra bibliografia.

<sup>105</sup> Cfr. Bluhme a Savigny, Rom 6.3.1822, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 67 ss. [Nr. 27], qui 68: «Um daher meinem Bruder nicht zu noch mehreren Vorschüssen zu veranlassen, habe ich vorläufig die Vergleichung der Handschriften germanischer Gesetze für die Gesellschaft deutscher Geschichte vertragsmäßig übernommen, und könnte auf diese Weise hinreichend Beschäftigung finden, bis ich zum Herbst nach einer Deutschen Universität zurückkehre. Allein ich gestehe, daß ich ungern auf den Gajus verzichte, und erlaube mir daher die freimüthige Anfrage, ob Sie es für rätlich und möglich halten, daß ich die Revision des Gajus auf fremde Kosten vornähme?».

<sup>106</sup> Cfr. Bluhme a Savigny, Rom 3.5.1822, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 69 ss. [Nr. 28], qui 70 s.: «Sie rathen zur Herausgabe eines Buchs ... Einen umfassenden Reisebericht kann ich in Italien wohl entwerfen, aber bei dem drückenden Büchermangel ist an zuverlässige Ausführung nicht zu denken. Daher müßte ich mich etwa auf Folgendes beschränken: Vor allem könnte ich Nachrichten über die italiänischen Bibliotheken mittheilen, ein Supplement zu dem, was wir schon haben und zugleich für den Zweck, künftige Supplemente zu erleichtern.»

<sup>107</sup> Sarebbe stato Savigny, dopo aver ricevuto un piano dell'opera, a trovare per Bluhme un editore che gli avrebbe corrisposto un compenso. Cfr. Savigny a Bluhme, Berlin 31.5.1822, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 76 ss. [Nr. 77], qui 77: «Ich schlage Ihnen vor, einen Plan zu dem Buch, mit Bemerkung des ungefähren Umfanges und der Zeit der Vollendung, auch etwas des Honorars, mir auf einem besonderen Blatt zu schreiben, ich will Ihnen einen Verleger suchen.» La bozza del piano dell'opera, che Bluhme decise di intitolare *'Iter italicum'* e di realizzare seguendo i consigli di Savigny, è custodita in ULB, S 675e, Nr. 3. Il testo è pubblicato in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 94 ss. [Nr. 34].



velata praticabile, Bluhme si sarebbe dovuto ritenere libero di pubblicare per proprio conto un'edizione delle Istituzioni di Gaio basata sui risultati che avrebbe ottenuto, ricavando così un onorario e continuando a darsi da fare per ottenere in altro modo la disponibilità economica che gli era venuta a mancare. Tenendo conto della probabile durata del soggiorno di Bluhme a Verona, Savigny propose al giovane una somma di 50 federici d'oro, chiedendo di fargli avere al più presto una risposta a tale riguardo.<sup>108</sup>

Alla fine del mese Bluhme, apprestandosi a lasciare Roma per andare in Toscana, da dove si sarebbe poi spostato a Verona, scriveva a Savigny che contava di trattenersi in questa città per tre mesi: in relazione a tale periodo giudicava assolutamente sufficiente la somma di 50 federici d'oro che gli era stata proposta. Tuttavia, se per cause imputabili all'atteggiamento del Capitolo della Cattedrale di Verona, alle difficoltà offerte dal manoscritto gaiano o al cattivo stato della sua vista, si fosse risolto a lasciare prima la città per effettuare ricerche nella Biblioteca Capitolare di Vercelli, rimetteva a Savigny ogni decisione sull'equa riduzione di quell'importo, approvando in anticipo ogni sua decisione.<sup>109</sup>

Benché nel primo volume del suo *Iter italicum* Bluhme menzioni anche due soggiorni a Verona nell'estate del 1823, egli riferisce di essersi occupato del palinsesto gaiano solamente nell'estate del 1821 e in quella del 1822.<sup>110</sup> L'informazione, nondimeno, va coordinata con

<sup>108</sup> Queste informazioni si ricavano da Savigny a Bluhme, Berlin 7.5.1822, in ULB, S 675e, Nr. 16, qui f. 1r: «Wegen Gajus können Sie mit Sicherheit auf eine angemessene Remuneration rechnen, nur verzögert es sich mit einer vertragsmäßigen Bestimmung darüber wenigstens um einige Wochen, weil alles durch Correspondenz gehen muß. Meine Meynung ist diese. Göschen proponirt Reimer, Ihnen ein zu bestimmendes Honorar zu zahlen, und will dieser nicht, so contrahirt Göschen auf diese Bedingung mit einem anderen. Ja, wäre dieses unmöglich, so stände Ihnen frey, augenblicklich eine eigene Ausgabe mit Ihrer zu erlangenden Ausbeute zu veranstalten und dafür das Honorar zu ziehen. Es kommt darauf an, einstweilen eine Summe zu bestimmen, und ich schlage vorläufig, mit Rücksicht auf Ihren wahrscheinlichen Aufenthalt in Verona 50 Friedrichsdor vor, worüber ich um Ihre schleunige Erklärung bitte, so wie Sie von mir mehr hören, sobald ich mehr weiß.» Il testo di questa lettera, cui allude l'appunto che si trova sulla copertina del secondo fascio delle schede di Bluhme (f. 5r) conservate a Berlino (cfr. *infra*, nel testo, § 6, *sub* II), è integralmente edito con minime varianti rispetto all'originale in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 74 ss. [Nr. 29], qui 74 s.

<sup>109</sup> Bluhme a Savigny, Rom 29/31.5.1822, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 78 ss. [Nr. 31], qui 78 s.: «Den Verlust meines eigenen Vermögens hätte ich leicht verschmerzen können; jetzt aber hat das Haus meines Vaters falliren müssen, und ich beweine das Schicksal eines ehrwürdigen 70jährigen Greises, des Hauptes einer zum Theil unversorgten Familie, die mit diesem Schlage gleichfalls um das Ihrige kommt. Am 1. Juny reise ich nach Toskana, um Abrede mit meinem Bruder zu nehmen, denn wir sind die beiden einzigen noch lebenden Söhne. Indeß ist meine Absicht nicht, gleich nach Deutschland zurückzukehren, da ich nicht glaube, mit der Eile irgend etwas nützen zu können. Vielmehr denke ich sehr bald nach Verona zu gehen, und dort so lange wie möglich zu bleiben. Sollte es durch Schuld des Capitels, oder der Handschrift, oder meiner Augen zu gar keiner Ausbeute kommen, so würde ich Eingang in die Bibliothek zu Vercelli suchen. Da ich nun auch im glücklichsten Fall nur höchstens 3 Monate dort bleiben könnte, so finde ich die Summe von 50 Friedrichs D'Or durchaus genügend; natürlich aber würde sie viel zu groß, wenn ich nicht einmal zwei Monate in Verona arbeitete. In [wie] weit sie für einen solchen Fall zu ermäßigen wäre, das überlasse ich ganz Ihnen, und bitte Sie, versichert zu sein, daß ich zu dem, was Sie für recht und billig halten, immer zum voraus einwillige.» Sul pagamento dell'onorario da parte di Reimer v. Savigny a Bluhme, Berlin 10.2.1824, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 167 s. [Nr. 69].

<sup>110</sup> F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 261. Pure monsignor Giovan Battista Carlo Giuliani (1810-1892)

un accenno che si legge in un articolo pubblicato dallo stesso Bluhme a distanza di una quarantina d'anni dai fatti considerati, in cui si fa capire che la seconda edizione era stata pubblicata a Berlino da Göschen anche grazie all'aggiunta di singoli appunti e di 'spigolature' dell'estate del 1823.<sup>111</sup> Questo modo di esprimersi potrebbe indurre a pensare che anche nel 1823 Bluhme avesse continuato a lavorare sul manoscritto di Gaio e che i risultati di queste 'spigolature' siano poi confluiti nella seconda edizione pubblicata da Göschen nel 1824.

3. Le sostanze chimiche adoperate da Bluhme nella collazione del codice veronese hanno dato significativi risultati nella decifrazione del testo gaiano, permettendo di colmare alcune lacune e di correggere talune delle lezioni ottenute durante i primi lavori di trascrizione eseguiti da Göschen, Bekker e Bethmann-Hollweg.

Bluhme dichiarò che si sarebbe dovuto attendere l'invenzione di un nuovo reagente chimico, più efficace di quelli usati in precedenza, per riuscire a leggere ancora qualcosa nel palinsesto.<sup>112</sup> In effetti sarebbe stato Studemund a riuscire in questo intento proprio grazie all'impiego di altre sostanze.<sup>113</sup>

Il prezzo pagato, in ogni caso, fu quello di peggiorare lo stato dei fogli pergamenei sui quali Göschen aveva già impiegato la soluzione di noce di galla per far rivivere la scrittura sottostante del codice.

Già nell'autunno del 1825, dopo poco il suo ritorno dal suo primo viaggio in Italia nel corso del quale aveva avuto modo di vedere personalmente il palinsesto veronese, Savigny scriveva a Göschen di aver notato che in moltissimi punti del manoscritto si aveva l'impressione che qualcuno vi avesse versato sopra un calamaio:

In Verona war Guarienti auf dem Lande, und nur durch die unermüdete Gefälligkeit eines jungen, ganz unwissenden<sup>114</sup> Domherrn Bianchini wurde es mir möglich, den Gajus zu sehen; die übrigen Stücke, und namentlich das einzelne Blatt, waren nicht zu finden.

ricorda nella sua storia della Biblioteca Capitolare che Bluhme era stato a Verona nel 1823. Cfr. G.B.C. GIULIARI, *La Capitolare Biblioteca*, Verona 1888, 199 (rist. anast. pubbl. a cura di G.P. MARCHI, Verona 1993, 201): «Un dotto Alemanno, *Federico Blume*, nella sua Italica peregrinazione rivolta segnatamente alla disamina delle più celebri Biblioteche ed Archivi, in cerca di vetusti Codici e Diplomi, visitava più volte negli anni 1821, 22, 23 la Capitolare.» Sul giudizio poco benevolo di Giuliani nei confronti di Bluhme v. *infra*, nel testo, § 3.

<sup>111</sup> F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 448: «... so hat er [*scil.* Göschen] die Sache ganz unerwähnt gelassen, als er die zweite Ausgabe unter Nachschaltung einzelner Notizen und Nachlesen aus dem Sommer 1823 erscheinen lies».

<sup>112</sup> F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 262: «Ich glaube aber, behaupten zu können, dass ich meine Arbeit mit möglichster Ausdauer durchgeführt habe, und dass daher eine künftige Revision des Gaius verschoben werden mus, bis die Chemie uns ein neues noch wirksameres Mittel erfunden hat.» Cfr. anche Bluhme a Hugo, Livorno 22.8.1821, in ULB, S 675c, Nr. 1, ff. 81-82, qui f. 81u: «Ich gebe die Hoffnung nicht auf, daß unsere deutschen Chemiker ein Mittel anzugeben wißen, dies Eindringen zu verhindern, und darum habe ich vorläufig nur die glatten Seiten vorgenommen. Dem Gajus zu Liebe darf ich Ihnen ja wohl mit der Bitte beschwerlich fallen, den Rath der Göttinger Chemiker einzuholen.»

<sup>113</sup> Cfr. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 297.

<sup>114</sup> Segue cancellato: 'Cano'.

Der Gajus sieht nun jetzt freylich in sehr vielen Stellen so aus, als ob 「man」 mit Sorgfalt ein Tintenfaß darüber gegossen hätte.<sup>115</sup>

Lo stato in cui si trovava il codice poco prima che Studemund si dedicasse alla nuova collazione, in effetti, non era dei migliori. Quando nel 1865 August Reifferscheid<sup>116</sup> si recò a Verona su incarico dell'Accademia delle Scienze di Vienna allo scopo di esaminare i manoscritti necessari per una nuova edizione delle opere dei Padri della Chiesa, fra cui anche quelli di san Girolamo, il *Codex XV* presentava già notevoli danni imputabili all'uso dei reagenti adoperati per decifrarne la *scriptura prior*.<sup>117</sup> Non stupisce, dunque, che il canonico Giuliani,<sup>118</sup> all'epoca bibliotecario della Capitolare di Verona, lo avesse definito come il «martire illustre della Paleografia».<sup>119</sup>

Lo stesso Giuliani, che aveva rimproverato a Bluhme di aver ridotto in condizioni pietose il palinsesto gaiano, a un certo punto si era reso conto che anche Studemund aveva peggiorato ulteriormente lo stato del codice gaiano, e per questa ragione gli vietò l'impiego di reagenti chimici sui palinsesti della Capitolare.<sup>120</sup>

Questa circostanza induce a guardare da un nuovo punto di vista al giudizio negativo formulato da Studemund nei confronti di Bluhme, e all'accusa di aver compromesso con i suoi 'uenena' la leggibilità di alcune pagine del manoscritto. Non può escludersi che tale accusa avesse lo scopo di imputare a quest'ultimo anche i danni che, in realtà, erano stati procurati al codice gaiano dai mezzi chimici ancora più aggressivi che lo stesso Studemund aveva impiegato con non minore disinvoltura e talora anche in modo illecito.<sup>121</sup> D'altra

<sup>115</sup> Savigny a Göschen, Berlin 19.11.1825, in UB Marburg, Ms. 1022/27. Parte del testo della lettera è edito in A. STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, II. *Professionjahre in Berlin, 1810–1842. Mit 317 Briefen aus den Jahren 1810–1841 und 33 Abbildungen*, Berlin 1929, 325 [Nr. 409]. Cfr. B. REIFENBERG, „Mein lieber theurer Freund. . .“: *Friedrich Carl von Savignys Briefe an Johann Friedrich Ludwig Göschen. Eine Neuerwerbung der Universitätsbibliothek Marburg*, Marburg 2000, 42; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 51 s.; ID., *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 513 nt. 272.

<sup>116</sup> Sul filologo classico Karl Wilhelm August Reifferscheid (1835-1887) v. G. WISSOWA, *August Reifferscheid*, in *BioJb Jg. 12* (1889), 1890, 39 ss.

<sup>117</sup> Cfr. A. REIFFERSCHIED, *Bibliotheca patrum Latinorum Italica*, Wien 1865 (rist. Hildesheim-New York 1976), 69 nt. 7. Sulla situazione penosa nella quale il filologo aveva trovato alcuni palinsesti della Biblioteca Capitolare di Verona su cui erano stati impiegati reagenti chimici allo scopo di far rivivere la scrittura sottostante v. anche Reifferscheid a Vahlen, Verona 6.8.1864, in SBB-PK, Nachlass Vahlen: Reifferscheid, ff. 10-11, qui f. 10r: «Seit Montag schwelge ich in den Schätzen der Veroneser Capitularia: das Einzige, was mich in meiner Freude stört, ist die rücksichtlose und zuweilen ungeschickte Art, mit der man die Palimpseste behandelt hat: verschiedene Male hat man offenbar Experimente mit verschiedenen Recepten an dem Codex selbst angestellt und dadurch die obere wie die untere Schrift unwiederbringlich ruinirt.»

<sup>118</sup> Su monsignor Giuliani, bibliotecario della Capitolare dal 1857, anno in cui fu eletto canonico, all'anno della sua morte (cfr. F. BRANCALEONI, *Giuliani, Giovan Battista Carlo*, in *DBI* 56, Roma 2001, 786 ss.), può consultarsi la bibliografia richiamata in M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 83 nt. 5.

<sup>119</sup> G.B.C. GIULIARI, *La Capitolare Biblioteca*, cit., 193 [195]. Analoga espressione si legge già in una lettera di Giuliani a Mommsen del 9.6.1866: v. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 311 s. nt. 102.

<sup>120</sup> Studemund a Mommsen, Verona 26.6.1868, in SBB-PK, Nachlass Mommsen I, 118: Studemund, f. 46. Sul punto v. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 311 ss., con richiami bibliografici.

<sup>121</sup> Cfr. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., spec. 316.

parte, sottolineando che la leggibilità del manoscritto era stata gravemente compromessa da chi lo aveva preceduto, il giovane filologo otteneva il risultato di far risaltare a spese altrui tutta la propria abilità e tutto il proprio ingegno nella decifrazione di palinsesti già rovinati dagli effetti delle sostanze usate in precedenza. In questa ottica si comprende bene come Studemund facesse seguire all'accusa rivolta nei confronti di Bluhme la dichiarazione di essere riuscito a individuare ancora qualcosa nella *scriptura inferior* del codice grazie alla luce del sole e all'acume della propria vista.<sup>122</sup>

A tale riguardo, peraltro, bisognerebbe chiedersi come mai proprio Studemund si sia risolto a proporre nel proprio apografo le lezioni di Bluhme,<sup>123</sup> pur non avendo avuto modo di verificarle con i propri occhi, se davvero pensava che talora quest'ultimo aveva creduto di scorgervi quello che desiderava, in ciò ingannato dai segni che si vedevano in trasparenza.<sup>124</sup>

Il giudizio nei confronti dell'operato di Bluhme che si legge nel *prooemium* dell'apografo studemundiano, in ogni caso, va riconsiderato anche alla luce di una correzione di una nota a piè di pagina di cui il filologo aveva preso nota sul proprio esemplare personale dell'apografo e che fu poi riprodotta nei *Supplementa*. A proposito della leggibilità del fol. 92u (che in seguito alla rinumerazione compiuta da monsignor Giuliani sarà indicato correttamente come fol. 93u),<sup>125</sup> l'annotazione «Pagina exterior propter remedia Bluhmiana difficillime legitur» risulta infatti così corretta: «Pagina exterior propter litterarum pallorem difficulter legitur.»<sup>126</sup> In effetti su questa pagina del manoscritto può notarsi solamente l'abbrunimento

<sup>122</sup> Cfr. W. STUEMUND, *Prooemium*, in *Apographum*, cit., XIII: «Nova tamen libri Veronensis collatione opus esse ipse Goeschen intellexit. Quam ut absolueret, F r i d e r i c u s B l u h m e annis 1821 et 1822 locos difficiliores iterum temptavit remedio Giobertino parum feliciter usus. Ad quod remedium quamvis omnes labes, quas codex traxerit, reuocare nefas sit, tamen non paucarum membranarum nitor cum squalore commutatus est; atque etiam nunc modo caerulea modo pulla illuies e Bluhmianis uenenis residua praecipue in mollioribus membranarum paginis Gaianam scripturam adeo tegit, ut de lectione prorsus desperandum sit. Neque effugit Bluhme uirorum doctorum reprehensionem et exagitationem; attamen acriter intenta oculorum acie et adiuuante sole aliquot locorum maculatorum lectionem absolueri potui.» Per accuse più specifiche circa le difficoltà di lettura «propter Bluhmiana remedia» (o «propter Bluhmiana medicamenta») si vedano le note che si trovano in calce alle pagine 19, 32, 38, 44, 88, 123, 244, e 250 dell'apografo studemundiano.

