

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

---

ANNALI  
DEL  
SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA  
UNIVERSITÀ DI PALERMO  
(AUPA)  
VOLUME LIX  
(2016)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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.

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-9210609-3  
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 della *Fondazione Sicilia*.

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).

## INDICE DEL VOLUME

### LESSICI E MODELLI PRECETTIVI NEL DISCORSO GIURIDICO ROMANO GIORNATA DI STUDIO CON GIANFRANCO PURPURA (Palermo, 28 gennaio 2016)

G. FALCONE, Una giornata di studio con Gianfranco Purpura .....	9
P. BUONGIORNO, <i>Senatus consulta</i> : struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C.-138 d.C.) .....	17
E. POOL, Significati diversi di <i>causa</i> in tema di <i>possessio</i> e di <i>usucapio</i> . Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte I .....	61
G. PURPURA, Il linguaggio precettivo delle immagini e il cd. <i>Missorium</i> di Teodosio .....	85
G. SANTUCCI, <i>Verba edicti et definitiones</i> : Labeone e Pedio nel commento ulpiano <i>de pactis</i> .....	101
E. STOLFI, I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani .....	111

### ARTICOLI

P. CERAMI, Riflessioni in tema di ' <i>condictio Iuventiana</i> ' e ' <i>iniusta locupletatio</i> ' ....	153
P. CERAMI, <i>Iuris publici interpretatio et contentio de iure publico</i> (a proposito di alcune riflessioni di Alberto Burdese) .....	183
A. CHERCHI, Riflessioni sulla condizione giuridica delle <i>metallariae</i> nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7 .....	209
G. FALCONE, A proposito di Paul. 29 <i>ad ed.</i> - D. 13.6.17.3 ( <i>officium, beneficium, commodare</i> ) .....	241
R. LAURENDI, Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I <i>collegia iuuenum</i> tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato <i>de cognitionibus</i> D. 48.19.28.3 .....	261

### NOTE

G. FALCONE, La versione greca della cost. <i>Imperatoriam</i> e la sua attribuzione .....	289
G. NICOSIA, La nascita postdecemvirale della ' <i>mancipatio</i> ' e quella ancora posteriore della distinzione tra ' <i>res Mancipi</i> ' e ' <i>res nec Mancipi</i> ' .....	303
F. TERRANOVA, Nota minima sul comodato c.d. <i>ad pompam vel ostentationem</i> ...	317
M. VARVARO, Gai 4.21 e la presunta <i>manus iniectio ex lege Aquilia</i> .....	333



LESSICI E MODELLI PRECETTIVI NEL DISCORSO GIURIDICO ROMANO  
Giornata di studio con Gianfranco Purpura\*  
Palermo, 28 gennaio 2016

\*Convegno internazionale organizzato nel quadro del Progetto P.R.I.N. 2010-2011 “*L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento*”



GIUSEPPE FALCONE  
(Università di Palermo)

Una giornata di studio con Gianfranco Purpura



## UNA GIORNATA DI STUDIO CON GIANFRANCO PURPURA

In qualità di responsabile dell'unità P.R.I.N. di Palermo e di organizzatore di questo Convegno, ho anche io il piacere, dopo il Presidente della seduta e dopo il Direttore del Dipartimento, di dare il più caloroso benvenuto ai relatori, ai cari colleghi ed amici venuti ad assistervi, anche da altre sedi universitarie, e a tutti i presenti; e di ringraziare sentitamente tutti per la loro presenza.

L'incontro odierno si iscrive nel più ampio tema di ricerca "L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento"; ma, naturalmente, è un incontro che si connota in modo del tutto particolare in ragione del suo collegamento con la figura di Gianfranco Purpura.

Io non tratterò un profilo completo dell'opera scientifica di Gianfranco Purpura né compirò un'analisi del suo *curriculum vitae* e del percorso accademico. Piuttosto, conformemente del resto alla circostanza che questo incontro non è 'per', ma è 'con Gianfranco Purpura', dirò qualcosa proprio sul senso della sua partecipazione e sul tema che egli ha scelto come relatore.

L'occasione contingente del collegamento tra il convegno e Gianfranco Purpura, è noto a tutti, è quell'evento della vita accademica che, con linguaggio burocratico, si chiama 'collocamento in quiescenza', avvenuto lo scorso mese di novembre. Ora, volendo compiere un'osservazione nella cornice, propria di questo incontro, di apposita attenzione per il lessico e per la terminologia, devo dire che non v'è termine meno adatto di 'quiescenza' per indicare lo *status* di Gianfranco Purpura. Per i presenti a questo convegno, l'osservazione è corroborata dalla stessa sua partecipazione in veste di relatore. Ma chi frequenta abitualmente la nostra sezione del Dipartimento non ha bisogno di una occasione specifica: costui, come gli è occorso da sempre, continua ad incrociare nel lungo corridoio della biblioteca Gianfranco Purpura col suo passo veloce, con i libri sottobraccio, spesso da lui stesso scoperti e fatti immediatamente acquistare; e continua ad imbattersi in conversari e in entusiastiche confidenze su questa o quella sua ricerca in corso, collegata a quei libri sottobraccio, confidenze che immediatamente lasciano trasparire la straordinaria passione e l'ampiezza e l'intreccio di orizzonti culturali dell'indagine.

Permettetemi di ricordare – è anche un modo per ringraziare Gianfranco, dopo tanto tempo, per una importante esperienza formativa – che questa sua passione io ebbi occasione di sperimentare subito, da studente di I anno, allorché ho avuto la fortuna di frequentare, oltre alle lezioni di Istituzioni di diritto romano del mio maestro, Bernardo Albanese, e di Storia del diritto romano di Raimondo Santoro, le lezioni di Gianfranco Purpura dei corsi di

Esegesi e di Papirologia giuridica. Corsi particolarmente coinvolgenti, in quanto in massima parte impostati, oltre che naturalmente sul contatto diretto con le fonti, come discussione critica di proposte storiografiche, antiche e recenti: il che ci faceva cogliere il gusto per la ricerca, nel concreto palpitarlo. In particolare, in quell'anno 1983 erano usciti ben tre lavori concernenti, più o meno direttamente, il *Codex Theodosianus*: di Aldo Cenderelli, con la nota ipotesi del predigesto e delle presunte schedature dei *iura* in vista del progettato *codex magisterium vitae*; di Arrigo Manfredini, sul rapporto tra *codex magisterium vitae* e codice poi effettivamente realizzato, e di Gisella Bassanelli sulla legge di Valentiniano III del 426. Ne risultò, ricordo perfettamente, un percorso didattico particolarmente serrato, di grande intensità, avvincente.

Ora, l'odierna sua partecipazione, e con il tema scelto, è per più versi emblematica.

Essa ha costituito il punto di equilibrio tra il desiderio di festeggiare Gianfranco e la sua determinazione nel volersi sottrarre ad iniziative di stampo celebrativo. Egli ha infine accettato di 'affrontare' questo incontro in quanto relatore 'insieme con' e 'in mezzo ad' altri relatori. E di questa sua partecipazione attiva, che arricchisce ulteriormente i lavori del convegno, lo ringrazio particolarmente. D'altra parte, sarebbe stato facile modellare il convegno in funzione di tematiche studiate appositamente da Gianfranco Purpura che fossero riconducibili ai profili del linguaggio precettivo: dal lessico dell'editto dei prefetti d'Egitto – il pensiero va alla sua pregevole edizione ed esegesi di tutti gli editti di questo magistrato tra I sec. a.C. e I d.C.<sup>1</sup> come ad un saggio specifico proprio sul linguaggio del Prefetto d'Egitto<sup>2</sup> – a peculiarità linguistiche della documentazione papirologica in tema di atti e dichiarazioni ufficiali fino al dettato degli *apokrimata* di Settimio Severo. Ciascuna di tali questioni ben si sarebbe prestata, ad esempio, ad un confronto con corrispondenti modelli precettivi di lingua latina, alla luce di quell'approccio fecondo che stanno rivelando le recenti ricerche di Umberto Laffi. E invece, è stato Gianfranco ad assecondare, con il tema prescelto, i contenuti di un convegno che andava nel frattempo autonomamente strutturandosi e prendendo corpo quale occasione di bilancio e confronto sul terreno del progetto di ricerca.

Il tema è esemplare della personalità dello studioso.

Già ho accennato a qualcuno dei filoni di ricerca, ambientati nelle regioni orientali dell'Impero e particolarmente in Egitto. Si tratta di interessi tematici che, certo, si spiegano anche alla luce dell'*exemplum* del suo maestro, Salvatore Riccobono jr., il quale aveva maturato e, per dir così, importato dal diretto magistero di Leopold Wenger a Monaco la sensibilità per la documentazione papirologica e per l'allargamento di orizzonti verso i diritti dell'antichità (non per nulla aveva edito e commentato il *Gnomon* dell'*idioslogos*). La frequentazione di codesto materiale e di codesti orizzonti, oltre a caratterizzare Gianfranco Purpura come uno dei pochi cultori italiani di papirologia giuridica, ha dato vita – accanto a studi vari sulle fonti, sulle codificazioni postclassiche, sulle epifanie del potere, sull'amministrazione postclassica – ad una ricca bibliografia sulle prassi commerciali del Mediterraneo, sul prestito marittimo (al quale è dedicata un'importante monografia, del 1989, che ha sollecitato il formarsi di un rinnovato e variegato filone di studi sull'argomento), sul naufragio

<sup>1</sup> G. PURPURA, *Gli editti dei prefetti d'Egitto (I sec. a.C. - I sec. d. C.)*, in AUPA 42, 1992, 487 ss.

<sup>2</sup> G. PURPURA, *Note introduttive allo studio del linguaggio del prefetto d'Egitto*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, I, 1998, 109 ss.

e sulle regolamentazioni doganali, come pure su organi e competenze delle amministrazioni per dir così periferiche. Non è un caso – mi piace ricordarlo quale testimonianza del ruolo di appassionato promotore e diffusore di sapere scientifico, ben oltre i confini dei suoi ricordati incontri nei locali della nostra biblioteca – non è un caso che, a coronamento di questa visione allargata sull'intero bacino giuridico mediterraneo, pochi anni addietro una raffinata casa editrice ha voluto affidare a Gianfranco Purpura la progettazione e la direzione di una nuova rivista scientifica appositamente calibrata, nei contenuti, non solo sul diritto romano, ma sui diritti dell'antichità: è nato, così, il periodico *Iuris Antiqui Historia*, il cui rapido apprezzamento da parte della comunità scientifica si è tradotto nell'inserimento in fascia "A" del *ranking* delle riviste.

Ebbene, se già l'interesse per la papirologia reca con sé, o ne è forse esso stesso il portato, il gusto e la cura per il riscontro concreto, l'indagine che questa mattina ci propone Gianfranco Purpura del cd. *missorium* di Teodosio – un piatto celebrativo – è evidentemente animata dall'altra sua grande passione: l'archeologia. Qui il riscontro concreto diventa fisicità del riscontro, e il reperto può prestarsi tanto a fare apprezzare meglio, visivamente e tangibilmente, ideologie, concezioni del diritto, del potere, dell'assetto organizzativo di una comunità, quanto a far rintracciare il significato di testi giuridici o, magari, a risolvere problemi interpretativi che agitano gli studiosi che si attengono ai soli dati conservati nelle fonti di cognizione scritte. È quanto accade, ad esempio, nel recentissimo contributo "Il χειρέμβολον e il caso di Saufeio" (apparso nel volume degli AUPA del 2014), in cui, sulla base di alcuni ritrovamenti archeologici, viene offerta una innovativa lettura del famosissimo frammento dei Digesta di Alfeno 'In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant...' (D. 19.2.31pr.): in questo contributo si combinano delicate questioni in tema di locazione, di deposito, di trasporto marittimo, di rischio e responsabilità, di prassi delle operazioni commerciali. Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi, l'intera produzione scientifica romanistica di Gianfranco Purpura essendo costellata di lavori che già nel titolo mettono insieme testimonianze archeologiche ed istituti giuridici. Ad essi si aggiungerà, presto, lo studio che oggi abbiamo il privilegio di conoscere in anteprima:<sup>3</sup> uno studio che, oltre a condurci, con l'esegesi del reperto-*missorium* nel mondo dei predetti riscontri tangibili, amplia la visuale al di là del lessico, della terminologia, della parola: già per ciò solo opportunamente richiamando la nostra attenzione su una circostanza di fondo, e cioè sul fatto che, nell'esperienza antica, il discorso, anche, e forse soprattutto, quello precettivo, è intimamente legato ai gesti e alle immagini.

Siffatto gusto per il concreto e la varietà di interessi e di competenze, che hanno da sempre caratterizzato la produzione scientifica di Gianfranco Purpura – basta considerare i primi due titoli dell'elenco delle pubblicazioni: una monografia sui *curiosi*, funzionari tardoimperiali (per alcuni, un servizio segreto dell'imperatore) che si pongono al crocevia tra storia politica, economica e giuridica dell'impero, e l'articolo "Relitti di navi e diritti del fisco" –, non potevano, certo, restare confinati alla ricerca, senza permeare di sé anche l'appassionata attività del docente. Non solo, si badi, com'è naturale, del docente di Egesi e di Papirologia giuridica, al quale accennavo poc'anzi, bensì, più ampiamente, del docente di Storia del diritto romano, i cui corsi sono stati integrati da un libro come "Diritto papiri e

<sup>3</sup> Cfr. in questo stesso volume, pp. 85 ss.

scrittura”, nel quale le diverse anime dell’autore – quella del giurista, dello storico, del papirologo, dell’archeologo – danno vita ad un intreccio espositivo fatto di bassorilievi e papiri, coperchi di sarcofagi ed *ostraka*, statuette e testi pergamenei, raccordati, a loro volta, a concrete fattispecie giuridiche, scritture legislative, *volumina* e *codices* di giuristi, interpolazioni e codificazioni: con il proposito, appunto, di offrire ai discendenti un contatto più concreto possibile con le fonti romane di produzione e di cognizione e, in fondo, di instillare in loro il senso della concretezza del diritto stesso e del suo divenire.

Che, poi, egli si destreggi con pari abilità tra manoscritti, reperti e papiri, e tra le più aggiornate tecnologie informatiche; che, da un lato, abbia recentemente coordinato un ambizioso progetto P.R.I.N. di revisione dei *Fontes iuris romani*, dal quale è derivata la pubblicazione di due robusti tomi, e dall’altro lato sposi convintamente le prospettive di informatizzazione e digitalizzazione dei testi giuridici (anche intervenendo scientificamente, in sedi congressuali, nel solco del prezioso lavoro svolto in tal senso da Nicola Palazzolo e dalla sua scuola); che vada scovando, in cataloghi, librerie, bancarelle, libri con cui tenere sempre al passo la nostra biblioteca, e però, al contempo, vada ideando e aggiornando quotidianamente spazi *on-line* di diffusione e visibilità della ricerca e di preziosa consultazione – ecco, tutto questo è ulteriore espressione della figura di studioso aperto e composito.

Chiudo queste mie brevi notazioni tornando, circolarmente, al tema della relazione congressuale di Gianfranco Purpura, e più precisamente al suo invito a considerare le immagini. Nella *brochure* del convegno campeggia, al centro, l’immagine di un dettaglio del cd. *missorium*: essa intende richiamare – oltre, s’intende, alla specifica sua relazione odierna – più ampiamente il precipuo connubio diritto-archeologia nella personalità scientifica dello studioso, del quale ho detto. Questo riferimento è voluto. Quel che non è voluto, invece, è l’effetto evocativo esercitato dalle immagini astratte che segnano il limite inferiore della *brochure*: non è voluto nel senso che si è trattato di una autonoma iniziativa del tipografo, non concordata e, dunque, casuale. Ora, sarà probabilmente effetto di una sorta di mia pre-comprensione, ma io personalmente ho subito percepito queste immagini inferiori come foglietti sparsi che fluttuano nel blu e nel ‘verde-acqua’: e questo mi ha fatto istintivamente venire in mente un lavoro di Gianfranco Purpura, del 1996, dal titolo “Scritture sull’acqua”, nel quale egli ha indagato su “Testimonianze storiche ed archeologiche di traffici marittimi di libri e documenti”, avanzando tra l’altro una personale ipotesi ricostruttiva sull’affondamento della celebre biblioteca di Aristotele predata da Silla. In questo senso, allora, la *brochure* si presta a tradurre visivamente, non solo il predetto connubio tra diritto e archeologia, ma anche due ulteriori passioni, di studio e di vita, autenticamente caratterizzanti: il mare e l’archeologia subacquea, con le numerose pubblicazioni, che fanno di Gianfranco Purpura un punto di riferimento nella comunità scientifica internazionale, con le sue immersioni, le sue scoperte di relitti e manufatti, i suoi avvincenti e dotti racconti di mare, e, ancora una volta, con la sua vocazione per la trasmissione del sapere, irradiata negli insegnamenti della materia Archeologia subacquea in alcuni corsi di laurea della Facoltà di Lettere e nella Direzione, per molti anni, della Scuola internazionale di archeologia subacquea ad Ustica, ove ha anche concorso alla creazione di un itinerario archeologico subacqueo. Chi ha partecipato a questa Scuola di Ustica ricorda di coinvolgenti lezioni teoriche seguite da emozionanti immersioni in profondità, tra fauna, flora e relitti, sotto l’esperta guida e con la rassicurante compagnia di Gianfranco Purpura.

Mi fermo qui. È tempo di lasciar spazio alla nostra .... immersione nei lavori del convegno. Immersione, questa, di terraferma; ma anch'essa, con sommo piacere e gratitudine di tutti i presenti, in compagnia di Gianfranco.



PIERANGELO BUONGIORNO  
(Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

*Senatus consulta:*  
struttura, formulazioni linguistiche, tecniche  
(189 a.C.-138 d.C.)

ABSTRACT

Through a systematic examination of the sources (mainly epigraphic sources) containing the *verba* of senatorial decrees passed under the Republic and the early imperial times, the paper aims first of all to analyze the structure and the phrasing of the *senatus consulta* in the Roman experience. This approach allows to examine the evolution of such a structure, and mainly the changes occurred by time. After that, the paper examines the role and the meaning of the *commentarii* in the dialectic between magistrates and senate since the period of the late republic and then of the Augustan age, with specific reference to the problematic *commentarius* mentioned in the *lex municipii* of Troesmis.

PAROLE CHIAVE

*Senatus consultum; decretum; commentarius; lex Troesmensium; tecniche compositive.*



## *SENATUS CONSULTA:* STRUTTURA, FORMULAZIONI LINGUISTICHE, TECNICHE (189 a.C.-138 d.C.)\*

SOMMARIO: 1. Struttura e stile dei *senatus consulta* fra repubblica e principato. 1.1. *Praescriptio, relatio, decretum*. 1.2. Centralità del *decretum*. 2. Considerazioni generali sui metodi di escerpimento dei *verba*. 2.1. Sunteggiatura. 2.2. Escerti del *decretum*. – 2.3. Armonizzazione dei *verba* nel contesto espositivo. 3. Modifiche strutturali e stilistiche tra età cesariana e prima età imperiale. 3.1. Modifiche nella *praescriptio* e aspetti procedurali connessi. 3.2. Innovazioni pertinenti alla *relatio*. 3.3. ‘Motivazione’ del *decretum*. 3.4. Dettagli procedurali. 3.5. Indicazione della paternità della *relatio* nelle citazioni dei *senatus consulta*. 4. Tecniche: un’ipotesi sulla dialettica fra *commentarius, senatus consultum* e *lex*. 4.1. Protocolli documentari in ambito normativo. 4.2. Protocolli documentari in ambito controversiale. 4.3. *Commentarii* unilateralmente trasmessi al senato per ragioni di competenza. 4.4. L’iter di conferimento degli onori postumi a Germanico. 4.5. Il *commentarius* in materia di legislazione matrimoniale del 5 d.C.

1. Nella ricca voce enciclopedica dedicata ai *Senatus consulta*, pubblicata nel 1940 e, in edizione aggiornata, nel 1969,<sup>1</sup> Edoardo Volterra dedicava un intero paragrafo (*Schema del senatus consultum*) alla struttura del testo delle deliberazioni senatorie. Muovendo da un’approfondita conoscenza della documentazione di tradizione manoscritta e soprattutto epigrafica riprodu-

\* Il presente contributo rielabora, con un apparato essenziale di note, la traccia della relazione svolta a Palermo il 28 gennaio 2016 in onore del Prof. Gianfranco Purpura. Sono lieto di poter dedicare queste pagine al Maestro siciliano, i cui studi di epigrafia e papirologia giuridica – frutto di una feconda attività scientifica che dura da oltre quaranta anni – costituiscono un prezioso, imprescindibile avanzamento della ricerca romanistica. Sono grato al Prof. Giuseppe Falcone per l’invito, come pure ai Proff. Francesco Grelle e Umberto Laffi, Gian Luca Gregori, Massimo Miglietta, Michael Peachin e Mario Varvaro, con i quali ho discusso le idee portanti di questa indagine. Essa è parte di un lavoro più ampio, si inserisce nell’ambito del progetto PAROS – *Palingenesie der römischen Senatsbeschlüsse (509 v.Chr. – 284 n.Chr.)*, finanziato dalla Alexander von Humboldt-Stiftung presso l’Institut für Rechtsgeschichte della Westfälische Wilhelms-Universität Münster ed è stata elaborata durante un soggiorno di studi presso la Fondation Hardt, Genève.

<sup>1</sup> E. VOLTERRA, v. ‘*Senatus consulta*’, in NDI 12, Torino 1940, 25 ss.; E. VOLTERRA, v. ‘*Senatus consulta*’, in NNDI. 16, Torino 1969, 1 ss. (estr. con imp. aut., da cui si cita in questo contributo) [= *Scritti giuridici (con una nota di M. TALAMANCA)*, V, Napoli 1993, 193 ss.]. Le due edizioni della voce sono ora congiuntamente ripubblicate, con saggi introduttivi dedicati alla genesi della ricerca e al metodo di lavoro dello studioso ed un esame ragionato delle fonti e delle edizioni adoperate dallo stesso, in E. VOLTERRA, *Senatus consulta*, a c. di P. BUONGIORNO, A. GALLO e S. MARINO, Stuttgart 2017, i.c.s.

cente, per intero o in escerto, gli *ipsissima verba* di *senatus consulta*,<sup>2</sup> Volterra addiveniva alla considerazione che «la redazione del senatoconsulto è fatta seguendo uno schema che appare essere rigorosamente osservato, a parte alcune piccole variazioni riscontrate in alcune fonti»;<sup>3</sup> individuava al riguardo tre parti, che egli chiamava «formula introduttiva, thema e (annuncio della) decisione», in questo discostandosi dalla posizione della dottrina sino a quel momento dominante che invece, seguendo le riflessioni svolte da Theodor Mommsen, aveva isolato le seguenti parti: la *praescriptio*, la *sententia* (composta a sua volta di *relatio* e *decretum*), il *discessionis eventus* (segnalato dalla formula standardizzata ‘*censuere*’) e, a partire da età augustea, il *senatorum numerus*.<sup>4</sup>

La tripartizione proposta da Volterra è senz’altro più funzionale e aderente (come vedremo) al dettato delle fonti.<sup>5</sup> Essa ha avuto anche un certo seguito in dottrina,<sup>6</sup> ma necessita – credo – di qualche ulteriore puntualizzazione, anche alla luce dei più recenti rinvenimenti epigrafici e di una riconsiderazione delle fonti di tradizione manoscritta. A questo proposito, è nostro intento riconsiderare il tema esaminando i *senatus consulta* dei quali siano variamente noti i *verba*.<sup>7</sup> Tale documentazione allo stato attuale si colloca in un arco cronologico di

<sup>2</sup> Volterra attese per ampia parte della sua vita scientifica, come egli stesso ricorda (E. VOLTERRA, *Senatus consulta*, cit., 3 [estr.] e nt. 1), ad una «raccolta completa e sistematica dei *senatusconsulta* tramandati o menzionati nelle fonti giuridiche, letterarie, epigrafiche e papirologiche». Raccolta purtroppo rimasta inedita. Il legato di questa ricerca durata quasi mezzo secolo è costituito da numerosi faldoni di schede affidati dagli eredi all’École Française de Rome e attualmente oggetto di studio (in vista di una futura ripubblicazione) nell’ambito del progetto PAROS.

<sup>3</sup> E. VOLTERRA, *Senatus consulta*, cit., 28 (estr.). Tale schema è d’altro canto imitato nei *decreta decurionum*, come del resto rilevava già W. LIEBENAM, *Städteverwaltung im römischen Kaiserreiche*, Leipzig 1900, 243 ss. e poi tanti, fra i quali S. RICCOBONO, in *Fontes iuris Romani antejustiniani* (di seguito FIRA), I<sup>2</sup>, Florentiae 1940, 238. Ma sul tema v. ora anche A. PARMA, *Sulla presenza di decreta decurionum nella pars tertia, negotia, dei Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, in G. PURPURA (a c. di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Antejustiniani (FIRA). Studi preparatori*, I. *Leges*, Torino 2012, 222 ss., con bibl. (cit. alle pp. 249 ss.).

<sup>4</sup> Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.<sup>3</sup>, Leipzig 1887, 1008, seguito, fra gli altri, da R. CAGNAT, *Cours d’épigraphie latine*<sup>8</sup>, Paris 1914, 268 e poi da S. RICCOBONO, in FIRA, cit., I<sup>2</sup>, 238.

<sup>5</sup> Una tale strutturazione delle delibere senatorie riecheggia altresì in qualche modo la tripartizione delle *leges publicae*; la sequenza di *relatio* e *decretum* restituisce però una dialettica (fra magistrato e assemblea senatoria) per forza di cose assente nella *lex publica* (laddove la *rogatio* contiene già di per sé elementi dispositivi, che come è ben noto il popolo è chiamato ad approvare o a respingere in blocco). Formule di ‘autoprotezione’ della deliberazione senatoria simili alla *sanctio* non erano generalmente presenti, ma non mancano testimonianze in tal senso, che si rintracciano ad es. nei *decreta* delle delibere poi dichiarate inefficaci per intercessione tribunizia ricordate nell’epistola di M. Caelius nota da Cic., *fam.* 8.8.5-8 (= FIRA, I<sup>2</sup>, n. 37), per le quali si rinvia allo studio di U. LAFFI, *Clausole di autoprotezione e clausole di autolimitazione cautelare nei testi di senatoconsulti di età tardorepubblicana*, in corso di pubblicazione (ringrazio l’a. per la segnalazione).

<sup>6</sup> V. ad es. le notazioni di G. SAUTEL, *Senatus consulta*, in *Les lois des Romains, 7e édition par un groupe de romanistes des «Textes de droit romain»*, Tome II, de P.F. Girard et F. Senn, pubblicazione curata da V. GIUFFRÈ, Napoli 1977, 265.