<sup>123</sup> Come è noto, infatti, Studemund indicò fra parentesi quadre, nel testo o nelle note, i grafemi che non riusciva più a leggere sul palinsesto, ma che Bluhme aveva annotato sulle proprie schede (W. STUEMUND, *Prooemium*, in *Apographum*, cit., XIII); cfr. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 156 nt. 2.

<sup>124</sup> W. STUEMUND, *Prooemium*, in *Apographum*, cit., XIII s.: «Accidit autem Bluhmio nonnumquam, quod solet fere eis accidere, qui primum ingressuri sunt palimpsestorum lectionem, ut irretitus illecebris fallacium umbrarum, quae ex paginis auersis interlucabant, ea legisse se crederet quae legere cupiebat. Quid autem de ceteris singillatim dicam? Vno eoque luculento et maximo exemplo paginae 5 testor aliquid humani uiro doctissimo aliquotiens accidisse in fragmentis litterarum pronis et supinis describendis.»

<sup>125</sup> Questo foglio era stato indicato come f. 93r nell'apografo pubblicato da Studemund nel 1876. Tale numerazione, in seguito, era stata mutata da Giuliani, come avvertito da W. STUEMUND, *Supplementa*, in *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum ediderunt Paulus Krueger Theodor Mommmsen Guilelmus Studemund*, I. *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum in usum scholarum iterum ediderunt Paulus Krueger et Guilelmus Studemund. Insunt supplementa ad codicis Veronensis apographum a Studemundo composita*, Berolini 1884, XXXIII.

<sup>126</sup> SBB-PK, Nachlass Studemund, K. 1, Konv. 3, 250; W. STUEMUND, *Supplementa*, cit., XXXIII.

della pergamena per effetto dell'impiego della soluzione di noce di galla, mentre non vi sono tracce delle caratteristiche macchie di colore bluastro che tradiscono l'avvenuto impiego della tintura giobertina. Questo esempio può addursi come sintomo della inclinazione di Studemund ad attribuire a Bluhme la colpa della difficoltà di lettura di una pagina del palinsesto anche nei casi in cui ciò non risultava confortato da riscontri specifici.

È certo, in ogni caso, che il giudizio nettamente negativo espresso da Studemund e successivamente confermato anche da Krüger<sup>127</sup> sull'uso dei reagenti impiegati da Bluhme<sup>128</sup> ha finito per esercitare un peso non indifferente sul modo in cui, a cominciare dal resoconto di Giuliani,<sup>129</sup> si è pensato di poter determinare le responsabilità di quanti hanno contribuito a compromettere la leggibilità del palinsesto veronese.<sup>130</sup>

Che Giuliani possa essere stato influenzato da quanto riferito da Studemund è ipotesi che può formularsi non soltanto tenendo conto degli echi dei giudizi di quest'ultimo distintamente percepibili nel resoconto che si legge nella sua storia della biblioteca Capitolare,<sup>131</sup> ma anche in base al testo inedito di una «Memoria» scritta a Verona da Studemund per Giuliani nel luglio del 1867.<sup>132</sup>

<sup>127</sup> Secondo P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, Leipzig 1888, 244 e ivi nt. 6, infatti, i danni procurati al palinsesto veronese non dovrebbero imputarsi in sé e per sé alla pericolosità della tintura giobertina, sperimentata da Peyron senza rovinare i manoscritti trattati, bensì al modo in cui Bluhme l'avrebbe preparata o impiegata.

<sup>128</sup> Sul valore di tali giudizi v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 155 nt. 2.

<sup>129</sup> G.B.C. GIULIARI, *La Capitolare Biblioteca*, cit., 241 s. [243 s.]; v. anche J.E. GOUDSMIT, *Studemund's Vergleichung der Veroneser Handschrift. Kritische Bemerkungen zu Gaius* (trad. ted. di S. Sutro), Utrecht 1875, iv. Per altri giudizi negativi su Bluhme v., più di recente, F. CALABRESE, *GAIUS Institutiones*, in A. PIAZZI (a cura di), *Biblioteca Capitolare - Verona*, Fiesole 1994, 62; G.P. MARCHI, *Breve discorso storico sulla Biblioteca Capitolare di Verona*, in S. MARCHI (a cura di), *I Manoscritti della Biblioteca Capitolare di Verona*, cit., 12; F. BRIGUGLIO, *La paternità*, cit., 211 e nt. 34 (da leggere insieme a ID., *Gaius*, cit., 26 s.), che ha considerato «l'ambizioso e spregiudicato VON BLUHME» responsabile dei «guasti terribili» arrecati al codice «con ripetute aggressioni chimiche»; cfr. ID., *L'individuazione di una quarta scriptura*, cit., 180 nt. 50: «Uno dei grandi responsabili dei guasti subiti dal Cod. XV (13) è Friedrich von Bluhme».

<sup>130</sup> In argomento cfr. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 444 [252 s.]; v. anche ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 254; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 155 nt. 2.

<sup>131</sup> G.B.C. GIULIARI, *La Capitolare Biblioteca*, cit., 199 ss. [201 ss.]; 241 s. [243 s.].

<sup>132</sup> BCapVr, Cod. DCCCCLXXXVII, b. I, XI, fasc. 8.1867, s.n.: «Memoria per il Revdo Monsig. Carlo C<sup>te</sup> Giuliani / Canonico. / Il Goeschen avendo descritto per la prima volta il testo del Gaio coll'ajuto del Bethmann-Hollweg, si mostrava che in varj punti difficil'issi<sup>m</sup>i la loro lezione abbisognava o di correzioni o di supplementi; per togliere questo difetto fu mandato il Bluhme, il quale si occupava però soltanto dei passi i più desperati, senza esaminare i luoghi putati sani ed in buon'ordine da lui. La critica intanto coll'ajuto di confronti cogli altri resti della giurisprudenza Romana essendo avanzata [!] anche per il Gaio di molto fino dai tempi dei viaggi del Goeschen e del Bluhme, la Reggia Accademia Berolinense mi incaricò nell'anno passato di esaminare ancora una volta per intero il testo del palinsesto del Gaio, in quanto si potrebbe leggere ancora dopo i deplorabili detrimenti causati per le tinte chimiche adoperate sulle membrane. Molti luoghi ho dovuto lasciare inesaminati, per motivo dell'illeggibilità dei caratteri latenti sotto i remedi chimici, in altri quasi numerosi ho riuscito di rettificare specialmente l'espressione del testo di Gaio, e in non pochi passi anche a completare il testo. I miei risultati saranno pubblicati quanto prima nella maniera, che la R. Accademia Berolinense stimerà opportuna.»

Eppure, erano stati proprio gli effetti dei reagenti impiegati da Bluhme che avevano fornito a Studemund un validissimo argomento per convincere il Capitolo del Duomo di Verona a consentirgli di trattare il già martoriato *codex rescriptus* con ulteriori sostanze chimiche, il cui uso gli fu invece vietato in altre biblioteche italiane.<sup>133</sup>

La campagna propagandistica messa in atto da Studemund per magnificare i frutti ottenuti nel riesame del codice veronese delle Istituzioni di Gaio, comunque, ebbe come effetto la rapida diffusione dell'idea che il giovane filologo fosse riuscito a varcare finalmente le colonne d'Ercole di fronte alle quali si erano dovuti arrestare invece tutti coloro che lo avevano preceduto nella decifrazione dei palinsesti, ottenendo risultati anche sulle pagine del manoscritto gaiano guastate da Bluhme.

4. Nei confronti dell'operato di Bluhme sono stati nutriti sospetti anche in relazione a un episodio che riguarda alcune delle sue schede, spedite insieme a una lettera indirizzata da Verona a Hugo<sup>134</sup> nell'ottobre del 1822<sup>135</sup> e mai giunte a destinazione.<sup>136</sup>

Lo smarrimento di tale lettera,<sup>137</sup> tuttavia, non comporta, come pure si è ritenuto, che «soltanto una parte delle Schede di Bluhme è arrivata fino a noi, perché quelle

<sup>133</sup> Non senza disappunto, infatti, a Milano gli fu negato il permesso di sottoporre il codice ambrosiano che tramandava l'epistolario di Frontone (*CLA* I 27; *CLA* III \*\*27) agli stessi trattamenti che aveva sperimentato con successo sul palinsesto gaiano, a dispetto della sua convinzione che essi avrebbero vivificato nuovamente i caratteri già decifrati da Mai. Le ragioni di un divieto di questo genere possono individuarsi nel clima di sospetto che Studemund aveva creato intorno a sé già a partire dal 1866 per il modo in cui aveva lavorato sul palinsesto ambrosiano di Plauto (*CLA* III 344a-346): cfr. M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 316 e nt. 112.

<sup>134</sup> Su Hugo può vedersi G. KLEINHEYER-J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*<sup>4</sup>, Heidelberg 1996, 207 ss., con altra bibliografia.

<sup>135</sup> Da quanto risulta dalle notizie sul *Briefwechsel* conservate nel *Nachlass* di Bluhme custodito a Bonn (ULB, S 1440) nonché da un appunto autografo sulla copertina di uno dei fascioletti che raccolgono le schede berlinesi di Bluhme (*infra*, § 6, *sub* III) si tratta della lettera di Bluhme a Hugo del 21 ottobre. In F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 447, invece, si riferisce che la lettera fu spedita il 16 ottobre.

<sup>136</sup> In particolare, si è ritenuto curioso che Bluhme si sia preoccupato di fornire una giustificazione solamente quando i protagonisti delle vicende considerati, ormai morti, non avrebbero più avuto la possibilità di replicare: cfr. gli autori citati in F. BRIGUGLIO, *Il Codice Veronese*, cit., 202 nt. 172.

<sup>137</sup> Su questo episodio, cui allude lo stesso F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 447, v. A.F. RUDORFF, *Über die lexikalen Excerpte aus den Institutionen des Gaius*, in *Philologische und historische Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* 1865, Berlin 1866, 338; W. STUDEMUND, *Prooemium*, in *Apographum*, cit., XIII; E. GLASSON, *Étude sur Gaius et sur quelques difficultés relatives aux sources du droit romain*, Paris 1885 (rist. Roma 1965), 188 ss.; E. VOLTERRA, *La prima edizione italiana del Gaio Veronese*, in *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, Napoli 1994, 327 s. nt. 16; H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 8; J.M. COMA FORT, *Índice comentado de las colecciones de fuentes del Corpus iuris civilis*, Cizur Menor 2008, 262 s. e ivi nt. 989; M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 428 s. e nt. 18 [241 e nt. 2]; ID., *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 507 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *El Gayo veronés: nuevas perspectivas sobre un tema de siempre (Anotaciones en torno a una nueva generación de romanistas)*, in *SDHI* 79, 2013, 644 e 650. Sul punto cfr. anche, sia pur con qualche fraintendimento (per cui v. *infra*, nel testo), F. BRIGUGLIO, *Gaius*, cit., 109 s.; ID., *Digital Gaius. Ragioni di una nuova lettura del Codex XV (13)*, in *SCDR* 25, 2012, 76 nt. 15; ID., *Il Codice Veronese*, cit., 200 ss.

relative alla seconda metà del III libro e a tutto il IV libro sono andate perdute.»<sup>138</sup> È vero, infatti, che le schede spedite a Hugo e mai arrivate al destinatario contenevano annotazioni relative alla fine del terzo e a tutto il quarto libro.<sup>139</sup> Ma ciò non implica necessariamente che Bluhme avesse annotato solamente su tali schede i risultati relativi «alla seconda metà del III libro e a tutto il IV quarto libro», sicché il loro mancato recapito avrebbe come conseguenza che l'intero lavoro di revisione condotto sui corrispondenti fogli del codice veronese sarebbe andato irrimediabilmente perduto. Se così fosse, del resto, in relazione a queste parti del testo non si dovrebbero trovare nella seconda edizione di Göschen novità derivanti dal riesame del palinsesto compiuto da Bluhme. Basta sfogliare, invece, il testo della nuova edizione per constatare come anche per la parte finale del terzo e per l'intero quarto libro delle Istituzioni Göschen abbia tenuto conto delle nuove letture suggerite da Bluhme.<sup>140</sup> Inoltre, se si dà una scorsa al contenuto delle schede spedite da Verona nel 1821, si può notare immediatamente che già nell'estate del 1821 Bluhme aveva reso noti i risultati relativi alla revisione di fogli del manoscritto che tramandavano la parte finale del testo delle Istituzioni. Così, le schede di Bluhme contrassegnate da Göschen con le lettere 'E' (ff. 10r-11u), 'F' (ff. 12r-13u) e 'G' (ff. 14r-15u) riferiscono proprio brani relativi al riesame di numerosi brani tratti dal quarto libro delle Istituzioni,<sup>141</sup> come peraltro risulta dalla letteratura di riferimento.<sup>142</sup>

D'altro canto va precisato che anche in seguito allo smarrimento delle schede spedite a Hugo, Bluhme aveva cercato di ovviare all'inconveniente ricorrendo a quanto aveva scritto per sé su alcuni foglietti, impiegati per realizzare una nuova copia<sup>143</sup> dei risultati della propria revisione.<sup>144</sup> Non è escluso che per questo scopo egli si fosse avvalso anche di quanto aveva

<sup>138</sup> Così F. BRIGUGLIO, *Gaius*, cit., 109; Id., *Digital Gaius*, cit., 76 nt. 15; Id., *Il Codice Veronese*, cit., 201 s.

<sup>139</sup> Al riguardo, infatti, è opportuno precisare che Bluhme non ha mai parlato della «seconda metà del III libro», bensì soltanto del suo «Schluß» (cfr. *infra*, nt. 144). Tale termine, in ogni caso, non può intendersi nel senso ritenuto da Briguglio, che lo ha riferito a tutta la seconda metà del terzo libro delle Istituzioni.

<sup>140</sup> Cfr., per esempio, [J.F.L. GÖSCHEN,] *Gaii Institutionum commentarii IV*<sup>2</sup>, cit., 286 e nt. 8; 296 e nt. 5; 321 e nt. 17; 324 s. e nnt. 2-5; 348 e nt. 13.

<sup>141</sup> Cfr. *infra*, § 6, *sub I*.

<sup>142</sup> In particolare, sulla scheda 'G', al f. 14u sono annotati i risultati relativi alla pagina 233 della *Reinschrift* (Gai 4.131-133), fra cui quelli relativi alla integrazione della lacuna che riguarda l'esempio di *praescriptio pro reo* riferito in Gai 4.133 (su cui v. *infra*, § 10 e nt. 265).

<sup>143</sup> Su quest'altra copia, come si accennava, si dovrà tornare per rendere conto del suo recente ritrovamento nella *Universitäts- und Landesbibliothek* di Bonn. Sul punto v. *infra*, § 9, nel testo, *sub II*.

<sup>144</sup> F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 448: «Freilich war der Schaden, der dieser Conflict zwischen Gaius und den Congreßmächten anrichtete, kein totaler; er betraf außer dem Schluß des dritten, vorzüglich das besonders wichtige vierte Buch des Gaius, und ich bewahrte noch eine größere Anzahl kleinerer Blättchen, auf welche die einzel[n]en Buchstaben einstweilen eingetragene waren, die sich in den desperaten Stellen vorläufig dem Auge darzubieten schienen, ohne daß ich damit zu verständlichen Worten gelangt wäre. Daraus ließ sich nun wohl eine neue Gesamtabschrift zusammentragen; nur dafür war keine volle Garantie zu leisten, daß nicht auf Manches, was spätere Lesungen definitiv verworfen oder wesentlich verbessert hatten, mit aufgenommen wurde.» Cfr. E. GLASSON, *Étude sur Gaius*, cit., 190.

annotato sull'esemplare della prima edizione delle Istituzioni di Gaio portato con sé dalla Germania.<sup>145</sup>

A ogni modo, fra le schede di Bluhme conservate a Berlino sono presenti vari appunti relativi a tutto il terzo e al quarto commentario delle Istituzioni, spediti a Göschen nel 1823, che risalgono al lavoro svolto durante l'estate del 1822 (ff. 25r-33r).

5. Che fra le schede di Bluhme oggi conservate a Berlino vi siano anche quelle su cui egli aveva registrato per sé i risultati del riesame del palinsesto veronese, oltre che quelle spedite a Göschen, è noto in letteratura.<sup>146</sup>

Tale circostanza vale a render conto delle ragioni che indussero Bluhme a menzionare insieme allo spiacevole accaduto dello smarrimento delle schede inviate a Hugo una lettera che Göschen gli aveva scritto il 16 marzo 1823 dopo aver ricevuto da Roma una serie di appunti relativi anche al terzo e al quarto libro delle Istituzioni di Gaio. In tale lettera Göschen gli faceva sapere di avere ormai digerito, per dir così, l'accaduto relativo allo smarrimento delle schede. Combinando quegli appunti con quelli già in suo possesso, infatti, egli si trovava nelle condizioni di poter lavorare finalmente alla seconda edizione delle Istituzioni. Sarebbe per questo motivo che Göschen, ad avviso di Bluhme, avrebbe tralasciato di menzionare l'episodio delle schede smarrite.<sup>147</sup>

Vale la pena di trascrivere il testo integrale di questa lettera, il cui originale fa parte del *Nachlass* di Bluhme oggi custodito a Bonn:<sup>148</sup>

Tausend Dank, mein sehr werther Freund, für Ihren Brief vom 1.<sup>ten</sup> dieses, welchen ich in diesen Tagen erhalten habe. Und Verzeihung, d. h. Bitte um Verzeihung, daß ich nicht erwidere, wie sein höchst interessanter und reichhaltiger Inhalt es erfordern würde. Aber eines Theils läßt mir der Schluß der Vorlesungen, welcher verdoppelte Anstrengung erheischt, keine Zeit – andern Theils sind wir auch hier nicht so an der Quelle neuer Entdeckungen, wie Sie – so daß es also auch bey aller Muße nicht möglich seyn | <sup>[u]</sup> würde, Gleiches mit Gleichem zu vergelten. – Ihre Veranstaltung wegen der verloren gegangenen *Gajana* ist die beste, die unter den obwaltenden Umständen möglich war. – *Savigny* ist, wie Sie jetzt aus einem eigenen Briefe von ihm wissen werden, wieder hergestellt, und daß

<sup>145</sup> In argomento v. già M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 428 [240 s.].

<sup>146</sup> Cfr. H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 8 s., il quale rammentava che fra le schede di Bluhme custodite a Berlino si conservano ancora «einige lose Notizen auf kleine Blättchen, welche die Grundlage für die bei der Post verlorengegangenen Abschriften abgegeben hatten». Sul punto v. anche J.M. COMA FORT, *Índice comentado*, cit., 263 nt. 990; M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 254.

<sup>147</sup> F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 448 s.: «G ö s c h e n war über diesen ärgerlichen Zwischenfall bald beruhigt: „Ihre Veranstaltung wegen der verloren gegangenen *Gajana* ist die beste, die unter den obwaltenden Umständen möglich war,“ so schrieb er mir am 16. März 1823, und so hat er die Sache ganz unerwähnt gelassen, als er die zweite Ausgabe unter Nachschaltung einzelner Notizen und Nachlesen aus dem Sommer 1823 erscheinen lies; als bloße Anekdote ward sie auch wohl belacht und allmählig vergessen.»

<sup>148</sup> Come si vedrà, infatti, valutato insieme a quello di altre lettere inedite inviate da Göschen a Bluhme, anche questo testo consente di ricostruire la vicenda dello smarrimento e delle sue conseguenze sul ritardo nei lavori per la realizzazione della seconda edizione berlinese delle Istituzioni.



er noch nicht wieder im vollen Besitz seiner Kräfte ist. Hoffentlich werden Sie die Vacation nach *Halle* nicht ausschlagen; und hoffentlich sehen wir Sie hier bey Ihrer Rückkehr nach Deutschland wenigstens zum Besuch. Grüßen Sie *Niebuhr* und die Seinige tausend Mahl.<sup>149</sup>

Nel novembre del 1823 era stato terminato il lavoro relativo ai primi nove fascicoli della nuova edizione. Nell'inviarli per posta a Bluhme, che nel frattempo era rientrato in Germania, Göschen lo informava delle difficoltà incontrate nella composizione del testo, anche in relazione al modo in cui nella stampa erano state rese le abbreviature; gli faceva sapere di aver ritenuto necessario talora ricorrere alle congetture, soprattutto per riempire lacune del testo in cui non era stato indicato puntualmente il numero delle lettere non individuate nel manoscritto; gli chiedeva se si ritenesse soddisfatto o meno del modo in cui era stato fatto uso delle sue schede; lo pregava di controllare quanto era stato già stampato nonché di comunicargli al più presto, e comunque prima che fosse troppo tardi, le varianti dei passi della *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* risultanti dal codice che Bluhme aveva ritrovato nella Biblioteca Capitolare di Vercelli,<sup>150</sup> sperando che potessero tornare utili per la *constitutio textus* delle Istituzioni di Gaio.<sup>151</sup>

<sup>149</sup> Göschen a Bluhme, Götting[en] 16.3.[18]23, in ULB, S 865, Nr. 8.

<sup>150</sup> BCV, Cod. CXXII, ff. 15rb-153ub. Sul ritrovamento del codice, che tramanda anche altre opere giuridiche (cfr. W. KAISER, *Die Epitome Iuliani. Beiträge zum römischen Recht im frühen Mittelalter und zum byzantinischen Rechtsunterricht*, Frankfurt am Main 2004, 122 ss.), v. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 427 e nt. 14 [240 e nt. 2]. Sul soggiorno di Bluhme a Vercelli, dove si era recato nell'ottobre del 1822 su consiglio di Peyron per studiare un manoscritto delle *Leges Langobardorum*, v. F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 86 s.; ID., *Prolegomenorum caput secundum*, in *Lex Dei siue Mosaicarum et Romanarum legum collatio. E codicibus manuscriptis Vindobonensi et Vercellensi nuper repertis auctam atque emendatam edidit notis indicibusque illustravit Fridericus Bluhme Hamburgensis, in Academia Georgia Augustae antecessor, magn. Brit. Hannoveranaeque Regi ab aulae cons.*, Bonnæ 1833, xxviii s.

<sup>151</sup> Göschen a Bluhme, Göttingen 7.11.[18]23, in ULB, S 865, Nr. 9: «Seyen Sie herzlich wilkom̄en, mein werther Freund, dießes der Berge. Ich hoffe, es wird Ihnen in *Halle* nach Wunsch gehen. Soll es uns hier so gehen, wie wir wünschen, so müssen Sie uns bald ein Mahl besuchen. Es ist ja so weit nicht, am wenigstens für einen so viel gereisten, zur Zeit ledigen Mann. / Sie erhalten anbey die ersten 9 Bogen des neuen *Gajus*. Wäre die Druckerey nicht so saumselig, so wären wir weiter. Der Druck wird Ihr Mißfallen erregen. Mir hat er schon Ärger genug gekostet – aber ich sehe, daß ich mit allem Ärger nichts ausrichte, und so habe ich angefangen mich zu ergeben. An Druckfehlern wird es auch nicht fehlen. Einige recht verdrießliche Fehler bey Abtheilung der Worte am Ende der Zeilen fallen den Correctoren zur Last. Sie wissen wohl, wo ihrer 2 sind, pflegt sich der Eine auf den Andern zu verlassen! | <sup>[14]</sup> Auf der 3.<sup>ten</sup> Seite Note 10. hat der Setzer ein *r* genom̄en, aber bey dem Abdruck ist der Haken abgesprungen oder sonst nicht zum Vorschein gekom̄en, und so ist ein *I* daraus geworden. Ihre Collation habe ich mit der größten Gewissenhaftigkeit benutzt. Aber freylich habe ich bisweilen zu Conjecturen meine Zuflucht nehmen müssen. In der Regel ist dieß nur bey Lücken geschehen, wo Ihre Punkte zuweilen noch nicht die Zahl der Buchstaben bezeichnen können, sondern nur ungefähr das Verhältniß der Räume andeuten sollen. Außerdem ist, so viel ich mich erinnere, nur Ein Mahl ein Zweifel bey mir entstanden, den Sie *ad I*, §. 92, Note 19. werden ausgedruckt finden. Wo Ihre Vergleichung mit den *Sched.* übereinstim̄t, habe ich hie und wieder bloß Statt *Sched.* gesetzt *Cod.* Sie werden mich sehr verbinden, wenn Sie die Güte haben, mir zu schreiben, ob Sie mit der Benutzung Ihrer Papiere, oder vielmehr mit der Art und Weise dieser Benutzung zufrieden sind, oder nicht. Daß die Punkte bey den Abbreviaturen in der Regel unten stehen, während der *Cod.* sie meist in der Mitte der Buchstaben hat, ist deßhalb geschehen, weil die Setzer zu einer andern Stellung des Punktes schwer zu bringen | <sup>[22]</sup> sind, und dieses Verfahren auch schon in der ersten Ausgabe überall beobachtet war. Aber nicht bloß über den Gebrauch, den ich von Ihren Papieren gemacht, bitte ich Sie, mir zu schreiben – sondern Sie werden mir den größten Gefallen thun, wenn Sie den neuen Abdruck recht genau durchgehen und mir nichts vorenthalten, was sie auszusetzen finden. Hätte ich nicht die unablegbare Gewohnheit, im̄er nur, wenn mir das Feuer

Alla fine dell'anno Göschen tornava a scrivere a Bluhme facendogli i propri auguri per il recente fidanzamento<sup>152</sup> e avvisandolo che la nuova edizione delle Istituzioni e del *Fragmentum de iure fisci* era finalmente terminata. Come stabilito in precedenza, Reimer versò l'onorario di 50 *Friedrichsdor* a Savigny, che li avrebbe poi fatti avere a Bluhme.

Nel ringraziare per il primo volume dell'*Iter italicum* avuto in dono da Bluhme, Göschen aveva osservato che in esso il cognome dell'autore era stato stampato senza la lettera 'h' (Blume);<sup>153</sup> non avendo potuto prevedere il cambio di ortografia, tuttavia, egli aveva ancora impiegato l'ortografia 'Bluhme'.<sup>154</sup>

Nel febbraio del 1825 Göschen tornò a scrivergli per chiarire alcune questioni connesse all'invio di copie omaggio della seconda edizione e chiedergli la cortesia di controllare gli *Addenda e Corrigenda*.<sup>155</sup>

auf den Nägeln brennt, Hand anzulegen, hätte ich also das Ms. nicht im̄ erst in Ordnung gebracht, wenn der Bothe des Setzers beynae schon vor der Türe stand, so hätte Manches besser werden können – und es würde dann auch das noch Rückständige besser gerathen. Zu den Wirkungen der Eile gehört dann auch das Verfahren, welches ich I, §. 118. beobachtet habe. Es wäre wohl besser gewesen, aus 117. 118. u. 118<sup>a</sup> Einen §. zu machen. Jetzt nim̄t sich der §. 118<sup>a</sup> wunderlich aus. – Ich kom̄e jetzt nächstens an den Anfang des III. Buches. Früher waren Sie einmahl so gütig, mir dafür die Varianten aus dem von Ihnen verglichenen |<sup>[2u]</sup> Ms. der *Collatio* zu versprechen. Sind Sie dazu noch gewilliget, so bitte ich Sie, mir jene Varianten sobald als irgend möglich zukom̄en zu lassen – sonst möchte es zu spät seyn.»

<sup>152</sup> Rientrato in Germania, dove grazie all'interessamento di Savigny aveva ottenuto una cattedra all'università di Halle, infatti, Bluhme si era fidanzato con Louise Charlotte Marianne Reil, figlia di Johann Christian Reil (1759-1813), professore di medicina interna all'università di Berlino. Il matrimonio fra i due sarebbe stato celebrato a Halle il 21 luglio 1825.

<sup>153</sup> Cfr. [J.A.R. VON] STINTZING, *Bluhme, Friedrich (Blume)*, in ADB 2, Leipzig 1875 (rist. Berlin 1967), 737: «Die Rechtschreibung seines Namens hat er in Italien, um den landesüblichen Verunstaltungen auszuweichen, geändert, später aber das ihm ursprünglich zukommende h wieder aufgenommen.»

<sup>154</sup> Göschen a Bluhme, Göttingen 31.12.[18]24, in ULB, S 865, Nr. 10: «Werther Freund / Empfangen Sie meinen herzlichen Glückwunsch zu Ihrer Verlobung, der hoffentlich die Hochzeit bald folgen wird. / *Gajus* ist endlich, soweit von mir abhängt, fertig. Der Buchdrucker wird wohl erst gegen die Mitte des kom̄enden Monats fertig werden. Von Einem Exemplare sind, wie ich glaube, bereits in Ihren Händen die Bogen A-X. Ich bitte darüber nur gefälligen Auskfun̄t, damit ich im Stande sey, dieß Exemplar gehörig zu complētiren. Vier andere vollständige Exemplare Ihnen zukōmen zu lassen, habe ich *Reimer* aufgegeben, den ich zugleich angewiesen, die Ihnen gebührenden 50 *Friedrichsdor* an *Savigny* zu zahlen. So hatten Sie Selbst es früher bestim̄t. An *Mühlenbruch* werde ich ein Exemplar schicken, hoffend, mir dadurch die Fortsetzung seiner *Doctrina Pandectarum* zu verdienen, wovon ich nur das *Vol. 1.* erhalten habe. Was *Pernice* betrifft, so bilde ich mir ein, daß Sie ihm ein Exemplar geben werden. Das wäre mir sehr lieb, denn ich muß so viel weggeben, daß ich mit meinen Freyexemplaren lange nicht ausreiche, sondern bedeutend zu kaufen muß. / Für Ihr *Iter Italicum* meinen besten Dank. Sie haben da das *h* aus Ihrem Namen gestrichen. Daß Sie dieß thun würden habe ich bey meinem *Gajus* nicht voraussehen können; da also müssen Sie Sich schon gefallen lassen, mit einem *h* zu figuriren. Ich hoffte übrigens in Ihrem *Iter Italic.* vollständigen Auskfun̄t zu finden über den *Cod. Vercellensis* der *Collatio*. Dieß ist nicht der Fall gewesen. Habe ich nun nicht recht gesehen, oder sind Sie über diesen Gegenstand absichtlich nur ganz kurz hinweggegangen?».

<sup>155</sup> Göschen a Bluhme, Götting[en] 13.2.[18]25, in ULB, S 865, Nr. 11: «Schon vor einiger Zeit habe ich mir erlaubt, Werther Freund, Ihnen über die Vollendung des *Gajus* ausführlichen Bericht abzustatten, und Sie zugleich ersucht, mich wissen zu lassen, wie viele Bogen bereits in Ihren Händen wären. Ich besorge nicht, daß mein Brief verloren gegangen, sondern ich finde den sehr natürlichen Grund, weßhalb Sie Sich mit der Antwort nicht übereilt haben – in Ihrem Bräutigams-Stande. Da nun aber die Verlobungsfesten Sie

6. Le schede di Bluhme conservate a Berlino sono di vario formato.<sup>156</sup> Oggi esse sono tutte conservate in una cartella color blu di Prussia (SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2, Fasz. 1) sulla cui copertina si legge:

III.  
F. Bluhme,  
Nachlese zu den Fragmenten des Gaius.  
1822.

All'interno di questa cartella vi è una busta rettangolare, anch'essa di color blu di Prussia (mm. 156 x 232), con un'etichetta a forma di ottagono allungato su cui è scritto:<sup>157</sup>

*Meine Abschriften  
aus der Veroneser Hds.  
des Gaius.  
Ms. lat. Berlin.  
fol. N.º 308.*

La busta racchiude quattro fascioletti, realizzati con fogli di cartoncino bianco ripiegati a metà, contenenti una lettera e le schede. Sulla prima facciata di ciascuno dei fascioletti (mm. 201 x 135) è indicato, anche se non sempre in modo preciso,<sup>158</sup> il rispettivo contenuto. Una loro descrizione consente di individuare più facilmente i passi del palinsesto riesaminati da Bluhme e, quindi, permette di orientarsi nell'uso delle schede ai fini delle *constitutio textus* delle Istituzioni di Gaio.

(I.) Nel primo fascioletto (ff. 1-4) sono raccolte una lettera inviata a Göschen da Verona il 1 luglio 1821 (f. 2),<sup>159</sup> contrassegnata sul *uerso* dalla lettera maiuscola 'H', e una scheda ricopiata con la grafia di Göschen (f. 3), contrassegnata dalla lettera maiuscola 'A'. Sulla copertina del fascioletto (f. 1r) si legge:

*I Sendung an Göschen 1 Juli 1821.*  
*Von Göschen copirt und bezeichnet A.*

noch länger verhindern dürften, so schicke ich Ihnen auf gut Glück dasjenige, wovon ich glaube, daß es Ihnen noch an der Vollständigkeit Ihres Exemplars fehlt. Zugleich füge ich ein Exemplar für *Mühlenbruch* bey mit der Bitte, es ihm alsbald zukom-en zu lassen. Das an für aut (pag. 67. der neuen Ausg.) ist in den *Corrigendis* notirt, ohne Nennung eines Namens, da ich über die Auctorschaft in Ungewißheit war. Sie würden mir einen Gefallen thun, wenn Sie vor Lesung des Buches die *Add.* u. *Corr.* verglichen; manches Achselzucken über mich würde mir dadurch erspart werden.»