<sup>7</sup> E cioè per tradizione tanto manoscritta quanto (soprattutto) epigrafica. Le sillogi di riferimento restano K.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, I, *Leges et negotia*, – septimum ed. O. GRADENWITZ –, Friburgi in Brisgavia-Lipsiae 1909 (ove anche raccolta di *senatus consulta* i cui *verba* sono noti da frammenti di giuristi), FIRA, I<sup>2</sup>, nn. 30 ss., G. SAUTEL, *Senatus consulta*, in *Les lois des Romains*, cit., e, per le iscrizioni in lingua greca, R.K. SHERK, *Roman Documents from the Greek East. Senatus consulta and Epistulae to*

poco superiore ai tre secoli, che oscilla cioè fra il 189 a.C. (*senatus consultum sui privilegia di Delphi*) e il 138 d.C. (*senatus consultum de nundinis saltus Beguensis*).<sup>8</sup>

1.1. La formula introduttiva (che potremo, anche per analogia con il termine adoperato per le *leges publicae*, più utilmente denominare *praescriptio*) contiene una serie di dati quali il nome del magistrato o dei magistrati che hanno convocato l'assemblea (*senatum consuluit/consuluerunt*), il giorno e il mese della seduta, il luogo della stessa; di seguito i nomi di *qui scribundo adfuerunt*.<sup>9</sup>

La *relatio* contiene invece una (più o meno) breve esposizione della questione sulla quale il senato è chiamato a pronunciarsi. Essa è introdotta da formulazioni rese, sul piano sintattico, da una proposizione causale, che possiamo astrarre in *quod consul/consules verba fecit/fecerunt* et rell. e che contengono, al loro interno, un complemento di argomento (reso con formulazioni *de* + ablativo) o poco più.<sup>10</sup> Dalle testimonianze epigrafiche di età repubblicana emerge come il *verba facere* fosse un'attività svolta non solo dai magistrati convocanti, bensì anche da altri soggetti, all'uopo individuati da questi.<sup>11</sup> In ogni caso, come è noto, la *relatio*

*the age of Augustus*, Baltimore 1969 (di seguito citato, anche in testo, come SHERK, *Roman Documents*), per un aggiornamento del quale si segnala la raccolta, di prossima pubblicazione, di E. FAMERIE, *Les documents officiels de la République romaine et du Principat d'Auguste (212 a - 14 p)*. Altri testi di più recente rinvenimento sono ad oggi confluiti esclusivamente in sillogi epigrafiche relative a determinati contesti spaziali o temporali (ad es. un *senatus consultum* sui privilegi di insegnanti sofisti e medici di età tardo-repubblicana edito in IvEph. 4101, ma su cui v. ora U. LAFFI, *L'iscrizione di Efeso sui privilegi di insegnanti, sofisti e medici (I. Ephesos, 4101)*, in B. VIRGILIO (a c. di), *Studi Ellenistici*, XIX, Pisa 2006, 453 ss.), ovvero sono stati oggetto di edizioni *ad hoc* (esemplare, per impostazione, quella del *senatus consultum de Cn. Pisone patre*, curata da W. ECK, A. CABALLOS RUFINO, F. FERNÁNDEZ, *Das senatus consultum de Cn. Pisone patre*, München 1996, poi recepita, con piccole modifiche in ordine alla lettura del lunghissimo testo, in CIL, II<sup>2</sup>/5, 900); le edizioni di questi testi sono però talvolta non del tutto soddisfacenti (come ad es. quella di AE 1998, 1333 = M. BÜYÜKKOLANCI, H. ENGELMANN, *Inchriften aus Ephesos*, in ZPE 120, 1998, 71 s., n. 7, su cui mi riservo di tornare in altra sede). Per una prima informazione v. anche l'elenco (in ogni caso incompleto) di fonti raccolte da Y. LASSARD e A. KOPTEV (a c. di), *The Roman Law Library*, sotto la rubrica *Senatus consulta* (<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/senindex.htm>).

<sup>8</sup> Edizioni rispettivamente in SHERK, *Roman Documents*, n. 1, e in CIL, VIII, 270 (= 23246) = FIRA, I<sup>2</sup>, n. 47. A partire da età antonina, infatti, la documentazione a nostra disposizione si fa più lacunosa e i pochi testi superstiti vanno altresì esaminati in considerazione del mutato equilibrio fra *oratio principis in senatu habita/recitata* e *senatus consultum*. Il tema è stato con buoni risultati indagato da D.A. MUSCA, *Da Traiano a Settimio Severo: 'senatusconsultum' o 'oratio principis'?*, in *Labeo* 31, 1985, 7-46; brevi considerazioni sono comunque svolte nella parte finale del § 3.5 *infra*.

<sup>9</sup> Questi ultimi appaiono, nei testi senatorii di età repubblicana, in numero variabile (da un minimo di due a un massimo di undici) per poi risultare stabilmente in numero di sette (cinque senatori e due questori in carica) nelle testimonianze successive ad una riforma intervenuta in età augustea (già nell'11 a.C., come parrebbe evincersi da Dio 54.36.1). Sul tema è validamente intervenuto, molto di recente, F. VERRICO, *La composizione delle commissioni di trascrizione dei senatusconsulti (qui scribundo adfuerunt) nel primo principato*, in CCGG 28, 2017 i.c.s. Più in generale, sulle formalità introduttive, G. RIES, *Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums*, München 1983, 130 s.

<sup>10</sup> Ma v. anche quando osservato, *infra*, § 2.1, a proposito della possibile sunteggiatura della *relatio* in alcuni testi. Sul tema v. anche G. RIES, *Prolog und Epilog*, cit., 130 s.

<sup>11</sup> Cfr. nt. 56 *infra*.

accoglieva la materia sulla quale i *patres* erano destinati a pronunciarsi, con una votazione sulla *relatio* stessa (*per discessionem solum*) o, più frequentemente, con *sententiae* messe ai voti dal magistrato convocante e destinate a sfociare nel *decretum* (il deliberato senatorio in senso stretto). La *relatio* si connota anche per la formula *q(uid) d(e) e(a) r(e) f(ieri) p(laceret), d(e) e(a) r(e) i(ta) c(ensuerunt)*, che riscontriamo anche fra le *litterae singulares* annotate da Valerio Probo.<sup>12</sup> La prima parte di questa formula (sino a *placeret*) ricalca l'*exitus* della *relatio* svolta dal magistrato,<sup>13</sup> e non è costantemente attestata per via epigrafica;<sup>14</sup> la seconda (*de ea re ita censuerunt*, resa nei testi epigrafici in lingua greca come *περὶ τούτου τοῦ πράγματος οὕτως ἔδοξεν*) è sintatticamente la proposizione principale (soggetto sottinteso sono, per l'appunto, i *patres*) da cui è retta la causale *quod ... verba fecerunt*. Essa introduce il *decretum*.

Il *decretum* è appunto la parte dispositiva del provvedimento senatorio, la decisione assunta dall'assemblea. Esso è tipicamente reso sul piano sintattico mediante proposizioni finali (positive o negative, introdotte rispettivamente dalle congiunzioni *ut* e *ne*) rette dal verbo *placere* (*ἀρέσκω*) o simili. Talvolta i *decreta* risultano essere sottoposti a *condiciones* (positive o negative) in prevalenza di natura sospensiva, per cui al verificarsi – o meno – di un determinato evento, trova (o meno) applicazione la disposizione fissata dai *patres*.<sup>15</sup>

In ogni caso, è piuttosto frequente (e ne abbiamo precisa percezione attraverso la documentazione epigrafica) che in un singolo senatoconsulto potessero succedersi anche più *decreta*, ossia più deliberati assunti in ordine a una stessa materia nel corso della discussione sulla medesima *relatio*. La documentazione epigrafica mostra altresì come, a fronte del susseguirsi di più *decreta*, ciascuno di essi potesse essere introdotto dall'avverbio *item* o da *utilitique*,<sup>16</sup> ripetuti anaforicamente. Si osservi a tal proposito il *senatus consultum* epigrafico inerente al conferimento di onori (postumi?) a un ignoto membro della casa imperiale in età tiberiana – testo recentemente edito da Werner Eck – ove le singole disposizioni si succedono in paragrafi introdotti da *Item*.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> M. Valerius Probus, *De notis antiquis*, hrsg. v. Th. Mommsen, Leipzig 1853, 122 (Prob. 3.20).

<sup>13</sup> Cfr. Sall., *bell. Cat.*, 50; Più diffusamente E. Volterra, *Senatus consulta*, cit., 24 (estr.) e nt. 1; R.J.A. Talbert, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton 1984, 236.

<sup>14</sup> Ciò che ha indotto G. Sautel, *Senatus consulta*, cit., 265 ad osservare come sarebbe venuta in rilievo solo nel corso del principato.

<sup>15</sup> È questo ad es. il caso delle disposizioni del *senatus consultum* sull'*adsignatio libertorum* (v. *infra* § 2.3), e della prima disposizione fissata dal *senatus consultum* del 22 settembre 47 d.C. in ordine alla demolizione di edifici *negotiandi causa*: '... *placere: si quis negotiandi causa emisset quod aedificium, ut diruendo plus acquireret quam quanti emisset, tum duplam pecuniam, qua mercatus eam rem esset, in aerarium inferri, utiq(ue) de eo nihilo minus ad senatum referretur*'. – Ma si v. anche, e.g., il testo del *SC de Asclepiade Clazomenio sociisque* (CIL, I<sup>2</sup>, 588 = FIRA, I<sup>2</sup>, n. 35, ora riletto e commentato da A. Raggi, *Senatus consultum de Asclepiade Clazomenio sociisque*, in ZPE 135, 2001, 73 ss.) E del *senatus consultum*, gravemente mutilo, noto per via epigrafica (IvEph. 4101), ora riedito da U. Laffi, *L'iscrizione di Efeso sui privilegi*, cit., 468 ss. Per l'eventuale finalità di 'autoprotezione' di talune di queste clausole ('*si quis huic SC intercesserit...*') si rinvia a U. Laffi, *Clausole di autoprotezione*, cit., i.c.p.

<sup>16</sup> O più raramente entrambi, ripetuti in alternanza: si noti ad es. l'alternanza di 'ὁμοίως' e 'ὅπως' nel *senatus consultum de Aphrodisiensibus*.

<sup>17</sup> W. Eck, A. Pangerl, *Ein Senatsbeschluss aus tiberischer Zeit?*, in S. Cagnazzi et al. (a c. di), *Scritti di storia per Mario Pani*, Bari 2011, 143 ss. (= AE 2011, 1809), in particolare col. II, linn. 4, 11 e soprattutto lin. 17, ove si legge '*Item plac[---]*'. In ogni caso è interessante come in questa iscrizione la sequenza dei

Al termine della parte dispositiva (o dei singoli deliberati che la compongono<sup>18</sup>) è presente, appunto, quello che Mommsen definiva il *discessionis eventus*, ossia la formulazione *censuere* (o *censuerunt*; in greco ἔδοξε), che allude all'avvenuta votazione da parte dei *patres*.<sup>19</sup>

1.2. Il *decretum* è, a tutti gli effetti, la parte centrale della delibera senatoria, ed è quella che, evidentemente, interessa richiamare allorché si intenda citare un *senatus consultum*. Con riguardo alla essenzialità del *decretum* nella struttura della delibera senatoria mi sembra peraltro opportuno richiamare un passo – notissimo<sup>20</sup> – dell'antiquario di epoca augustea Verrio Flacco, che leggiamo attraverso la tradizione di Sesto Pompeo Festo (p. 454 LINDSAY):

*Senatus decretum a consulto Aelius Gallus sic distinguit, ut id dicat particulam quandam esse senatusconsulti, ut cum provincia alicui decernitur, quod tamen ipsum senatus consultum<sup>21</sup> est.*

Verrio richiama una glossa di Elio Gallo, che distingueva il '*senatus decretum*' dal '*senatus consultum*' ritenendo il primo una '*particula quaedam*' del secondo, ossia una singola disposizione (come ad esempio l'attribuzione di una '*provincia*' ad un magistrato) parte, con altre, di una stessa delibera senatoria. L'esempio scelto da Elio Gallo mi pare peraltro particolarmente calzante, poiché mediante un'unica delibera senatoria erano conferite *provinciae* a diversi magistrati, con – verosimilmente – una sequenza di *decreta* che si succedevano nel testo di un medesimo *senatus consultum de provinciis*.<sup>22</sup> Ma, precisa lo stesso Verrio – che evidentemente traduceva la percezione del suo tempo – il *decretum* è la stessa cosa che il *senatus consultum* (ne costituiva cioè l'essenza intima).

*decreta* sia resa, anche sul piano grafico, attraverso la sporgenza di ciascuno degli *Item*, la cui prima lettera presenta peraltro un apice.

<sup>18</sup> V. ad es. il *senatus consultum de collegiis artificum Graecis* (Syll.<sup>3</sup> 705 = FIRA, I<sup>2</sup>, 34), in cui sono riportati una serie di *decreta*, al termine di ciascuno dei quali è indicato il *discessionis eventus*.

<sup>19</sup> Sulla peculiare informazione, nota da Val. Max. 2.2.7, relativa all'aggiunta di una lettera 'C' (o 'T', secondo alcuni editori) in calce al testo dei *senatus consulta* in età repubblicana si rinvia invece al contributo, di imminente pubblicazione, di S. MARINO, *Senato e senatoconsulti nei 'Dicta et facta memorabilia' di Valerio Massimo*, in A. BALBO, E. MALASPINA ET ALII (a c. di), *Darstellung und Gebrauch der Senatus consulta in den literarischen Quellen der republikanischen und frühkaiserlichen Zeit*, Stuttgart 2017, i.c.s.

<sup>20</sup> E sul quale si è stratificata una ampia letteratura, di cui ho cercato di dare conto in P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta. Una palinogenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli 2010, 36 s.

<sup>21</sup> con. MOMMSEN; *consulti* ms.

<sup>22</sup> Per l'epoca repubblicana, l'unitarietà (in condizioni normali) della delibera di assegnazione delle province si evince da una molteplicità di fonti (e.g. Liv. 24.44.4; 43.12.11; Cic., in *Pis.* 37, 49 e 57), anche in ragione del collegamento con la procedura di *sortitio* (diffusamente TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., I, 53 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II<sup>2</sup>, Napoli 1973, 232 ss. [part. sull'evoluzione della nozione di *provincia*] ma anche 325 ss. e soprattutto 398 s.). Mi paiono importanti soprattutto i *verba* del già menzionato (*retro*, nt. 5) *senatus consultum* del 29 settembre 51 a.C. trascritto da Celio in un'epistola a Cicerone (Cic., *fam.* 8.8.5): '*... censuerunt uti ... cos., cum magistratum inissent, ... de consularibus provinciis ad senatum referrent ... utique eius rei causa per dies comitiales senatum haberent senatusque consultum facerent*'.

2. La glossa festina appena esaminata, rimarcando la centralità del *decretum* nella struttura complessiva del testo dei *senatus consulta*, impone una seria riflessione sulla consistenza della documentazione a nostra disposizione. L'assenza della *praescriptio* e, talvolta, anche della *relatio* di un *senatus consultum* in una fonte (epigrafica o di tradizione manoscritta) che ne tramandi il testo non significa che la struttura complessiva dei testi dei *senatus consulta* abbia conosciuto modifiche significative nel corso del tempo (e in particolare nel passaggio dalla *res publica* al principato),<sup>23</sup> ma va invece ricondotta alla specificità del testo che la riproduce: *in primis* alle ragioni per le quali esso richiamasse, in tutto o in parte, il testo di una delibera senatoria. Ragioni che vanno anche a intrecciarsi con quelle dell'incisione e della circolazione di tale testo (oltre che a riconnettersi con questioni che ineriscono al rapporto del testo citato con l'archetipo, ossia con la delibera senatoria trascritta su tavolette cerate alla fine della seduta e archiviata presso il *tabularium*).<sup>24</sup>

2.1. Da una rassegna della documentazione epigrafica si può osservare come spesso i *senatus consulta* – citati per intero, o con maggiore frequenza in escerto (tipicamente limitato al *decretum*) – siano incorporati in *epistulae* o editti di magistrati o promagistrati<sup>25</sup> ovvero all'interno di dossier volti a ripercorrere le tappe di svolgimento di vicende controversiali delle quali il senato sia stato interessato (molto istruttiva, a tale riguardo, l'iscrizione da Oropos relativa alle terre del santuario del dio Anfiarao, contenente l'*epistula* dei *consules* il dossier da loro prodotto in cui è ricompreso il *decretum* di un *senatus consultum* dell'80 a.C. [vd. diffusamente § 4.2 *infra*]).

Viceversa, soprattutto nelle fonti di tradizione manoscritta, la *relatio* tende a presentarsi come piuttosto breve; ciò induce a supporre che essa potesse essere presentata in forma sunteggiata (invece che stralciata del tutto), in modo da dare comunque al lettore immediata

<sup>23</sup> Come ritiene E. VOLTERRA, *Senatus consulta*, cit., 28 (estr.), secondo il quale, ad es., nell'epoca imperiale la *relatio* sarebbe stata tralasciata e si sarebbe dato maggior rilievo alle *sententiae* pronunciate dai singoli *patres*.

<sup>24</sup> In particolare, sul tema dell'archiviazione dei *senatus consulta* mi riservo di ritornare altrove, limitandomi in questa sede ad annotare una bibliografia essenziale, che non può prescindere da TH. MOMMSEN, *Sui modi usati da' Romani nel conservare e pubblicare le leggi ed i senatoconsulti*, in Ann. Instit. Corr. Archeol. 30, 1858, 181 ss. (= ID., *Gesammelte Schriften*, III, Berlin 1907, 290 ss.); E. POSNER, *Archives in the Ancient World*, Cambridge (Mass.) 1972, 166 ss.; M. (BONNEFOND) COUDRY, *Sénatus-consultes et acta senatus: rédaction, conservation et archivage des documents émanant du Sénat, de l'époque de César à celle des Sévères*, in *La mémoire perdue. À la recherche des archives oubliées, publiques et privées, de la Rome antique*, Paris 1994, 65 ss., e (con maggiore attenzione al nesso fra archiviazione e pubblicazione), J.-L. FERRARY, *La gravure de documents publics de la Rome républicaine et ses motivations*, in R. HAENSCH (hrsg. v.), *Selbstdarstellung und Kommunikation: Die Veröffentlichung staatlicher Urkunden auf Stein und Bronze in der römischen Welt*, München 2009, 59 ss. Più in generale sugli archivi nel primo principato v. M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in AUPA 51, 2006, 381 ss. [= ID., in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007, 5767 ss.]; con riguardo, invece, alla falsificazione di delibere senatorie si rinvia ora alla casistica isolata da L. FEZZI, *Falsificazione di documenti pubblici nella Roma tardorepubblicana (133-31 a.C.)*, Firenze 2003, 84 ss., 94 ss., 99 ss., ove bibl.

<sup>25</sup> E, in età imperiale, del principe: si pensi al quinto editto di Augusto ai Cirenei, contenente il testo (in questo caso privo della sola *praescriptio*) del *senatus consultum* in materia di *repetundae* del 4 a.C. (FIRA, I<sup>2</sup>, n. 68, linn. 83 ss.); per un esame del testo v. ora G. PURPURA, *Gli Edicta Augusti ad Cyrenenses e la genesi del SC Calvisiano*, in AUPA 55, 2012, 478 ss.

percezione della 'Fragestellung' intorno alla quale si era costituito il deliberato senatorio.<sup>26</sup> Si pensi ad es. ai *senatus consulta* in materia di acquedotti dell'11 a.C., ricordati da Frontino nel *de aqueductibus*, che (già deprivati della *praescriptio*) presentano tutti *relationes* molto sintetiche. Esse non riferiscono poco più che la materia della deliberazione attraverso un complemento di argomento (*aq.* 100, 104, 125), ovvero una breve proposizione dichiarativa (*aq.* 106, 108, 127): cosa che lascia spazio all'ipotesi (in ogni caso da verificare caso per caso) che tali testi potessero aver conosciuto una sunteggiatura della *relatio* (nel caso di specie operata dallo stesso Frontino?).

Ma tali tecniche di 'sunteggiatura' possono riguardare, più in generale, l'intero testo di un senatoconsulto, come mostra ad es. la deliberazione c.d. *de philosophis et rhetoribus*, riportata da Svetonio al § 1 della sezione *de rhetoribus* dell'opera *de viribus illustribus* (= FIRA, I<sup>2</sup>, n. 32):

*Rhetorica quoque apud nos perinde atque grammatica fere recepta est, paulo etiam difficilius, quippe quam constat nonnumquam etiam prohibitam exerceri. Quod ne cui dubium sit vetus S.C. item censorium edictum subiiciam:*

*C. FANNIO STRABONE M. VALERIO MESSALA CONS. M. POMPONIUS PRAETOR SENATUM CONSULUIT. QUOD VERBA FACTA SUNT DE PHILOSOPHIS ET RHETORIBUS, DE EA RE ITA CENSUERUNT, UT N. POMPONIUS PRAETOR ANIMADVERTERET CURARETQUE, UT SI EI E RE P. FIDEQUE SUA VIDERETUR, UTI ROMAE NE ESSENT.*

*De eisdem interiecto tempore Cn. Domitius Ahenobarbus, L. Licinius Crassus censores ita edixerunt:*

*RENUNTIATUM EST NOBIS, et rell.*

Come è evidente, il testo svetoniano riporta in chiave argomentativa (affinché non fossero cioè dubbie al lettore le difficoltà con le quali a Roma erano state recepite le arti della *philosophia* e della retorica) un senatoconsulto (del 161 a.C.) e un editto censorio (del 92 a.C.). Ci concentreremo in questa sede sul senatoconsulto (i cui *verba* ho evidenziato in maiuscolo). Esso è solo apparentemente completo: la *praescriptio* è priva infatti del *dies* e del luogo di riunione dei *patres*, come pure dell'elenco di *qui scribundo adfuerunt* (evidentemente ininfluenti ai fini della trattazione). Anche la formulazione passivante *quod verba facta sunt* è una evidente rielaborazione della formulazione 'Quod M. Pomponius verba fecit et rell.', ed è possibile che il complemento di argomento '*de philosophis et rhetoribus*' sintetizzi in modo efficace una *relatio* originariamente più articolata; da ultimo, il *decretum*, che appare la parte meglio conservata del testo, è comunque privo della chiusa finale *censuere*.

2.2. Tuttavia, come abbiamo accennato, la tecnica cui più frequentemente si ricorre per citare *verbatimim un senatus consultum* è quella di escerpire, del tutto o (meno frequentemente) in parte, il solo *decretum*. Vi sono al riguardo significative testimonianze nella documentazione epigrafica, ad esempio in 'dossier' allestiti per conto del senato, o in *epistulae* di magistrati e promagistrati indirizzate a comunità di provinciali.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> 'Fragestellung' che, nel caso di *senatus consulta* citati in escerto in epistole magistratuali o dossier era comunque desumibile anche dal contesto.

<sup>27</sup> Fra i *dossier* si pensi a quello relativo alle terre del dio Anfiarao (cfr. § 4.2, *infra*; ma su questo aspetto

Ma non mancano testimonianze, anche importanti, dalle fonti di tradizione manoscritta; come ad es. in un noto brano di Macrobio (*Sat.* 1.12.35 = FIRA, I<sup>2</sup>, n. 42), in cui l'autore, in una dotta digressione sui nomi dei mesi, ricorda che il mese di *Augustus* si chiamava in origine *Sextilis*, fino a che esso non fu modificato in onore dell'imperatore,

... ex SC, cuius verba subieci: CUM IMPERATOR AUGUSTUS MENSE SEXTILI ET PRIMUM CONSULATUM INIERIT ET TRIUMPHOS TRES IN URBEM INTULIT ET EX IANICULO LEGIONES DEDUCTAE SECUTAEQUE SINT EIUS AUSPICIA AC FIDEM, SED ET AEGYPTUS HOC MENSE IN POTESTATEM POPULI ROMANI REDACTA SIT FINISQUE HOC MENSE BELLIS CIVILIBUS IMPOSITUS SIT, ATQUE OB HAS CAUSAS HIC MENSIS HUIC IMPERIO FELICISSIMUS SIT AC FUERIT, PLACERE SENATUI, UT HIC MENSIS AUGUSTUS APPELLETUR.

Macrobio escerpisce dunque il solo *decretum*. In esso si segnalano le 'motivazioni' della delibera (*cum ... fuerit*), che costituiscono una delle innovazioni strutturali e stilistiche del testo dei *senatus consulta* venute in rilievo con l'età del principato (vd. § 3.3 *infra*).

Con riguardo alla letteratura giurisprudenziale, sarà opportuno prendere in considerazione le testimonianze di Ulpiano, giurista la cui tradizione meglio conserva escerti di delibere senatorie della prima età imperiale in frammenti che leggiamo attraverso la compilazione giustiniana. In essi è possibile rintracciare una vera e propria tecnica di 'massimazione' del testo del *senatus consultum* (ossia di isolamento del principio giuridico in esso contenuto)<sup>28</sup> che consiste nel rielaborare, nel corso della trattazione, elementi (prevalentemente di natura cronologica: indicazione della coppia consolare) volti a identificare la delibera e nel trascrivere il *decretum* dopo un inciso quale '*cuius verba haec sunt*' o uno similare.

È questo il caso del *senatus consultum Trebellianum* in materia di fedecommissi [D. 36.1.1.1-2 (Ulp. 3 *fideicomm.*)];<sup>29</sup> del *senatus consultum Macedonianum* [D. 14.6.1 (Ulp. 29 *ad ed.*)], ove l'indicazione di carattere cronologico è però sostituita dalla denominazione, attinente peraltro al destinatario del provvedimento, con cui il *senatus consultum* era comunemente noto);<sup>30</sup> e ancora del *senatus consultum*, in materia di *fideicommissa libertas*, approvato '*Aemilio*

anche G. RIES, *Prolog und Epilog*, cit., 136). Fra le *epistulae*, oltre ai numerosi esempi contenuti in SHERK, *Roman Documents*, cit., nr. 1 ss., v. anche il testo di recente riesaminato da U. Laffi, *L'iscrizione di Efeso sui privilegi*, cit., 468 ss. Altri esempi, anche nel § 2.1, *supra*.

<sup>28</sup> La nozione di 'massimazione' è stata introdotta, con riferimento alle costituzioni imperiali, da E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto (Venezia 1967)*, Firenze 1971, 832, e ivi nt. 18a (= ID., *Scritti giuridici*, VI, Napoli 1994, 14, e ivi nt. 18a), che la derivava da quella coniata per il diritto vigente da Tullio Ascarelli. Essa fu tuttavia al centro di una articolata discussione in dottrina, su cui v. ampiamente M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali*, cit., 381 ss.

<sup>29</sup> *Factum est enim senatus consultum temporibus Neronis octavo calendas Septembres Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus cuius verba haec sunt: «Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus ... placet, ut actiones ... restituissent ...».*

<sup>30</sup> *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: «Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat etiam aes alienum adhibuisset ... placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset ...».*

*Iunco et Iulio Severo cos.*' [(127 d.C., con *verba* noti da D. 40.5.28.4 (Ulp. 5 *fideicomm.*)],<sup>31</sup> che omette però anche le 'motivazioni' del provvedimento<sup>32</sup>).

Non mancano tuttavia casi nei quali il giurista ricorre, pur in modo piuttosto blando, a tecniche di 'sunteggiatura' del testo della *relatio*, cui si affianca la riproduzione del *decretum*. In D. 16.1.2.pr.-1 (Ulp. 29 *ad ed.*) sono introdotti<sup>33</sup> e poi riportati i *verba* sia della *relatio* sia del *decretum* del *senatus consultum Velleianum*. In ogni caso, la *relatio* presenta una formulazione decisamente molto sintetica – '*... de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent...*' – tale da lasciar presupporre una qualche forma di 'sunteggiatura' della stessa (analogamente a quanto abbiamo rilevato per i testi riprodotti da Frontino).

I *verba* del senatoconsulto di età adrianea (c.d. 'Giuvenziano'), provocato dalla *relatio* dei consoli Iulius Balbus e Iuventius Celsus, a sua volta elaborata sulla lettura di un *libellus* dell'imperatore Adriano, sono invece palesemente sunteggiati. Si veda D. 5.3.20.6 (Ulp. 15 *ad ed.*): della *praescriptio* della delibera sopravvive la sola indicazione del *dies* ('*Pridie idus Martias*'); della *relatio* è omesso il *quod* introduttivo e la proposizione '*consules ... verba fecerunt*' diviene la principale ed è dunque raccordata con la interrogativa indiretta '*quid fieri placeat*' (con evidente adattamento dell'originario *placere*); la parte dispositiva sembra invece citata per esteso (i *tre decreta* sono peraltro comunemente distinti dagli editori con i numeri 6a, 6b, 6c), con la sola omissione del *consuere*.<sup>34</sup> Le ragioni di questa più ampia cita-

<sup>31</sup> *Factum est senatus consultum, Aemilio Iunco et Iulio Severo cos., in haec verba: «Placere, [ut] si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacumque causa deberent servo, qui mortis tempore eius, qui rogavit, non fuerit isque, adesse negabitur: praetor cognoscat: et si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet: id ita esse pronuntiet. Cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommissa manumitti debuisset, manumissus est ...».*

<sup>32</sup> Sulle 'motivazioni' del provvedimento quale elemento innovativo dei *senatus consulta* a partire da età imperiale v. § 3.3 *infra*. L'interconnessione fra i *senatus consulta* in materia di libertà fedecommesse (su cui v. ora l'ottima ricognizione di Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014, part. 139 ss.; ma per i profili processuali vd. già F. SILLA, *La cognitio sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova 2008) nella trattazione di Ulpiano nel quinto libro *de fideicommissis*, come pure in quella di Marciano nel nono libro delle *Institutiones* lascia spazio all'ipotesi che le denominazioni con le quali tali deliberazioni sono note siano nate per praticità di esposizione nei testi dei due giuristi, secondo una tecnica che riscontriamo anche in Gaio (v. anche quanto osservato alla nt. 85 *infra*).