<sup>156</sup> La maggior parte delle schede è in ottavo: SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beilage 2, Fasz. 2, ff. 6-15 (mm. 194 x 125); ff. 18-19 (mm. 180 x 120); ff. 20-30 (mm. 191 x 117); f. 33 (mm. 196 x 124). Vi sono poi una scheda in ottavo di formato leggermente maggiore, ossia quella del f. 31 (mm. 218 x 162), e una scheda in sedicesimo, ossia quella del f. 32 (mm. 95 x 116).

<sup>157</sup> Cfr. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 433 s. [244 s.], con riproduzione fotografica in bianco e nero della busta.

<sup>158</sup> Cfr. *infra*, nel testo, *sub* IV.

<sup>159</sup> Bluhme a Göschen, Verona 1.7.1821 (cfr. *supra*, § 2, nt. 61).

Sul *verso* della scheda contrassegnata dalla lettera maiuscola 'A' (f. 3u) Göschen ha ricopiato con la propria grafia i risultati della scheda di Bluhme relativa al f. 75r del palinsesto (Gai 1.21-22), corrispondente alla pagina 5 della *Reinschrift*. Si tratta del primo foglio rivisto da Bluhme durante il proprio soggiorno a Verona nell'estate del 1821. Ciò risulta dalla lettera scritta a Göschen il 1° luglio 1821, conservata in questo stesso fascicoletto, in cui Bluhme aveva trascritto (f. 2u) quanto era riuscito a leggere nel f. 75r del palinsesto veronese.<sup>160</sup>

Nella scheda 'A', tuttavia, Göschen ha segnato qualche carattere in più rispetto a quelli trascritti sulla lettera di Bluhme del 1° luglio. In particolare, all'inizio del rigo 6 si trovano le lettere 'ex' e all'inizio del rigo 19, prima della parola '*latinum*', si trova annotato '*natq:*'. La scheda relativa a questo stesso foglio, redatta di pugno da Bluhme e inviata a Göschen con la *Zweite Sendung*, è contrassegnata dalla lettera maiuscola 'C' e si trova nel secondo fascicoletto (f. 8).<sup>161</sup> Anche in questa scheda (f. 8r) si leggono varie lettere in più rispetto a quelle presenti sulla scheda contrassegnata dalla lettera 'A'.

Sul *recto* della scheda 'A' (f. 3r) Göschen ha ricopiato i risultati relativi alla pagina 205 della *Reinschrift*, corrispondente al f. 66r del palinsesto veronese (Gai 4.48-52), appuntando in un apparato di note a piè di pagina le annotazioni di Bluhme («Bemerkungen von *Bluhme*»). La corrispondente scheda scritta di pugno da Bluhme, inviata con la *Zweite Sendung* e contrassegnata dalla lettera maiuscola 'E', è conservata nel secondo fascicoletto (f. 11r).<sup>162</sup> In effetti, sul *verso* della scheda 'E' Bluhme ha annotato che la trascrizione in essa contenuta è più fedele e più corretta di quella inviata a Hugo qualche settimana prima (f. 11u): «Diese Abschrift ist genauere und richtiger, als diejenige, welche ich vor einigen Wochen an *Hugo* geschickt habe. Fehlt vielleicht eine Zeile zwischen *lin. 2* und *3?*».<sup>163</sup>

Benché sulla copertina del secondo fascicoletto (f. 5r) Bluhme avesse appuntato di aver inviato a Niebuhr da Livorno il 27 agosto 1821 estratti delle letture del palinsesto gaiano,<sup>164</sup> nella parte del *Nachlass* di Niebuhr che si trova nell'archivio dell'Accademia delle Scienze di Berlino la prima lettera di Bluhme a Niebuhr ha la data del 7 settembre 1821.<sup>165</sup> In effetti, dal quadro del *Briefwechsel während der italienischen Reise* che si legge su un foglio custodito presso la biblioteca universitaria di Bonn (ULB, S 1440), risulta che Bluhme scrisse a Niebuhr per la prima volta il 7 settembre, mentre non si trova alcuna traccia di una lettera inviata il 27 agosto 1821.<sup>166</sup> È probabile, quindi, che gli estratti a

<sup>160</sup> In questa lettera Bluhme ha scritto per errore che si trattava della pagina corrispondente al f. 85r (LXXXV<sup>a</sup>): cfr. M. VARVARO, *Una lettera inedita*, cit., 413 [248].

<sup>161</sup> Cfr. *infra*, nel testo, *sub II*.

<sup>162</sup> Cfr. *infra*, nel testo, *sub II*.

<sup>163</sup> Cfr. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 503 nt. 239.

<sup>164</sup> *Infra*, nel testo, *sub II*.

<sup>165</sup> Bluhme a Niebuhr, Livorno 7.9.1821, in ABBAW, *Nachlass B.G. Niebuhr 61* (Bluhme), ff. 1-2, dal cui testo risulta esplicitamente che si tratta della lettera con cui cominciò la corrispondenza fra Bluhme a Niebuhr: cfr. *supra*, § 2, nt. 40.

<sup>166</sup> La risposta di Niebuhr (Niebuhr a Bluhme, Rom 10.9.1821, in ULB, S 675f, Nr. 1), si riferisce esplicitamente all'invio di nuove letture del palinsesto veronese. Un riassunto del contenuto di questa lettera inedita può leggersi in B.G. NIEBUHR, *Briefe · Neue Folge*, I, cit., 685 [Nr. 370].

cui Bluhme allude siano quelli relativi alla scheda allegata alla lettera scritta a Niebuhr da Lucca il 30 settembre 1821.<sup>167</sup>

(II.) Il secondo fascicoletto (ff. 5-16) contiene sei schede scritte con la grafia di Bluhme, contrassegnate da Göschen con le lettere maiuscole da 'B' a 'G'. Sulla copertina (f. 5r) si legge:

*II Zweite Sendung*

*(Von Göschen gezeichnet BCDEFG)*

An Savigny gesandt Bologna 6 Aug. 1821.

In Auszügen an Hugo <sup>22/</sup><sub>24</sub> Aug. 1821. Livorno

„ „ „ Niebuhr Livorno 27 Aug. 1821

Savigny's Empfangsanzeige v. 21. Aug. 1821.

Savigny's Vorschläge über weiteres Honorar

7 Mai 1822.

*Gaius fol. 1-54: liber I*

„ „ 55-126 liber II

„ „ 127-188 liber III

„ „ 189-251 liber IV

Pure in questo fascicoletto, come nel primo, sono raccolte schede su cui Bluhme ha registrato i risultati dei lavori svolti durante l'estate del 1821. Sulla copertina si allude anche alle lettere di risposta ricevute da Savigny in relazione alla ricezione delle schede e alla lettera del 7 maggio 1822 relativa alla proposta di concordare con l'editore Reimer un onorario per la collazione. Immediatamente sotto Bluhme ha appuntato per ciascuno dei quattro commentari delle Istituzioni i numeri delle pagine che corrispondevano alla numerazione delle trascrizioni ordinate nella *Reinschrift* e indicate nella prima edizione di Göschen.<sup>168</sup>

È bene precisare che l'attuale cartulazione non corrisponde all'ordine in cui vanno letti i fogli delle singole schede.

La prima (scheda 'B') contiene le lezioni relative alle pagine del primo commentario. Sulla parte superiore del f. 7u, difatti, Bluhme ha appuntato «*Gaj. Lib. I.*» Si tratta segnatamente delle pagine del manoscritto che nella *Reinschrift* di Göschen corrispondono alle pagine 4,<sup>169</sup> 6, 7, 11, 15, 17, 19 e 22 (f. 7u); alle pagine 30 e 35 (f. 6r); alle pagine 38, 39, 40, 43 e 45 (f. 7r) e alle pagine 46, 51 e 54 (f. 6u).

Sul *recto* della scheda 'C' (f. 8r) Bluhme ha trascritto le lettere individuate nel foglio del palinsesto corrispondente alla pagina 5 della *Reinschrift*, da confrontare con quelle indicate nella lettera che Bluhme scrisse a Göschen da Verona il 1 luglio 1821.<sup>170</sup>

Sulla scheda 'D' (f. 9) si leggono i risultati relativi a passi del secondo commentario, come risulta dall'annotazione posta in alto alla scheda: «*Gaj. Lib. II.*», e in particolare ai fogli

<sup>167</sup> ULB, S 675f, ad Nr. 1, su cui v. *infra*, § 9, nel testo, *sub I.*

<sup>168</sup> Cfr. *supra*, § 2, nt. 36.

<sup>169</sup> In relazione alla lettura del rigo 14 di questa pagina Bluhme ha annotato sulla scheda: «Wenn kein Schreibfehler Statt fand, so ist die Lücke zu groß, um bloß die Silben *pera* enthalten zu haben.»

<sup>170</sup> Cfr. *supra*, nel testo, *sub I.*

del manoscritto che nella *Reinschrift* di Göschen corrispondono alle pagine 55, 58, 81, 85, 88, 104 e 113.

La scheda 'E' (f. 10u-11u) contiene invece i risultati del riesame dei fogli del quarto commentario. Anche in questo caso ciò si ricava immediatamente dall'annotazione «*Gaj. Lib. IV.*» posta in alto alla prima colonna (f. 10u). Le pagine del manoscritto esaminate corrispondono alle pagine 189, 190, 191, 193, 197, 198, 200, 201, 203 (f. 10u), nonché alla pagina 205 della *Reinschrift* di Göschen (f. 11ru).

Risultati relativi al quarto commentario sono registrati anche sulla scheda 'F' (ff. 12-13) e sulla scheda 'G' (ff. 14-15). La scheda 'F', in particolare, raccoglie i risultati delle pagine del palinsesto corrispondenti alle pagine 206, 207, 208, 209, 211 e 212 (f. 12u); alle pagine 212, 216, 220, 224 e 225 (f. 13r); e alla pagina 227 (f. 13u), mentre la scheda 'G' contiene quelli della collazione delle pagine 228, 230, 233, 244 (ff. 14u-15r),<sup>171</sup> 241 (f. 15r), 245, 248 e 249 (f. 15u).

(III.) Sulla copertina (f. 17r) del terzo fascioletto (ff. 17-21) si legge:

*III Gaius lib. I-IV.*<sup>172</sup> *Nachlese v. 1822*  
*Dritte Sendung Übersandt an Göschen* † *Verona* † *8 Aug. 1822*  
*Schluss angemeldet an Hugo 21 Oct. 1822,*  
*nicht angekommen.*

Da questo appunto si ricava che il fascioletto raccoglie i frutti della collazione effettuata nel 1822, una parte dei quali furono appuntati su schede spedite a Göschen con la lettera dell'8 agosto 1822. Da questo stesso appunto risulta che la fine dei lavori fu comunicata a Hugo con una lettera che non giunse a destinazione.<sup>173</sup> Ci si aspetterebbe, inoltre, che in esso siano contenuti i risultati di tutti e quattro i commentari delle Istituzioni (*Gaius lib. I-IV.*). Il fascioletto, invece, racchiude solamente due schede con letture relative ai primi due commentari: una scheda di quattro facciate (ff. 18r-19u) e una di due facciate (f. 20ru). Come si vedrà, le letture relative al terzo e al quarto commentario compiute da Bluhme nel 1822 sono raccolte nell'ultimo dei quattro fascioletti.<sup>174</sup>

(III.a) Sulla parte superiore del *recto* della prima delle due schede raccolte nel terzo fascioletto (f. 18r)<sup>175</sup> Bluhme ha appuntato: «*Nachlese zum Gaius vom Jahre 1822.*» Seguono alcune informazioni sui segni impiegati per una corretta comprensione delle lezioni registrate sulla scheda, come sottolineature con inchiostro di colore rosso, indicazioni relative alla corrispondenza della lezione riscontrata nel manoscritto con la trascrizione appuntate sulle schede di Göschen («*C = S*», ossia: «*Codex = Schedae*»), o l'uso di punti interrogativi per segnalare quale delle varianti fosse ritenuta meno verosimile rispetto alle altre.<sup>176</sup>

<sup>171</sup> Una riproduzione a colori del f. 14u può vedersi in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 464.

<sup>172</sup> Diversamente F. BRIGUGLIO, *Il Codice Veronese*, cit., 199 nt. 163, che ha letto: «*III Gaius lib. I-IV.*»

<sup>173</sup> In argomento v. *supra*, § 3.

<sup>174</sup> *Infra*, nel testo, *sub IV.*

<sup>175</sup> Una riproduzione a colori di questa pagina può vedersi in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 506.

<sup>176</sup> Cfr. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 505 e nt. 247. In realtà si hanno

Immediatamente sotto sono registrate letture relative a fogli del codice corrispondenti alle prime pagine della *Reinschrift*, ossia delle pagine 2 (Gai 1.3-8), 3 (Gai 1.8-16), 10 (Gai 1.38-43), 11 (Gai 1.43-45), 12 (Gai 1.45), 14 (Gai 1.53-55), 15 (Gai 1.55-59), 17 (Gai 1.62-66) 18 (Gai 1.66-69) e 19 (Gai 1.69-73); sul *uerso* (f. 18u) continuano le annotazioni relative alle pagine 19 (Gai 1.69-73), 22 (Gai 1.80-84), 25 (Gai 1.92-96), 26 (Gai 1.96-101), 27 (Gai 1.101-107), 28 (Gai 1.108-112), 30 (Gai 1.115-118), 31 (Gai 1.118-121) e 32 (Gai 1.121-123). Sul f. 19r sono raccolte letture relative alle pagine 32 (Gai 1.121-123), 41 (Gai 1.145-150), 47 (Gai 1.168-175), 55 (Gai 2.1-9), 63 (Gai 2.35-39) e 66 (Gai 2.50-53); mentre sul f. 19u quelle delle pagine 66 (Gai 2.50-53), 67 (Gai 2.53-58), 69 (Gai 2.62-67), 71 (Gai 2.71-78), 72 (Gai 2.78-79), 73 (Gai 2.79-83), 74 (Gai 2.83-87), 75 (Gai 2.87-92), 76 (Gai 2.92-96), 78 (Gai 2.102-104), 79 (Gai 2.104-106), 82 (Gai 1.112-117), 83 (Gai 2.117-121) e 84 (Gai 2.121-124).

(III.b) Sull'altra scheda di due facciate si hanno appunti che sul *recto* (f. 20r) riguardano le pagine 86 (Gai 2.127-132), 88 (Gai 1.134-137), 89 (Gai 2.137-142), 93 (Gai 2.151a-155), 95 (Gai 2.160-163), 98 (Gai 2.172-177), 100 (Gai 2.180-181), 103 (Gai 2.191-195), 107 (Gai 2.205-210), 108 (Gai 2.210-214) e 110 (Gai 2.218-220); e sul *uerso* (f. 20u) e le pagine 111 (Gai 2.220-223), 112 (Gai 2.223-226), 113 (Gai 2.226-232), 114 (Gai 2.233-238), 115 (Gai 2.238-241), 120 (Gai 2.255-258), 122 (Gai 2.261-267), 123 (Gai 2.268-273), 124 (Gai 2.274-279), 125 (Gai 2.279-286) e 126 (Gai 2.286-289) della *Reinschrift* (f. 20u). Segue un supplemento (*Nachtrag*) relativo alle pagine 11 (Gai 1.43-45), 19 (Gai 1.69-73) e 79 (Gai 2.104-106) in cui Bluhme formula alcune proposte di nuove letture:

Nachtrag für H<sup>m</sup> Prof. *Göschel*. Ich glaube, daß in meiner ersten Abschrift der 2 ersten Bücher folgendes noch nicht erwähnt ist:

zu p. 11 n. 4: ACENAT· scheint mir *licentia*

*ibid.* Z. 4 a.E.<sup>177</sup> scheint mir eher *amplius n̄* (*non*), als *nihil amplius* zu stehen.

zu p. 19, lin. 24 Aus *nisi* möchte ich jetzt lieber *quasi*, als *velut* machen.

zu p. 79 n. 14 Im Testament der *Hermenthrudis* (*Sav.* RGsch II, 115) steht *perhibitote*.

(IV.) Il quarto e ultimo fascicoletto (ff. 22-34) contiene sette schede sciolte di vario formato redatte nel 1822. L'attuale cartulazione a matita non tiene conto di quello che doveva essere l'ordine in cui le schede erano raccolte in origine, e che doveva seguire la successione dei passi delle Istituzioni in relazione ai quali erano state appuntate le lezioni ottenute in base alla collazione del manoscritto gaiano.

Sulla parte superiore della copertina del fascicoletto (f. 22r) si legge:

*IV Gaius fol. 127.-187. Liber III*

*Zweite Sendung der Nachlese*

*Übersandt von Rom 1 März 1823*

*beantwortet v. Göschel 16 März 1823.*

anche alcune sottolineature di colore verde (f. 20r), che dovevano assolvere alla stessa funzione di quelle effettuate con inchiostro di colore rosso.

<sup>177</sup> Abbreviatura di: 'am Ende'.

Benché da questo appunto sembra ricavarsi che il fascicoletto contenga solamente le schede relative alle pagine 127-187 della *Reinschrift* di Göschen (e dunque alla parte finale del terzo libro), spedite da Roma il 1° marzo 1823, l'analisi del suo contenuto consente di stabilire che al suo interno si trovano anche schede relative ad altre parti della collazione effettuata nel 1822. Tale conclusione è confermata da quanto si legge in una lettera di Bluhme a Savigny del marzo del 1823, da cui risulta che il 1° e il 12 marzo egli aveva spedito a Göschen una nuova copia delle schede relative agli ultimi due libri delle Istituzioni,<sup>178</sup> e dunque anche al quarto.<sup>179</sup> Ma il fascicoletto, in realtà, contiene anche schede relative ai primi due libri.

(IV.a) Nella prima scheda, composta da due fogli (ff. 23-24), sono registrate le lezioni relative al testo dei primi due commentari delle Istituzioni,<sup>180</sup> e precisamente quelle della porzione di testo compreso nelle pagine 2-85 della *Reinschrift* di Göschen,<sup>181</sup> che, come si è visto, sono segnate anche sulle schede del terzo fascicoletto.<sup>182</sup>

Sulla parte superiore della prima facciata (f. 23r) Bluhme ha scritto: «*Nachlese zum Gajus vom J. 1822.*» Si tratta della stessa annotazione che si legge anche sulla prima pagina delle schede racchiuse nel terzo fascicoletto,<sup>184</sup> nonché sulla prima pagina del fascicolo di schede che si trova nel *Nachlass* di Bluhme conservato a Bonn (ULB, S 1140).<sup>185</sup> Tale indicazione induce a ipotizzare che le schede contenute in questo fascicoletto, insieme alle altre custodite a Berlino, rappresentano la base della copia custodita a Bonn.

(IV.b) Sulla base della cartulazione attuale, la scheda successiva (ff. 25-26) contiene gli appunti relativi alle lezioni dei passi del terzo commentario, e in particolare alla parte corrispondente alle pagine 127-187 della *Reinschrift* di Göschen, con una riproduzione dell'*explicit* del terzo libro (f. 26u) per alcuni versi più accurata di quella riprodotta sulla scheda della *Reinschrift* di Göschen. La circostanza che questa scheda contiene i frutti della collazione relativi al terzo libro è annotata in alto a destra sulla prima facciata (f. 25r), dove si legge: «*Gaj. lib. III.*». Inoltre, poiché si tratta della scheda che raccoglie i risultati delle pagine del

<sup>178</sup> Bluhme a Savigny, Rom 15./19.3.1823, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 136 ss. [Nr. 52], qui 136: «Gajus muß allerdings verloren sein. Wie Justinian mit seinen griechischen Constitutionen seine treuesten Anhänger ins Unglück stürzt, habe ich Göschen auseinandergesetzt. Seitdem erhalte ich aus Verona die vertrauliche Antwort, ich werde den Brief schwerlich wiedererhalten, weil man die Unterschlagung nicht eingestehen werde, es möchten denn diplomatische Schritte gethan werden. Indeß habe ich schon am 1<sup>sten</sup> und 12<sup>ten</sup> März eine neue Abschrift der 2 letzten Bücher an Göschen geschickt und ihn gebeten, sich wegen der beiden ersten an Sie zu wenden, falls er sie nicht vollständig haben sollte. Deßhalb füge ich diese jetzt für Sie bei, bitte aber auf jeden Fall, den Schluß an Göschen zu senden, auf den es doch allein ankommen würde.» La minuta di questa lettera, che presenta alcune varianti rispetto al testo di quella poi spedita a Savigny ed edita da Strauch, è custodita in ULB, S 675e.

<sup>179</sup> Cfr. *infra*, nel testo, *sub* IV.c.

<sup>180</sup> Nei ff. 23r-24r sono state annotate lezioni relative al primo commentario e nel f. 24ru lezioni relative al secondo commentario.

<sup>181</sup> Gai 1.3-2.127.

<sup>182</sup> Cfr. *supra*, nel testo, *sub* III.a.

<sup>183</sup> Abbreviatura di: 'Jahr' (o 'Jahre').

<sup>184</sup> Cfr. *supra*, nel testo, *sub* III.

<sup>185</sup> Cfr. *infra*, § 9, nel testo, *sub* II.



terzo libro cui si allude sulla copertina del fascicoletto, si può ipotizzare che in origine essa ne costituisca da sola il contenuto, e che le altre schede siano state inserite in un momento successivo in questo fascicoletto dallo stesso Bluhme o da altri studiosi che se ne sono serviti.

(IV.c) Segue una scheda composta da due fogli (ff. 27-28). Sul primo sono annotati risultati della collazione relativi alla prima parte del quarto commentario.<sup>186</sup> Ciò risulta immediatamente dall'appunto che si trova in testa alla prima pagina (f. 27r), dove si legge: «*Comm. IV. Gaijus.*», sotto cui Göschen ha scritto una annotazione a matita («E. d. Brief. v. 1. *Maerz* 23.»<sup>187</sup>). Da ciò si ricava che la scheda era stata spedita da Bluhme insieme alla lettera del 1° marzo. L'annotazione trova riscontro nella lettera di Göschen a Bluhme del 16 marzo 1823.<sup>188</sup>

Nella pagina successiva, da cui è stata tagliata la parte corrispondente alla metà inferiore del foglio, Göschen ha scritto un testo indirizzato a Göschen (f. 28):<sup>189</sup>

Ich gebe, auf Abschlag, ein kleines Stück des 4ten Buchs, in der Hoffnung, daß das Porto dadurch nicht erhöht werde. Da er an rother Dinte gebrach, mußte ich die zweideutigen Punkte und<sup>190</sup> dgl. schwarz unterstreichen, und ein *sic* hinzusetzen.

Jetzt ist mir erst die eigentliche Ursache eingefallen, die meinem Briefe an Hugo den Untergang gebracht haben muß. Ich hatte nämlich darin meine bevorstehende Abreise gemeldet, und hinzugefügt, daß ich nun auf mit der griechischen Constitution fertig sei, nämlich mit der, von der ich Savigny schon früher geschrieben, daß ich sie ganz abschreiben wolle. Das Unglück hat also einzig und allein Hugo auf der Seele. Wäre ich in der alten Schule unterrichtet, so hätte ich mich nie mit „Constitutionen“ abgegeben, und es wäre mir nie eingefallen, den ehrwürdigen Rechtskörper in „Fragmente“ auflösen zu wollen; durch Hugo's gefährliche Neuerungen |<sup>[28u]</sup> aber ist die Legitimität in ihrer eigentlichen Wurzel, in dem Worte „*lex*“ selbst angegriffen worden. *Reimer*, Sie und ich, müssen jetzt unsern Regreß an H.<sup>191</sup> nehmen, und ich wenigstens will mir meine Ansprüche zum Compensiren reserviren, falls er mich dafür strafen wollte, daß ich ihm noch nicht auf den Brief vom 15 *Dec.* geantwortet habe.<sup>192</sup>

Wissen Sie, daß *Kopitar*<sup>193</sup> jetzt im Palimpsesten in Wien abschreibt, Stücke vom Lucan

<sup>186</sup> Si tratta segnatamente di letture relative alle pagine 189-217 della *Reinschrift*, corrispondenti nelle moderne edizioni al testo di Gai 4.1-78.

<sup>187</sup> Da sciogliere in: 'E(inlage) d(es) Brief(es) v(on) 1. *Maerz* 23.'

<sup>188</sup> Göschen a Bluhme, Göttingen 16.3.[18]23, in ULB, S 865, Nr. 8, qui f. 1r: «Tausend Dank, mein sehr werther Freund, für Ihren Brief vom 1.<sup>ten</sup> dieses, welchen ich in diesen Tagen erhalten habe.»

<sup>189</sup> Una parte di questo testo è stata già trascritta in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 509. Cfr. anche la copia, realizzata da Bluhme con piccole varianti ortografiche, oggi conservata nel suo *Nachlass* custodito a Bonn (ULB, S 1440).

<sup>190</sup> Segue cancellato: 'Con'.

<sup>191</sup> Abbreviatura di: 'Hugo'.

<sup>192</sup> L'originale inedito di questa lunga lettera di Hugo a Bluhme del 15.12.1822 è custodita oggi in ULB, S 675c, Nr. 2, ff. 99-101. Da un appunto che si legge sulla prima facciata della lettera (f. 99r) si ricava che Bluhme avrebbe risposto solamente il 3 maggio: si tratta della lettera di Bluhme a Hugo, Rom 3.5.1823, in ULB, S 675c, Nr. 2, ff. 107-108. Nel frattempo, tuttavia, i due si erano scambiati altre lettere, come quella di Bluhme a Hugo scritta a Roma il 4.1.1823 (ULB, S 675c, Nr. 2, f. 102).

<sup>193</sup> Su Bartholomäus (Jernej) Kopitar (1780-1844), bibliotecario della *Hofbibliothek* di Vienna, v. [S.]

und a. m.<sup>194?</sup> Nach einer fast unwiderlegbaren Combination von Niebuhr,<sup>195</sup> die ich aus Mangel an Raum für mich behalten muß, sind auch diese Stücke aus *Bobbio*, und zugleich mit denen in Neapel durch *Thomas Phädrus*<sup>196</sup> von *Bobbio* weggebracht.<sup>197</sup> Also könnten sich auch die Agrimensoren von *Bobbio* in Wien finden. *F. Bluhme*.

(IV.d) Le due schede successive (ff. 29-30) contengono la continuazione delle lezioni relative al quarto commentario, come risulta dall'annotazione che si legge in alto a destro sul f. 29r: «*Gaj. com. IIII, Fortsetzung*» (ff. 29r-30u). Si tratta segnatamente di letture relative alle pagine 218-250 della *Reinschrift* di Göschen (Gai 4.78-185). In un «*Nachtrag*» (f. 30u) sono aggiunte alcune letture relative al primo e secondo commentario, e in particolare ai fogli corrispondenti alle pagine 25 (Gai 1.92-96), 49 (Gai 1.183-187), 85 (Gai 2.124-127), 86 (Gai 2.127-132) e 88 (Gai 2.134-137) della *Reinschrift* di Göschen.

(IV.e) Sulle due facciate di una scheda di formato leggermente diverso (f. 31) sono annotati su due colonne i risultati di un riesame del palinsesto veronese compiuto nell'estate del 1822 e che riguarda il secondo, il terzo e il quarto commentario delle Istituzioni di Gaio. Ciò risulta non solo da un appunto («*1822*») che si legge in alto alla prima colonna della prima facciata (f. 31r), ma anche da quanto Bluhme ha annotato in calce alla prima colonna della seconda facciata (f. 31u) della scheda, ossia «*1822 (Verona, July 27 – August 7.)*». La seconda colonna della seconda facciata (f. 31u) è stata lasciata in bianco.

I fogli del palinsesto riesaminati da Bluhme in tale occasione corrispondono alle pagine 55 (Gai 2.1-9), 66 (Gai 2.50-53), 110 (Gai 2.218-220), 130 (Gai 3.17-25), 151 (Gai 3.88-92), 152 (Gai 3.92-95), 164 (Gai 3.136-141), 189 (Gai 4.1-6), 190 (Gai 4.6-12), 191 (Gai 4.12-14), 224 (Gai 4.102-106), 225 (Gai 4.106-110), 226 (Gai 4.110-114), 228 (Gai 4.116-118), 229 (Gai 4.119-122), 230 (Gai 4.122-124) e 232 (Gai 4.126-131) della *Reinschrift* di Göschen.

(IV.f) La più piccola delle schede di Bluhme (f. 32), invece, raccoglie letture che concernono il testo tramandato dagli ultimi righe (da 16 a 24) della pagina 88 della *Reinschrift* (Gai 2.134-137). Le lezioni relative ai primi righe (da 1 a 15) di questa stessa pagina sono stati appuntati nel *Nachtrag* che si legge sul f. 30u. Si può pensare, allora, che originariamente la scheda in questione, il cui formato corrisponde esattamente alla metà dei fogli di cui sono composte le schede che contengono il *Nachtrag* (*supra, sub IV.d*), costituisse un foglietto che originariamente conteneva

HAFNER, *Kopitar Bartholomäus*, in ÖBL 4, Wien 1969, 116 s., con bibliografia; J. VINTR, *Kopitar, Bartholomäus*, in NDB 12, Berlin 1980, 566.

<sup>194</sup> Abbreviatura di: 'andre mehr' ('andere mehr') (cfr. F.E. PETRI, *Kleine Schriftkürzungs-Lehre oder Regeln und Beispiele der unter uns üblichsten Abbruevaturen. Eine Beilage zu vielen deutschen Schreiblehren*, Leipzig 1806, 39).

<sup>195</sup> Cfr. B.G. NIEBUHR, *Ueber die Agrimensoren*, in *Kleine historische und philologische Schrifte. Zweite Sammlung*, Bonn 1843, 96.

<sup>196</sup> Si tratta dell'umanista Tommaso Inghirami, detto Fedra o Fedro (1470-1516). Su di lui v. S. BENEDETTI, *Inghirami, Tommaso*, in DBI 62, Roma 2004, 383 ss., con fonti e bibliografia.

<sup>197</sup> Cfr. F. BLUME, *Iter italicum*, I, cit., 18: «Thomas Phädrus nahm aus Bobbio eine Menge der wichtigsten Handschriften nach Rom, und R a f a e l V o l a t e r r a n u s, der es erzählt, nennt ihn dabei mit sichtbarer Eitelkeit seinen Landsmann.» In effetti Tommaso Inghirami, come l'umanista Raffaele Maffei (1451-1522), era nato a Volterra.

la continuazione degli appunti che Bluhme non era riuscito a trascrivere completamente sui due fogli relativi al quarto commentario (ff. 29-30). In calce a tali lezioni Bluhme ha annotato:

Zur Vorrede p. xxxvii, lin. 11 sqq. Auch die Hds. des Justin.<sup>198</sup> Codex<sup>199</sup> hat große Buchstaben am Anfang jeder Zeile,<sup>200</sup> also fällt dieser Grund hinweg.

Zum *index siglarum*. Es möchte wegfallen: ¶ f.<sup>201</sup> *nulla* (wo statt 230 steht 130<sup>202</sup>) PR f. *promissoris*, TAT f. *tantum*.<sup>203</sup>

Zuzufügen: ID f. *idem* (158,14-18 bis. Petr. ID); MO f. *modo* (55,23), O f. *oportet* (154,1) – P f. *pote* (74,11) – FP f. *fidepromissoris*<sup>204</sup> (226,18<sup>205</sup>, cf Petr) ¶ f. *nam?* (88,16) – ¶ f. *nam*<sup>206</sup> (10,22; 147,7, ebenso in *Majo's Fragmenten*<sup>207</sup>) Q̇ f. *quippe*<sup>208</sup> – U.I. f. *veluti* (18,18 cf 184,10) – S7 f. *set.* (238,15) – |<sup>[32u]</sup> M f. *meis?* (72,15 *Prob.*<sup>209</sup> *mea Petr. meum, meam.*) – 2. f.

<sup>198</sup> Da sciogliere in: 'H(an)ds(chrift) des Justin(ianischen)'.

<sup>199</sup> Si allude al palinsesto della Biblioteca Capitolare che tramanda parte del *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* e che fu esaminato da Bluhme durante il suo soggiorno a Verona (cfr. *supra*, § 2, nt. 67).

<sup>200</sup> *Sic*. Qui, tuttavia, Bluhme doveva riferirsi non tanto alla presenza di una lettera di modulo maggiore all'inizio di ogni linea di scrittura, bensì all'inizio di ogni nuova colonna, come si può facilmente verificare nell'apografo dei fogli palinsesti del manoscritto veronese realizzato da Krüger (*Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia*, cit.).

<sup>201</sup> Abbreviatura di: 'für', come nel resto del testo trascritto.

<sup>202</sup> Nella copia di Bonn si legge: «230,12 statt 130,12». Come risulta da W. STUEMUND, *Apographum*, cit., 230, la lettura di Bluhme non è corretta.

<sup>203</sup> Segue, cancellata, una parentesi tonda chiusa.

<sup>204</sup> Abbreviatura di: 'fidepromissoris'; cfr. *infra*, nel testo, § 9, sub II; v. anche W. STUEMUND, *Index notarum*, in *Apographum*, cit., 268 (proprio con riferimento al luogo indicato da Bluhme).

<sup>205</sup> Segue, cancellata, una parentesi tonda chiusa.

<sup>206</sup> Cfr. W. STUEMUND, *Index notarum*, in *Apographum*, cit., 279.

<sup>207</sup> Si allude qui ai *Fragmenta Vaticana*, riscoperti da Angelo Mai (1782-1854) in alcuni fogli di un palinsesto della Biblioteca Apostolica Vaticana (BAV, Vat. lat. 5766, ff. 17-24; 58-63; 82-100) nel 1820 (*CLA* I 45). All'edizione di quest'opera, pubblicata da Mai nel 1823 (*Iuris civilis anteiustinianei reliquiae ineditae ex codice rescripto Bibliothecae Pontificiae Vaticanae curante Angelo Maio bibliothecae eiusdem praefecto*, Romae 1823), collaborò anche Bluhme: cfr. F. BLUME [*alias* BLUHME], *Iter italicum*, III. *Archive, Bibliothek und Inschriften in der Stadt Rom*, Halle 1830, 96; Bluhme a Savigny, 3.2.1824, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 165 s. [Nr. 68]. Della collaborazione di Bluhme e di altri giuristi tedeschi (Savigny, Haubold, Schrader, Dirksen, Mühlbruch, Barkow) si dà conto nella lettera dell'editore Friedrich Heinrich Georg Ferdinand Dümmler (1777-1846) premessa all'edizione pubblicata nel 1824 a Berlino: cfr. *Ferdinandus Duemlerus lecturo s.*, in *Iuris Romani anteiustinianei fragmenta Vaticana e codice palimpsesto eruit Angelus Maius*, Romae & Berolini 1824, III s. Da una lettera inedita di Bluhme a Hugo, Rom 4.1.1823, in ULB, S 675c, Nr. 2, f. 102, risulta che Bluhme, nel collaborare con Mai all'edizione dei *Vaticana Fragmenta*, aveva preso nota, per comunicarle a Hugo, delle varie abbreviature impiegate nel palinsesto vaticano, come quelle di 'nisi', 'enim' e 'nihil', nonché quelle di 'qui', 'quam' e 'quod' (f. 102u). A Hugo, inoltre, Bluhme riferiva che il manoscritto era pieno di errori, adducendo come esempio il passo in cui il copista, sciogliendo male la sigla 'f. e.', aveva scritto 'factum ē' in luogo di 'familiae erciscundae'.