<sup>33</sup> *Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. I. Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius senatus consulti verba haec sunt: «Quod Marcus Silanus et Vellaeus Tutor consules verba fecerunt...».*

<sup>34</sup> *Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus. De quibus cum forma senatus consulto sit data, optimum est ipsius senatus consulti interpretationem facere verbis eius relatis: «Pridie idus Martias Q. Iulius Balbus et P. Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae imperator Caesar Traiani Parthici filius divi Nervae nepos Hadrianus Augustus imperator maximusque princeps proposuit quinto nonas Martias quae proximae fuerunt libello complexus esset, quid fieri placeat; de qua re ita censuerunt; 6a. cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere: redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas; idemque in similibus causis servandum. 6b. Item placere: a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutae fuissent, restituere debere. 6c. Item: eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem, qui iustas causas habuissent, quare*

zione, anche dei *verba* della *relatio*, credo vadano rintracciate in una strategia argomentativa del giurista severiano: nell'*incipit* di D. 5.3.20.6 ('*Praeter haec multa reperimus tractata et rell.*') il giurista dichiara infatti di avere rintracciato numerose norme in materia di *hereditatis petitio*, di vendita delle *res hereditariae*, di dolo preterito, di frutti. Tuttavia, la disciplina relativa a questi punti era stata discussa unitariamente in senato, assumendo la *forma* di un *senatus consultum*. Ciò determina dunque la scelta di Ulpiano di un commento lemmatico del provvedimento in questione, di cui sono riportati i *verba*, ('*optimum est ipsius senatus consulti interpretationem facere verbis eius relatis*'), per poi procedere ad una loro *congruens interpretatio* ('*aptanda est igitur nobis singulis verbis et rell.*'). Interpretazione che occupa infatti ampia parte del prosieguito del quindicesimo libro del commentario editale.<sup>35</sup>

2.3. Veniamo dunque alla tecnica di estrazione del contenuto essenziale delle disposizioni dal provvedimento, attraverso un'armonizzazione dei *verba* con il contesto espositivo. Ciò determina che la citazione diretta (il più delle volte molto breve) non è immediatamente riconoscibile come tale. Si tratta di una tecnica non inusuale: l'ampia casistica delle fonti (relative alla giurisprudenza e non solo) richiederebbe un esame dettagliato, che ci porterebbe lontano e che rinviava ad altra circostanza. Basterà in questa sede formulare solo qualche esempio fra le numerose testimonianze che emergono dalla dossografia e dalla storiografia: molto significativo mi pare Tac., *ann.* 11.15.1:

*factum ex eo senatus consultum, viderent pontifices quae retinenda firmandaque haruspicum*,<sup>36</sup>

ove la frase da '*viderent*' ad '*haruspicum*' riprende con ogni verosimiglianza i *verba* (cosa che mostra in particolare la formulazione '*viderent pontifices*').

Molto significativo anche Liv. 28.38.14:

*senatus in Capitolio habitus; ibi referente P. Scipione senatus consultum factum est ut quos ludos inter seditionem militarem in Hispania vovisset ex ea pecunia quam ipse in aerarium detulisset faceret.*

Nel testo si succedono una sintesi estrema della *praescriptio* ('*senatus ... habitus*'), della *relatio* ('*referente P. Scipione*') e poi una proposizione (retta da *s.c. factum est* e che a sua volta regge due relative), che assorbe nella trattazione *verba* del *decretum* (sono sottolineati quelli che ritengo fossero, per il loro tenore, *ipsissima verba*). Interventi simili si rintracciano in numerosi altri luoghi liviani (vd. almeno 23.24.1, 26.16.11,<sup>37</sup> 42.1.6). Ma, non mancano

*bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. 6c. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset». Aptanda est igitur nobis singulis verbis senatus consulti congruens interpretatio.*

<sup>35</sup> In tal senso anche Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Inventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari 2008, 34 ss. Il lungo testo di Ulp. 15 *ad ed.* pertinente al 'Giuvenziano' è isolato da O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II<sup>2</sup>, Lipsiae 1889, coll. 500 ss., frgg. 518-537.

<sup>36</sup> Cfr. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 234 ss., nr. A 63.

<sup>37</sup> Così già A. GALLO, *Recensione di J. Chaplin, D.S. Kraus (eds), Livy (Oxford Readings in Classical Studies)*, Oxford – New York 2009, in *Athenaeum* 100, 2012, 599.

esempi in Sallustio (*bell. Cat.* 29.2: *senatus decrevit, darent operam consules ne quid res publica detrimenti caperet*),<sup>38</sup> Valerio Massimo (3.7.10) e anche in Gellio (4.6.2, che parla espressamente di ‘*exemplum senatus consulti*’).

La ‘sunteggiatura’ dei *verba* e l’armonizzazione degli stessi in un determinato contesto espositivo finiscono in alcuni casi per intrecciarsi. L’esempio più tipico è quello del *lusus* di Plinio il Giovane, che in *epist.* 8.6.5 ss., riproduce pressoché per intero, alternandolo a propri commenti pungenti, il testo del *decretum* del senatoconsulto che aveva conferito onori a Pallante nel 52 d.C.<sup>39</sup>

Non mancano, d’altro canto, casi in cui i *verba* di un senatoconsulto siano fatti confluire in atti ufficiali. Può essere in proposito utile osservare che il testo contenuto nell’epigrafe (oggi distrutta) CIL, I<sup>2</sup>, 586 = CIL, XIV, 3584 = ILS 19, noto come *senatus consultum de Tiburtibus* (FIRA, I<sup>2</sup>, n. 33) non sia – come talvolta (pur autorevolmente) è stato sostenuto in dottrina<sup>40</sup> – il testo del *senatus consultum*, bensì l’epistola con la quale il pretore L. Cornelius Cn.f. comunicava il responso del senato ad una *postulatio* presentata da una legazione di Tibur, parafrasando il testo della delibera senatoria dalla terza alla seconda persona.<sup>41</sup>

O, ancora, in iscrizioni onorarie, come quella (CIL, VI, 40416 = ILS 219) posta sull’arco di Claudio a seguito del trionfo *de Britannis*, ove si legge (linn. 5 ss.):

*q[uo]d reges Brit[annorum] XI d[ie]bus paucis sine] | ulla iactur[a devicerit? et regna eorum] | gentesque b[arbaras trans Oceanum sitas] | primus in dici[onem populi Romani redegerit].*

Si tratta di un testo – lacunoso, ma agevolmente integrabile sulla base di un confronto con i resoconti di Suet., *Claud.* 17.2-3 e Dio 60.22-23<sup>42</sup> – che rielabora in modo piuttosto palese le motivazioni che introducevano il *decretum* inerente all’erezione dell’arco trionfale. Altri esempi potrebbero essere fatti da un confronto con l’iscrizione funeraria di Ti. Plautius Silvanus Aelianus (CIL, XIV, 3608 = ILS 986), che non solo presenta il *cursus* dell’onorato attraverso un elogio che ne richiama le singole gesta (ad es. linn. 10 ss.: *ex numero Transdanuvianor(um) | ad praestanda tributa cum coniugib(us) | ac liberis et principibus aut regibus suis | transduxit*), che ap-

<sup>38</sup> Passo celebre su cui ora L. PIAZZI, *Il senatus consultum ultimum in Bellum Catilinae 29*, in A. BALBO ET AL. (a c. di), *Darstellung und Gebrauch der Senatus consulta*, cit., i.c.s.

<sup>39</sup> Cfr. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 325 ss., A 98.

<sup>40</sup> Ad es. anche in E. VOLTERRA, *Senatus consulta*, 43, nr. 13 (estr.).

<sup>41</sup> In tal senso si considerino le osservazioni di S. RICCOBONO, *ad FIRA*, I<sup>2</sup>, n. 33, ove bibl. Una parziale (meno invasiva) rielaborazione dei *verba* del *senatus consultum* con la medesima tecnica parafrastica credo d’altra parte si possa rintracciare nell’epigrafe CIL, I<sup>2</sup>, n. 581 = ILS 18, che «*exhibet epistulam consulum ad magistratus agri Teurani missam*» con la quale erano trasmessi i *decreta* essenziali della delibera senatoria del 7 ottobre 186 a.C. (così S. RICCOBONO, *ad FIRA*, I<sup>2</sup>, n. 30, con bibl.), rielaborando altresì, alle linn. 19 ss., disposizioni di altri *senatus consulta*. La struttura di questo testo resta comunque da indagare alla luce delle più recenti acquisizioni dottrinali. Superficiale infatti è la lettura di K. KUPFER, *Anmerkungen zu Sprache und Textgattung des Senatus Consultum de Bacchanalibus* (CIL I<sup>2</sup> 581), in *Glotta* 80, 2004, 158 ss.; per un’esegesi v. B. ALBANESE, *Per l’interpretazione dell’iscrizione con norme del SC de Bacchanalibus*, in *Iuris Vincula I*, Napoli 2001, 4 ss. e, con riferimento ad aspetti specifici, A. GROTEN, *Corpus und universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen 2015, 208 ss.

<sup>42</sup> P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 159 ss.

pare modellato sul testo del decreto senatorio di conferimento del *funus publicum* ad Aelianus, e che cita altresì (l. 27 ss.), espressamente, i *verba* dell'*oratio* di Vespasiano con la quale erano stati decretati, sempre ad Aelianus, gli *ornamenta triumphalia* durante la prefettura urbana:

*senatus in praefectura triumphalibus | ornamentis honoravit, auctore Imp(eratore) | Caesare Augusto Vespasiano verbis ex | oratione eius q(uae) i(nfra) s(cripta) s(unt): | MOESIAE ITA PRAEFUIT UT NON DEBUERIT IN | ME DIFERRI HONOR TRIUMPHALIIUM EIUS | ORNAMENTORUM NISI QUOD LATOR EI | CONTIGIT MORA TITULUS PRAEFECTO URBIS.*

Appare poi interessante anche la ‘massimazione’ effettuata da Ulpiano (14 *ad Sab.*, D. 38.4.1pr.), del senatoconsulto in tema di *adsignatio libertorum* del novembre/dicembre 44 d.C., noto in dottrina come ‘Ostoriano’:<sup>43</sup>

*Senatus consulto quod factum est Claudianis temporibus Vellaeo Rufo et Osterio Scapula consulis de adsignandis libertis in haec verba cavetur: Si, QUI DUOS PLURESVE LIBEROS IUSTIS NUPTIIS QUASITOS IN POTESTATE HABERET, DE LIBERTO LIBERTAVE SUA SIGNIFICASSET, CUIUS EX LIBERIS SUIS EUM LIBERTUM EAMVE LIBERTAM ESSE VELLE, IS EAVE, QUANDOQUE IS, QUI EUM EAMVE MANUMISIT INTER VIVOS VEL TESTAMENTO, IN CIVITATE ESSE DESISSET, SOLUS EI PATRONUS SOLAVE PATRONA ESSET, PERINDE ATQUE SI AB EO EAVE LIBERTATEM CONSEUTUS CONSEUTAVE EST. UTIQUE, SI EX LIBERIS QUIS IN CIVITATE ESSE DESISSET NEQUE EI LIBERI ULLI ESSENT, CETERIS EIUS LIBERIS QUI MANUMISIT PERINDE OMNIA IURA SERVENTUR, AC SI NIHIL DE EO LIBERTO EAVE LIBERTA IS PARENS SIGNIFICASSET.*

Della *praescriptio* della delibera senatoria, il giurista recupera solo il dato cronologico (richiamo alla coppia consolare, per indicare – secondo una prassi consolidata delle tecniche di citazione di *acta publica* – l’anno del provvedimento; la menzione dei *Claudianae tempora* potrebbe invece essere il frutto di un’ulteriore necessità di precisazione, a fronte di una coppia consolare della cui cronologia si doveva essere persa cognizione). Della *relatio* è fatto salvo soltanto l’oggetto della delibera, reso con un complemento di argomento (*‘de adsignandis libertis’*), mentre invece la peculiare costruzione all’impersonale (*‘senatus consulto ... in haec verba cavetur’*) permette a Ulpiano di omettere anche i *verba* non solo della proposizione principale della *relatio* (*‘de ea re ita censuerunt’*), ma anche di quella parte dispositiva del *decretum* (sostituita, appunto, dal *‘cavetur’*)<sup>44</sup> nella quale si doveva indicare il conferimento al *pater familias* di una *adsignandi facultas*.<sup>45</sup> Il giurista si limita dunque a citare *verbatim* la fattispecie (*si quis* et *rell.*) entro la quale la *adsignandi facultas* avrebbe trovato applicazione, e gli effetti da essa scaturenti. Viceversa, la seconda disposizione del senatoconsulto (introdotta da *‘utique, si ex liberis’* sino a *‘significasset’*) sembra invece

<sup>43</sup> P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 177 ss., A 41.

<sup>44</sup> Non sappiamo invece se nel testo del *decretum* fossero inserite anche le motivazioni, secondo la prassi in uso a partire dalla prima età imperiale. Vd. *infra* § 3.

<sup>45</sup> Così I. 3.8.2, che parafrasa evidentemente i *verba* del senatoconsulto: *Datur autem haec adsignandi facultas ei qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis quos in potestate habet adsignare ei libertum libertamve liceat*, ciò che non permette di escludere che anche il sintagma *adsignandi facultas* appartenesse ai *verba* della delibera senatoria.

riportata per intero (con la proposizione ‘*utique ... serventur*’ retta dal *placere/placuit* che doveva aprire la parte dispositiva del provvedimento).<sup>46</sup>

Nel prosieguo della sua trattazione (D. 38.4.1.1), Ulpiano osserva altresì il *senatus consultum* essere ‘*singulari sermone scriptum*’, si direbbe in ragione della sequenza di enclitiche disgiuntive *-ve*, adoperate per indicare l’alternanza fra genere maschile e femminile. Questo massiccio ricorso ad enclitiche disgiuntive resta, per quanto ci è dato di sapere, pressoché unico fra i testi di delibere senatorie noti, certamente per l’epoca coeva,<sup>47</sup> se non con l’eccezione di alcuni passaggi del *senatus consultum* noto dalla *tabula Larinas*<sup>48</sup> e di poche linee di una delibera senatoria del 10 marzo del 56 d.C. (nota in dottrina come senatoconsulto ‘Volusiano’), nota da CIL, X, 1401, nella parte in cui (linn. 25-26) richiama<sup>49</sup> le disposizioni di un precedente *senatus consultum* del 22 settembre 47 d.C. (c.d. ‘Osidiano’) in materia di demolizioni di edifici. Il passaggio

... *ne quis do m u m villa m ve dirueret qu{am}uo plus | sibi acquireret, neve quis negotiandi causa eorum quid e m e r e t v e n d e r e t v e ...*

<sup>46</sup> Proprio quest’ultima clausola merita qualche ulteriore considerazione. Al verificarsi della fattispecie contemplata dalla seconda disposizione del senatoconsulto (la riassegnazione ai *liberi* rimanenti dei diritti sul liberto appartenuto a un soggetto estinto), sottoposto a condizione sospensiva (ossia la morte, ovvero l’estinzione civile, di uno dei *liberi* di colui che si fosse avvalso della *adsignandi facultas*) si riconnette una *factio iuris* (*ac si nihil* et rell.) che mostra un raffinato grado di competenza giuridica. Da questo punto di vista, l’età di Claudio è senza dubbio un laboratorio interessante, ma lo studio sistematico di fonti anche insospettabili restituisce stimolanti elementi di riflessione. Ad esempio, già per la fine del III sec. a.C. (215 a.C.) è documentato (da Liv. 23.31.10-11) un senatoconsulto il cui disposto appare fondato su una *factio iuris*, come ha messo molto opportunamente in evidenza A. GALLO, *Sulla lex de equitibus Campanis* (Liv. 23.31.10-11), in M. CHELOTTI, M. SILVESTRINI (a. c. di), *Epigrafia e Territorio. Politica e Società*, IX, Bari 2013, 227 ss. Nella fattispecie, osserva Gallo, questo senatoconsulto (e la successiva proposta di legge che da esso sarebbe scaturita) avrebbe dichiarato la fittizia ascrizione al municipio di *Cuma* di 300 cavalieri di *Capua* (impegnati sul fronte africano) dal giorno precedente a quello in cui i loro concittadini avevano defezionato nelle mani di Annibale. Ciò avrebbe consentito di sottrarli alle sanzioni che interessarono invece la loro comunità di origine, con evidenti ricadute anche sul piano della tutela dei rapporti dominicali che li riguardavano.

<sup>47</sup> Diversamente, relativamente frequente è, sin dal *senatus consultum de Bacchanalibus* (cfr. nt. 41 *retro*), la descrizione di fattispecie o divieti negativi mediante la correlazione di ‘*ne ... neve*’ (ripetuto anche anaforicamente). V. ad es. il *decretum* del *senatus consultum Velleianum de obligationibus feminarum* (D. 16.1.2.1 [Ulp. 29 *ad ed.*]: ‘... *ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit ...*’). Per l’età adrianea si segnala poi il testo del *senatus consultum* ‘Giuvenciano’: ‘... *si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutiaeve fuissent ...*’ (D. 5.3.20.6b).

<sup>48</sup> AE 1978, 145 = EAOR, III, pp. 18-16, n. 2 [M. Buonocore] (su cui v. diffusamente § 4.1 *infra*), lin. 5 (‘*in scaenam ludumv[e]’*), linn. 9-10 (‘*in scaenam produceret auctoramentove rog[aret ...] | ... aliove quod eius rei simile min[isterium?]’*), lin. 20 (‘*auctorare se operasve suas [locare]’*; questi ultimi forse *verba* del *senatus consultum* dell’11 d.C. cit. alla lin. 17 s.). In ogni caso, si tratta di una ricorrenza assolutamente normale, e si deve anzi rilevare come, alle linn. 7-8 del medesimo testo, nell’elenco dei parenti dei senatori che sono sottoposti al divieto di *auctoramentum* l’estensore del testo non ricorre all’enclitica *-ve*. Si legge infatti [‘*pl]acere ne quis senatoris filium filiam nepotem neptem proneptem, neve que[m?] cui ipsi? cuiusve patri aut avo | [v]el paterno vel materno aut fratri et rell.*’.

<sup>49</sup> Sulle ragioni di tale rielaborazione v. anche, § 4.1, *infra*.

rielabora infatti, alleggerendolo di una certa retorica,<sup>50</sup> la porzione di testo (nota sempre da CIL, X, 1401, linn. 9 ss.)

... ne[que] inimicissimam pace faciem inducere | ruinis domum villarumque, placere: si quis negotiandi causa | emisset quod aedificium, ut diruendo plus acquireret quam | quanti emisset ...<sup>51</sup>

Le due enclitiche *-ve* (cui si aggiunge la correlazione ‘*ne ... neve*’) vengono subito in rilievo. È troppo poco per individuare una stessa precisa mano, o – tantomeno – una tecnica o un preziosismo stilistico della metà di I sec. d.C. Resta però il fatto che i due provvedimenti (‘Ostoriano’ e ‘Volusiano’) non sono cronologicamente troppo distanti tra loro.

Sempre rimanendo nell’ambito di *senatus consulta* in materia di divieto di demolizione di edifici, merita di essere richiamato alla nostra attenzione un frammento di Paolo, escerpito dal libro 54 *ad ed.* (D 18.1.52), ove il giurista mostra di citare le disposizioni dell’ ‘Osidiano’ nella già richiamata massimazione dello stesso che ne aveva operato il ‘Volusiano’. Mettiamo a confronto il testo epigrafico e quello paolino:

... | cum S(enatus) C(onsultum), quod Senatus censuit,  
factum est Hosidio Geta et L(ucio) Vagellio  
co(n)s(ulibus), clarissimis viris ante d[(iem)  
X] K(alendas) | Oct(obres) auctore divo Clau-  
dio, cautum esset,

ne quis domum villamve dirueret ne quis domum villamve dirueret, quo  
qu{am}uo plus | sibi acquireret, neve quis plus sibi acquireretur neve quis negotiandi  
negotiandi causa eorum quid emeret vende- causa eorum quid emeret venderetve: poena  
retve, | poenaq(ue) in emptorem, qui adversus in eum, qui adversus senatus consultum fe-  
id S(enatus) C(onsultum) fecisset, constituta cisset, constituta est, ut duplum eius quanti  
esset, [ut] | qui quid emisset duplum eius emisset in aerarium inferre cogeret, in eum  
et eius qui vendidisset irrita fieret venditio... vero, qui vendidisset, ut irrita fieret venditio.

<sup>50</sup> Forse connessa alla rielaborazione di formulazioni e argomenti introdotti attraverso l’*oratio* svolta dall’imperatore Claudio, come pare del resto potersi desumere dall’inserzione, nel corpo del testo, dal dativo arcaizzante ‘*pace*’, retto da ‘*inimicissima*’: fra le finalità del provvedimento vi sarebbe stata cioè quella di non provocare, attraverso la demolizione di case e *villae* allo scopo di rivenderne i singoli elementi architettonici, una ‘*facies inimicissima pace*’, un aspetto cioè decisamente ‘nemico’ del tempo di pace. ‘*Pace*’ è una forma arcaica di *pax*, *-is* (singolarmente non documentata, però, in U. KEUDELL, *s.v. ‘pax’*, in *TbLL*. X.1, fasc. VI, Leipzig 1991, coll. 863-878), giacché – come è noto – in latino antico i temi in consonante avevano un’uscita *-ei* (si pensi ai pluridocumentati *salutei*, *virtutei*, *legei*) che, prima di contrarsi in *-i* lunga, sarebbe passata per uno stadio intermedio in *-e* lunga. Terminazione che spiegherebbe, peraltro, formule come *duomvir iure dicendo o lex opere faciundo* (Cf. A. ERNOUT, *Morphologie historique du latin*, Paris 1953, § 47, 66. V. anche F. CUPAIUOLO, *Problemi di lingua latina*, Napoli 1991, 148, che non esclude però una origine dialettale dello stadio intermedio con terminazione in *-e*). Una paternità claudiana di queste linee (e per il lessico, e per l’ideologia) è riconosciuta in particolare da P. GARNSEY, *Demolition of houses and the law*, in M.I. FINLEY (ed. by), *Studies in Roman Property*, Cambridge 1976, 134 e 192 nt. 28.

<sup>51</sup> Il riferimento al ‘*vendere*’ è nel secondo *decretum* del senatoconsulto ‘Osidiano’, linn. 14 ss. del testo epigrafico.

Secondo Manlio Sargenti, è possibile che il giurista severiano non cogliesse più la distinzione fra i due provvedimenti, e «avesse presente solo la versione più comprensiva che il Volusiano ne aveva dato», cosa che sembra peraltro confermata dalla generica indicazione con cui il passo si apre (*senatus censuit*).<sup>52</sup> Ciò induce a osservare – considerazione di per sé quasi banale – come ai giuristi, soprattutto quando essi non avessero accesso (per le ragioni più varie) all'archivio senatorio, interessasse cogliere l'essenzialità dei deliberati senatorii, la loro *ratio*, cioè a scapito della tradizione dei *verba* degli stessi.

Per quanto attiene alla massimazione del *senatus consultum* 'Osidiano' operata all'interno del 'Volusiano', essa era invece apparsa opportuna agli estensori di questa seconda delibera, perché riaffermando le disposizioni del precedente senatoconsulto del 47 d.C. era stata modellata l'eccezione che costituiva l'asse portante del provvedimento del 56 d.C. (ossia il diritto, accordato a dei privati che ne avevano fatto richiesta, ad alienare '*negotiandi causa*' immobili siti in una zona che risultava *deserta*).

Almeno a partire dalla seconda parte del principato di Nerone, i due testi circolavano sicuramente insieme.<sup>53</sup>

3. Nel complesso possiamo dunque ritenere che, al di là delle operazioni di selezione del testo operate da magistrati e promagistrati, come pure da pratici e giuristi, e più in generale storici e antiquari (si pensi ancora, per questa fattispecie, ai sopracitati esempi di Svetonio e Macrobio), il testo delle deliberazioni senatorie si sia mantenuto a grandi linee inalterato nel corso dei tre secoli e mezzo per i quali, alla documentazione di tradizione manoscritta, si affiancano significative testimonianze provenienti dalla documentazione epigrafica. A fronte di una tale continuità strutturale, quale emerge dalla lettura dei (comunque molto pochi, se considerati in termini assoluti) testi di *senatus consulta* a noi noti, è possibile ravvisare tuttavia taluni elementi di innovazione, per lo più venuti in rilievo fra la tardissima età repubblicana e gli esordi del principato.

3.1. Il primo elemento sul quale mi pare opportuno porre l'accento è la scomparsa, nella *praescriptio*, dell'indicazione esplicita del magistrato '*qui senatum consuluit*'. Costantemente attestata nelle *praescriptiones* di delibere senatorie per l'intera durata dell'età repubblicana, questa formulazione è da ultimo documentata in Ios., *ant.* 14.8.5,<sup>54</sup> brano in cui l'autore giudeo trascrive (attingendo a materiali di archivio e in modo abbastanza fedele, come del resto comprova il tenore dei *verba*), un *senatus consultum* emanato nel 47 a.C.

Le ragioni della scomparsa non sono chiare,<sup>55</sup> ma non si può escludere che esse vadano

<sup>52</sup> M. SARGENTI, *Due senatoconsulti. Politica edilizia nel primo secolo dell'impero e tecnica normativa*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano 1984, 654 nt. 27.

<sup>53</sup> Come appunto dimostra il testo di CIL, X, 1401, dossier elaborato con ogni verosimiglianza a seguito del terremoto che nel 62 d.C. aveva interessato la zona di *Herculaneum*, su cui svolgeremo ulteriori considerazioni più innanzi (§ 4.1 *infra*); ma sul tema v. diffusamente anche P. BUONGIORNO, *CIL X 1401 e il SC 'Osidiano'*, in *Iura* 58, 2010, 234 ss.

<sup>54</sup> Come mi pare abbia ben rilevato, almeno in tempi recenti, il solo G. RIES, *Prolog und Epilog*, cit., 131 nt. 27.

<sup>55</sup> Opportunamente G. RIES, *Prolog und Epilog*, cit., 131, osserva che «ob dies mit der Abwertung der Magistrate gegenüber dem Princeps seit dem Beginn des Prinzipats zusammenhängt, läßt sich nicht sicher

messe in correlazione con un altro elemento, ovvero la riconsiderazione formale del ruolo del magistrato convocante nello svolgimento della *relatio*.

Mentre nei testi di senatoconsulti di età repubblicana le nozioni di *senatum consulere* e *verba facere* possono risultare ben distinte – come apprendiamo soprattutto da testimonianze epigrafiche che restituiscono deliberazioni senatorie assunte a seguito di ambascerie di popoli e città dell'oriente greco<sup>56</sup> – a partire da età triumvirale, anche in caso di presenza di legazioni straniere invitate a parlare in senato, nella redazione scritta delle delibere senatorie l'attività di *verba facere* risulta appannaggio del magistrato dotato di *imperium* (ovvero del *princeps*) che ha convocato l'assemblea senatoria.

Particolarmente utile a tale riguardo è il dossier proveniente da Mitilene (SHERK, *Roman Documents*, n. 26), che contiene (col. B, linn. 14 ss. e col. C) un primo *senatus consultum* di età cesariana – databile all'incirca al 46/45 a.C. e di cui manca purtroppo la *praescriptio* – in cui è ricordato che sono gli ambasciatori ('πρεσβευταί') di Mitilene a *verba facere*, e poi due *senatus consulta* della prima età augustea (25 a.C.): in essi è oramai assente, nella *praescriptio*, ogni riferimento al nome del magistrato *qui senatum consuluit*, mentre invece, dal contesto delle due *relationes* svolte dal console M. Iunius Silanus – «a quanto pare dopo aver chiesto ed ottenuto per lettera il parere di Augusto, che era suo collega nel consolato e si trovava in Spagna per la guerra cantabrica»<sup>57</sup> – emerge la presenza di ambasciatori di Mitilene a Roma, del cui probabile intervento in senato non è dato esplicitamente ricordo nel testo del *senatus consultum*.<sup>58</sup>

Anche il testo del *senatus consultum* di età tiberiana relativo al diritto di *asylia* nei templi di Era a Samos e di Asclepio a Cos (SHERK, *Roman Documents*, n. 32), pur molto lacunoso,<sup>59</sup>

sagen», salvo poi propendere per questa ipotesi servendosi di Hist. Aug. *Maximin.* 16 (testo tuttavia poco calzante rispetto all'epoca in esame).