<sup>208</sup> Cfr. W. STUEMUND, *Index notarum*, in *Apographum*, cit., 296.

<sup>209</sup> Bluhme si richiama qui alle *notae iuris* di Probo, che probabilmente conosceva secondo l'edizione di Heinrich Ernst pubblicata nel 1647, già impiegata da Göschen per la prima edizione delle Istituzioni di

*secundum* (190,4. so immer in *Majo's* Fragmenten) – ūD f. *videlicet*?? (*Ainsworth*:<sup>210</sup> U.D.L.)  
 ēE f. *eset*?? (162,15) R f. *rit*?? (178,14).

– Unter den Seiten, welche noch jetzt einige Hoffnung laßen, obgleich es mir unmöglich war, noch mehr zu lesen, ist besonders *pag.* 206.

La prima di queste osservazioni adduce un elemento ritenuto utile da Bluhme per l'individuazione del periodo in cui era stato vergato il codice gaiano. Nella sua prefazione all'*editio princeps*, difatti, Göschen aveva richiamato il parere del paleografo Kopp, secondo cui il manoscritto andava datato sulla base non solo della numerosa presenza di *notae iuris*, ma anche della circostanza che all'inizio della pagina si poteva trovare una lettera di maggiori dimensioni,<sup>211</sup> pure qualora non si fosse trattato della lettera con cui cominciava una parola.<sup>212</sup>

Come si avrà modo di vedere, queste annotazioni trovano riscontro, seppur con piccole varianti, nella copia delle schede custodite nella biblioteca universitaria di Bonn.<sup>213</sup>

Gaio (cfr. J.F.L. GÖSCHEN, *Praefatio*, in *Gaii Institutionum commentarii IV*, cit., l. s. nt. 45): v. *M. Valerii Probi libellus de interpretandis Romanorum literis: civiumque Romanorum Nominibus, Pronominibus, ac Cognominibus, Nominibus item Sacerdotiorum, Potestatum, Magistratum, Praefectarum, Sacrorum, Ludorum, Rerum militarium, Collegiorum, Decuriarum, Fastorum, Numerorum, Ponderum, Mensurarum, Juris Civilis, & Similium; Ex vetustissimis Manuscriptis Codicibus, plus partem dimidiam auxit, emendavit & Notis illustravit HENRICUS ERNSTIUS J. U. D. Regiæ Acad. Soranæ Antecessor, & Philosophiæ Moralis Professor. Impensis GEORGII HOLSTII Bibliop., Soræ 1647.*

<sup>210</sup> Si allude al *Thesaurus Linguae Latinae Compendiarius* pubblicato a Londra dal lessicografo Robert Ainsworth (1660-1743).

<sup>211</sup> L'uso di un 'vergrößerter Buchstabe' all'inizio della pagina o della colonna è una caratteristica dei manoscritti in onciale, soprattutto di quelli antichi: cfr. H. FOERSTER-TH. FRENZ, *Abriß der lateinischen Paläographie*<sup>3</sup>, Stuttgart 2004, 126. Tale circostanza era già stata notata da U.F. KOPP, *Bilder und Schriften der Vorzeit*, Mannheim 1819, 169; ID., *Ueber das Alter*, cit., 478 s. Per quanto riguarda il palinsesto veronese che tramanda le Istituzioni di Gaio v. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 474.

Al riguardo va osservato che, a differenza di quanto ritenuto da Briguglio (F. BRIGUGLIO, *La paternità*, cit., 218; ID., *Gaius*, cit., 42; ID., *L'individuazione di una quarta scriptura pregaiana nel codice Veronese delle Institutiones di Gaio*, in *SCDR* 23-24, 2010-2011, 160; ID., *Gai codex rescriptus*, cit., 20; ID., *Il Codice Veronese*, cit., 287 e nt. 72), secondo cui «all'inizio di ogni pagina» del manoscritto vi sarebbe «un carattere maiuscolo», non sono pochi i casi nei quali la *pagina Gaiana* del palinsesto veronese comincia con una lettera di dimensioni uguali a quelle delle altre che la seguono. Come esempi possono addursi i ff. 50u (*pag. Gaiana* 2), 27u (*pag. Gaiana* 3), 75u (*pag. Gaiana* 6), 54r (*pag. Gaiana* 7), 11u (*pag. Gaiana* 34), 119r (*pag. Gaiana* 35), 72u (*pag. Gaiana* 38), 2u (*pag. Gaiana* 40), 9u (*pag. Gaiana* 42), 67r (*pag. Gaiana* 43), 87u (*pag. Gaiana* 64), 69u (*pag. Gaiana* 82), 59u (*pag. Gaiana* 93), 6u (*pag. Gaiana* 97), 100u (*pag. Gaiana* 112), 106r (*pag. Gaiana* 129), 17r (*pag. Gaiana* 167), 41u (*pag. Gaiana* 184), 39r (*pag. Gaiana* 187), 51r (*pag. Gaiana* 203), 120r (*pag. Gaiana* 241).

Peraltro, poiché l'onciale B-R è una scrittura mista di forme maiuscole e forme minuscole (cfr. G. CAVALLO, *La scrittura greca e latina dei papiri. Una introduzione*, Roma-Pisa 2008, 184), può risultare fuorviante discorrere di «caratteri maiuscoli» (così, invece, F. BRIGUGLIO, *Gaius*, cit., 42; ID., *Il Codice Veronese*, cit., 287 e nt. 72; 297) per riferirsi a quelli di modulo maggiore che sono impiegati nel palinsesto veronese all'inizio di molte pagine o di alcuni paragrafi.

<sup>212</sup> J.F.L. GÖSCHEN, *Praefatio*, in *Gaii Institutionum commentarii IV*<sup>1</sup>, cit., xxxvii: «deinde eo, quod, ut supra monui, initialis ciusque paginae littera, licet in medio aliquo verbo collocata, reliquis major esse deprehenditur».

<sup>213</sup> *Infra*, § 9, sub II.

(IV.g) Sul *recto* dell'ultima scheda contenuta nel quarto fascicoletto (f. 33) sono appuntati i frutti di letture relative a pagine *bis rescriptae* del codice veronese che tramandavano passi del terzo commentario, come risulta da quanto scritto nella parte superiore della scheda, dove si legge «*Gaj. lib. III*». Si tratta segnatamente di letture relative alle pagine 138 (Gai 3.46-50), 143 (Gai 3.64-68), 154 (Gai 3.96-100) e 159 (Gai 3.117-121) della *Reinschrift* di Göschen.

7. Uno sguardo complessivo alle informazioni riferite sin qui, insieme al contenuto di una lettera ancor oggi conservata insieme alle schede di Bluhme, consente di ricostruire la storia del loro acquisto da parte della biblioteca di Berlino.<sup>214</sup>

Da essa si apprende che nel 1874 Bluhme si era fatto spedire l'intero contenuto delle schede conservate in questa biblioteca all'interno di una cassetta che aveva la segnatura Ms. lat. fol. 308. Nel mese di luglio egli aveva rispedito quasi tutto il contenuto della cassetta, che conservava le schede *in quarto* di Göschen raccolte in dieci fascicoli, insieme all'apografo del cosiddetto *Fragmentum de iure fisci* realizzato da Bethmann-Hollweg e custodito in un fascicolo contrassegnato dal numero II.<sup>215</sup> Aveva trattenuto per sé gli appunti contenuti nella busta contrassegnata con il numero III, che avrebbe restituito in seguito.

Può ritenersi che quando Bluhme rispedì alla *Königliche Bibliothek* le schede avute in prestito egli vi abbia unito anche le proprie copie personali, conservate nella busta color blu di Prussia alla quale si è accennato. Ciò trova riscontro nella indicazione «Acc. 10,088» annotata sull'etichetta che si trova su questa busta e corrispondente al numero di acquisizione del materiale in essa contenuto da parte della biblioteca di Berlino.<sup>216</sup> Dal diverso numero di accessione del Ms. lat. fol. 308 (Acc. 1.109), invece, risulta che le altre schede di Bluhme erano state acquisite già il 30 luglio 1842 insieme al resto del materiale oggi custodito con questa segnatura.

Dai registri di acquisto della biblioteca, inoltre, si ricava che il manoscritto provvisto della segnatura «Ms. lat. fol. no: 308.», incamerato come «*Donum viduae Ioannis Friderici Ludovici Goeschenii*»<sup>217</sup> e relativo alle «*Gaii Institutiones*», conteneva oltre alle schede *in folio* della *Kladde* e a quelle *in quarto* della *Reinschrift* realizzate da Göschen e da Bethmann-Hollweg («*a. b. Veronensis codicis apographa duo a Goeschenio et Hollwegio confecta, alterum foliis maioribus ..... , alterum foliis quadratis ..... »*) anche le schede di Bluhme («*c. Friderici Bluhmii (Blumii) Schedulae quibus ex eodem codice excerpta continentur, foliis minoribus..... »*) e due apografi del cosiddetto *Fragmentum de iure fisci*, uno realizzato da Göschen e l'altro da

<sup>214</sup> Bluhme alla *Königliche Bibliothek* di Berlino, Bonn 10.7.1874, in SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, III, Beilage 2, Fasz. 2, f. 5. Il testo di questa lettera è trascritto in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 501 nt. 224.

<sup>215</sup> Cfr. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 79 nt. 7.

<sup>216</sup> Da tale numero di accessione, infatti, risulta che il contenuto della busta («*Abschriften aus der Veroneser Hdschr. d. Gaius, drei Hefte in blauer Mappe.*») fu acquistato da parte della *Königliche Bibliothek* di Berlino il 24 febbraio 1875: cfr. SBB-PK, Handschriften-Abteilung, *Accessio manuscriptorum 1863–1886*, f. 35u, sub 10.088.

<sup>217</sup> Sulla base di questa informazione va riconsiderata la notizia (v. M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 253) secondo cui le schede furono donate alla *Königliche Bibliothek* di Berlino dall'Accademia delle Scienze.

Bethmann-Hollweg<sup>218</sup> («*d. Fragmenti de iure fisci exemplaria duo quibus ipsae litterarum formae accurate repraesentantur, alterum Goeschenii, alterum Hollwegii, cum notis. folia quadrata quinque.*»)<sup>219</sup>

È probabile che quando rivide le schede custodite a Berlino nel 1874, maturando l'idea di donare anche le altre di cui era in possesso, Bluhme abbia pensato di raggrupparle per tipi, includendole nei quattro fascicoletti realizzati con copertine costituite da robusti fogli bianchi ripiegati a metà. Le annotazioni che si trovano sulle copertine dei fascicoli, infatti, sono scritte con la grafia caratteristica degli ultimi anni di vita di Bluhme, grafia identica a quella della lettera scritta il 10 luglio 1874 alla *Königliche Bibliothek*. Tutti e quattro i fascicoletti furono poi riuniti all'interno della busta color blu di Prussia, conservata a sua volta nella cartella contrassegnata dal numero III.

Già nel 1865, comunque, Bluhme aveva avuto modo di riavere fra le mani le schede inviate a Göschen. A questa conclusione può pervenirsi sulla base di quanto custodito nel *Nachlass* di Bluhme conservato a Bonn, che contiene anche due copie della lettera che aveva spedito a Göschen da Verona il 1 luglio del 1821.<sup>220</sup> Come si è ricordato, l'originale di questa lettera (contrassegnata dalla lettera maiuscola 'H'), su cui erano annotati i frutti della trascrizione della pagina del palinsesto che Bluhme aveva controllata all'inizio del suo soggiorno veronese avvalendosi di nuovi reagenti chimici (corrispondente alla pagina 5 della *Reinschrift* di Göschen) era custodita insieme alle altre schede inviate a Göschen e conservate a Berlino.<sup>221</sup>

8. Le schede di Bluhme oggi custodite nella *Staatsbibliothek* di Berlino furono utilizzate non solo da Göschen, come si è ricordato, per la realizzazione della seconda edizione delle Istituzioni di Gaio, pubblicata nel 1824, ma anche in seguito.<sup>222</sup>

In particolare, esse furono tenute presenti dal filologo Lachmann<sup>223</sup> quando si occupò di completare la *tertio editio Goescheniana*, interrotta da Göschen al secondo commentario del-

<sup>218</sup> Cfr. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 498.

<sup>219</sup> SBB-PK, Handschriften-Abteilung, *Accessio manuscriptorum 1828-1855, sub anno 1842, sub 1.109*.

<sup>220</sup> Cfr. *infra*, § 9, nel testo, *sub II*.

<sup>221</sup> Cfr. *supra*, nel testo, § 6, *sub I*.

<sup>222</sup> Sul punto v. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 463; ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 254.

<sup>223</sup> Su Carl Lachmann (1793-1851) v. M. HERTZ, *Karl Lachmann. Eine Biographie*, Berlin, 1851 (rist. Osnabrück, 1972); W. SCHERER, *Lachmann, Karl*, in ADB 17, Leipzig 1883 (rist. Berlin 1969), 471 ss.; J. KÜHNEL, *Lachmann, Karl*, in NDB 13, Berlin 1982, 371 ss., con altra letteratura; W. ZIEGLER, *Die „wahre strenghistorische Kritik“. Leben und Werk Carl Lachmanns und sein Beitrag zur neutestamentlichen Wissenschaft*, Hamburg 2000.

le Istituzioni per la sua morte improvvisa,<sup>224</sup> avvenuta nel settembre del 1837.<sup>225</sup> Per questo scopo, infatti, egli non solo si era fatto consegnare dagli eredi di Göschen il materiale relativo al palinsesto di Gaio, considerando soprattutto le trascrizioni compiute a Verona, ma anche gli appunti di Bluhme.<sup>226</sup> A dispetto della superiorità di Lachmann in campo filologico, non sempre le scelte relative alla *constitutio textus* di alcuni passi possono dirsi del tutto felici.<sup>227</sup> Ciò, probabilmente, può imputarsi alla circostanza che Lachmann non aveva un grado di confidenza con il diritto romano pari a quello di altri editori.<sup>228</sup> D'altro canto, se è pur vero che egli mostra di conoscere qualche nozione di diritto romano, ciò potrebbe spiegarsi con la circostanza che per l'edizione di Gaio egli ha potuto contare sulla collaborazione di altri studiosi, e in particolare del giurista Rudorff.<sup>229</sup>

Successivamente le schede di Bluhme furono impiegate da Böcking<sup>230</sup> insieme a quelle di Göschen per la realizzazione della sua edizione delle Istituzioni di Gaio pubblicata a Bonn nel 1837 sulla base della seconda edizione berlinese curata da Göschen. In questa circostanza Böcking se ne servì per alcuni punti del testo, avendo notato che non sempre tutte le annotazioni in esse conte-

<sup>224</sup> F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 449; cfr. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 48; ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 254; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., 80. Il lavoro di Göschen per la nuova edizione si interrompe al § 253 del secondo commentario delle Istituzioni: cfr. [C. LACHMANN,] *Caroli Lachmanni Praefatio*, in *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Ex recensione et cum commentariis Ioh. Frid. Lud. Göschenii opus Göschenii morte interruptum absolvit Carolus Lachmannus*, in *Corpus iuris Romani anteiustiniani. Consilio professorum Bonnensium E. Böckingii A. Bethmann-Hollwegii et dum in vivis erat E. Puggaei institutum. Curaverunt iidem adsumptis sociis L. Arndtsio A. F. Barkovio, F. Blumio I. F. L. Göschenio G. Haenelio C. Lachmanno aliisque. Praefatus est Eduardus Böckingius*, Bonnæ 1841, III.

<sup>225</sup> Cfr. J.St. PÜTTER-G.H. OESTERLEY, *Versuch*, IV. Theil, cit., 277.

<sup>226</sup> Cfr. [C. LACHMANN,] *Caroli Lachmanni Praefatio*, cit., III: «Ergo postquam heredes Göschenii mihi chartarum quiddam ad Gaium pertinebat tradiderunt, nequid viri optimi aut ingenio aut diligentia indignum committerem sollicitus, omnia ex ordine et considerate agenda duxi. Ante omnia Göschenii et Hollwegii apographa Veronensis codicis infinito labore confecta, item quaecumque Blumii sollertia ex eodem excerpserat, denuo studiose excussi, nequid usquam erroris admissum falleret.» Si veda, inoltre, quanto ricordato nella *Praefatio Caroli Lachmanni* dell'edizione berlinese (*Gaii Institutionum commentarii quattuor. Ex membranis deleticiis Veronensis Bibliothecae Capitularis eruit Io. Fr. Göschen. Accedit veteris iurisconsulti de iure fisci fragmentum ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transcriptum. Carolus Lachmannus ad schedas Göscheni Hollwegii Blumii recognovit. Göscheniana editio tertia cum tabulis aeri incis*, Berolini 1842, LXXIII); F. BLUHME, *Paläographische und kritische Miscellen*, cit., 449: «Als aber, zwanzig Jahre später, die dritte größere Ausgabe von L a c h m a n n besorgt ward, erbat und erhielt er durch Vermittelung Dritter Alles von mir, was ich an Blätter und Blättchen noch in Händen hatte, weil er Göschen's Papiere nicht mehr für ganz vollständig hielt.»