<sup>56</sup> Si considerino, e.g., i testi riportati da R.K. SHERK, *Roman Documents*, nn. 1, 2, 5 (ove è un sacerdote che *verba facit*), 7 e 9 (ove sono chiamati a *verba facere* legati di più comunità), 10, 18 (testo nel quale, nell'ordine, si susseguono l'intervento dei legati degli *Stratonicensis* e poi di Silla, *dictator*, che aveva convocato il senato: ma nel testo epigrafico è molto lacunosa la *praescriptio*), 26. Ma non mancano casi nei quali sono i magistrati che hanno convocato il senato a svolgere essi stessi la *relatio*: cfr. e.g. R.K. SHERK, *Roman Documents*, nn. 11, 13, 22, 23, 24, 25.

<sup>57</sup> Così T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*<sup>2</sup>, Napoli 1996, 50.

<sup>58</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Senatusconsulta Silaniana de Mytilenensibus*, in RFIC 70, 1942, 125 ss., e poi B. BIONDI, V. ARANGIO-RUIZ, *Senatus consulta*, in S. RICCOBONO (a c. di), *Acta Divi Augusti*, Romae 1945, 232 ss. (= B. BIONDI, *Scritti Giuridici*, II, Milano 1965, 312 ss.); su posizioni parzialmente differenti R.K. SHERK, *Roman Documents*, cit., 155 s.

<sup>59</sup> L'identificazione è possibile anche sulla base del confronto delle linee superstiti con Tac., *ann.* 4.14: *Is quoque annus legationes Graecarum civitatum habuit, Samiis Iunonis, Cois Aesculapii delubro vetustum asyli ius ut firmaretur petentibus. Samii decreto Amphictyonum nitebantur, quis praecipuum fuit rerum omnium iudicium, qua tempestate Graeci conditis per Asiam urbibus ora maris potiebantur. neque dispar apud Coos antiquitas, et accedebat meritum ex loco: nam civis Romanos templo Aesculapii induxerant, cum iussu regis Mithridatis apud cunctas Asiae insulas et urbes trucidarentur.* Testo escerpito dagli *acta senatus*, come si evince dal prosieguo dello stesso ('... postremo Caesar de immodestia histrionum rettulit...'); cfr. O. DEVILLERS, *Tacite et les sources des Annales. Enquêtes sur la méthode historique*, Louvain-Paris-Dudley (MA) 2003, 59. In ogni caso mi sembrano eccessive le cautele di R.K. SHERK, *Roman Documents*, cit., 184, in ordine

contiene a mio parere elementi sufficienti per individuare nei consoli in carica C. Stertinius Maximus e C. Asinius Pollio gli autori della *relatio* (lin. 4, ove il nome dei consoli compare al nominativo), nonostante, nel prosieguo del testo (lin. 6 e s.) siano esplicitamente menzionati (al genitivo, dato quest'ultimo da non trascurare e che lascia propendere che si alludesse alle richieste degli stessi) i *πρεσβευταί* di Cos, presenti a Roma (come sappiamo del resto da Tacito) insieme a quelli di Samos, per richiedere la conferma del *ius asyli* nei loro templi.<sup>60</sup>

Gli *Annales* di Tacito ricordano la presenza di numerose altre ambascerie in senato nel corso dell'età giulio-claudia, talvolta sollecitate dalla stessa assemblea, ma purtroppo ci mancano i testi delle delibere senatorie per poter valutare il peso attribuito – in sede di redazione del *senatus consultum* – alle dichiarazioni rese dai legati (e alle loro richieste). Vale però la pena di porre l'accento su un lungo brano di Tacito (*ann.* 12.62-63), che attinge dagli *acta* una lunga orazione pronunciata in senato (nel 53 d.C.) dai legati di Byzantion e la successiva deliberazione dei *patres*, avvenuta (forse per *discessionem*) su *relatio* di Claudio.<sup>61</sup> Di estremo interesse mi paiono tanto l'*incipit* di Tacito '*At Byzantii data dicendi copia*' quanto la precisazione che '*Claudius rettulit*'. I legati di Bisanzio furono autorizzati a parlare in senato, al contrario (*at*) di quanto era avvenuto, in una seduta (di poco) precedente per i *Coi* (cfr. Tac., *ann.* 12.61); formulazione che sembra presupporre una sorta di eccezionalità, in quel tempo, nel conferimento di un pieno diritto di parola alle legazioni dinanzi all'assemblea senatoria; in ogni caso, tale intervento si integra con la *relatio* di Claudio, non la esclude.

Concordo quindi con l'approccio di Richard Talbert alla questione, che ha opportunamente rilevato come, nell'età imperiale, la *relatio* propriamente detta («the items formally constituting the main part of meeting, during which he raised one or more matters and might go on to seek members individual opinions») contenesse al suo interno una fase che egli ha definito 'explanation' (mediante la quale «some solution or course of action might be proposed»).<sup>62</sup> Tale 'explanation' era svolta dallo stesso magistrato convocante laddove ne avesse le competenze o avesse compiuto egli stesso un'indagine conoscitiva, ovvero da un soggetto all'uopo individuato fra i senatori, i magistrati repubblicani, eventualmente magistrati straordinari, ambasciatori, sacerdoti dei differenti collegi, o persino *privati*; in ogni caso, tale attività sarebbe venuta sempre a svolgersi sotto l'autorizzazione del magistrato convocante.<sup>63</sup>

D'altro canto, numerosi sono gli elementi che concorrono nel far ritenere che – almeno per epoca successiva a quella cesariana – il *verba facere* fosse percepito come una parte del *relationem facere*, a sua volta elemento costitutivo del *ius agendi cum patribus*. Oltre alle numerose testimonianze di fonti di tradizione manoscritta, in cui si adoperava il verbo *referre*

all'identificazione del testo epigrafico in una delibera senatoria, come pare invece potersi evincere anche dalla prima linea del testo conservato (in tal senso v. già P. HERRMANN, *Inchriften aus dem Heraion von Samos*, in Athen. Mitt. 75, 1960, 90-93, nr. 5).

<sup>60</sup> Tema su cui recentemente è tornata L. FANIZZA, *Asilo, diritto d'asilo. Romolo, Cesare, Tiberio*, in *Index* 40, 2012, 605 ss., che tuttavia non prende in considerazione il testo epigrafico in questione.

<sup>61</sup> Cfr. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 355 s.

<sup>62</sup> R.J.A. TALBERT, *The Senate*, cit., 234 e 236 (da cui rispettivamente sono isolate le due citazioni in testo).

<sup>63</sup> Cfr. R.J.A. TALBERT, *The Senate*, cit., 236 ss., anche per una casistica.

per indicare l'attività 'informativa' svolta dal magistrato dinanzi all'assemblea dei senatori,<sup>64</sup> pare altresì utile richiamare l'attenzione sulla seconda clausola della c.d. *lex de imperio Vespasiani* – ove al *princeps* è conferito il diritto a *senatum habere, relationem facere remittere, senatus consulta per relationem discessionemque facere*, ovvero convocare e presiedere la seduta, sottoporre o rimettere il tema della consultazione, far approvare i senatoconsulti «nelle due modalità possibili, cioè senza chiedere ai senatori le loro *sententiae* e passando subito al voto oppure interrogandoli e poi facendo votare».<sup>65</sup>

Che nel corso dell'età del principato l'attività di 'explanation' fosse percepita come oramai pienamente ricompresa all'interno della *relatio* del magistrato è d'altro canto suggerito anche da un episodio molto celebre, ovvero l'approvazione del senatoconsulto che avrebbe ammesso le nozze fra *patruus* e *neptis* nel 49 d.C. Di tale delibera pare in questa sede opportuno richiamare l'attenzione sugli aspetti procedurali relativi alla sua approvazione. Ricorda Tacito come il senatore L. Vitellius avrebbe dovuto fare richiesta di una '*venia dicendi ante alios*', al senato già riunito dai *consules ordinarii* per discutere un altro ordine del giorno (Tac., *ann.* 12.5.3), per formulare le proprie considerazioni in ordine all'eliminazione del vincolo che impediva le nozze tra zio paterno e nipote. Solo a questo punto, ottenuto un consenso non ancora formalizzato da parte dei *patres*, Claudio, entrato nella curia a sorpresa, avrebbe tradotto le parole di L. Vitellius in una richiesta di deliberazione '*quo iustae inter patruos fratrumque filias nuptiae etiam in posterum statuerentur*'. A tale proposito, avrebbe svolto egli stesso la *relatio* (in forza del suo *ius primae relationis*), modificando parzialmente, nella sua richiesta, l'oggetto delle considerazioni svolte da L. Vitellius (che invece, stando al resoconto di Tacito, pare fossero più strettamente rivolte al solo matrimonio di Claudio con Agrippina).<sup>66</sup>

3.2. Sempre con riguardo alla resa, nel testo dei deliberati senatorii, della *relatio*, ulteriore elemento di innovazione dovette essere l'inserimento, nel corso del principato, di formulazioni onorifiche rivolte ai membri della casa imperiale o dell'imperatore stesso.

Svetonio (*Cal.* 15.2) ricorda ad es. un *senatus consultum* emanato nella primavera del 37 d.C. (il 28 marzo?) su proposta del nuovo principe Caligola, nel quale fra le altre cose si stabiliva che le *relationes* magistratuali dinanzi all'assemblea senatoria si aprissero con la celebrazione della buona e felice sorte del principe e delle sue sorelle ('*ut adicerentur ... relationibus consulum: «quod bonum felixque sit C. Caesari sororibusque eius»*'),<sup>67</sup> andando a modificare il tradizionale *Quod bonum*

<sup>64</sup> Oltre ai numerosi esempi che si possono rintracciare in Livio (e.g. 8.18.5, 25.4.1), basterà in questa sede richiamare l'uso di '*referre*' in Tacito in contesti senatorii (e.g. *ann.* 3.63; 12.53.1 [con riferimento al principe]).

<sup>65</sup> Così D. MANTOVANI, *Lex 'regia' de imperio Vespasiani. Il vagum imperium e la legge costante*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. TASSI SCANDONE (a c. di), *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavii (Atti del Convegno, Roma 20-22 novembre 2008)*, Roma 2009, 145. Contributo al quale (p. 130 s. e nt. 12) si rinvia anche con riguardo alla questione se il testo di questa *lex* fosse modellato su una delibera senatoria.

<sup>66</sup> Tac. *ann.* 12.7.2. In ogni caso le due richieste sono complementari, e frutto di uno stesso disegno, evidentemente concordato a corte. Ma per un esame più puntuale dei contenuti cfr. P. BUONGIORNO, *In fratrum filias coniugia. Fra diritti orientali e diritto romano*, in ID., R. D'ALESSIO, N. RAMPAZZO (a c. di), *Diritti antichi. Percorsi e confronti*, I.1, Napoli 2016, 361 ss.

<sup>67</sup> P. BUONGIORNO, *Materiali per una palinogenesi dei senatus consulta dell'età di Caligola (41-54 d.C.)*, in QLSD 6, 2016, 95, nr. A 3.

*felix faustum fortunatumque sit populo Romano Quiritium, referimus ad vos patres conscripti.*<sup>68</sup> Non ci sono pervenuti testi di deliberati senatorii dell'epoca di Caligola (forse anche in ragione della *rescissio actorum* intervenuta sotto Claudio),<sup>69</sup> ma vi è motivo di ritenere che tale riforma avesse ricadute anche sulla redazione scritta dei *senatus consulta*.

Per quanto attiene, invece, all'estensione della *relatio*, da un esame della documentazione emerge come essa tende ad ampliarsi nelle sue dimensioni. In età repubblicana abbiamo testimonianze di *senatus consulta* la cui *relatio* risulta piuttosto estesa allorché recepisce al suo interno le istanze presentate, e.g., da legazioni straniere (penso in particolare al *senatus consultum* c.d. *de collegiis artificum Graecis* del 112 o 111 a.C. [Syll.<sup>3</sup> 735 = FIRA, I<sup>2</sup>, n. 34]). Con i *senatus consulta* istitutivi dei *ludi saeculares* del 17 a.C. (CIL, VI, 32323-4 = FIRA, I<sup>2</sup>, n. 40.I-II) abbiamo invece per la prima volta la rielaborazione, in forma indiretta, del discorso tenuto dal magistrato convocante dinanzi all'assemblea, come dimostra, in entrambe le prime due delibere note, il raccordo del sintagma *verba facere* con proposizioni dichiarative alle quali si ricollegano poi altre proposizioni subordinate (rispettivamente linn. 52 ss.: ... '*verba fecit ludos saeculares post complures annos... futuros, quos et rell.*'; e, ancora, linn. 59 ss.: '*... verba fecit pertinere ad conservandam memoriam ... inscribi ...*'). Si tratta di un elemento innovativo, che pare comunque riconnettersi all'ideologia sottesa all'evento, volta cioè a manifestarne l'eccezionalità.<sup>70</sup>

In ogni caso, per i decenni successivi, abbiamo riprova del fatto che la *relatio* tenda a estendersi soprattutto quando l'oggetto della deliberazione riguardi la casa imperiale, ovvero quando si sia dinanzi a senatoconsulti emanati su proposta del principe (che abbia tenuto una *relatio*, ovvero una *oratio*, anche trasmessa a mezzo di un *libellus* letto da un *quaestor principis*).

È questo quanto ci è dato di osservare, rispettivamente, dall'esame delle poche vestigia della *relatio* di un testo dalla travagliata tradizione, il *senatus consultum* della fine di dicembre del 19 d.C. che conferiva onori postumi a Germanico e che conosciamo attraverso alcuni frammenti non collimanti della c.d. *tabula Siarensis*, ora integrati da un nuovo *fragmentum Perusinum*<sup>71</sup> e dalla lettura di un testo come il *senatus consultum de Cn. Pisone patre* (modellato su una *relatio* di Tiberio che occupava ben quattordici *tabulae ceratae*).

3.3. In ogni caso (e questo è un ulteriore elemento di novità), a partire dall'età del principato si incomincia a registrare anche l'inserimento della 'Beschlußbegründung', ossia della motivazione sottesa all'assunzione del provvedimento.<sup>72</sup> Dunque, pur nel mantenimento formale della tripartizione, viene tendenzialmente meno quella *concinnitas* che aveva carat-

<sup>68</sup> Cfr. E. VOLTERRA, *Senatus consulta*, cit., 24 (estr.); R.J.A. TALBERT, *The Senate*, cit., 236.

<sup>69</sup> Cfr. P. BUONGIORNO, *Materiali per una palingenesi dei senatus consulta dell'età di Caligola*, cit., 78 ss.

<sup>70</sup> G. RIES, *Prolog und Epilog*, cit., 138.

<sup>71</sup> Vedi in proposito le riflessioni svolte nell'edizione di questo testo, rinvenuto nei magazzini del Museo di Perugia, da M. CIPOLLONE, *Senatus consultum de honoribus Germanici discernendis. Contributo alla lettura della tabula Siarensis da un'iscrizione inedita del Museo Archeologico di Perugia*, in *Bollettino di Archeologia* on line II.2-3, 2011 ([www.archeologia.beniculturali.it](http://www.archeologia.beniculturali.it)), ove rassegna della bibl. precedente sulla *tabula Siarensis*; il contributo è ricomparso, con lievi modifiche, in *Epigraphica* 74, 2012, 83 ss., con il titolo *Un frammento del senatus consultum de honoribus Germanici al Museo Archeologico di Perugia*.

<sup>72</sup> In generale, sul tema, G. RIES, *Prolog und Epilog*, cit., 138 ss. e poi soprattutto 142 ss.

terizzato i senatoconsulti di età repubblicana. Le motivazioni della delibera sono usualmente collocate nell'*incipit* del *decretum*, subito dopo la tipica formula di transizione *q. d. e. r. f. p. d. e. r. i. c.*, poiché costituiscono l'antecedente logico della decisione stessa. Per questa ragione sono rese, sul piano sintattico, sotto forma di proposizione causale, mediante un *cum historicum* (nelle traduzioni greche con un genitivo assoluto). Alcuni esempi, sono rintracciabili nel *senatus consultum de mense Augusto*, ricordato da Macrobio, oltre che nei testi ulpiane e nei *senatus consulta de aquaeductibus* noti da Frontino, sui quali ci siamo già soffermati nei § 2.1 e 2.2.

È possibile che in alcuni casi le motivazioni recepissero o rielaborassero argomentazioni svolte dal magistrato convocante, allo scopo di lasciarne una traccia senza appesantire troppo il testo scritto della *relatio*.

Per esempio, le motivazioni contenute nel *decretum* del *senatus consultum* 'Osidiano' del 47 d.C. (l. 3 ss.) erano modellate sulla *relatio* svolta dall'imperatore Claudio, come dimostra tra le altre cose un certo preziosismo linguistico della stessa (vd. § 2.3 *supra*). In altri casi sono da ricondursi alla valorizzazione di *sententiae* pronunciate dai *patres*.

Ad esempio, più o meno nello stesso torno di tempo, in occasione di una seduta senatoria destinata a rimanere famosa (ossia quella in cui lo stesso Claudio pronunciò la celebre orazione sul conferimento del *ius honorum* ad *Aedui*, *Remi* e *Lingones*) il senato ritenne di discostarsi dall'opinione del *princeps*, facendo seguire all'*oratio principis* un senatoconsulto che riconobbe l'accesso al senato ai soli *Aedui*, come scrive Tacito (*ann.* 11.25.1)

*foederi antiquo, et quia soli Gallorum fraternitatis nomen cum populo Romano usurpant.*

Questa precisazione dello storico è con ogni probabilità la sintesi della motivazione del *decretum*, che evidentemente dobbiamo attribuire alla *sententia* poi prevalsa e non al principe, la cui orazione (sintetizzata in *ann.* 11.23-24 e comunque nota epigraficamente da CIL, XIII, 1668 = ILS 212 = FIRA, I<sup>2</sup>, n. 43)<sup>73</sup> andava in tutt'altra direzione (verso cioè un'integrazione senza riserve).

In ogni caso, la prassi di motivare le disposizioni assunte dal senato, adoperata in modo crescente a partire dall'età di Augusto, pare dunque perseguire due finalità: da un lato rientra in un processo di legittimazione politica e di rappresentazione (talvolta 'autorappresentazione') del potere imperiale; dall'altro in una strategia di valorizzazione dello strumento normativo rappresentato dalle delibere senatorie all'interno di un quadro in evoluzione delle fonti del diritto, anche in considerazione del declino dello strumento della *lex publica*.<sup>74</sup> A tale strategia si riconnette anche il sempre più scoperto ricorso a formulazioni sintattiche che fanno dipendere dal verbo *placere* non soltanto proposizioni con *ut/uti* e il congiuntivo, ma anche infinitive, che meglio danno la percezione di un comando immediato (avvicinandosi cioè di più a quelle che oggi definiremmo 'norme di azione').

<sup>73</sup> Fonti, bibliografia e discussione in P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 261 ss.

<sup>74</sup> Su questi temi vd. in particolare J.-L. FERRARY, *La législation augustéenne et les dernières lois comitiales*, in ID. (a c. di), *Leges publicae (Acti VIII CEDANT)*, Pavia 2010, 569 ss., e, nel medesimo volume, L. PEPPE, *I senatusconsulta come alternativa alla legge comiziale. Con un'appendice su Gai. Inst. 1.1-8, 627 ss.*

3.4. A partire da età giulio-claudia, i documenti epigrafici dimostrano l'inserimento, nei testi dei *senatus consulta*, di due elementi di novità, connessi a dettagli procedurali, forse in applicazione di disposizioni contenute nella *lex Iulia de senatu habendo* del 9 a.C.<sup>75</sup> Mi riferisco, in primo luogo, al numero dei senatori che avevano preso parte alla seduta (con l'abbreviazione '*i(n) s(enatu) f(uerunt)*'), abbreviazione non a caso destinata a essere ricordata nell'opera di Probo, che compila il suo elenco di *litterae singulares* intorno alla metà di I secolo d.C. Questo numero pare fosse collocato in chiusa del testo, come si evince dal *senatus consultum* che conferiva onori postumi a Germanico, da quello *de Cn. Pisone patre* e ancora dall'Osidiano e dal Volusiano.<sup>76</sup> L'indicazione del numero dei senatori appare infatti strettamente connessa al problema del *quorum* costitutivo che questa legge avrebbe richiesto per la validità delle sedute.<sup>77</sup>

E, in secondo luogo, alla determinazione dell'iter procedurale seguito, al fine di informare chi consultasse il testo del *senatus consultum* sulla procedura seguita al momento della sua approvazione. Il *senatus consultum* che conferiva onori postumi a Germanico è detto essere stato '*per relationem factum ... unum*'; quello *de Cn. Pisone patre*, invece, '*factum ... per relationem solum*'. Il *senatus consultum de nundinis saltus Beguensis*, poi, è detto '*factum per discessionem*', cioè con immediata votazione a favore o contro una proposta precisa presentata dai magistrati convocanti (ad es. appunto l'istituzione di *nundinae 'ex postulatione amicorum'* nel *saltus Beguensis*). C'è dunque da ritenere che '*per relationem*' indichi lo svolgimento di una discussione, fra i *patres*, in margine alla *relatio*, appunto. Il riferimento alla *relatio secunda* nella *tabula Siarensis* è controverso in dottrina, ma sembra faccia riferimento al fatto che la *relatio* fosse la seconda svolta nel corso della seduta.<sup>78</sup> In ogni caso, questa indicazione procedurale non è sopravvissuta, a differenza di quella inerente al numero dei senatori, nei *senatus consulta* 'Osidiano' e 'Volusiano'.

3.5. A partire dall'età del principato, un ulteriore elemento di novità (che non avrebbe in ogni caso avuto immediati effetti sulla formazione del testo dei *senatus consulta*), è una progressiva tendenza, nella citazione delle delibere senatorie, a specificare la paternità della *relatio*, e più in generale a rappresentare il ruolo rivestito dal *princeps* nella approvazione di una determinata delibera.

Ad esempio, nel primo dei *senatus consulta* relativi ai Mitilenei approvati nel 25 a.C. (Syll.<sup>3</sup> 764 = SHERK, *Roman Documents*, n. 26, col. c, linn. 1 ss.), il console M. Iunius Silanus

<sup>75</sup> Fonti e bibliografia su questa legge (i cui contorni restano comunque fumosi), in M. (BONNEFOND) COUDRY, *Loi Iulia sur les séances du Sénat*, in *Lepor. Leges Populi Romani*, sous la dir. de J.-L. Ferrary et de Ph. Moreau. [En ligne]. Paris: IRHT-TELMA, 2007. URL : <http://www.cn-telma.fr/lepor/notice466/>. Date de mise à jour: 28/11/14 .

<sup>76</sup> Solo nelle due copie del già menzionato (*retro*, nt. 8) *senatus consultum de nundinis saltus Beguensis* esso è collocato nella *praescriptio*, ma ciò potrebbe essere riconducibile a una ben precisa scelta dell'estensore della minuta del testo (il senatore Africanus) da incidere per valorizzare l'ampio numero di *patres* che avevano approvato la *postulatio* di tenere *nundinae* nel *saltus Beguensis*.

<sup>77</sup> Sul tema R.J.A. TALBERT, *The Senate*, cit., 137 s., e M. (BONNEFOND) COUDRY, *Loi Iulia sur les séances du Sénat*, cit.

<sup>78</sup> Per una messa in prospettiva della dottrina v. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 52 ss., part. nt. 115, cui *adde* J. BERT LOTT, *Death and Dynasty in Early Imperial Rome*, Cambridge 2012, 236 s. e 310 s.

svolge la *relatio* facendo menzione della feconda dialettica intercorrente con Augusto. Ma, già la formulazione del c.d. quinto editto ai Cirenei (FIRA, I<sup>2</sup>, n. 68, linn. 72 ss.) rimanda, in piena età augustea, alla specificazione della partecipazione del *princeps* alla seduta dei lavori del senato. Il *senatus consultum* riportato in estratto (senza che sia trascritta la *praescriptio*) in calce all'editto augusteo (linn. 83 ss. del lungo testo epigrafico) è introdotto (linn. 75 ss.) dalla seguente precisazione di Augusto:

Δόγμα συνκλήτου τὸ ἐπὶ Γαίου Καλουσίου καὶ Λευκίου | Πασιήνου ὑπάτων κυρωθὲν ἐμοῦ παρόντος καὶ συν|επιγραφομένου, ἀνήκον δὲ εἰς τὴν τῶν τοῦ δήμου τοῦ | Ῥωμαίων συμμάχων ἀσφάλην ...

Al riguardo Tullio Spagnuolo Vigorita ha opportunamente osservato che «l'insistenza del quinto editto di Cirene sul ruolo svolto personalmente da Augusto nel processo formativo della decisione senatoria indica ... che sempre più era questa che vedeva accresciuta la sua forza dal prestigio personale del *princeps*».<sup>79</sup>

Per l'età di Tiberio, notiamo una tendenza a indicare in modo netto se i magistrati abbiano o meno svolto la *relatio* su cui il senato si è espresso. E così, nella c.d. *tabula Larinas* (testo epigrafico proveniente da *Larinum* e contenente nel *recto* le prime ventidue linee di una complessa delibera senatoria del 19 d.C., su cui avremo modo di ritornare più avanti [§ 4.1]), alle linn. 17 ss., si citano espressamente disposizioni contenute in un '*s(enatus) c(onsultum) M(anio) Lepido T. Statilio Tauro co(n)s(ulibus) referentibus factum*'. Al contrario, l'imperatore Tiberio, nella *subscriptio* posta in calce (linn. 174 s.) al testo del *senatus consultum de Cn. Pisone patre* ricorda la propria paternità della *relatio*:

Ti. Caesar Aug(ustus) trib(unicia) potestate XXII manu mea scripsi: velle me h(oc) s(enatus) c(onsultum), quod | e<s>t factum IIII idus Decem(bres) Cotta et Messalla co(n)s(ulibus) referente me scriptum manu Auli q(uaestoris) mei in tabellis XIII, referri in tabulas pub<l>icas.

Sorvolo, in questa sede, sulle ragioni di questa *subscriptio*,<sup>80</sup> aggiunta evidentemente sul *codex* che riuniva le tavolette cerate contenenti il *senatus consultum* depositate in archivio. Mi permetto in ogni caso di rilevare come, essendo evidente la paternità tiberiana della *relatio* già dalle linn. 4 ss. del testo del senatoconsulto, una tale precisazione risulterebbe ultronea a meno che non la si legga nel solco di una accresciuta attenzione alla paternità della *relatio* (soprattutto quando questa fosse del *princeps*). L'aggettivo '*referens*' è d'altro canto variamente documentato nelle fonti di tradizione manoscritta per indicare, in contesti di estrema sintesi, l'autore della *relatio*,<sup>81</sup> ma non ha, almeno fino all'età augustea, alcuna valenza ufficiale. Sorprende dunque rintracciarlo per ben due volte, in provvedimenti molto ravvicinati fra loro nel tempo, allo scopo di puntualizzare un dettaglio che fino a poco tempo prima non sarebbe stato necessario precisare.

<sup>79</sup> T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, cit., 51 e ss., cui si rinvia anche per ulteriori esempi.

<sup>80</sup> Per cui rinvio a W. ECK, A. CABALLOS RUFINO, F. FERNÁNDEZ, *Das senatus consultum*, cit., 272 ss.

<sup>81</sup> E.g. Liv. 40.41.10: *eo referente senatus consultum factum est*. Ma soprattutto Liv. 28.38.14, già ricordato al § 2.3, *supra*.

In ogni caso, a partire dall'età di Claudio, il principe è in via crescente ricordato come 'auctor' delle delibere senatorie da lui provocate. Questo avviene certamente nei testi dei senatoconsulti, come mostrano le prime linee del *decretum* del senatoconsulto 'Volusiano', ricordando esplicitamente come l'antecedente 'Osidiano' fosse stato emanato 'auctore divo Claudio' (l. 24 s.). Ma echi progressivi di ciò si rintracciano nella documentazione epigrafica: un'iscrizione poco nota, da Nemausus (ILGN 419), incisa fra la tarda età neoroniana e la prima età flavia, ricorda il *cursus* di un ignoto 'praefectus frumenti dandi ex senatus consulto quod factum est ex auctoritate divi Claudii'. La lacunosa CIL, VI, 3545 = ILS 5926, in cui è menzionata una commissione di curatori delle rive e dell'alveo del Tevere nominata non già come sino ad allora era avvenuto *ex s(enatus) c(onsulto)*, bensì 'ex auctoritate principis s[(enatusque) c(onsulto)]', pare indirizzarsi nello stesso solco. Echi del crescente riferimento al principe come *auctor* di alcune delibere senatorie sono d'altro canto rintracciabili nella tradizione manoscritta, cosicché Svetonio ricorda (*Claud.* 25.5) come Claudio 'templumque in Sicilia Veneris Erycinae vetustate conlapsum ut ex aerario populi Romani reficeretur auctor fuit'.<sup>82</sup>

La costanza con cui l'indicazione del principe come *auctor* emerge dalle fonti induce a ritenere che tale precisazione avesse soppiantato i primi tentativi di menzionare l'autore della *relatio* mediante l'uso dell'aggettivo *referens/referentes*, indicandosi con il sostantivo *auctor*, in modo omnicomprendente, tutte le tipologie di intervento che il principe poteva svolgere in senato, allo scopo di provocare un *senatus consultum*, ossia la pronuncia di una *oratio*, lo svolgimento di una *relatio* come magistrato convocante o in forza del *ius relationis*, la pronuncia di una *sententia* in ragione del *ius primae sententiae dicendae*, l'invio di un *libellus* e altre forme simili mediante cui si esplicava il *ius agendi cum patribus*.

In ogni caso, anche l'indicazione del *princeps* come *auctor* non avrebbe avuto immediati effetti sulla formazione del testo dei *senatus consulta*, se non laddove in essi si rinviasse a precedenti deliberazioni.<sup>83</sup> Viceversa, tale indicazione dovette avere ricadute pratiche sul meccanismo di rinvio alle deliberazioni senatorie, in primo luogo nei testi di tradizione giurisprudenziale,<sup>84</sup> in cui si sarebbe progressivamente omessa l'indicazione di (*dies e*) *consules* a vantaggio di formulazioni generiche (di frequente modellate su 'denominazioni') oppure dalle quali emergesse il ruolo di *auctor* del principe (si pensi ai numerosi *senatus consulta* 'auctore divo Hadriano' o 'ex auctoritate divi Hadriani' menzionati da Gaio nelle *Institutiones*).<sup>85</sup>

<sup>82</sup> P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 62 ss. Per quanto attiene all'integrazione di CIL, VI, 3545 = ILS 5926, essa pare certissima, sia per le dimensioni della lacuna sulla lastra, sia per l'utile confronto dell'affiancamento di *auctoritas* del magistrato convocante e della delibera da esso scaturente sin da epoca precedente: cfr., con riguardo al rapporto fra *auctoritas consulum* e *senatus consultum*, l'epistola di P. Lentulus ai magistrati e al senato conservata in Cic., *fam.* 12.15.3.

<sup>83</sup> Anche se, nel 'Volusiano', il precedente senatoconsulto 'Osidiano' è citato tanto con indicazione della coppia consolare quanto con la specificazione *auctore divo Claudio*.

<sup>84</sup> Ma non mancano le testimonianze di fonti c.d. letterarie (Gell. 13.14.7) e di tradizione epigrafica; oltre al già ricordato elogio funebre di Ti. Plautius Silvanus Aelianus cfr. e.g. CIL, VI, 798 = ILS 1448; CIL, VI, 31654 = ILS 1022.

<sup>85</sup> La menzione della coppia consolare costituisce in ogni caso una tecnica di citazione che potremmo definire quasi 'ufficiale' – perché costantemente la rintracciamo negli *acta publica* – e che risulta strettamente connessa al meccanismo di archiviazione dei senatoconsulti 'in tabulas publicas'.

La sempre crescente indicazione del *princeps* come *auctor* è dunque la spia del mutamento dei rapporti di equilibrio fra principe e senato e, di conseguenza, della dialettica fra *oratio principis* e *senatus consultum*. Ma si tratta di un lento *iter* che affonda le sue radici già alla metà di I secolo.

Con la circolazione, nella Gallia Comata, dell'orazione di Claudio *de iure honorum Gallis dando*, quasi certamente indipendentemente dal testo del *senatus consultum* (cfr. § 3.3), si afferma infatti una dialettica diretta del principe con i provinciali, in cui senz'altro gioca un legame di Claudio con la comunità di Lione, ma dalla quale il senato è senz'altro escluso. Nonostante ciò, ancora nel 52 d.C., i *patres*, nel conferire onori al liberto M. Antonius Pallas, avrebbero ritenuto fra le altre cose opportuno

*cum sit utile principis benignitatem promptissimam ad laudem praemiaque merentium illustrari ubique et maxime iis locis, quibus incitari ad imitationem praepositi rerum eius curae possent ... ea quae X. kal. Februarias quae proximae fuissent in amplissimo ordine optimus princeps recitasset senatusque consulta de iis rebus facta in aere inciderentur, idque aes figeretur ad statuam loricatam divi Iulii.*<sup>86</sup>

L'ordine di affissione dell'orazione svolta dal *princeps* in una con il testo del *senatus consultum* non è una novità. Costituiva infatti un onore già riconosciuto ad esempio – e peraltro

Le 'denominazioni' emersero invece verosimilmente a partire dall'età imperiale (isolato resta, per l'età repubblicana, il caso del *senatus consultum Sempronianum* di Cic., *fam.* 12.29.2, «auf keinen Fall technisch» [così TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., III.2, 997 nt. 2]), nate per rimarcare il ruolo svolto dal *princeps* nella approvazione del *senatus consultum* (si consideri ad es. il *senatus consultum* che nel 21 d.C. aveva differito di dieci giorni il deposito presso l'*aerarium* dei senatoconsulti di condanna in sede di cognizione criminale emanati dal senato [Tac., *ann.* 3.51 e part. Dio 57.20]), che in Sidonio Apollinare [*ep.* 1.7.12] troviamo indicato come '*Senatus consultum Tiberianum*'); oppure per soddisfare esigenze di brevità espositiva da parte dei giuristi (come sembra abbastanza evidente dalla trattazione congiunta dei *senatus consulta* '*Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus*' e '*Pegaso et Pusione consulibus*' in Gai 2.253-254 e ss., cui si sostituiscono, nei paragrafi successivi, le denominazioni *Trebellianum* e *Pegasianum*; ma vd. anche i *senatus consulta* in materia di *fideicommissa libertas* [nt. 32 *retro*]). La loro diffusione (certamente a partire da epoca epiclassica), rappresenta in ogni caso un corollario della desuetudine del richiamo alle coppie consolari. In ogni caso esse non dovettero rivestire alcune ufficialità. A tale proposito ha un senso rilevare (ed accresce l'urgenza di una ricerca sulla genesi delle 'denominazioni' che si intreccia anche con la genesi della tradizione manoscritta di ognuno dei testi in cui esse sono documentate) il fatto che le fonti tramandino ben tre *senatus consulta* che presentavano la denominazione di *Claudianum*. Il primo – universalmente noto – emanato nel gennaio del 52 d.C. e volto a reprimere il *contubernium* fra donna libera e schiavo senza il preventivo consenso del *dominus* di quest'ultimo: la denominazione si rintraccia in Gai 1.84 e 1.160, Tit. Ulp. 11.11, Paul. Sent. 2.21a.pr., I. 3.12.1, C. 7.24.1, Theoph. *paraphr.* 3.12.1. Il secondo, ricordato da Tit. Ulp. 16.3, fluttuante in una data antecedente al 49, 50 o 53 d.C. e teso a mitigare una precedente disposizione di età tiberiana, che aveva inasprito le sanzioni della *lex Iulia de maritandis ordinibus* e della *lex Papia Poppaea nuptialis* (v. anche *infra* § 4.5). Il terzo, di contenuto e di data incerti, menzionato nella rubrica di D. 29.5 (*De senatus consulto Silaniano et Claudiano: quorum testamenta ne aperiuntur*). L'approfondimento di questo tema ci allontanerebbe tuttavia dalle finalità di questa ricerca: è dunque mia intenzione ritornarvi in altra sede.

<sup>86</sup> Plin., *ep.* 8.6.13. Sulle questioni inerenti all'affissione di questo *senatus consultum* v. diffusamente M. CORBIER, *Donner à voir, donner à lire. Mémoire et communication dans la Rome ancienne*, Paris 2006, 147 ss.

con argomenti simili – tanto a Tiberio quanto a suo figlio Druso in occasione del conferimento di onori postumi a Germanico.<sup>87</sup>

Le procedure di affissione delle orazioni degli imperatori dovevano senz'altro incentivarne la circolazione. Per fare qualche ulteriore esempio, di Claudio circolava l'orazione sulle riforme giudiziarie (BGU, II, 611) e poi altre in cui si allude nelle fonti di tradizione manoscritta (Suet. *Claud.* 40.1; Dio 60.6.7); un'orazione di Nerone, che aveva provocato un *senatus consultum* inerente alla *libertas* dei *Graeci* circolava (invece che il testo della delibera senatoria, o comunque in aggiunta ad esso) in Grecia (Syll.<sup>3</sup> 814). Per l'età di Vespasiano abbiamo già menzionato (§ 2.3) i *verba* confluiti nell'elogio epigrafico di Ti. Plautius Silvanus Aelianus. Le numerose testimonianze che emergono meriterebbero un'indagine apposita (volta a tracciarne una tassonomia), esaminandole anche dal punto di vista delle strutture del potere imperiale, e non già da quello del senato.

In ogni caso, la prassi di far circolare le *orationes principum* era oramai consolidata in età adrianea (come ha mostrato già da molto tempo Francesco Grelle),<sup>88</sup> anche in ragione della sempre più frequente adesione dei *patres* all'opinione del principe, che con l'avanzare dell'età imperiale avrebbe portato l'*oratio* a divenire l'ossatura del *senatus consultum* e poi, nella più avanzata età antonina e in quella severiana, a sostituirsi ad esso. L'approvazione del *senatus consultum* 'Giuvenziano', nel marzo del 129 d.C., vede i *consules* (fra i quali il giurista Giuvenzio Celso) costruire l'intera *relatio* su un *libellus* di Adriano. Tuttavia il confronto fra il già citato (§ 2.2 *supra*) brano di Ulpiano che contiene i *verba* del *senatus consultum*, e uno di Paolo che contiene invece i *verba* dell'*oratio*, «ci consent(ono) di constatare che in senatoconsulto si distacca alquanto da essa», ma soltanto nella espressione esteriore; in ogni caso, i due giuristi si servono di entrambi i testi per ricostituire l'impalcatura normativa introdotta dal *senatus consultum*.<sup>89</sup>

L'età di Antonino Pio segna dunque una frontiera. Nei primi mesi del suo principato è ancora registrata una delibera (il già variamente menzionato *senatus consultum de nundinis saltus Beguensis*) particolarmente rispettosa degli aspetti formali dei testi senatori consolidatisi nei tre secoli precedenti. Ma, in un contesto di «Denaturierung des Senats», il crescente profilarsi delle deliberazioni senatorie come mere «Akklamationen zu ... Sachvortragen des jeweiligen

<sup>87</sup> Cit. *tab. Siar.* II b, linn. 10 ss.

<sup>88</sup> F. GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano. Teoria e prassi dell'organizzazione municipale*, Napoli 1972, 851. In ogni caso, come dimostra il papiro BGU, II, 611, orazioni di Claudio circolavano già alla seconda metà del I secolo d.C. Su questa orazione, da datarsi ai primi mesi di un anno oscillante fra il 42, il 43 e il 47 d.C., e contenente una serie di proposte di riforma dei *iudicia publica* e *privata*, esiste una sterminata bibliografia. Sul contenuto di questo papiro v. in particolare G. PURPURA, *Il papiro BGU 611 e la genesi del senatoconsulto Turpilliano*, in AUPA 36, 1976, 219 ss. e part. 233 nt. 47 (ove evidenzia come la cifra, indicata con lettere dell'alfabeto greco (ἀπν) corrispondente al numero 1150, sotto la col. III, lin. 22 del papiro, sia con ogni verosimiglianza riconducibile al numerazione dell'atto all'interno di una raccolta di deliberazioni) e P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 203 ss., e *Das „verleumderische“ negotium. Geschichte einer Ergänzung von BGU II 611*, in JJP 40, 2010, 111-134.

<sup>89</sup> Cfr. rispettivamente D. 5.3.20.6 (Ulp. 15 *ad ed.*) e D. 5.3.22 e 40pr. (Paul. 20 *ad ed.*), su cui T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, cit., 57 s. Sul rapporto fra *libellus* e *relatio* anche G. RIES, *Prolog und Epilog*, cit., 141.

Kaisers»,<sup>90</sup> avrà ricadute evidenti sulla struttura complessiva dei testi delle delibere senatorie, tanto da determinare una coincidenza, anche verbale, del senatoconsulto con l'*oratio*.<sup>91</sup>

4. Le considerazioni che siamo venuti svolgendo nei paragrafi precedenti – tanto in ordine alla struttura complessiva dei *senatus consulta* e alle variazioni (prevalentemente stilistiche) che li interessarono con l'avvento del principato, quanto in ordine alle tecniche di escerpimento dei *verba* – possono essere messe a frutto nell'esame di talune testimonianze epigrafiche che lasciano intravedere, almeno dall'età augustea, il delinearsi di nuovi modelli nomopoietici e di tecniche di armonizzazione di norme, in vario tempo e in vario modo emanate, in un contesto nel quale il senato pare giocare un ruolo di primo piano.

4.1. Il primo esempio che viene, molto significativamente, in rilievo, è un'iscrizione su tavola bronzea rinvenuta nel 1600 presso *Herculaneum*; iscrizione oggi dispersa, ma in passato depositata a Capua presso il palazzo dei principi della Riccia, da cui scomparve (a seguito dell'estinzione della famiglia nobile), dopo che comunque ne furono tratti apografi.

Come si è già avuto modo di accennare,<sup>92</sup> l'iscrizione riproduceva due provvedimenti contenenti norme in materia di demolizione di edifici, emanati fra l'età di Claudio e di Nerone. Il primo (databile al 47 d.C. e noto in dottrina come 'Osidiano') aveva in buona sostanza vietato la demolizione di edifici a scopo di lucro da trarsi dalla rivendita di singoli elementi architettonici alla spicciolata, dichiarando '*inritae*' le *venditiones* connesse a tale fattispecie e prevedendo una sanzione '*in duplum*'. Il secondo provvedimento (databile al 56 d.C. e noto in dottrina come 'Volusiano') era invece scaturito dalla *postulatio* degli *heredes necessarii* di tale *Alliatoria Celsilla* (che da costei avevano ereditato '*fundos cum aedificiis in regione Mutinensi qui vocarentur Campi Macri*'). Nella fattispecie aveva introdotto un'eccezione alla disciplina delineata dal *senatus consultum* 'Osidiano' (che, come abbiamo visto [§ 2.3], richiamava esplicitamente) ammettendo la rivendita di edifici nel caso in cui '*ea ... longa vetustate dilaberentur neque refecta usui essent futura, quia neque habitaret in iis quisquam nec vellet in deserta ac ruentia commigrare*' (così le linn. 35 ss. del testo epigrafico, riproducenti il *decretum* del secondo senatoconsulto).

Appare, di primo acchito, piuttosto singolare che i due provvedimenti fossero stati raccolti in un medesimo testo epigrafico affisso a *Herculaneum*. È cosa però nota che questa comunità era stata interessata da un terremoto nel febbraio del 62 d.C. e che, già nel mese di

<sup>90</sup> Così, sulla base anche delle testimonianze della *Historia Augusta* (e.g. *Comm.* 18-19; *Maximin.* 16; *Prob.* 11-12), G. RIES, *Prolog und Epilog*, cit., 140 ss., part. 142. Ad ogni buon conto, pur nella carenza di documenti contenenti i *verba* di queste deliberazioni, sarei dunque propenso a ritenere che, sul piano stilistico, a partire dall'avanzata età antonina (non prima, insomma, del principato inoltrato Antonino Pio), si fosse venuta affermando una nuova forma testuale di *senatus consultum*, composta dalla *praescriptio*, dal testo della *oratio* o della *sententia* pronunciata '*concedente imperatore*' e da ultimo dal *discessionis eventus* e dal numero dei senatori presenti nell'assemblea. Potrebbero aver fatto eccezione pochi senatoconsulti, per lo più routinari, oltre che quello di conferimento del potere imperiale (che è possibile riproponesse un modello costante).

<sup>91</sup> Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, cit., 58 e, diffusamente, D.A. MUSCA, *Da Traiano a Settimio Severo*, cit., *passim*.

<sup>92</sup> V. *supra* § 2.3.

marzo di quell'anno, una legazione composta dai magistrati del municipio e da altri notabili era presente a Roma (THerc. 89).<sup>93</sup>

Come già in altra sede affermato, non sarebbe da escludere che questa legazione fosse presente nella città non solo per regolare il conseguimento della cittadinanza romana da parte di un latino iuniano, tale C. Vennidius Hennychnus (come appunto comprova THerc. 89) ma anche per ottenere dal senato aiuti per la ricostruzione. Mi era sembrato cioè opportuno ipotizzare che il testo rinvenuto a *Herculaneum* (tanto più che esso era inciso su bronzo), altro non fosse che un dossier contenente la normativa in materia di demolizioni, affisso per rendere nota ai *municipes* la disciplina vigente. A tale riguardo, mentre mi sembrava poco probabile che la formazione e l'invio di questo dossier fossero avvenuti in ragione di un'iniziativa autonoma del senato di Roma, non escludevo (valorizzando anzi la notizia della presenza di decurioni e magistrati ercolanesi a Roma) invece che la composizione di esso fosse stata disposta in seguito a una richiesta esplicita della comunità, al senato piuttosto che al principe, in vista dei lavori per la ricostruzione. È possibile così che il senato, potesse aver incaricato uno o più senatori di effettuare una ricerca per la costituzione del *corpus* di norme in materia di alienazioni immobiliari connesse con demolizioni e separazioni di materiali, o che un simile incarico fosse stato conferito ai consoli.<sup>94</sup>

È opportuno dunque istituire un parallelo con la tecnica descritta da un altro importante bronzo epigrafico, la *tabula Larinas* (AE 1978, 145) contenente, nel *recto*,<sup>95</sup> il testo mutilo («con lacune talora anche gravi»)<sup>96</sup> di un senatoconsulto approvato nel primo semestre del 19 d.C. (fra il 16 marzo e il 13 aprile, ovvero fra il 14 ed il 30 giugno). Questa deliberazione senatoria – che (dato non irrilevante) vedeva fra i testimoni della redazione del testo scritto (*qui scribundo adfuerunt*) il giurista C. Ateius Capito<sup>97</sup> – aveva senz'altro la finalità di coordinare disposizioni contenute in diversi atti normativi precedenti (su una materia una cui più precisa definizione è ancora oggetto di discussione in dottrina).<sup>98</sup> Leggiamo, in proposito, la *relatio* (linn. 1-6):

[*Quod M. Silan*]us L. Norbanus Balbus co(n)s(ules) v(erba) f(ecerunt) commentarium ipsos composuisse sic uti negotium iis [datum de – c. 13 –] | [– c. 6 –]rum pertinentibus aut ad eos

<sup>93</sup> Sul terremoto Sen., *nat. quaest.* 6.1.1-3; Tac., *ann.* 15.22.2.; sulla legazione G. CAMODECA, *Per una riedizione dell'archivio ercolanese di L. Venidius Ennychnus. II*, in Cron. Erc. 36, 2006, 189 ss. e part. 205.

<sup>94</sup> P. BUONGIORNO, *CIL X 1401*, cit., 236 ss.

<sup>95</sup> Il *verso* contiene invece una *tabula patronatus* incisa nel 344 d.C. (AE 1992, 301), su cui M. BUONOCORE, *C. Herennius Lupercus patronus Larinatium*, in Tyche 7, 1992, 19 ss.

<sup>96</sup> Così T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*<sup>3</sup>, Napoli 2010, 43.

<sup>97</sup> Per un profilo biografico del quale e sul cui contributo alla costruzione del nuovo ordine di età imperiale sia consentito ora il rinvio a P. BUONGIORNO, *C. Ateius Capito. Appunti per una biografia politica*, in I. PIRO (a cura di), *Studi in Onore di Alessandro Corbino I*, Tricase 2016, 413 ss.

<sup>98</sup> Le integrazioni più suggestive della lacuna a cavaliere fra le linn. 1 e 2 sono però '[*datum de rebus ad libidinem | femina*]rum pertinentibus' e '[*datum de s(enatus) c(onsultis) ad liberos | senato*]rum pertinentibus'. Per una rassegna della letteratura su AE 1978, 145 e una sintesi del dibattito inerente alla ricostruzione delle gravi lacune che interessano il testo vd. (pur con qualche fraintendimento) C. RICCI, *Gladiatori e attori nella Roma giulio-claudia: studi sul senatoconsulto di Larino*, Milano 2006, e poi soprattutto T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 130 ss.

*qui contra dignitatem ordinis sui in scaenam ludumv[e se darent? – c. 7 – ad]vers]us s(enatus) c(onsultis) quae d(e) e(a) r(e) facta essent superioribus annis, adhibita fraude qua maiestatem senat[us minuerent, q(uid) d(e) e(a) r(e) fieri] p(laceret), d(e) e(a) r(e) i(ta) c(ensuere)].*

I consoli Giunio Silano e Norbano Balbo avevano riferito al senato di aver composto, in conformità all'incarico loro conferito, un *commentarius* che aveva per oggetto le disposizioni pertinenti [la *libido feminarum?* / i *liberi senatorum?*] e (il sanzionamento di) quanti contro la dignità del loro ordine si dedicassero alla scena o ai giochi gladiatorii contrariamente alle delibere senatorie che su tale materia erano state approvate negli anni precedenti, ponendo in essere una frode con la quale sminuivano la '*maiestas senatus*'.

Dalla *relatio* apprendiamo che i consoli erano stati incaricati (c'è da credere con un precedente senatoconsulto: il termine '*negotium*' è da questo punto di vista molto indicativo), di mettere insieme gli atti normativi inerenti alla fattispecie rappresentata (e che nella stessa *relatio* si ricorda fossero senatoconsulti emanati negli anni precedenti, palesemente disattesi) per poi darne resoconto in senato. A questo punto, andando avanti nella lettura del provvedimento, emerge che i senatori avrebbero in primo luogo decretato (linn. 7 ss.) il divieto assoluto di calcare le scene e di '*se auctorare*' (e altre condotte riconducibili a tali fattispecie), ma soprattutto che, per sancire questo divieto con maggiore diligenza ('*ea de causa diligentius caveri*', cfr. lin. 11 e ss.), fossero allegate al *senatus consultum* le precedenti decisioni del senato e che quanti avessero agito contro la dignità del proprio ordine non ricevessero onori funebri solenni, fatte salve residuali eccezioni (cfr. linn. 14-16). Queste, in estrema sintesi, le prime disposizioni fissate dai *patres*. Segue poi, dalle linn. 17 ss., una sezione del provvedimento, purtroppo gravemente lacunosa, in cui le norme dei precedenti senatoconsulti erano oggetto di coordinamento fra loro. Nel testo leggiamo:

[*Quodque s(enatus)] c(onsulto), quod M(anio) Lepido T. Statilio Tauro co(n)s(ulibus) referentibus factum esset, scriptum compre<he>n[su]m ?esset?, ne cui ingenuae quae] | [*minor qu]am an(norum) XX neue cui ingenuo qui minor quam an(norum) XXV esset auctorare se operas[ve suas ?in scaenam – c. 7 –] | [– c. 10 –]s locare permetteretur, nisi qui eorum a divo Augusto aut ab Ti. Caesare Aug(usto) [– c. 21 –] | [– c. 12 – co]nietus esset, qui eorum: IS, QUI ITA CONIECISSET, AUCTORARE SE OPERASVE SUAS [LOCARE – c. 14 –] | [– c. 15 –]AREM REDDUCENDUM ESSE statuissent, id servari placere, praeterquam: [si qui – c. 11 –] | - - - - -.**

Come ha giustamente osservato Tullio Spagnuolo Vigorita, di cui seguo anche in questo punto la lettura del testo, «le linee 17-21 confermano, con un'eccezione che ci è ignota ..., un senatoconsulto» approvato nel primo semestre dell'11 «secondo il quale scena e arena non dovevano essere permessi (dagli aventi potestà?) ai minori di 20 (femmine) o 25 (maschi) anni».<sup>99</sup>

Il senatoconsulto dell'11 d.C., di cui è riassunto il dispositivo e di cui è riportata una breve citazione dei *verba* del *decretum* (da '*is*' a '*esse*', sopra in maiuscoletto)<sup>100</sup> era dunque il

<sup>99</sup> Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 134 s. nt. 159.

<sup>100</sup> E non, come ritenuto invece da W.D. LEBEK, *Standeswürde und Berufsverbot unter Tiberius: Das SC der Tabula Larinas*, in ZPE 81, 1990, 37 ss., da '[*ne cui*]' (integrato a fine lin. 17) a '*statuissent*' (lin. 20): in tema v., con ottimi argomenti T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 135 nt. 161.

primo dei provvedimenti contenuti nel *commentarius* dei consoli e destinati ad essere richiamati e armonizzati nel provvedimento in esame, in un testo che considerando le probabili dimensioni originarie della lastra doveva essere più lungo di circa il doppio o addirittura di tre o quattro volte.<sup>101</sup>

Sorvolo, in questa sede, sull'identificazione dei senatoconsulti 'perduti' che dovevano comporre il *commentarius* dei consoli, i cui più risalenti dei quali risultano però essere riconducibili già ad età triumvirale (Dio 48.43.2-3 [38 a.C.]) ed alla prima età augustea (Dio 54.2.5 [22 a.C.] e, forse Suet., *Aug.* 43.8).<sup>102</sup>

Sulla base di un confronto con il testo esaminato, mi pare opportuno rimarcare come anche l'iscrizione CIL, X, 1401 dovesse essere modellata su un dossier normativo, redatto in questo caso ad uso della comunità di *Herculaneum*. Non si può d'altro canto escludere che il bronzo ercolanese, oggi disperso, fosse preceduto e/o seguito da una o più lastre contenenti altri provvedimenti. Appare anzi possibile che la lastra che richiamava i due senatoconsulti fosse preceduta almeno da un'altra tavola, contenente un senatoconsulto o un editto imperiale, volto a introdurre la disciplina in tema di ricostruzione (penso ad es. al dossier relativo ai privilegi conferiti ad Aphrodisia in Caria<sup>103</sup> e al già citato quinto editto di Augusto ai Cirenei, in cui l'escerto della delibera senatoria è preceduto dall'editto augusteo).

Pur nella consapevolezza della polisemia<sup>104</sup> che del termine *commentarius* restituiscono le fonti, ai nostri fini d'indagine credo sia opportuno prendere in considerazione la definizione che ne offriva, nel *Dizionario Epigrafico*, Ettore De Ruggiero: «I *commentarii* ... sono in genere le annotazioni inserite in protocolli, registri, giornali e riguardanti avvenimenti, negozi, fatti e simili, in quanto essi entrano nella sfera di azione di un pubblico ufficiale o di un corpo costituito ... Essi quindi potevano anche contenere degli *acta*, se questi servivano a documentare o chiarire il negozio o il fatto: e in questo caso, trattandosi specialmente di negozi pubblici, avevano il compito di guidare e illuminare, con l'aiuto di notizie su casi simili precedenti, l'azione dell'ufficiale pubblico».<sup>105</sup>

4.2. Nel paragrafo precedente, con riguardo alla ricostruzione della dialettica fra magistrati repubblicani e assemblea senatoria, abbiamo avuto modo di verificare che il senato potesse delegare ai magistrati (ma, non è escluso, anche a ristretti noveri di *patres*),<sup>106</sup> la composizione, con finalità istruttorie, di protocolli documentari su materie *lato sensu* legi-

<sup>101</sup> Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 130 nt. 140.