<sup>227</sup> È il caso, per esempio, dell'integrazione della lacuna del passo di Gai 4.133 in cui è riferito l'unico esempio a noi noto di *praescriptio pro reo*. Sul punto v. *infra*, § 10 e nt. 265.

<sup>228</sup> Ciò rende conto del giudizio di Mommsen, per cui v. M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 260 nt. 47.

<sup>229</sup> Cfr. [C. LACHMANN,] *Praefatio Caroli Lachmanni*, cit., LXXIII s.: «Ingenio autem cum nullo contendere volui, sed ingeniosorum sollertia sapienter uti; praesertim cum me juris peritia, nisi Rudorffius percontantem comiter, ut solet, docuisset, non satis valere intellegerem.»

<sup>230</sup> Sul giurista Eduard Böcking (1802-1870) v. la letteratura citata in M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 80 nt. 4.

nute erano state riversate nell'edizione fatta stampare da Göschen a Berlino nel 1824.<sup>231</sup>

In vista della pubblicazione della quinta edizione curata da Böcking,<sup>232</sup> inoltre, egli realizzò sulla base delle schede berlinesi un apografo del palinsesto, pubblicato a Lipsia nel 1866,<sup>233</sup> senza controllare tuttavia l'originale custodito a Verona.<sup>234</sup> È probabile che siano da ricondurre all'attività di redazione dell'apografo le due annotazioni di suo pugno che si leggono su due pagine della *Reinschrift* di Göschen.<sup>235</sup>

Le schede di Bluhme furono personalmente consultate a più riprese anche dal filologo Studemund per la realizzazione di un nuovo apografo<sup>236</sup> che ancor oggi costituisce il punto di riferimento fondamentale per tutte le edizioni dell'opera di Gaio.<sup>237</sup>

Al riguardo appare del tutto spovvisto di riscontri, e dunque non condivisibile, il sospetto

<sup>231</sup> Si veda quanto scritto da Böcking nella prefazione dell'editore in *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Ad exemplum a Io. Frid. Lud. Goeschenio Berolini anno MDCCCXXXIII. editum recogniti atque emendati*, Bonnae 1837, VI s.: «Quod aliquotiens ex Schedis nonnulla attuli quae Goeschenianum exemplar non habet, id fidem ne meo libro detrahat, moneo me quoque apographum codicis Veronensis, quem et ipse sed nimis festinanter tractavi, in editione adhibuisse». Cfr. H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 9.

<sup>232</sup> Cfr. E. BÖCKING, *Praefatio*, in *Gaii Institutiones. Ad codicis Veronensis apographum emendavit et adnotavit Eduardus Böcking. Quinta editio*, Lipsiae 1866, I s.

<sup>233</sup> Cfr. H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 9; M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 254; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., 80 s. e nt. 4.

<sup>234</sup> Cfr. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 510. Böcking, in realtà, si era recato a Verona nel 1832 per collazionare il cosiddetto *Fragmentum de iure fisci* (CLA IV 475), del quale intendeva pubblicare un nuovo apografo. Cfr. E. BÖCKING, *Praefatio ad fragmenta de iure fisci*, in *Domitii Vlpiani quae uocantur fragmenta siue excerpta ex Vlpiani libro singulari regularum. Accedunt eiusdem institutionum aliaque non nullae ueteris iuris Romani partes reliquae inter quas sunt fragmentum quod uocant de iure fisci et ex Dositheo desumptus de iuris partibus et de manu missionibus commentarius. Quartum emendauit critica locorumque similium adnotatione et tabula systematis delineationem exhibente codicis Vaticani exemplar adiecit Eduardus Böcking*, Lipsiae 1855, 144: «Cum ipse quidem duorum illorum foliorum exemplo, quod ad proprios usus v. cl. Hollwegius sibi olim accuratissime transcripsit, immo depinxit, usus sim atque imprimis postquam illa ipse folia, cum primum anni MDCCCXXXII. autumno per aliquot dies Veronae commorarer, contuli eademque ipse mihi quantum potui exactissime descripsi, fas mihi est Goescheni in his quoque fragmentis edendis religiosissime positam diligentiam collaudare.» V. anche G.B.C. GIULIARI, *La Capitolare Biblioteca*, cit., 209 s. [211 s.]; A. SPAGNOLO, *Praefatio*, in *Gaii codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis distinctus numero XV (13) cura et studio eiusdem Bibliothecae custodis phototypice expressus*, Lipsiae 1909, 14. Poiché non risulta che durante il soggiorno veronese Böcking abbia riesaminato personalmente anche il palinsesto delle Istituzioni di Gaio, non appare giustificata la sua inclusione fra gli studiosi giudicati tanto disattenti da lasciarsi sfuggire la presenza dell'annotazione 'gaius' che può leggersi sul margine superiore del f. 50r del codice veronese: sul punto v. M. VARVARO, *Le prime trascrizioni*, cit., 80 s. nt. 5.

<sup>235</sup> Diversamente da quanto sostenuto in precedenti ricerche (M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 255 nt. 34), sulla base di un confronto più ampio con la grafia di Böcking è possibile attribuire alla sua mano le annotazioni presenti sulle pagine 66 e 104 della *Reinschrift* di Göschen custodita a Berlino.

<sup>236</sup> Cfr. W. STUEMUND, *Prooemium*, in *Apographum*, cit., XIV; v. anche M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, cit., 254. Ciò è confermato da una serie di documenti inediti oggi conservati nella *Staatsbibliothek* di Berlino. Sul punto v., in breve, M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 313; ID., *Le prime trascrizioni*, cit., 81 nt. 2.

<sup>237</sup> In argomento v. da ultimo M. VARVARO, *Wilhelm Studemund*, cit., 281 ss., con indicazione della letteratura precedente sul tema.



che nella redazione di tale apografo Studemund abbia riprodotto meccanicamente eventuali errori di trascrizione compiuti da Böcking.<sup>238</sup> È vero, infatti, che Studemund collazionò il palinsesto veronese basandosi su un esemplare dell'apografo di Böcking che Mommsen gli aveva inviato da Berlino.<sup>239</sup> Tuttavia, anche se in linea generale tale base di partenza – proprio per la latente circolarità del processo ermeneutico di cui si è detto<sup>240</sup> – potrebbe avere influenzato la lettura della *scriptura inferior* del manoscritto, l'ipotesi secondo cui nell'apografo studemundiano potrebbero essersi infiltrati errori di trascrizione compiuti da Böcking andrebbe confortata almeno da qualche esempio specifico idoneo a sostenerla. In senso contrario, invece, depone la testimonianza dello stesso Studemund,<sup>241</sup> il quale ricorda che l'esame diretto delle schede di Göschen e di Bluhme gli aveva consentito di correggere alcuni lievi errori compiuti da Böcking nella redazione del suo apografo.<sup>242</sup>

9. Come si accennava,<sup>243</sup> oltre alle schede di Bluhme conservate insieme a quelle di Göschen nella *Staatsbibliothek* di Berlino vi è anche un altro gruppo di schede su cui sono annotati i risultati della revisione del palinsesto veronese compiuta nel 1821 e nel 1822, oggi custodito nella *Universitäts- und Landesbibliothek* di Bonn.

(I.) Per quanto riguarda la collazione del 1821 va menzionata una scheda, finora sconosciuta, allegata a una delle lettere inedite di Bluhme a Niebuhr (ULB, S 675f)<sup>244</sup> e contenente i risultati che trovano riscontro in quanto appuntato in alcune delle schede di Berlino.<sup>245</sup>

<sup>238</sup> In tal senso F. BRIGUGLIO, *Il Codice Veronese*, cit., 183: «Dal momento che Studemund, pur avendo avuto modo di compulsare direttamente le Schede, ha lavorato principalmente sulla loro trascrizione contenuta nelle note dell'apografo di Böcking, è possibile, in vero, che abbia importato nel proprio apografo qualche errore di trascrizione compiuto da quest'ultimo.» Dal modo in cui Briguglio si esprime, sembrerebbe che a suo avviso Studemund si sia concentrato sulla trascrizione delle schede «contenuta nelle note dell'apografo di Böcking». Tale convinzione, tuttavia, non trova riscontri nelle fonti di cui si dispone.

<sup>239</sup> Cfr. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 513. Su questo esemplare (oggi custodito in SBB-PK, Nachlass Studemund, K. 1, Konv. 1) Studemund ha annotato direttamente i risultati della sua collazione del *Codex XV* della Biblioteca Capitolare di Verona.

<sup>240</sup> Cfr. *supra*, nel testo, § 1.

<sup>241</sup> W. STUEMUND, *Prooemium*, in *Apographum*, cit., xiv: «Postea dum ipsas triumvirum schedas Berolino ad me delatas denuo totas excutere mihi licet, leuiculos quosdam errores, quos in describendis schedis ne Boeckingii quidem diligentia effugerat, tacitus correxi.» Per tali errori v. la nt. seguente nonché M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, cit., 510 nt. 260.

<sup>242</sup> Per fare qui un esempio concreto, nel rigo 18 della pagina 18 dell'apografo corrispondente al f. 4u del palinsesto veronese (Gai 1.66-69), Böcking non aveva trascritto la lettera 'c.' che seguiva la parola '*senatus*', pur segnata sulla *Reinschrift* di Göschen (SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 1, Konv. 1, Fasz. 1, f. 18), ma che Studemund ebbe cura di inserire nel suo apografo (cfr. W. STUEMUND, *Apographum*, cit., 18), correggendo così l'errore derivante dalla piccola disattenzione in cui era incorso Böcking nel ricopiare le schede di Göschen.

<sup>243</sup> *Supra*, § 2.

<sup>244</sup> Si tratta, in particolare, di una scheda spedita con la lettera di Bluhme a Niebuhr da Lucca il 30.9.1821, custodita in ULB, S 675f, ad Nr. 1, ff. 1-2 (il cui *recto* è riprodotto nella fig. 1). La scheda (mm. 189 x 246) che raccoglie i risultati delle nuove letture del codice veronese rappresenta la seconda pagina della lettera (f. 2).

<sup>245</sup> Si tratta, in particolare, dei risultati comunicati a Göschen e appuntati su due schede di Bluhme custodite a Berlino: cfr. SBB-PK, Ms. lat. fol. 308, K. 2, Beil. 2, Fasz. 1, ff. 6r-7u (scheda 'B') e f. 9u (scheda

La scheda in questione raccoglie sul *recto* (fig. 1) risultati relativi a ventitré pagine del manoscritto gaiano relative ai primi due commentari, e segnatamente quelle corrispondenti alle pagine 4 (Gai 1.16-21), 6 (Gai 1.22-27), 7 (Gai 1.28-32), 11 (Gai 1.43-45), 15 (Gai 1.55-59), 17 (Gai 1.62-66), 19 (Gai 1.69-73), 22 (Gai 1.80-84), 35 (Gai 1.130-132), 38 (Gai 1.135-137a), e 39 (Gai 1.137a-141) della *Reinschrift* di Göschen, e sul *verso* (f. 2u) quelli relativi alle pagine 40 (Gai 1.141-145), 43 (Gai 1.156-160), 45 (Gai 1.164a-165), 46 (Gai 1.165-168), 51 (Gai 1.190-194), 54 (Gai 1.197-200), 55 (Gai 2.1-9), 58 (Gai 2.15-21), 81 (Gai 2.111-112) 85 (Gai 2.124-127), 88 (Gai 2.134-137) e 104 (Gai 2.195-198). La metà di queste pagine (ossia le pagine 6, 11, 19, 35, 45, 46, 54, 55, 58, 81, 85 e 88) erano *bis rescriptae*.

Oltre alle informazioni raccolte su questa scheda occorre tener presente che il carteggio fra Bluhme e Niebuhr, in gran parte inedito,<sup>246</sup> permette di avere ulteriori riscontri delle letture relative alle pagine del codice gaiano collazionate da Bluhme durante il suo primo soggiorno veronese.<sup>247</sup>

(II.) Più rilevanti sono le schede con i risultati del riesame compiuto da Bluhme nel 1822. Esse sono conservate in una busta di colore bianco insieme ad altri documenti (ULB, S 1440), fra cui due copie integrali della lettera a Göschen del 1 luglio 1821 custodita insieme alle schede conservate nella *Staatsbibliothek* di Berlino<sup>248</sup> e una copia parziale di una lettera a Göschen del 1.3.1823, scritta su un foglio bianco (mm. 227 x 133) sul quale si legge: «Aus meinem Briefe an *Göschen* von 1. März 1823.»

‘D’). La scheda berlinese contrassegnata dalla lettera ‘D’, tuttavia, contiene anche alcune letture del r. 8 della pagina 113 (Gai 2.226-232).

<sup>246</sup> Solamente il testo di alcune lettere di Niebuhr a Bluhme, infatti, è stato integralmente pubblicato nella *Neue Folge* delle lettere di Niebuhr curata dallo storico Eduard Vischer (1903-1996), seppure in modo non del tutto fedele agli originali (sul punto v. M. VARVARO, *Zwei wiederentdeckte Briefe Niebuhrs vom 23.9.1816 und ein anonymer Aufsatz in der ‘Allgemeinen Literatur-Zeitung’*, in TRG 80, 2012, spec. 175 ss.). Del contenuto di altre lettere di Niebuhr, invece, Vischer si è limitato a riferire il contenuto in forma sintetica. Vischer ricorda inoltre che le lettere inedite di Bluhme a Niebuhr erano custodite a Berlino nell’archivio dell’Accademia delle Scienze: cfr. B.G. NIEBUHR, *Briefe · Neue Folge*, I, cit., 685 [Nr. 370]. In effetti, in ABBAW, Nachlass B.G. Niebuhr 61 (Bluhme) si trovano, oltre a trentatré lettere di Bluhme a Niebuhr, anche un *Empfehlungsbillet* di Niebuhr a Bluhme del 21.12.1829 e una lettera di Marcus von Niebuhr (1817-1860) a Bluhme del 17.4.1827.

<sup>247</sup> Insieme alla lettera del 30.9.1821, infatti, Bluhme spedì a Niebuhr i risultati della revisione di fogli del manoscritto relativi ai primi tre commentari delle Istituzioni, riservandosi di tornare nuovamente a Verona l’anno successivo per lavorare ancora una volta sul palinsesto gaiano e concentrarsi sulle pagine del quarto commentario. Cfr. Bluhme a Niebuhr, Lucca 30.9.1821 in ULB, S 675f, Nr. 1, qui f. 1r: «Ich schicke diesmal alle Ergänzungen zu den drei ersten Büchern, bis auf *Gaj. p. 5*; von dem vierten Buch hingegen ist noch bei Weitem der größte Theil zurückgeblieben. Es ist auch mein Wunsch, im nächsten Jahr nach Verona zurückzukehren; aber die Arbeit allein zu übernehmen scheue ich mich schon der Augen wegen. Hoffentlich findet sich noch ein Gehülfe.» Poiché la scheda conservata insieme al foglio su cui è scritta la lettera del 30.9.1821 contiene letture relative ai soli primi due commentari, potrebbe ipotizzarsi che Bluhme si sia ingannato nello scrivere a Niebuhr o che i risultati relativi alle pagine del terzo commentario fossero stati annotati su un altro foglio che non è stato conservato insieme ai primi.

<sup>248</sup> La prima è su un foglio di carta azzurrina (mm. 244 x 190) e reca in alto l’appunto: «(Abschrift meines Briefes an *Göschen*)». Sulla seconda, realizzata su carta di colore bianco (mm. 221 x 140), è annotato: «Wieder abgeschrieben 25<sup>7</sup> Februar 1865) / Aus meinem Brief an *Göschen*, Verona 1 Juli 1821.»



Figure 1 – ULB, S 675f, ad Nr. 1, f. 2r

Nella busta sono conservati anche appunti relativi alla corrispondenza in uscita durante il viaggio in Italia («*Briefwechsel während der italienischen Reise.*»), una «Berechnung der für die Gesellschaft für Deutsche Geschichte vom Juny bis November 1822 geleisteten Arbeiten.»; un fascicolo di otto fogli rilegati con le «*Rechnungen von der italienischen Reise. 1821-1823. Brieftabelle.*» e altri foglietti di diverso formato con appunti di vario genere, su uno dei quali (mm. 116 x 67) si legge: «*Gaj p. 5 ist auf einem eigenen Blatt zwischen die Zeilen geschrieben zu Bologna.*»

Il gruppo più importante di schede è rilegato in un fascicolo di sedici fogli non numerati che misurano all'incirca mm. 180 x 119, per complessive 32 pagine, di cui l'ultima è completamente vuota.

Nella parte superiore del primo foglio del fascicolo (fig. 2) si legge:

### Nachlese zum Gajus vom Jahr 1822.

Gli appunti sono stati ricopiati secondo l'ordine progressivo delle pagine della *Reinschrift* di Göschen, cui segue una «*Appendix*» relativa alle pagine 246 (Gai 4.170), 25 (Gai 1.92-96), 49 (Gai 1.183-187), 86 (Gai 2.127-132), 85 (Gai 2.124-127), 88 (Gai 2.134.137), 132 (Gai 3.32-33) e 200 (Gai 4.31-35). Anche in questa copia delle schede di Bluhme, come in alcune delle schede custodite a Berlino, si trovano alcune lettere sottolineate in rosso o in verde.