<sup>102</sup> Diffusamente in materia T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 44 s.

<sup>103</sup> FIRA, I<sup>2</sup>, n. 38 = SHERK, *Roman Documents*, n. 28. Su questi testi v. però il monumentale commento di J. REYNOLDS, *Aphrodisias and Rome*, London 1982.

<sup>104</sup> Per una classificazione sistematica delle occorrenze di *commentarius* nelle fonti latine cfr. W. BANNIER, v. '*Commentarius*', in *Thesaurus Linguae Latinae*, III, Lipsiae 1911, 1856-1861. Per una messa in prospettiva sempre utili A. VON PREMERSTEIN, v. '*Commentarii*', in PWRE IV.2, Stuttgart 1901, 726 ss. e E. DE RUGGIERO, v. '*Commentarii*', in DEp. II, Roma 1896, 537 ss.

<sup>105</sup> E. DE RUGGIERO, v. '*Commentarii*', cit., 537.

<sup>106</sup> D'altro canto, che alcuni dei lavori del senato fossero svolti da commissioni designate *ad hoc*, che potevano poi essere chiamate a riferire dinanzi all'assemblea, è variamente documentato dalle fonti. Vedi in proposito una rassegna delle testimonianze nel sempre utile contributo di F. ARCARIA, *Commissioni senatorie e «consilia principum» nella dinamica dei rapporti tra senato e principe*, in *Index* 19, 1991, 269 ss.

slative: essi sarebbero poi risultati oggetto di discussione ed approvazione, ovvero di semplice omologazione, in assemblea. La medesima procedura pare potersi riscontrare anche in ambito controversiale, soprattutto laddove il senato sia chiamato a pronunciarsi come arbitro.

A tale proposito, intendo richiamare l'attenzione su un altro documento a mio parere rilevante, ovvero il dossier – già variamente ricordato nelle pagine precedenti – sulla controversia fra pubblicani e *Oropii* (SHERK, *Roman Documents*, n. 23). La vicenda ci rimanda indietro nel tempo all'epoca post-sillana.

Il senato, chiamato a dirimere una controversia, sollevata dai *publicani* operanti in Attica, in ordine alla terre del santuario del dio Anfiarao,<sup>107</sup> aveva incaricato, con un *senatus consultum* (linn. 3 s.) approvato sotto il consolato di Lucius Licinius Lucullus e M. Aurelius Cotta (74 a.C.), i consoli dell'anno successivo di *cognoscere* di tale controversia. In esecuzione del senatoconsulto, M. Terentius Varro Lucullus e C. Cassius Longinus (73 a.C.), avevano proceduto ad ascoltare le parti e a reperire la documentazione necessaria alla risoluzione della stessa.

Il marmo epigrafico contiene dunque l'*epistula* che, a controversia conclusa, i consoli indirizzarono ai magistrati, al consiglio e al popolo di Oropos per comunicare l'esito del procedimento<sup>108</sup> e, in calce ad essa (che occupa le linne da 1 a 5 [sino a 'ἐπεγνωκέαι']):

1. un dossier (linn. 5-59) contenente:

- a. il processo verbale della *cognitio consulum* (linn. 5-30);
- b. gli *acta publica* pertinenti alla *cognitio* (la *sententia* da essi resa sulla controversia; l'estratto della *lex locationis* censoria; un decreto di Silla [86 a.C.] che esentava i terreni del santuario dal pagamento del tributo; l'escerto di un senatoconsulto dell'80 a.C. che confermava il decreto di Silla [linn. 35-59]);

2. il senatoconsulto che dirimeva la controversia, provocato dalla *relatio* dei consoli, di due giorni successivo alla *cognitio* (linn. 59-69).

Dallo studio di tale documentazione apprendiamo che il 14 ottobre 73 a.C., nella *basilica Porcia*, alla presenza di un *consilium* composto da quindici membri, tutti di rango senatorio, i consoli avrebbero ascoltato tanto l'ambasceria degli *Oropii* (composta dal sacerdote del santuario di Anfiarao, già dichiarato [nel 77 a.C.?] socio del popolo romano e due altri legati), quanto la *societas publicanorum*, rappresentata da L. Domitius Ahenobarbus.<sup>109</sup> Il

<sup>107</sup> È al riguardo pensabile che il senato fosse stato informato, quando non dagli *Oropii*, senz'altro dal governatore provinciale o dalla *societas publicanorum*, della questione. I termini della controversia sono di recente stati efficacemente ripercorsi da F. SANTANGELO, *Sulla, the elites and the empire*, Leiden-Boston 2007, 202.

<sup>108</sup> E. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani: studio di epigrafia giuridica*, Roma 1893, 320.

<sup>109</sup> È senz'altro da credere (come del resto già TH. MOMMSEN, *Oropos und die römischen Steuerpächtern*, in *Hermes* 20, 1885, 283) che si tratti del futuro console del 54 a.C., all'epoca ventisettenne; era d'altro canto frequente che in queste cause che vedevano coinvolti i provinciali muovessero i primi passi come oratori alcuni giovani esponenti dell'élite senatoria. Cfr. ad es., il giovanissimo C. Giulio Cesare nel processo civile promosso, all'incirca negli stessi anni (76 a.C.), contro C. Antonius *Hybrida* (futuro *cos.* 63 a.C.) da alcune comunità greche (Asc. Ped. 84C: *Egit pro Graecis C. Caesar etiam tum adulescentulus*), peraltro

senato avrebbe dunque, il 16 ottobre, confermato la sentenza resa dai *consules*, prendendo atto del dossier da loro redatto, che avrebbe costituito l'ossatura della *relatio* (come del resto si evince dal riferimento [linn. 65 ss.] alle disposizioni di età sillana che avevano sottratto le terre dalla *lex locationis*).

Il senatoconsulto del 16 ottobre non faceva dunque parte del dossier redatto dai consoli, ma era il prodotto della documentazione in esso raccolta. Ciò si evince anche da taluni ulteriori elementi: in primo luogo tale *senatus consultum* è riportato per intero (dalla *praescriptio* sino all'indicazione del *discussionis eventus* che chiude il *decretum*), mentre invece del senatoconsulto dell'80 a.C. (certamente ricompreso nella parte di testo pertinente al dossier) è riportato in escerto il solo *decretum*.

Inoltre, le linn. 57-59 del testo epigrafico demarcano in modo netto il confine fra le due porzioni di testo. Vi si legge infatti

ἐν τῷ συμβουλίῳ παρήσαν | οἱ αὐτοὶ οἱ ἐμ πραγμάτων συμβεβουλευμένων δέλτῳ  
πρώτῃ | κηρώματι τεσσαρεςκαιδεκάτῳ.

Ossia che nel *consilium* sedevano gli stessi membri menzionati nel primo 'δέλτος πραγμάτων συμβεβουλευμένων' al quattordicesimo κήρωμα. Di questa formulazione, in apparenza piuttosto oscura, sono state offerte, dalla dottrina meno recente, diverse interpretazioni, discusse organicamente da Paul Viereck;<sup>110</sup> sempre secondo il filologo tedesco, poi seguito da molti, essa alluderebbe al *consilium* di Silla menzionato nel *decretum* del senatoconsulto dell'80 a.C. riportato in escerto (linn. 55 s.).<sup>111</sup> Una sorta di glossa<sup>112</sup> a margine dei documenti consultati dai consoli del 73 a.C., e poi transitata nel testo del dossier, elemento che conforta dunque nell'idea che le linn. 57-59 delimitino in modo evidente la fine dello stesso.<sup>113</sup>

In ogni caso, mi pare abbastanza evidente che il testo di Oropos restituisca un dossier elaborato a fini istruttori su cui si sarebbe fondata la successiva attività deliberativa del senato. Qualcosa di non molto distante (pur fatte salve le differenze legate alla varietà di contenuto)

sempre dinanzi a M. Terentius Varro Lucullus, in questo frangente pretore peregrino. Su questo processo cfr. C. DAMON, CHR. MCKAY, *On the Prosecution of C. Antonius in 76 BC*, in *Historia* 44, 1995, 37 ss.

<sup>110</sup> P. VIERECK, *Sermo Graecus quo senatus populusque Romanus magistratusque populi Romani usque ad Tiberii Caesaris aetatem in scriptis publicis usi sunt examinatur*, Gottingae 1888, 39 nt. ad lin. 57.

<sup>111</sup> P. VIERECK, *Sermo Graecus*, cit., 39 nt. ad lin. 57; R.K. SHERK, *Roman Documents*, cit., 137 nt. 3.

<sup>112</sup> Mi pare poco o per nulla probabile che si tratti ancora dei *verba* del *senatus consultum*.

<sup>113</sup> Meno probabile, ma credo non si possa d'altra parte trascurare, l'ipotesi che le linn. 57-59 indichino che, al momento della trascrizione degli *acta publica* nel dossier (linn. 35-57 dell'iscrizione), fosse stato presente il *consilium* senatorio che aveva già assistito i consoli nella fase di discussione delle parti e di elaborazione della *sententia*: *consilium* i nomi dei cui membri erano stati diligentemente annotati nella 'δέλτος πραγμάτων συμβεβουλευμένων' (*codex rerum consularum?*), al primo dei quattordici κηρώματα di cui esso doveva comporsi. Ed effettivamente li ritroviamo alle linn. 6 ss., subito in apertura nel prescritto del processo verbale della *cognitio*. Tale soluzione, pur imponendo di correggere il testo in 'πρώτῳ | κηρωμάτων τεσσαρακαιδέκα', parrebbe accettabile nella misura in cui limiterebbe a un mero errore meccanico (la dittografia della desinenza dativa femminile di δέλτος in πρώτος, con conseguente concordanza fra κηρώμα e numerale) le difficoltà relative alla spiegazione di queste linee. A maggior ragione, in questo caso, sarebbe ben netta la linea di demarcazione fra dossier e *senatus consultum*.

dal *commentarius* redatto dai consoli del 19 d.C. e di cui abbiamo trovato menzione nel *senatus consultum* noto dalla *tabula Larinas*.

Possiamo allora accostare al dossier riguardante Oropos – che oltre al processo verbale della *cognitio* conteneva «tutti gli atti e i documenti che aveano preceduto il giudizio ed erano stati presentati nella discussione»<sup>114</sup> – la nozione di *commentarius*? Sarei propenso a ritenere di sì, perché in tal modo mi pare lo definiscano i consoli stessi. Alle linn. 29 ss. si legge infatti:

ννν ἀπὸ συνβουλίου γνώμης γνώμην ἀπεφηνάμεθα· ὃ ἐπέγνωμεν, τῇ συνκλήτῳ προσανοίσομεν, νν τοῦτο ὃ καὶ νν | εἰς τὴν τῶν ὑπομνημάτων δέλτον κατεχωρίσαμεν· ννν περὶ χώρας νν | Ὀρωπίας, περὶ ἧς ἀντιλογία ἦν πρὸς τοὺς δημοσιώνας, κατὰ τὸν τῆς νν | μισθώσεως νόμον ν αὕτη ὑπεξειρημένη ἐστίν, ἵνα μὴ ὁ δημοσιώλης αὐτὴν καρπίζει κατὰ τὸ τῆς συνκλήτου δόγμα ἐπέγνωμεν·

I consoli, che annunciano di aver reso una *sententia*, riferiranno al senato sull'oggetto della loro *cognitio*, avendone anche effettuato registrazione nella 'δέλτος' degli 'ὑπομνήματα'.<sup>115</sup>

Gli editori del testo hanno comunemente reso, nella retrotraduzione latina, la formulazione come '*id quod etiam (quod cognovimus, scil.) in commentariorum tabulam rettulimus*', ritenendo che l'uso di 'ὑπομνήματα', al plurale, costituisse un'allusione ai *commentarii* magistratuali.<sup>116</sup> Ma, come si evince dal contesto il termine 'δέλτος' pare indicare l'insieme delle tavolette cerate (il *codex*, verrebbe di dire)<sup>117</sup> che costituiscono fisicamente il dossier. L'uso del plurale 'ὑπομνήματα', invece che il singolare, credo invece possa spiegarsi con riferimento alle due parti di cui la 'δέλτος' si compone, ossia il processo verbale della *cognitio* e gli *acta*: il primo si conclude infatti alla lin. 29 s., con la mera precisazione che i consoli abbiano emanato una *sententia*. Ma essa è riversata alle lin. 30 s., aprendo così la sezione degli *acta* sulla base dei quali il senato sarà chiamato a pronunciare la sentenza definitiva dell'arbitrato.<sup>118</sup>

Nel caso di specie, dunque, il dossier redatto dai consoli (processo verbale della *cognitio* e silloge degli *acta*) costituiscono la sintesi dell'istruttoria svolta, con lo scopo di fornire ai *patres* una linea di indirizzo entro la quale risolvere *ex senatus consulto* la controversia.

Si tratta di una procedura che, *mutatis mutandis*, si rintraccia anche in CIL, V, 5050, ossia nell'editto dell'imperatore Claudio che esaminava la condizione giuridica degli *Anauni*,

<sup>114</sup> E. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, cit., 320.

<sup>115</sup> Seguono, (da 'περὶ' a 'δόγμα ἐπέγνωμεν'), i *verba* della *sententia*: avendo svolto la *cognitio ex s.c.*, i consoli determinano che l'agro Oropio oggetto di controversia era invero stato escluso dalla *lex locationis* da quelli dai quali i *publicani* avrebbero potuto trarre frutto.

<sup>116</sup> In tal senso v. diffusamente A. VON PREMERSTEIN, v. '*Commentarii*', cit., 732 s.

<sup>117</sup> Si confronti in proposito la lin. 59, ove 'δέλτος' (in questo caso 'πραγμάτων συμβεβουλευμένων') compare ancora, si direbbe sempre nel senso di *codex (rerum consultarum?)*, come del resto precisa il riferimento ad almeno quattordici *κηρώματα (cerae)* che lo componevano. Così ad es. E. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, cit., 318.

<sup>118</sup> Sulla competenza definitiva del senato a pronunciarsi in materia cfr. E. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, cit., 313 ss., par. 320 s.

*Sinduni* e *Tuliasses* e delegava all'*amicus et comes* del principe M. Iulius Planta<sup>119</sup> (già incaricato da Claudio a *inquisire* e *cognoscere*) la risoluzione di '*veteres controversiae pendentes*' di natura gromatico-fiscale. Il testo è noto, e su di esso si è consolidata un'ampia dottrina, soprattutto in ordine allo statuto giuridico delle comunità *adtributae* ivi menzionate.<sup>120</sup> Ci limiteremo dunque in questa sede a rileggere le linn. 7 ss. del testo epigrafico, ripercorrendo l'*iter* 'conoscitivo' che porta all'editto (e che appare simile, dicevamo, alla dialettica che troviamo rappresentata nel dossier relativo ad Oropos):

*Cum ex veteribus controversis pendentibus aliquamdiu etiam | temporibus Ti. Caesaris patrum mei, ad quas ordinandas | Pinarium Apollinarem miserat, quae tantum modo | inter Comenses essent, quantum memoria refero, et | Bergaleos, isque primum absentia pertinaci patrum mei, | deinde etiam Gai principatu quod ab eo non exigebatur | referre, non stulte quidem, neglexerit, et postea | detulerit Camurii Statutus ad me, agros plerosque | et saltus mei iuris esse: in rem praesentem misi | Plantam Iulium amicum et comitem meum, qui | cum, adhibitis procuratoribus meis quique in alia | regione quique in vicinia erant, summa cura inquisierit et cognoverit, cetera quidem, ut mihi demonstrata | trata commentario facto ab ipso sunt, statuat pronuntietque ipsi permitto.*

Stante una controversia lungamente trascinatasi fra *Comenses* e *Bergalei*, e a fronte di una *delatio* di tale Camurius Statutus (forse un soggetto «direttamente interessato all'amministrazione del patrimonio imperiale»)<sup>121</sup> che aveva ripreso la questione ampliandone i termini, il principe Claudio incarica ('*in rem praesentem misi*') l'*amicus et comes* Planta di svolgere una istruttoria: Planta – che nelle proprie attività di *inquisitio* e di *cognitio* si serve del parere consultivo dei procuratori imperiali stanziati nella zona e in quelle viciniori – fa confluire i risultati della propria istruttoria in un *commentarius* ('*commentario facto ab ipso*').<sup>122</sup> Il principe ne prende visione ('*ut mihi demonstrata ... sunt*') ed emana, da *Baiae*, l'editto del 15 marzo 46, con il quale si pronuncia sulla condizione delle *gentes adtributae* al municipio di

<sup>119</sup> Di rango senatorio, come credo si possa inferire sulla base della rilettura (AE 2011, 142) di CIL, VI, 877a = 32325a-c (rilettura ora accolta in EDR130199 del 26.07.2013 [G. CRIMI]), e come del resto aveva già d'altro canto sostenuto con buoni argomenti N. QUENEAU, *Les amici et les comites de l'Empereur du I au III siècle après J.-C.*, Thèse pour le Doctorat, Paris 2006, 439 ss., nr. 1. In particolare, in altra sede (EAD., *L'amicus principis: une figure politique du principat (Ier – IIIe siècle après J.-C.)*, in H. MÉNARD et C. COURRIER, *Miroir des autres, reflet de soi (2): Stéréotypes, politique et société dans le monde occidental (de l'Antiquité romaine à l'époque contemporaine)*, Paris 2013, 175 s.) la studiosa francese osservava altresì come «probablement membre du conseil impérial, ce sénateur a reçu le titre de *comes* de Claude en participant à l'expédition de Bretagne en 43. Claude apprécie ses qualités militaires et stratégiques».

<sup>120</sup> Oltre alla monografia di U. Laffi citata alla nt. successiva e al saggio di U. SCHILLINGER-HÄFELE, *Das Edikt des Claudius CIL V 5050*, in *Hermes* 95, 1967, 353 ss., cfr. la bibliografia annotata da R.K. SHERK, *The Roman Empire: Augustus to Hadrian*, Cambridge 1988, 94 ss., nr. 52, cui *adde* l'aggiornamento nella scheda EDR137898 del 22.11.2014 (C. GIRARDI).

<sup>121</sup> U. LAFFI, "*Adtributio*" e "*contributio*". *Problemi del sistema politico-amministrativo dello stato romano*, Pisa 1966, 187.

<sup>122</sup> In tal senso U. LAFFI, "*Adtributio*" e "*contributio*", cit., 190.

Trento, delegando al proprio rappresentante<sup>123</sup> la decisione di parte della questione, inerente alle ‘*veteres controversiae*’.<sup>124</sup>

Anche in questo caso, dunque, il *commentarius* si presenta come il resoconto di un’attività conoscitiva svolta su incarico di un soggetto istituzionale sovraordinato con finalità istruttorie preliminari alla decisione della controversia.

4.3. Ritornando, però, all’acquisizione di *commentarii* da parte del senato con riguardo alle differenti materie sulle quali esercitare le proprie competenze, ad un’escussione delle fonti di tradizione manoscritta potremo renderci conto di come non fossero solo i *patres* a fare richiesta di questi documenti scritti, ma potessero anche riceverli per iniziativa unilaterale di un magistrato o comunque di un soggetto che rivesta una carica istituzionale.

Tacito, *ann.* 6.47,<sup>125</sup> definisce ‘*commentarii ad senatum missi*’ i verbali dell’escussione di testimoni (*interrogatio testium e tormenta servorum*) presieduta dal prefetto del pretorio Quintus Nevius Sutorius Macro nell’ambito di un procedimento *de adulteriis*. Tali *commentarii* avrebbero poi dato l’avvio al processo *de maiestate* (e *de adulteriis*) contro Albucilla e alcuni senatori (fra i quali L. Arruntius [*cos.* 6 d.C.]) nei primi mesi del 37 d.C. Come è stato opportunamente osservato da Richard Bauman, la *quaestio servorum* era possibile solo in ragione di un procedimento *de adulteriis* già avviato dal prefetto del pretorio,<sup>126</sup> cosa che peraltro si evince, con riferimento al caso in esame, da Dio 58.27.1 ss., part. 58.27.4.

Il prefetto del pretorio Macro, aveva dunque trasmesso al senato i verbali degli interrogatori, condotti in sede di *cognitio* imperiale, per competenza. I *patres* godevano infatti, a partire almeno dalla tarda età augustea, di un *privilegium fori*, certamente nei procedimenti *de maiestate*.<sup>127</sup> Tuttavia, come osserva lo stesso Tacito, ai *commentarii* in questione non erano allegate *litterae* di Tiberio (*nullaeque in eos imperatoris litterae*), ciò che ingenerava il sospetto che l’intera procedura cognitoria fosse stata avviata da Macro per la sua ostilità contro il console L. Arruntius, senza che Tiberio ne avesse notizia. Ora, al di là delle considerazioni che si potrebbero effettuare in ordine alle lotte di potere nell’ultima età tiberiana, il testo di Tacito ci dà conferme:

- sul fatto che i *commentarii* fossero materiali compositi (contenenti cioè atti di diversa natura: nel caso di specie oltre ai ‘verbali’ degli interrogatori e delle torture i *patres* si sarebbero aspettati di rinvenire, in essi, lettere del principe indirizzate al prefetto del pretorio o all’assemblea senatoria stessa);

<sup>123</sup> Secondo una tendenza inerente alla giurisdizione fiscale che verrà a consolidarsi con il *senatus consultum* del 53 d.C. (su cui cfr. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 349, nr. A 107). Ma l’uso del verbo *permittere* tradisce l’eccezionalità della delega a M. Iulius Planta.

<sup>124</sup> Per la pronuncia di Claudio cfr. linn. 22 ss. del testo epigrafico. La connessione fra le due materie oggetto dell’editto mediante la centralità del *commentarius* di Planta è messa opportunamente in luce da U. SCHILLINGER-HÄFELE, *Das Edikt des Claudius CIL V 5050* cit., 353 ss.

<sup>125</sup> Che attinge agli *acta* (con qualche prudenza O. DEVILLERS, *Tacite et les sources des Annales*, cit., 55 nt. 479) comprimendo tuttavia un processo senatorio evidentemente svoltosi in più sedute.

<sup>126</sup> R. BAUMAN, *Impietas in principem. A study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century A.D.*, München 1974, 176.

<sup>127</sup> Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*<sup>2</sup>, Milano 1998, 236 ss.

- sul fatto che i *commentarii* contribuissero alla dialettica fra il senato e altri poteri pubblici, anche direttamente riconducibili alla sfera imperiale (nella fattispecie il *praefectus praetorio*), essendone ammessa la trasmissione anche su iniziativa autonoma e non previo necessario incarico (*negotium*) dei *patres*.

4.4. La casistica e la sistematica che siamo venuti delineando non hanno, e non pretendono di avere, alcuna completezza; tuttavia, con riguardo alla dialettica fra poteri pubblici e a quella fra strumenti normativi mi pare opportuno richiamare ancora i *verba* di una delibera senatoria in cui non si fa esplicitamente riferimento (almeno per la parte superstite) al lemma *commentarius*, ma per la definizione e l'approvazione della quale è possibile che di questo strumento istruttorio il senato si fosse servito per giungere ad un testo il più strettamente confacente alle aspettative del *princeps*.

Mi riferisco all'iter senatorio di conferimento di onori postumi a Germanico. Nella parte finale della *relatio* (oggi restituita, con maggior margine di affidabilità, a seguito dell'integrazione delle linee superstiti dal frg. I della *tabula Siarensis* con il *fragmentum Perusinum*)<sup>128</sup> del senatoconsulto approvato negli ultimi giorni (dopo il 17 dicembre) dell'anno 19 d.C., si legge:

--- de honoribus? m]eritis Germanici **Caesaris decernere**. hi[s?] igitur placuit uti ageretur de] ea re consilio Ti(beri) Caesaris Aug(usti) prin[cipis nostri, cum or]do decreverit ut **copia sententiarum ipsi fieret, atque is, adsu[e]ta sibi [moderatione, ex omnibus iis] honoribus, quos habendos esse censebat senatus, leger<e>t [eos quos ipse et Iulia] Augusta mater eius et Drusus Caesar materque Germanici Caesaris Antonia **adhibita** ab eis ei deliberationi, satis apte posse haberi existu[m]arent].**

Per ragioni esposte nella prima parte di questa *relatio* (allo stato delle nostre conoscenze invece ancora lacunosa, ma che è possibile supporre si estendesse per non meno di 11/12 linee, di circa 100/110 lettere ciascuna),<sup>129</sup> in una prima seduta che può fissarsi cronologicamente al 16 dicembre del 19 d.C.,<sup>130</sup> il senato aveva ritenuto di decretare onori postumi a Germanico per i suoi meriti. A fronte della '*copia sententiarum*' mediante le quali erano stati proposti i più vari onori, ai senatori era dunque parso opportuno rimetterne la scelta alla prudenza di Tiberio, di suo figlio Druso e di sua madre Livia (Iulia Augusta); costoro avevano poi aggiunto alla consultazione la madre di Germanico, Antonia.

<sup>128</sup> Il testo, edito da M. CIPOLLONE, *Senatus consultum de honoribus Germanici decernendis*, cit., ha permesso di rendere più stringente la nostra conoscenza del deliberato senatorio già tradito dal frg. I della *tabula Siarensis*, soprattutto per quanto attiene alla *relatio*. In corsivo il testo noto dalla sola *tabula Siarensis*, in corsivo sottolineato il testo noto dal *fragmentum Perusinum*. In corsivo grassetto sottolineato il testo noto da entrambe le iscrizioni. Tra parentesi quadre le integrazioni.

<sup>129</sup> Propone un'esegesi dei pochi frammenti noti, con buoni risultati in ordine all'ideologia sottesa al provvedimento, M. CIPOLLONE, *Senatus consultum de honoribus Germanici decernendis*, cit.

<sup>130</sup> Sulla base di quanto si evince da *tab. Siar.* frg. II b, lin. 12 e lin. 20.

Apertasi con tale *relatio*, la delibera senatoria si snoda quindi in un lunghissimo elenco di onori di vario genere,<sup>131</sup> selezionati per l'appunto dal principe e dai suoi congiunti.<sup>132</sup>

I magistrati convocanti la seduta<sup>133</sup> avrebbero riferito in senato le volontà di questo gremio interno alla *domus Augusta* (probabilmente pervenute per il tramite di un *libellus*); l'assemblea senatoria non avrebbe d'altro canto mancato di decretare che delle delibere senatorie fosse data ampia pubblicità.<sup>134</sup>

Da ultimo (con l'ultimo cioè dei *decreta* che costituivano il testo del senatoconsulto), i *patres* incaricavano (e questo è un ulteriore aspetto che attrae la nostra attenzione) i nuovi consoli<sup>135</sup> di dare seguito alla deliberazione senatoria, trasferendone i contenuti in una *rogatio de honoribus Germanici Caesaris* da sottoporre al voto dei comizi nella prima circostanza utile (senza dunque la preventiva esposizione per due o tre *nundinae*). In *tab. Siar.*, frg. II b, linn. 27-30 leggiamo:

*Utique | M(arcus) Messalla, M(arcus) Aurelius | Cotta Maximus co(n)s(ules) designati cum magistratum inissent primo quoque tempore cum per | auspicia liceret sine binum trinumve nundinum productione legem ad populum de | honoribus Germanici Caesaris ferendam cur<ar>ent. Censuere.*

Dalla lettura della *tabula Siarensis* e del *fragmentum Perusinum* abbiamo dunque la possibilità di ripercorrere, attraverso i *verba* di un *senatus consultum*, un intero iter procedurale.

<sup>131</sup> E che per buona parte conosciamo da tre (I, II a, II b) dei quattro frammenti di cui si compone la *tabula Siarensis*, dal frammento di Perugia, dall'iscrizione (oggi dispersa) CIL, VI, 31199 a. Di più complessa definizione è il rapporto di questi testi con il frg. II c della *tabula Siarensis*, cui si riconnettono la *tabula Hebana* e due ulteriori frammenti provenienti da Todi e da *Carissa Aurelia*. Vd. *infra* nt. 136.