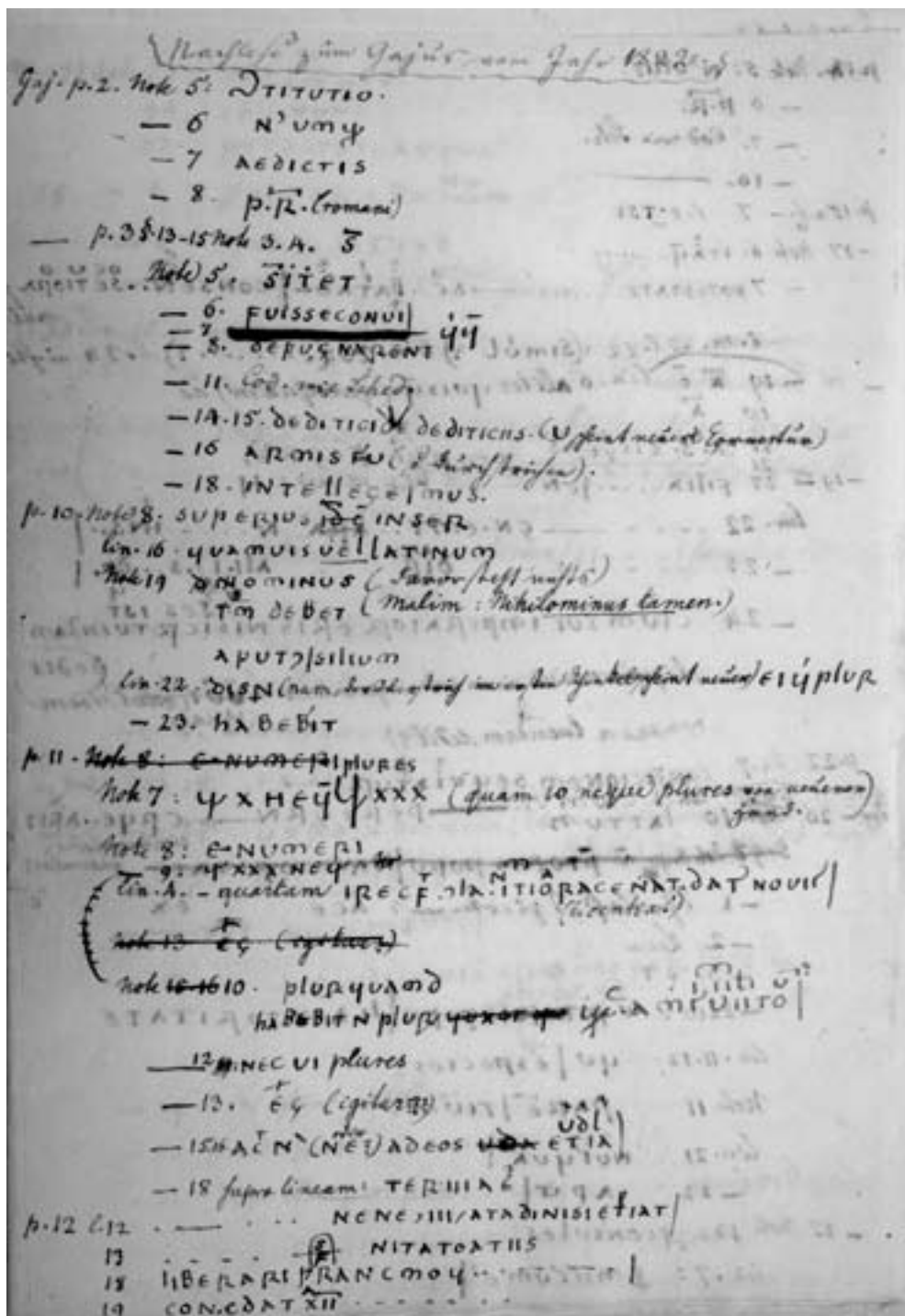


Figura 2 – ULB, S 1440, s.n.

Dopo l'*Appendix* si leggono alcuni appunti che riguardano la prefazione dell'*editio* di Göschen e l'indice delle *siglae*. A parte alcune varianti, questi appunti sono identici a quelli registrati su alcune delle schede di Bluhme custodite a Berlino.<sup>249</sup>

Zur Vorrede p. xxxvii, lin. 11 sqq. Auch die Hds. des just. Codex<sup>250</sup> hat große Anfangsbuchstaben; also fällt dieser Grund weg.

Zum *index Siglarum*. Es möchte wegfallen: ¶ f. *nulla* (wo statt 230,12 steht 130,12) PR f. *promissoris*, TAT f. *tantum*.

Zuzufügen: ID f. *idem* (158,14. 18 bis. Petr. ID – MO f. *modo* 55,23. o' P<sup>251</sup> *oportet* 154,1 – P<sup>252</sup> *pote* 74,11. FP f. *fidepromissoris* 226,18 (cf. Petr) ¶ f. *nam* ¶ f. *nam* (10,22 r147,7)<sup>253</sup> ¶ f. *nam* 147,7. q̄p̄ f. *quippe* – u.i. f. *veluti* 18,18 cf. 184,10. ? s7 f. *set*. 238,15. ? M f. *meis*? 72,15 *Prob. meo Petr. meum, meam*. ? – 2. f. *secundum* 190,4 ?? ūD f. *videlicet*?? *Ainsw.*: u.D.L. ||<sup>[16r]</sup> Mehr zu hoffen scheint noch von p. 206.

In questa copia delle schede di Bonn, inoltre, mancano rispetto alle schede custodite a Berlino i riferimenti alle abbreviature del manoscritto dei *Vaticana Fragmenta* che, benché editi da Angelo Mai nel 1823,<sup>254</sup> Bluhme doveva conoscere già prima di quella data per aver collaborato alla loro edizione.<sup>255</sup> Sarebbe interessante verificare, pertanto, che rapporti vi siano fra queste schede e quelle conservate a Berlino, nonché stabilire quali di queste annotazioni trovano riscontro nella seconda edizione delle Istituzioni pubblicata da Göschen nel 1824.<sup>256</sup>

<sup>249</sup> Cfr. *supra*, § 6, sub IV.f.

<sup>250</sup> Si allude al palinsesto della Biblioteca Capitolare di Verona che tramanda parti del *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* e che fu esaminato da Bluhme durante il suo soggiorno a Verona (cfr. *supra*, § 2, nt. 67).

<sup>251</sup> *Sic*, per 'f.', abbreviatura di: 'für'.

<sup>252</sup> *Sic*, per 'f.', abbreviatura di: 'für'.

<sup>253</sup> Segue cancellato: '¶'.

<sup>254</sup> Cfr. *supra*, § 6, nt. 207.

<sup>255</sup> Cfr. *supra*, § 6, nt. 207. Dalla copia di una lettera di Mai a Bluhme del 5.7.1823, allegata alla lettera di Bluhme a Savigny del 14.7.1823, in UB Marburg, Savigny-Nachlass, Ms. 925/240 (pubblicata senza l'allegato in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 153 s. [Nr. 60]), risulta che Mai desiderava che Savigny redigesse la prefazione alla edizione dei *Vaticana Fragmenta*. Tale desiderio, tuttavia, non fu esaudito; cfr. Savigny a Bluhme, Berlin 25.7.1821, in D. STRAUCH, *Briefwechsel*, cit., 155 s. [Nr. 61], qui 155: «Ich bitte Sie, an Mai meine beste Empfehlungen zu machen, und ihm mein Bedauern auszudrücken, sein Begehren nicht erfüllen zu können. Etwas gründliches über die Fragmente zu schreiben, ist mir jetzt bey der bevorstehenden Reise und bey meiner Gesundheit nicht möglich, und zu etwas oberflächlichem wird er mich selbst nicht auffordern wollen. Eine bloße Empfehlung der Sache aber scheint mir weder dieser Sache, noch unsrer Personen würdig. Und wie könnte es auch einer Empfehlung bedürfen bey einer Schrift, welche zu erhalten man von Deutschland und Frankreich aus keine Mühe und keine Aufopferung gescheut hat. Richten Sie es so ein, daß es ihn auf keine Weise verletze, was gewiß nicht meine Absicht ist.» Ciò nonostante Savigny si diede da fare per fare pubblicare in Germania l'opera di Mai. Sul punto v. L. MOSCATI, *Savigny in Italia. Sulla fase iniziale della ricezione*, in A. ARA-R. LILL (a cura di), *Immagini a confronto: Italia e Germania dal 1830 all'unificazione nazionale / Deutsche Italienbilder und italienische Deutschlandbilder in der Zeit der nationalen Bewegungen (1830-1870)*, Bologna-Berlin 1991, 221 e nt. 81.

<sup>256</sup> Per esempio la sigla ¶ è indicata come abbreviatura di 'nam' nell'*Index siglarum* della seconda ediz-

Insieme al fascioletto di sedici fogli sono conservate due schede sciolte, entrambe scritte solamente sul *recto*. Su una, di dimensioni maggiori (mm. 175 x 120), sono registrate a matita letture relative alle pagine 224 (Gai 4.102-106), 225 (Gai 4.106-110) e 226 (Gai 4.110-114), sul cui margine superiore è appuntato con inchiostro di colore rosso «2 August.» Sull'altra scheda, di dimensioni minori (mm. 158 x 82), vi sono annotazioni a penna di colore nero e rosso<sup>257</sup> relative ad abbreviature presenti su fogli del palinsesto corrispondenti alle pagine 226 (Gai 4.110-114), 228 (Gai 4.116-118), 232 (Gai 4.131-133) e 238 (Gai 4.150-153) della *Reinschrift*; in alto a destra, oltre all'annotazione «Auch *Cod. Just.* hat große Anfangs-Buchstaben.», sono appuntate alcune abbreviature riscontrate nella *scriptura inferior* del codice gaiano. Si tratta dunque degli stessi appunti che si leggono in una delle schede conservate a Berlino<sup>258</sup> e su uno degli ultimi fogli del fascioletto che raccoglie la «Nachlese zum Gajus vom Jahr 1822.»

10. Una considerazione complessiva delle informazioni che riguardano la collazione del palinsesto veronese compiuta da Bluhme permette di riflettere nuovamente sul valore da attribuire alle lezioni appuntate sulle sue schede.

Un primo dato che può rivelarsi utile in relazione alla *constitutio textus* delle Istituzioni gaiane riguarda l'esperienza maturata da Bluhme in ordine alla lettura della *scriptura inferior* del manoscritto veronese. Difatti, se è vero che i suoi primi tentativi di lettura del testo gaiano scontavano ancora la mancanza di competenza nella decifrazione dei *codices rescripti*, come lo stesso Bluhme peraltro riconosceva, gli esami successivi a quelli dell'estate del 1821 furono compiuti quando egli aveva ormai acquisito padronanza nell'uso dei reagenti chimici e nella lettura della *scriptura inferior* dei palinsesti. Al riguardo non va dimenticato che oltre sul codice delle Istituzioni di Gaio, egli aveva lavorato sul palinsesto veronese che tramandava il Codice di Giustiniano e su quello che tramandava passi di Livio;<sup>259</sup> che a Vercelli aveva scoperto e decifrato il manoscritto della *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*.<sup>260</sup> All'esperienza acquisita in prima persona nella lettura dei codici, inoltre, si sommava quella derivante dai confronti con altri studiosi esperti nella decifrazione dei palinsesti, fra cui possono ricordarsi almeno Peyron a Torino, e Niebuhr e Mai a Roma.

Come si è avuto modo di ricordare, peraltro, la riflessione sulle opinioni di Niebuhr riguardava alcune delle lezioni ottenute durante il primo soggiorno a Verona, opinioni di cui Bluhme avrebbe tenuto conto quando tornò a riesaminare personalmente il *Codex XV* della Biblioteca Capitolare.<sup>261</sup>

Alla luce di queste osservazioni, dunque, appare da rivedere la tendenza a estendere in maniera indifferenziata a tutti i risultati della collazione del palinsesto veronese effettuata

ione in relazione a 10,22, 67,20 e 147,7. Cfr. *Index siglarum*, in *Gaii Institutionum commentarii IV*<sup>2</sup>, cit., 458.

<sup>257</sup> Quelle scritte con inchiostro di colore rosso risultano oggi piuttosto sbiadite, e dunque più difficili da leggere.

<sup>258</sup> Cfr. *supra*, § 6, *sub IV.f.*

<sup>259</sup> Cfr. *supra*, § 2.

<sup>260</sup> Cfr. *supra*, § 5 e nt. 150.

<sup>261</sup> Cfr. *supra*, § 2, nt. 93.

da Bluhme un giudizio negativo che si basa sulla sua mancanza di confidenza con la decifrazione dei *codices rescripti*. È lecito, anzi, presumere che nel corso del tempo tale grado di confidenza sia progressivamente aumentato.

Dall'esame delle sue schede, inoltre, può ricavarsi che alcuni passi del codice gaiano furono controllati non soltanto più volte, ma anche a distanza di tempo, quando lo studioso si era ormai impadronito della tecnica necessaria a decifrare i palinsesti e aveva avuto modo di riflettere sulle possibili varianti di lettura del testo.

In linea generale può concludersi che la collazione del codice gaiano compiuta nel 1822 sia fondata su una maggiore esperienza rispetto a quella dell'anno precedente. Peraltro, se si accede all'idea che anche nel 1823 Bluhme abbia ricontrollato alcuni passi del palinsesto di Gaio annotando i risultati nelle 'spigolature',<sup>262</sup> si può credere che anche in relazione alla lettura di tali passi egli abbia potuto mettere a frutto l'abilità e l'esperienza maturate nel frattempo.

Nel valutare i risultati appuntati sulle schede di Bluhme, infine, è opportuno interrogarsi sul peso esercitato dai giudizi negativi formulati da Studemund e accolti senza riserve da altri studiosi. Tali giudizi, infatti, possono spiegarsi con l'intento che lo stesso Studemund aveva di mira allo scopo di esaltare i risultati ottenuti sul manoscritto gaiano, intento perseguito nell'ambito di una propaganda cui egli seppe accortamente intrecciare alcuni motivi di autolebbrazione.<sup>263</sup>

Se e in quale misura tali giudizi possano essersi infiltrati in quel processo di circolarità ermeneutica che ha condizionato, spesso in modo significativo, la critica testuale delle Istituzioni di Gaio, andrebbe verificato in relazione ai singoli passi oggetto di esame e senza lasciarsi condizionare da pregiudizi nei confronti dei suoi lavori. I frutti della collazione compiuta da Bluhme direttamente sul palinsesto veronese, infatti, sono stati spesso giudicati così poco attendibili da giustificare un atteggiamento di generale scetticismo che ha indotto a esimere dalla necessità di addurre argomenti specifici in relazione ai passi di volta in volta considerati.<sup>264</sup>

Eppure, proprio nelle schede di Bluhme si ritrovano informazioni preziose per una esatta determinazione della estensione delle lacune e per una corretta ricostruzione del testo gaiano anche in passi del manoscritto che oggi non sono più leggibili. Un esempio concreto è rappresentato dalla lacuna presente nel f. 122r del palinsesto veronese in corrispondenza del punto in cui Gaio riferiva l'unico esempio a noi noto di *praescriptio pro reo* (Gai 4.133): poiché l'estensione della lacuna è di sole quattro lettere, e dunque incompatibile con l'integrazione con otto lettere a suo tempo suggerita da Lachmann (EA RES AGATVR, SI IN EA RE PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT), è preferibile una diversa integrazione che tenga conto anche delle informazioni risultanti dalle schede custodite a Berlino (EA RES AGATVR, QVOD PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT).<sup>265</sup>

<sup>262</sup> Sul punto v. *supra*, § 2.

<sup>263</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>264</sup> In proposito può rinviarsi a quanto osservato in M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 155 e ivi ntt. 2 e 5.

<sup>265</sup> Sulla rilevanza delle annotazioni delle schede di Bluhme per una corretta integrazione della lacuna in questione (Gai 4.133) nonché sulla impossibilità di seguire la ricostruzione proposta da Lachmann e ulti-

Ulteriori risultati potrebbero raggiungersi anche in ordine ad altri passi del testo gaiano ricordando che Bluhme ebbe modo di decifrare il palinsesto veronese quando ancora su di esso non si erano prodotti gli effetti deleteri dei reagenti che, usati a più riprese, con il passare del tempo ne hanno peggiorato irrimediabilmente la leggibilità.<sup>266</sup>

Per questo scopo è opportuno consultare direttamente gli originali delle schede di Bluhme, tenendo conto delle annotazioni che in alcuni casi sono indispensabili per una corretta comprensione dei risultati appuntati nel corso della revisione del *Codex XV* della Biblioteca Capitolare di Verona ed eventualmente delle differenze di lettura imputabili ai diversi momenti in cui egli realizzò le singole schede.<sup>267</sup>

mamente difesa da Luigi Pellicchi, v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 155 e nt. 1; ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 256 ss.; cfr. anche U. MANTHE, *Gaio, il Veronese e gli editori*, cit., 368.

<sup>266</sup> Sul punto v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 147 ss.; ID., *Der Gaius der Preußen*, cit., 262.

<sup>267</sup> Nel suo apografo, infatti, Böcking si è limitato a riprodurre le proposte di lettura di Bluhme senza riferire le annotazioni che talora le accompagnano e senza indicare eventuali varianti riscontrabili in più schede in ordine allo stesso passo.





Finito di stampare nel mese di dicembre 2014  
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.  
Bagheria (Palermo)



ISBN/EAN



€ 48,00