<sup>132</sup> La dialettica fra l'assemblea senatoria e il principe emerge anche dal racconto di Tacito (*ann.* 2.83), in cui lo storico di età traianea non dà però un'esatta percezione dello svolgimento delle due sedute: *Honores ut quis amore in Germanicum aut ingenio validus reperti decretique: ut nomen eius Saliari carmine caneretur; sedes curules sacerdotum Augustalium locis superque eas querceae coronae statuerentur; ludos circensis eburna effigies praeiret neve quis flamen aut augur in locum Germanici nisi gentis Iuliae crearetur. arcus additi Romae et apud ripam Rheni et in monte Syriae Amano cum inscriptione rerum gestarum ac mortem ob rem publicam obisse. Sepulchrum Antiochiae ubi crematus, tribunal Epidaphnae quo in loco vitam finierat. Statuarum locorumve in quis coleretur haud facile quis numerum inierit. Cum censeretur clipeus auro et magnitudine insignis inter auctores eloquentiae, adseveravit Tiberius solitum paremque ceteris dicaturum: neque enim eloquentiam fortuna discerni et satis inlustre si veteres inter scriptores haberetur. Equester ordo cuneum Germanici appellavit qui iuniorum dicebatur, instituitque uti turmae idibus Iulii imaginem eius sequerentur. Pleraque manent: quaedam statim omissa sunt aut vetustas oblitteravit.*

<sup>133</sup> J. GONZÁLEZ, *Tácito y las fuentes documentales: SS.CC. de honoribus Germanici decernendis (Tabula Siarensis) y de Cn. Pisone patre*, Sevilla 2002, 119 ss. pensa in particolare a L. Norbanus Balbus.

<sup>134</sup> Mediante l'affissione (in luoghi scelti dal principe e da Druso) del *carmen* funebre presentato da Tiberio al senato nella seduta del 16 dicembre e del *libellus* letto da Druso in una seduta intermedia, e della delibera corrente e di quella del 16 dicembre nel portico del tempio di Apollo sul Palatino, luogo in cui si riuniva correntemente il senato. Allo stesso tempo, dando mandato ai consoli in carica di trasmettere il testo della delibera corrente ai magistrati e legati dei *municipia* e delle *coloniae* (in *Italia* e nelle *provinciae*), come pure ai governatori provinciali, 'ut ... celeberrimo loco figeretur'. Cfr. *tab. Siar.*, frg. II b, linn. 11-27.

<sup>135</sup> Gli *ordinarii* dell'anno 20 d.C., destinati a entrare in carica di lì a pochi giorni. L'incarico è evidentemente conferito ai nuovi consoli in considerazione dell'imminente avvicendamento fra le due coppie consolari.

Tale iter prende le mosse dall'approvazione di un primo *senatus consultum*, interlocutorio, che rimette al principe e ad altri soggetti esterni all'assemblea la selezione, fra quelli proposti, degli onori postumi per Germanico graditi alla *domus Augusta*. Avendo rimaneggiato la  *copia delle sententiae sottopostagli, il princeps porta dunque a conoscenza dell'assemblea (mediante un commentarius? di certo per il tramite dei consules che lo illustrano) lo schema di deliberazione. I patres, per parte loro, coordinano lo schema elaborato da Tiberio con ulteriori disposizioni, finalizzate da un lato a dare ampia pubblicità al provvedimento (tab. Siar., II b, linn. 10 ss.), dall'altro a costituire l'ossatura di una rogatio da sottoporre, nella prima circostanza in cui gli auspicia lo permettano, al suffragio popolare.<sup>136</sup>*

4.5. Sulla base di queste premesse, si possono dunque introdurre, per formularvi brevi considerazioni (peraltro in parte provvisorie, in attesa dell'*editio princeps*), poche linee note da un bronzo di recente rinvenimento: la *lex municipii Troesmensium*. L'importante epigrafe è ancora inedita nel suo complesso, ma le linee che seguono sono state in varie sedi anticipate, insieme ad alcune altre, dall'editore del testo, Werner Eck.<sup>137</sup>

Inciso nella tarda età antonina, lo statuto del municipio di *Troesmis*, nella *Moesia inferior*, ha una sua rilevanza poiché getta nuova luce sulla municipalizzazione del *limes* danubiano fra Marco Aurelio e Commodo. Delle numerose tavole (fra 50 e 100, secondo Eck) sulle quali si ritiene che si articolasse l'intero statuto, ne sopravvivono due (*A* e *B*). In particolare, nella *tabula B* a noi pervenuta, nella porzione corrispondente al *kaput XXVII* della *lex municipii*, contenente disposizioni in ordine alla verifica della '*ratio annorum*' per l'aspirazione a cariche religiose in ambito municipale, si legge:

*eum, qui sacerdotium petet, quot minor ann(or)um XXXV est, rationem annorum habendam, quae utiq(ue) legis Iuliae de maritandis ordinibus lata<e> kap(ite) VI cauta comprehensaque sunt, | quae utiq(ue) commentari, ex quo lex P(apia) P(oppaea) lata est, propositi Cn(aeo) Cinna Magno Vol(eso) Val(erio) Caeso co(n)s(ulibus) IIII kal(endas) Iulias kap(ite) XLVIII cau-*

<sup>136</sup> Si tratta cioè della *rogatio* da cui sarebbe scaturita la *lex Valeria Aurelia* del 20 d.C., nota dalle ultime linee della *tab. Siar.*, IIc, dal *fragmentum Tudertinum* e soprattutto dalla *tabula Hebana* (cfr. in proposito l'edizione di M. CRAWFORD, in *Roman Statutes*, 1, London 1996, 507 ss., [nn. 37-38], ove anche un primo commento della delibera senatoria nota dalla *tab. Siarensis*). Tale *lex* è stata ampiamente studiata, soprattutto con riferimento alle innovazioni che essa introduceva al sistema elettorale fissato già nel 5 d.C. (v. diffusamente M. PANI, *Comitia e senato. Sulla trasformazione della procedura elettorale a Roma nell'età di Tiberio*, Bari 1974). Ma per una articolata informazione v. anche i saggi confluiti nel volume miscelaneo a cura di A. FRASCHETTI, *La Commemorazione di Germanico nella documentazione epigrafica. Tabula Hebana e Tabula Siarensis*, Roma 2000, e lo studio, pur non esente da mende, di G. ROWE, *Princes and Political Cultures. The New Tiberian Senatorial Decrees*, Ann Arbor 2002.

<sup>137</sup> Nei seguenti contributi: W. ECK, *La loi municipale de Troesmis : données juridiques et politiques d'une inscription récemment découverte*, in *RHDFE* 91, 2013, 199 ss.; ID., *Der Stolz des municipium Troesmensium: das Stadtgesetz*, in *Öffentlichkeit – Monument – Text. XIV Congressus Internationalis Epigraphiae Graecae et Latinae Akten*, hg. W. ECK, P. FUNKE, Berlin 2014, 708 ss.; ID., *Das Leben römisch gestalten. Ein Stadtgesetz für das Municipium Troesmis aus den Jahren 177-180 n. Chr.*, in S. BENOIST, G. DE KLEIJN, *Integration in Rome and in the Roman World*, Leiden 2014, 75 ss.; ID., *Akkulturation durch Recht: Die lex municipalis Troesmensium*, in L. ZERBINI, *Culti e religiosità nelle province danubiane. Atti del II Convegno Internazionale Ferrara 20-22 Novembre 2013*, Bologna 2015, 9 ss.

*ta comprehensaue sunt et confirmata legis P(apiae) P(oppaee) k(apite) XLIII qui quaeq(ue) comitia habebit, curato.*

La nostra attenzione è subito attratta dal riferimento al *commentarius* sul quale, stando al dettato del testo epigrafico, sarebbe stata modellata la *lex Papia Poppaea*. Viene in primo luogo da chiedersi perché un *commentarius* di età augustea sopravviva in una *lex* municipale della tarda età antonina. Ma, soprattutto, se e come esso potesse aver assunto vincolatività normativa, tanto più che, come si specifica nel testo stesso, esso era poi confluito nella *lex Papia Poppaea*.

A tale riguardo, Werner Eck, dopo un primo tentativo di inquadramento del *commentarius* nel quadro della legislazione matrimoniale augustea,<sup>138</sup> ha osservato che: «wie auch immer der *commentarius* in die augusteische Gesetzgebung einzuordnen ist, es bleibt die Frage, weshalb wir von diesem Gesetzes-vorschlag des Jahres 5 in der gesamten sonstigen Überlieferung zu den augusteischen Gesetzen nichts hören».<sup>139</sup>

Credo tuttavia che si possa formulare qualche ipotesi. Prendiamo le mosse dalla seconda questione sopra enucleata, ovvero se e come il *commentarius* possa aver assunto vincolatività normativa in età augustea. Si deve innanzitutto rilevare che esso, strutturato in *kapita*, fu *propositus* dai consoli il 28 giugno 5 d.C., due giorni prima dell'uscita di carica. Dalle indicazioni che ci riserva il testo epigrafico, il *commentarius* avrebbe contenuto un quadro interpretativo e/o delle innovazioni da apportare alle norme introdotte a suo tempo dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* e, verosimilmente, dalla recente *lex Aelia Sentia* che, appena un anno prima, aveva introdotto sanzioni per gli *orbi*.<sup>140</sup>

In particolare, tale legge avrebbe inasprito il regime delineato a suo tempo dalla *lex Iulia* ('*hanc severius ... emendasset*', dice Svetonio), estendendo fra le altre cose le sanzioni previste per i *caelibes* agli 'uomini sposati che non avevano figli' (in tal senso Dio 56.1.2) tanto che, se è corretta l'interpretazione che comunemente si offre della lettura di Dio 56.7.3, l'applicazione di alcune sue disposizioni sarebbe stata differita di tre anni. La *vacatio legis* è ricordata anche da Suet. *Aug.* 34.2:

*Hanc cum aliquanto severius quam ceteras emendasset, prae tumultu recusantium perferre non potuit nisi adempta demum lenitate parte poenarum et vacatione trienni data auctisque praemiis.*

Si tratta di un testo che si segnala per la «estrema compressione» della narrazione.<sup>141</sup> È in ogni caso opinione consolidata in dottrina che la disposizione inerente alla *vacatio* fosse stata inserita già nel testo della *rogatio* della legge del 4 d.C.

Di conseguenza, le riflessioni che siamo venuti svolgendo sulla funzione dei *commentarii* nella dialettica fra poteri pubblici e, soprattutto, fra strumenti nomopoietici, nel primo prin-

<sup>138</sup> W. ECK, *La loi municipale de Troesmis*, cit., 206 ss.

<sup>139</sup> W. ECK, *Das Leben römisch gestalten*, cit., 84.

<sup>140</sup> Su tale legge, del 4 d.C., che potrebbe aver compreso, nella sua formulazione originaria, norme sulle manomissioni (in cui erano ricomprese anche disposizioni relative alle età) e norme contro gli *orbi* (cosa che finalmente spiega come tale legge regolasse anche le dichiarazioni di nascita), cfr. diffusamente T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 74 ss., con precisazioni bibliografiche.

<sup>141</sup> Così T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 74.

cipato, e ancora il fatto che il *commentarius* del 5 d.C. sia ricordato essere stato *propositus* dai consoli, mi inducono a formulare l'ipotesi<sup>142</sup> che quest'ultimo altro non fosse che il prodotto di una indagine affidata ai consoli 'in sede referente' al fine di moderare l'impatto negativo della legge del 4 d.C., proponendo la modificazione, ovvero l'abrogazione esplicita, di norme contenute nella *lex Aelia Sentia* ancora soggette a *vacatio legis*. Ed ancora, eventualmente, l'introduzione di norme ulteriori e l'armonizzazione di esse con la legislazione precedente.

Innanzitutto, la precisazione di Suet. *Aug.* 34.2 sulla mitigazione delle pene e l'ampliamento dei *praemia* credo appunto abbia dei nessi con il *commentarius*. Altri due elementi costituiscono (forse più deboli, comunque non trascurabili) indizi nel senso di un nesso fra il *commentarius* e la *lex Aelia Sentia*: in primo luogo, che già in tale legge fossero ricomprese disposizioni relative alla '*ratio annorum*';<sup>143</sup> in secondo luogo, che un testo pur «malfermo e lontanissimo da premure definitorie» come la *testatio* nota da P.Mich. VII, 436 accostasse, forse «in forza di una tradizione pedissequamente ripetuta»,<sup>144</sup> la *lex Aelia Sentia* e la *lex Papia Poppaea* (di cui il *commentarius* è appunto l'antecedente genetico) con la dizione '*quae de filiis procreandis latae sunt*'.

Il *commentarius* dovette essere discusso dai consoli con i *patres* (con una procedura analoga a quella che riscontreremo poi nel senatoconsulto del 19 d.C. noto dalla *tabula Larinas*) e dunque approvato, nella sua forma definitiva, attraverso una delibera senatoria da collocarsi al 28 giugno (giorno in cui il *commentarius* fu *propositus*, cioè reso noto ai *cives*) o in data di poco precedente.

La struttura in *kapita* non crea d'altro canto particolari difficoltà. Svetonio (*Claud.* 23.1) ricorda un provvedimento, sempre in materia di legislazione matrimoniale, dell'età di Claudio (antecedente al 49/50 d.C.) che aveva abrogato un '*caput Papiae Poppaeae legis a Tiberio Cesare ... additum*'. I *Tituli ex corpore Ulpiani* (16.3) richiamano a loro volta entrambi questi provvedimenti (ossia quello che aveva aggiunto detto *caput* e quello che lo aveva abrogato), chiarendo come, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, si trattasse di delibere senatorie (rispettivamente il *senatus consultum Persicianum* del 34 d.C. e, per l'appunto, un *senatus consultum Claudianum*).<sup>145</sup>

E, ancora, un'iscrizione da *Lanuvium*<sup>146</sup> contenente una *lex collegii*, cita un escerto di quello che definisce un

<sup>142</sup> Che ho discusso anche con il Prof. Cosimo Cascione e il Dr. Filippo Bonin, che ringrazio.

<sup>143</sup> V. e.g. Gai 1.18, 1.40, 1.139 e D. 36.1.76.1 (Paul. 2 *decret.*).

<sup>144</sup> Sono parole di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 76.

<sup>145</sup> Su questi provvedimenti, e sull'ampia letteratura a riguardo, cfr. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 338 ss. nr. A 107. Il fatto che i due provvedimenti siano ricordati, quali «parti integranti di un'unica realtà storica e logico-giuridica» (così R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006, 256), non solo nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (16.3-4), ma anche in *Gnom. Id. Logos* (24-28) in una con un *senatus consultum Calvisianum* induce a ritenere che questi provvedimenti potessero essere stati richiamati in una delibera ulteriore che ne aveva tenuto insieme le disposizioni. Sul *SC Calvisianum*, del 49/50 o 53 d.C., che pure interpretava le norme della *lex Iulia et Papia*, ammettendo il matrimonio fra un uomo maggiore di sessant'anni ed una donna di età inferiore ai cinquanta, quindi ancora in grado di procreare cfr. P. BUONGIORNO, *o.u.c.*, 341 ss., nr. A 108.

<sup>146</sup> CIL, XIV, 2112, linn. 10-13 = ILS 7212, linn. 10-13 = FIRA, I<sup>2</sup>, n. 46.

*Kaput ex s(enatus) c(onsulto) p(opuli) R(omani): | Quib[us coire co]nvenire collegiumq(ue) habere liceat. Qui stipem menstruam conferre vo|len[t in fun]era, in it collegium coeant, neq(ue) sub specie eius collegi nisi semel in men|se c[oeant co]nferendi causa, unde defuncti sepeliantur.*

Considerato che non abbiamo alcuna notizia (come del resto si può ben affermare dalle risultanze più generali di questo contributo) di *senatus consulta* strutturati in *kapita*, sarei propenso a ritenere che, anche in questo caso, il *senatus consultum* da cui i *verba* in questione sono escerpiti armonizzasse la legislazione vigente (la *lex Iulia de collegiis*) con le istanze provenienti dalla società romana, mediante l'introduzione, modifica e soppressione di *kapita* di una *lex publica* a mezzo di una delibera senatoria. A supporto ulteriore di tale ipotesi si consideri lo stile di questo *kaput*, che è introdotto da una *rubrica* ed è formulato nella forma di un comando imperativo: sintassi piuttosto inusuale per una delibera senatoria in senso stretto. Ciò conforta nell'ipotesi che il testo senatorio cui questo *kaput* apparteneva (e i cui *verba* Marciano mostra di conoscere e parafrasa in testo,<sup>147</sup> definendo il provvedimento '*senatus consultum quo illicita collegia arcentur*'), «fosse venuto a costituire come 'un codice sulla materia' dei *collegia*. Avrebbe cioè racchiuso al proprio interno disposizioni relative al sanzionamento dei '*collegia illicita*' (forse in un quadro di generale inasprimento delle norme sancite dalla *lex Iulia de collegiis*) con la sola deroga concernente l'istituzione di '*collegia tenuiorum*' o, più probabilmente, di *collegia* (in cui si prescindesse dalla condizione sociale dei collegiati) preposti alla sepoltura dei defunti e autorizzati ad effettuare oblazioni e riunioni mensili».<sup>148</sup>

Una delibera senatoria relativa al *commentarius* del 5 d.C. pare dunque altamente possibile. Nulla possiamo dire sui dettagli inerenti alle forme di pubblicità della stessa (l'uso di '*proponere*' alluderebbe genericamente a una pubblicazione). Di certo, sulla base degli elementi a nostra disposizione, il *commentarius* si avvicina molto a quelle che l'attuale teoria generale delle fonti giuridiche definirebbe "fonti di cognizione".<sup>149</sup> In ogni caso, considerato il vincolo genetico riscontrato fra *commentarius* e *lex Papia Poppaea*, è invece pressoché certo che tale delibera (con procedura in questo caso analoga a quella che si risconterà poi per le vicende del 19/20 d.C. in ordine all'approvazione della *lex Valeria Aurelia*) incaricasse i consoli designati per il secondo semestre del 5 d.C. (o una successiva coppia consolare: i tempi della discussione successiva alla *propositio* restano comunque sfuggenti) di presentare ai co-

<sup>147</sup> D. 47.22.1.pr.-1 (Marc. 3 *inst.*): *Sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub praetextu huiusmodi illicitum collegium coeat. ... 1. Sed religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur.*

<sup>148</sup> Così già in P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, cit., 422 ss., cui si rinvia anche per ampia rassegna bibliografica. In ogni caso, sono dell'idea che il testo di AE 2010, 242 = EDR110833, del 29.06.2016 (R. MARCHESINI), edito e commentato da N. LAUBRY, F. ZEVI, *Inscriptions d'Ostie et phénomène associatif dans l'Empire romain : nouveaux documents et nouvelles considérations*, in Arch. Class. 63, 2012, 297-343, pur contribuendo a restringere la cronologia del provvedimento al 117-121 d.C., non contenga i *verba* del *senatus consultum*. Potrebbe invece contenere un'epistola dei consoli del 121 che trasmettono il medesimo escerto che conoscevamo dall'iscrizione lanuvina e da Marciano e, forse, alcuni *verba* di una *oratio* di Adriano.

<sup>149</sup> Sulle "fonti di cognizione" cfr. diffusamente F. MODUGNO, s.v. *Fonti del diritto*, in *Enc. giur. Treccani* XIV, Roma 1989, 1 ss. e più di recente R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano 2010, 77 ss.

mitia una *rogatio*. A tale proposito, non si deve di certo trascurare che uno dei due consoli suffetti designati per il secondo semestre del 5 d.C. era il giurista C. Ateius Capito, che pure in altre circostanze avrebbe mostrato di collaborare attivamente alla costruzione di sistemi normativi in età augustea e tiberiana<sup>150</sup> (tanto da essere stato definito, a mio parere a ragione, il «teorico del principato»<sup>151</sup>).

Tuttavia, «la difficile situazione interna e esterna, che suggeriva di non aizzare il malumore diffuso nella popolazione»,<sup>152</sup> avrebbe fatto tramontare il progetto dell'approvazione di una *lex* in tempi ragionevolmente brevi. Il principe sarebbe anzi stato indotto a prorogare la *vacatio legis* delle norme *de procreandis filiis* della *lex Aelia Sentia* di ulteriori due anni (Dio 56.7.3),<sup>153</sup> con la conseguenza di far differire la presentazione e l'approvazione di una *rogatio* in materia matrimoniale sino alla seconda metà dell'anno 9 d.C.

Soltanto durante il consolato suffetto di M. Papius Mutilus e di Q. Poppaeus Secundus – mutato il contesto politico e sociale – il *commentarius* del 28 giugno del 5 d.C. avrebbe finalmente costituito, pur con alcune ulteriori modifiche,<sup>154</sup> l'ossatura della *rogatio* della *lex Papia Poppaea*. Per il periodo transeunte (ossia quello oscillante dall'estate del 5 d.C. sino all'approvazione della *Papia Poppaea*) il *commentarius* potrebbe in ogni caso aver trovato una provvisoria 'manifestazione normativa' (mi si passi l'espressione audace) in un altro atto di cui non abbiamo memoria.<sup>155</sup> Una tale 'manifestazione' potrebbe d'altro canto giustificare la presenza del *commentarius* del 5 d.C. fra i 'Gesetzstufen' della legislazione matrimoniale augustea ricordati nel testo di Troesmis. Ma su quest'ultimo aspetto non riusciamo andare oltre il piano della mera speculazione.

Sarei invece in ogni caso propenso a escludere che, sul finire del II sec. d.C., il *commentarius* ricordato dallo statuto municipale di Troesmis avesse (ancora?) alcun valore normativo: le disposizioni in esso raccolte avevano infatti trovato accoglimento nella *lex Papia Poppaea*.

<sup>150</sup> Abbiamo già registrato [§ 4.1] la sua presenza fra *qui scribundo adfuerunt* per il complesso senatoconsulto del 19 d.C., anch'esso ruotante attorno a un *commentarius*, noto dalla *tabula Larinas* (AE 1978, 145).

<sup>151</sup> La definizione è di M. PANI, *L'imperium del principe*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. TASSI SCANDONE (a c. di), *La lex de imperio*, cit., 200. E d'altro canto, F. BONIN, nella relazione presentata alla SIHDA di Parigi 2016, dal titolo *Ateius Capito et la législation matrimoniale augustéenne*, ha giustamente richiamato l'attenzione su un testo di Ulpiano [D. 23.2.29 (3 *ad Iul. et Pap.*)], preceduto da un passo di Marciano [D. 23.2.28 (3 *inst.*)] a proposito de «l'interdiction pour le patron de marier la femme affranchi sans le consentement de cette dernière; ... cette interdiction était pas valable lorsque l'affranchissement avait été fait matrimonii causa et ... elle avait été établis par un decretum d'Ateius Capito pendant son consulat». Si tratta, osserva Bonin, di un dato «très intéressant car la matière matrimoniale ne rentrait pas dans les compétences ordinaires du consul et quelqu'un pour ça a aussi parlé d'une délégation d'Auguste» (ringrazio l'autore per avermi messo a disposizione il testo).

<sup>152</sup> Così T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 72 s.; in tema anche W. ECK, *Das Leben römisch gestalten*, cit., 82 s.

<sup>153</sup> Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 71 e nt. 316.

<sup>154</sup> Come pare comprovare la disparità di *kapita* registrata ancora nel testo di *Troesmis* (cfr. in proposito W. ECK, *La loi municipale de Troesmis*, cit., 208). Esse sono probabilmente da ricondursi a qualche ulteriore tensione strisciante, come quelle che, ancora nel corso del 9 d.C., interessarono l'ordine equestre (i c.d. 'cavalieri ribelli' per usare un'espressione cara a T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., 77 ss.).

<sup>155</sup> Magari in un editto di Augusto, se non in un atto dei consoli.

Più ragionevole pensare che lo statuto municipale di Troesmis fosse stato elaborato su un canovaccio piuttosto datato, forse di poco successivo al 9 d.C., in cui vi era pertanto ancora memoria non soltanto della *lex Iulia de maritandis ordinibus* e della *lex Papia Poppaea* ma anche del *commentarius* da cui essa era derivata.<sup>156</sup> La *lex Papia Poppaea* entrò peraltro in vigore, al più tardi alla fine del 10 d.C., dopo un anno di *vacatio legis*, (cfr. Dio 56.10.1 e 3), dato – questo – che pure potrebbe giustificare la duplice citazione tanto del *commentarius*, quanto della *lex* scaturitane.

Ad ogni buon conto, mentre delle disposizioni in materia matrimoniale contenute nella *lex Aelia Sentia* si perse (et pour cause) progressivamente traccia,<sup>157</sup> le due principali leggi matrimoniali augustee furono spesso percepite, dai giuristi successivi, come un corpo unico (*lex Iulia et Papia*). Non sarebbe dunque peregrino provare ad argomentare che il *commentarius* del 5 d.C., armonizzando e attualizzando (in ragione delle pressioni che minavano la tenuta dell'ordine sociale augusteo) le disposizioni contenute nella *lex Iulia* con quelle dei successivi provvedimenti (in primis quelle, sospese, della *lex Aelia Sentia*), sino a far confluire poi questo complesso di norme nella *lex Papia Poppaea*, avesse agevolato la percezione di unitarietà fra la *lex Iulia* e la *lex Papia*. Ma non è questo il compito che ci siamo prefissi in questo contributo, e si tratta anzi di riflessioni che ci porterebbero lontano.

<sup>156</sup> L'idea che la *lex* di Troesmis trattenesse un 'fossile' normativo, trova d'altro canto conforto osservando come *Irn.* 91 richiami quale termine per lo svolgimento dei giudizi privati nel municipio flavio irnitano, il '*tempus, quod legis Iul[ia]e, quae de iudici<i>s privatis proxime lata est, kapite XII | senatusve consultis [[det kaput]] ad it kaput legis pertinen|tibus conpr<e>hensum est*'. Al di là della discussione sulla valenza 'relativa' o 'assoluta' del *proxime* [per cui cfr. molto puntualmente F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*». *Municipalità e ius Romanorum*, Napoli 1993, 201 ss. e poi M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. MILAZZO (ac. di) *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale* (Atti Copanello 1996), Napoli 1999, 207 ss. e part. 216 ss.] credo non ci siano dubbi nel ritenere che, vista dalla prospettiva di età domiziana, questa formulazione tradisca l'esistenza di un modello di età augustea (in ogni caso non la *lex Iulia municipalis*, che resta evidentemente una chimera della nostra disciplina) su cui sarebbe stato delineato lo statuto di epoca flavia. Atteso anzi che il dettato letterale dei due testi è molto simile (si noti l'uso del verbo *comprehendo* al passivo, l'anticipazione del genitivo contenente la menzione della *lex* rispetto all'indicazione del *kaput*, il richiamo a provvedimenti successivi volti ad armonizzare le disposizioni contenute nel *kaput* [in un caso i *senatus consulta pertinentia*, nell'altro il *commentarius* e la successiva legge di convalida]) e considerato altresì che le leggi municipali di età flavia, pur rivolte a comunità di diritto latino, altro non erano che l'adattamento funzionale di modelli pensati per l'ordinamento romano, non si può del tutto escludere che siamo dinanzi a materiali di analoga foggia, ciascuno adattato secondo le esigenze del momento. Si noti, al riguardo, anche la similitudine testuale fra *Irn.* 45 e la rubrica *De legatis mittendis excusationibus(ue) accipiendis* nota dalla superstite tavola A della *lex Troesmensium* (W. ECK, *La loi municipale de Troesmis*, cit., 202 ss.).

<sup>157</sup> Ma, come abbiamo visto, una eco, pur fiavole, ne sopravvive in P.Mich. VII, 436.

ERIC POOL  
(Vrije Universiteit Brussel)

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

ABSTRACT

From an in depth analysis and interpretation of D. 41.4.2.1 follows irrefutably that Roman jurists made a sharp distinction between ‘cause of denomination’ (*pro emptore* etc.) and ‘cause of acquisition’ (*emptio* etc.). The Romans never considered *bona fides* an element of (*iusta*) *causa*. These two requirements for possession fit for *usucapio* were always seen as mutually independent. But judging the possessory position of a buyer in bad faith, some jurists held both elements of equal weight – *possessio pro possessore* – , others considered the valid sale as more important than the subjective element of *mala fides* – *possessio pro emptore* .

PAROLE CHIAVE

*Causa possessionis et usucapionis; causae adquirendi; bona fide emere*; D. 41.3.33pr.; D. 41.3.33.1; D. 35.1.110; Fr. Vat. 1.



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

1. Introduzione.\*

Non sottrarrò tempo con considerazioni estese sulla confusione nella dottrina romanistica rispetto al significato del concetto di *causa* o *iusta causa* nel diritto classico in materia di possesso e particolarmente di *causa possessionis* e della cosiddetta *\*iusta causa usucapionis*. È risaputo che in questo campo v'è una divergenza enorme di opinioni. Pur cercando di darne una limitata visione d'insieme risulterebbe un ulteriore e poco proficuo aumento della letteratura controversa sull'argomento. Pertanto preferisco limitarmi a citare due affermazioni in materia. La prima risale a Lauria, che ha osservato: “La *iusta causa usucapionis* è la grande illusione della dottrina”. La seconda è più recente e proviene da Letizia Vacca: “Quanto alla *iusta causa*, la sua nozione è estremamente oscillante”.<sup>1</sup>

Anticipando il risultato dell'interpretazione del primo e più importante tra i passi chiave i quali verranno analizzati e interpretati nel presente contributo – D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*) –, presenterò già a questo punto ciò che ritengo la ragione principale della confusione secolare sulla ‘*causa*’ nella romanistica. Al contrario dei giuristi romani, i romanisti non hanno mai distinto nettamente e coerentemente tra titoli del possesso come *pro emptore*, *pro donato*, *pro herede*, *pro suo* ed i fatti giuridici sottostanti (negozi, atti, altri fatti) come (i) la *emptio*, *donatio*, *datio bonorum possessionis*; (ii) i negozi atipici senza un proprio nome; (iii) altri fatti che valgono quali cause di acquisto e consistono nella specifica condizione giuridica di certe categorie di cose, come l'essere la cosa una *res hereditaria* senza possessore o una *res nullius* o *hostilis* ecc.

Ecco quindi la tesi fondamentale da sostenere nel presente saggio e da supportare con dati testuali attinti dalle fonti e con analisi ed interpretazioni scrupolose di brani singoli

\* Trattasi della rielaborazione della relazione presentata al Convegno in onore di Gianfranco Purpura.

<sup>1</sup> M. LAURIA, *Usus*, in *Studi V. Arangio Ruiz* IV, Napoli 1953, 503; L. VACCA, *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*. Padova, 2012, 159 nt. 46; cfr. anche 157 nt. 42: “questa apparente concordia della dottrina si dissolve nel momento in cui si vuole definire in modo coerente con le fonti il concetto di *iusta causa*”.

tratti dal Digesto: nonostante l'ovvio rapporto causale e semantico tra il negozio *emptio* (una causa di acquisto) e il titolo *pro emptore* (una causa di qualifica), quest'ultimo non è identico al primo sotto nessun aspetto. Il titolo *pro emptore* non è una mera variante tecnica del negozio *emptio*, come vuole la dottrina unanime, ma ha il suo proprio carattere e la sua propria funzione specifica. Tra questi due concetti di *causa* presenti nelle fonti giurisprudenziali ci sono differenze di fondo. Un'osservazione analoga vale per tutti i titoli simili del possesso qualificato (*pro donato ... pro suo*): tali titoli non coincidono con i (f)atti giuridici sottostanti ma li presuppongono. In particolare, titoli come *pro emptore* caratterizzano o denominano i generi della *possessio* qualificata, cioè della *possessio* più importante nella dottrina classica, non solo tutelata dagli interdetti ordinari ma anche produttiva di effetti giuridici acquisitivi<sup>2</sup> e processuali<sup>3</sup> di natura specifica. Per contro, cause di acquisto, come l'*emptio*, costituiscono il requisito primario ai fini dell'acquisto di tale possesso intitolato: il loro carattere specifico è che giustificano l'acquisto del possesso - si badi bene - *uti dominus* e così rendono possibile l'acquisto della proprietà, in contrapposizione al carattere degli atti che stanno ad es. alla base del possesso del creditore pignoratizio o del precarista, come risulta dai passi D. 6.2.13.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) e D. 9.4.22*pr.* (Paul. 18 *ad ed.*).

Già da tempo sto sostenendo la tesi sopra esposta e l'ho presentata in pubblicazioni precedenti le quali, tutte quante, sono da ritenere prodotti transitori di una ricerca in corso, di lunga durata.<sup>4</sup> In quasi ogni pubblicazione nuova ho riferito di imprecisioni nella precedente e ho cercato di puntualizzare e arricchire di più le conseguenze di un'ipotesi, la quale si è avvalorata col tempo e si sta evolvendo sempre di più in una teoria alternativa della più importante parte della *possessio* romana del periodo classico. Tra le aggiunte e precisazioni nuove nel presente studio in confronto ai precedenti, giova menzionarne due in particolare.

(i) Ancora nel mio contributo or ora pubblicato negli Scritti in onore di Alessandro Corbino ho descritto il carattere dei titoli del possesso come *pro emptore* quale "un nome tecnico", "una mera etichetta tecnica". Ma ciò facendo ho fatto torto a una tra le caratteristiche tipiche degli stessi: si tratta dell'aspetto valutativo che è inerente a tutti questi titoli.

<sup>2</sup> L'acquisto della proprietà tramite *usucapio* della cosa posseduta, dei frutti prodotti o (nel caso di una schiava) dei nati dalla stessa, sempre sussistendo nella fattispecie gli ulteriori requisiti richiesti.

<sup>3</sup> Si tratta della funzione del possesso caratterizzato dai titoli *pro herede* o *pro possessore*, il quale legittima passivamente alla *hereditatis petitio* e ad altri mezzi giudiziari del diritto ereditario civile e pretorio o del possesso a titolo singolare (ad es. *pro emptore*) il quale proprio esclude tale legittimazione.

<sup>4</sup> Nelle pubblicazioni che seguono si trovano le prime formulazioni di questa tesi (come detto, sotto molti aspetti ancora insufficientemente sviluppata): E.H. POOL., D. 41.2.3.21 (Paul. 54 *ad ed.*). *Rapporti e differenze fra causae acquirendi (emptio ecc.) e titoli di possesso (pro emptore ecc.)*, in Scritti per Alessandro Corbino VI, 2016, 57 ss.; ID., D. 41,2,3,21: *Titulierte Besitzarten, Erwerbsgründe und das unum genus possidendi*, in TR 81, 2013, 529 ss.; ID., 'Die (iusta) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss: Erwerbsgrund (emptio) oder Besitztitel (pro emptore)?', in *Libellus ad Thomasium, Essays in Roman law, Roman-Dutch law and legal history in honour of Philip J Thomas*, Fundamina 16 (1), editio specialis, R. van den Bergh, G. van Niekerk and L. Wildenboer (eds), Pretoria 2010, 299ss.; ID., *Zur Bedeutung und Stellung der 'causa' im System klassischer Ersitzungsvoraussetzungen*, in *Roman law as formative of modern legal systems, Studies in honour of Wiesław Litewski*, J. Sondel, J. Reszczyński [and] P. Ścislicki (eds.), Krakow 2003, 37ss.

Tocca infatti ai giuristi, non alle persone private, di decidere come sia da valutare e qualificare un certo possesso acquistato da una tale persona, avendone soppesato e valutato le circostanze specifiche dell'acquisto. In questa valutazione da parte dei giuristi vi possono essere differenze di opinioni come risulta spesso dalle fonti e risulterà anche subito dal primo passo chiave che tratteremo. Il titolo *pro emptore* quindi non è solo un 'nome tecnico' o una 'mera etichetta' nel linguaggio giuridico in materia della *possessio* ma, più precisamente, una denominazione (caratterizzazione) valutativa del possesso di una cosa comprata. Agli ulteriori requisiti di tale possesso *pro emptore* accanto a una *emptio* valida (una *iusta possessio* e talvolta la buona fede dell'acquirente) ci siamo già riferiti negli studi precedenti e ci ritorneremo ancora brevemente più oltre.

(ii) Nei miei studi precedenti ho considerato i passi Paulini D. 41.2.5 e in particolare D. 41.2.3.21 i due più importanti tra i passi-chiave per fornire la prova della tesi che il titolo *pro emptore* non coincide con una *emptio* valida. Ma sotto quest'aspetto ho cambiato opinione. Ormai mi risulta chiaro che si deve prendere le mosse dal passo di Paolo D. 41.4.2.1, perché questo ce ne fornisce la prova irrefutabile. Generalmente il contenuto di questo breve brano, sempre sottovalutato nella letteratura, accumula in modo concentrato informazioni giuridiche sul possesso qualificato (= possesso intitolato) che rivestono la massima importanza per comprendere meglio il pensiero in materia dei giuristi romani e l'evoluzione storica dello stesso. Ma anche rispetto all'evoluzione terminologica nel campo del possesso qualificato questo testo è di grande rilevanza. Passiamo dunque alla spiegazione del nostro primo passo chiave a sostegno della tesi<sup>5</sup> formulata qui sopra.

#### 1. Traduzione e spiegazione introduttiva del passo D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*).

Paul. D. 41.4.2.1 (54 *ed.*) *Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.*

'Occorre distinguere tra la causa [di qualifica] del possesso e quella dell'usucapione. Infatti è vero che si dice che qualcuno ha comprato, ma in mala fede, come colui che compra sapendo essere d'altrui un bene; egli possiede *pro emptore* ma non usucapisce [*pro emptore*, si intende]'

Dalla mia traduzione è già desumibile come occorra mettere in luce il concetto di *causa* nel suo senso doppio nell'affermazione introduttiva di Paolo. Il giurista richiama l'attenzione su una sottodistinzione della causa di qualifica, una causa che caratterizza la *possessio*, l'altra che denomina l'*usucapio*. Nondimeno, ad una più attenta considerazione, rendendoci conto anche delle ultime parole dell'esempio esplicativo (*pro emptore possidet, licet usu non capiat*), diviene chiaro che entrambe le cause si riferiscono implicitamente alla *possessio*. La *causa usucapionis* caratterizza l'usucapione e quindi anche il possesso *ad usucapionem* di una cosa

<sup>5</sup> Di recente A.J.B. SIRKS, *Causae acquirendi eius quod nostrum non sit (D. 41,2,3,21): 'rechtmäßiger Eigenbesitz?'*, in TR 82, 2014, 209 ss., ha mosso critiche gradite alla mia tesi, sia negative che costruttive, le quali contengono dei suggerimenti utili, ma non tali da farmi cambiare opinione. Piuttosto, mi sono convinto dell'esattezza della mia tesi a causa delle sue affermazioni non fondate su una accurata osservazione dei dati testuali delle fonti.

altrui (*rem alienam*). Infatti non si può usucapire *pro emptore* senza un possesso *pro emptore* utile all'usucapione. Nella fattispecie del compratore di mala fede non si usucapisce, perché un tale possesso manca.

La *causa possessionis* caratterizza quindi, in questo contesto specifico, il possesso di un bene altrui non utile all'usucapione<sup>6</sup> ma positivamente qualificato (*pro emptore* e non *pro possessore*), nonostante sia acquistato in mala fede. Questo è il nucleo del passo, il punto essenziale che conta per Paolo. Vi sono due cause diverse di qualifica positiva, perché vi sono due situazioni del possesso di una cosa altrui, acquisito in base a una causa di acquisto valida e pertanto positivamente qualificato. Nel caso di una *emptio* vi è un possesso *pro emptore* di un bene altrui non utile all'usucapione (perché acquistato in mala fede), e vi è un altro meritevole dell'usucapione (sottinteso: perché non acquistato in mala fede). Ciò significa che il titolo *pro emptore* è divenuto ambiguo; vedremo dopo in qual modo già nel periodo altoclassico quest'ambiguità terminologica è stata risolta dai giuristi. Dobbiamo ancora affrontare un aspetto della frase iniziale, il quale è legato strettamente alla nostra interpretazione del significato di *causa* nel senso di causa di qualifica del possesso caratterizzato da titoli come *pro emptore* ecc.

Dall'esemplificazione esplicativa dell' *emit* e del *possidet pro emptore* si evince che con l'espressione *causa usucapionis* nell'affermazione generale *separata est ...* Paolo non ha potuto intendere lo stesso di quanto i romanisti indicano con la locuzione *iusta causa usucapionis*, e cioè, i vari negozi ed atti giuridici nella lista nota di Voci<sup>7</sup>. Sia il possesso *pro emptore* del compratore di mala fede che il possesso *pro emptore* utile all'usucapione richiedono una *emptio* valida. Per quanta riguarda la causa di acquisto *emptio*, le due situazioni possessorie non si distinguono quindi l'una dall'altra. Ma i titoli caratterizzanti di queste situazioni, cioè le due cause di qualifica *pro emptore*, sono separati, perché denominano situazioni possessorie diverse rispetto all'elemento soggettivo del possesso (in mala fede; non in mala fede).

Da quest'esempio segue quindi in modo irrefutabile che per Paolo è naturale fare una distinzione tra il titolo del possesso *pro emptore* e il negozio *emptio*.

E come possono esistere due titoli diversi *pro emptore* accanto a una sola *emptio* sottostante, così si possono essere in generale due cause di qualifica separate (*causa possessionis et usucapionis*) accanto a una sola causa di acquisto sottostante. Poiché la dottrina romanistica non ha mai fatto questa distinzione in modo chiaro e esplicito, non è riuscita a spiegare questo passo paulino in modo soddisfacente. Ciò risulta soprattutto dalla spiegazione che Talamanca ne ha dato, come chiariremo di seguito.

<sup>6</sup> Come qui, anche nei §§ 12 (*eadem sit causa possessionis*) e 14 (*durare primam causam possessionis*) del frammento D. 41.4.2; in entrambi i passi si tratta dell'acquisto in mala fede da parte di uno schiavo e dell'esclusione dell'usucapione in capo del loro proprietario. Nel passo D. 41.4.2.21 Paolo riporta con riferimento a Giuliano un caso in cui si tratta di una mutazione lecita della *causa possessionis*: da un possesso *ad usucapionem* originario ad un simile possesso nuovo sulla base di un'altra causa di acquisto.

<sup>7</sup> P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano 1952, 179.

## 2. La spiegazione discutibile del passo D. 41.4.2.1 da parte di Talamanca (I).

Tra i pochissimi romanisti<sup>8</sup> che hanno prestato attenzione al passo di Paolo il grande studioso romano è quasi l'unico ad averci dedicato più di un breve e superficiale commento. Per questo motivo la spiegazione di Talamanca merita la nostra attenzione particolare. Un primo punto da segnalare è quanto osservato da lui sulla frase iniziale *separata est ...* ecc. Secondo il suo parere non si tratta di "due categorie distinte" di *causa* ma di una relativamente recente "distinzione fra *causa* e *bona fides*"<sup>9</sup>. A quest'opinione si possono sollevare diverse obiezioni.

(i) Anzitutto il parere di Talamanca è in totale contraddizione con le parole stesse di Paolo, che non parla di una separazione fra "*causa* e *bona fides*" ma di una separazione tra la *causa possessionis et usucapionis*.

(ii) Alla base di questo malinteso del grande studioso è naturalmente in primo luogo il fatto che neanche lui fa una distinzione tra causa di qualifica e causa di acquisto. Non ha dunque visto che si tratta di una sottodistinzione della causa di qualifica, cioè di due denominazioni di due figure diverse del possesso qualificato.

(iii) Ma vi è anche un motivo specifico per cui Talamanca non ha riconosciuto il significato di *causa* nel senso di qualifica del possesso. Egli ha negato esplicitamente che questo significato esista nelle fonti affermando: "I romani infatti, per indicare le varie qualifiche che la *possessio* può assumere (*bonae e malae fidei; civilis e naturalis*, ecc.) non si sono mai riferiti al concetto di *causa*".<sup>10</sup> Ma di nuovo quest'affermazione contrasta con delle fonti chiare dalle quali è desumibile l'esatto contrario, e cioè che i giuristi si sono riferiti al concetto di *causa* per indicare diversi titoli specifici qualificanti della *possessio*.

Trascurando tali fonti, Talamanca, come la dottrina in genere,<sup>11</sup> ha trascurato le più importanti qualifiche della *possessio*: i numerosissimi titoli *pro emptore ... pro suo* che caratterizzano il possesso qualificato da una causa di acquisto e dalla *iusta possessio*. Dai passi che seguono risulta chiaro che i giuristi hanno utilizzato sul serio il concetto di *causa* - si badi bene, mai<sup>12</sup> *iusta causa* - riferendosi a questi titoli.

<sup>8</sup> S. v. T. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, Graz-Köln 1962, 67 con indicazione della letteratura nt. 59; cfr. il commento di B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, nt. 362: "[Paolo] avverte che la *causa usucapionis* va distinta dalla *causa possessionis* (nel senso che questa può esser giusta o ingiusta, quella deve essere necessariamente giusta)". Mancando un'esplicazione del significato della "*causa*" questo commento risulta poco accurato e non spiega nulla. Secondo quali criteri una *causa* viene qualificata come "giusta o ingiusta"? In qual senso il titolo *pro emptore* del compratore di mala fede nell'esempio di Paolo può essere "ingiusto"? Nella nota 363 si riferisce per sbaglio al passo D. 41.4.2.1 invece di D. 41.2.3.21.

<sup>9</sup> M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"*, Milano 1956, 74, nt. 186.

<sup>10</sup> M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 68 nt. 168.

<sup>11</sup> S. v. per tutti H. HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen recht*, Wien – München 1964, 93, secondo il quale ogni qualifica del possesso si attaccherebbe all'acquisto dello stesso. Quest'affermazione contrasta con le fonti dalle quali risulta che le più importanti qualifiche della *possessio* (*pro emptore ... pro suo*) non si uniscono mai agli atti di acquisto del possesso come *tradere, occupare, adquirirere*, ma occorrono solo nelle locuzioni fisse *possidere / usucapere pro emptore* ecc. S.v. le mie critiche in E.H. POOL, *D. 41,2,3,21: Besitzarten*, cit., 540.

<sup>12</sup> Nel linguaggio giuridico la locuzione *iusta causa* viene utilizzata per indicare le cause di acquisto del possesso *uti dominus*, quindi in primo luogo negozi e atti giuridici; parlando di *iusta causa* nessun giurista si

(iiia) D. 41.4.6 (Pomp. 32 *ad Sab.*): *Qui, cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest: quid porro inter eas res interest, cum utrobique desinat ex prima causa possidere, qui precario vult habere?*

Con le parole *ex prima causa possidere* il giurista rinvia all'alternativo possesso *ad usucapionem* sottinteso nelle parole *pro herede vel pro emptore usucaperet*. È ovvio che Pomponio con la locuzione *prima causa* indica uno dei due titoli alternativi il quale denominava il possesso originario, prima che il possessore diventasse precarista.

(iiib) D. 41.2.3.4 (Paul. 54 *ad ed.*): *ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, ...* ecc. Paolo fa notare che si può possedere la stessa cosa sulla base di diversi (= più di uno) titoli del possesso coesistenti e fornisce due esempi di un tale possesso caratterizzato da un doppio titolo: il possesso *et pro emptore et pro suo* e quello *et pro emptore et pro herede*. Anche qui la parola *causis* viene usata nel senso di 'causa di qualifica', la quale in questo passo comprende tre titoli (o denominazioni) specifici. Finora la dottrina non è riuscita a spiegare questo passo nella sua stesura classica, perché non ha mai compreso il carattere e la funzione di queste specifiche cause di qualifica. Daremo più oltre un'interpretazione approfondita di questo brano di Paolo (Parte II).

(iiic) D. 41.3.33pr. (Iul. 44 *dig.*): *Non solum bonae fidei emptores [= possessori pro emptore] sed et omnes qui possident ex ea causa quam usucapio sequi solet partum ancillae furtivae ususuum faciunt... ecc.*

Nella parte del discorso 'tutti quanti possiedono sulla base di una causa tale da essere di solito seguita dall'usucapione' (*et omnes ... sequi solet*) la locuzione *ex ea causa* può soltanto indicare una causa di qualifica del possesso *ad usucapionem* del tipo *pro donato ... pro suo*.<sup>13</sup> Il motivo è che l'usucapione succede soltanto ad un possesso caratterizzato da simili titoli. Nel linguaggio giuridico romano non ricorrono locuzioni del tipo *\*usucapere ex causa emptionis / ex empto* ecc. nonostante si trovino espressioni del tipo *possidere ex causa emptionis*.

Anche in questo passo quindi troviamo una *causa* nel senso di 'causa di qualifica'. Ma vi è ancora un altro aspetto di grande rilevanza ai fini dell'analisi accurata della *usucapio* e dei requisiti della stessa nel periodo classico. Giuliano, seguito da Paolo,<sup>14</sup> ci fornisce la più esplicita descrizione nelle fonti del concetto di 'possesso *ad usucapionem*': *possidere ex ea causa quam usucapio sequi solet*. Come risulta dalla formulazione di Giuliano (e Paolo), i giuristi

riferisce alle denominazioni valutative del possesso qualificato come *pro emptore ... pro suo*. Ci ritorneremo spiegando l'espressione *causae acquirendi* nel passo paulino D. 41.2.3.21.

<sup>13</sup> Sotto ogni aspetto inaccettabile è l'opinione di H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 8, il quale, omettendo le parole essenziali *qui possident ex*, interpreta quelle rimanenti *ea causa quam usucapio sequi solet* come "Ersitzungssituation". Prima di lui J.C. van OVEN, *Iusta causa usucapiendi*, in TR 16, 1939, 434 ss. era già caduto nello stesso errore, sostituendo la locuzione *qui possident ex causa ...* con un 'trovarsi in *ea causa ...*' e parlando di un [sich befinden] "in einer Ersitzungslage" (441). Un'interpretazione del passo intero con riferimento alla letteratura si trova in KAREN BAUER, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB*, Berlino 1988, 73 ss.

<sup>14</sup> D. 41.3.4.3 (Paul. 54 *ad ed.*): *sed haec persona [furiosus] ita demum usucapere potest, si ex ea causa possideat ex qua usucapio sequitur*. Anche nel parte finale di questo passo (*si ... sequitur*) si tratta del concetto di 'possesso *ad usucapionem*' caratterizzato da titoli quali *pro emptore ... pro suo (ex ea causa)*. *Causa* nel senso di causa di qualifica si trova anche nella locuzione fissa *usucapere ex causa*: Iul. D. 41.3.33pr.; Ulp. D. 6.2.11.4.

romani erano completamente consci di questo concetto ed è strano che Nicosia non ha menzionato questi passi nel suo studio recente in materia.<sup>15</sup>

Molto più importante però è il fatto che troviamo questo concetto di ‘possesso utile all’usucapione’ proprio in fattispecie, in cui l’usucapione non è possibile, perché si tratta di una *ancilla furtiva*.<sup>16</sup> Quest’osservazione chiarisce che per quanto riguarda l’analisi dell’usucapione, si deve nettamente distinguere tra l’acquisto del possesso *ad usucapionem* e l’acquisto della proprietà tramite l’*usucapio*. Si deve quindi anche essere consci del fatto che uno può essere possessore *ad usucapionem* non essendo un usucapiente. Possesso utile all’usucapione significa solo che i requisiti per un tale possesso sono soddisfatti, non che si usucapisce realmente la cosa posseduta.

Dai testi citati sopra risulta che l’osservazione di Talamanca non è esatta. Accanto ai numerosissimi esempi del tipo *pro emptore ... pro suo* che ricorrono nella casistica delle fonti quali manifestazioni specifiche della causa di qualifica, quest’ultimo concetto generale viene anche espresso nelle fonti dal termine *causa* stesso. Anche la sua altra opinione rispetto al legame tra *bona fides* e “*causa possessionis*” non è condivisibile, come vedremo nel paragrafo seguente.

### 3. La spiegazione discutibile del passo D. 41.4.2.1 da parte di Talamanca (II)

Secondo l’autore<sup>17</sup> il nostro passo avrebbe mostrato “come soltanto in epoca relativamente recente si è giunti a fare della *bona fides* un requisito dell’usucapione indipendente dalla *causa possessionis*”. Quest’opinione è una modificazione e un affinamento dell’ipotesi di Van Oven, secondo il quale la *bona fides* sarebbe da considerare un elemento della “*causa*”, cioè da ritenere subordinata alla “*iusta causa*”.<sup>18</sup> Talamanca ha adottato quest’idea ma diversamente

<sup>15</sup> G. NICOSIA, *Possessio ad usucapionem?*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* 28, 2015, 739 ss. Sono del tutto d’accordo con l’autore sull’uso discutibile da parte dei romanisti della locuzione *possessio ad usucapionem*. Generalmente va evitato l’uso di tali locuzioni latine di attestazione dubbia o anzi del tutto assenti nelle fonti, non marcandole chiaramente come tali, ad es. *\*iusta causa usucapionis*. Ma dal punto di vista metodologico è un punto debole dell’approccio di Nicosia il fatto che egli non distingue nettamente tra la terminologia del linguaggio giuridico dei romani ed i concetti sottintesi nella stessa, i quali vengono resi a parole proprie nel (meta)linguaggio descrittivo dei romanisti. Il compito di noi moderni è tutt’altro rispetto a quello dei giuristi romani e la nostra terminologia è necessariamente diversa dalla loro. Non si può fare la minima obiezione sull’uso di espressioni come ‘possesso *ad interdicta*’ (‘Interdiktenbesitz’) o possesso *ad usuapionem* (‘*Usukapionsbesitz*’) nelle nostre descrizioni e discussioni sul diritto romano per esprimere concetti sottintesi nel loro linguaggio giuridico. Quest’aspetto metodologico della scienza romanistica è degno della massima attenzione, anzi di un congresso speciale.

<sup>16</sup> S. v. B. ALBANESE, *Situazioni*, cit., 112; nella nota 424 manca però accanto a Gai. 2.45 il passo molto più importante di Giuliano.

<sup>17</sup> M. TALAMANCA, *Studi* cit., 74 nt.186; cfr. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 425.

<sup>18</sup> J.C. van OVEN, *Iusta causa usucapiendi*, cit., 443, 446, 456 e *passim*. Prendendo posizione contro Savigny l’autore afferma: “Eher [cioè, piuttosto che di una subordinazione della *iusta causa* alla *bona fides*] könnte man das umgekehrte behaupten: weil es ohne *bona fides* keine *iusta causa* gibt, ist die *bona fides* unter die *iusta causa* subordiniert”. La mancata distinzione tra causa di qualifica e causa di acquisto costituisce il tallone d’Achille dell’ipotesi dell’autore, la quale è per questo motivo insostenibile.

dall'autore olandese l'ha limitata ad una prima fase della dottrina classica: la *iusta causa* e la *bona fides* si sarebbero presentate “per lungo tempo, fortemente intrecciate fra di loro”.<sup>19</sup> Sia quest'ultima che la prima affermazione citata sopra sono contestabili sotto diversi aspetti, ma anzitutto a causa dell'uso nella prima della locuzione ambigua “*causa possessionis*”.

Quest'espressione, che risale ai *veteres*, viene utilizzata da Talamanca sempre di nuovo in modo equivoco nei suoi *Studi* (cit.), una volta nel senso di causa di qualifica, l'altra in quello di causa di acquisto e talvolta anzi nel senso dell'acquisto del possesso. Ci ritorneremo occupandoci degli altri passi in cui si tratta di un possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una *emptio* o un'altra causa di acquisto valida.

Per il momento mi limiterò ad addurre gli argomenti contro l'esattezza dell'affermazione iniziale, intendendo la locuzione “*causa possessionis*” prima nel senso di causa di acquisto e poi in quello di causa di qualifica. Per tal scopo comincerò con gli argomenti contro il parere di Talamanca, secondo cui i giuristi romani avrebbero ritenuti *bona fides* e “*causa possessionis*” requisiti della *usucapio* indipendenti l'uno dall'altro soltanto in una fase avanzata della loro dottrina. Tale parere è opposto alla dottrina prevalente a partire da Stinzing e Bonfante secondo la quale fin dal principio “la *iusta causa* e la *bona fides* sono requisiti indipendenti ... e non sono in alcuna relazione dommatica”.<sup>20</sup> Ritengo questa dottrina ancora esatta in base agli argomenti che seguono, l'insieme dei quali solo raramente viene esplicitato nella letteratura romanistica.

(i) La *iusta causa* o, più precisamente, la causa di acquisto è un requisito oggettivo del possesso qualificato; la *bona fides* è un requisito soggettivo del possesso *ad usucapionem* di una cosa altrui. Che i giuristi (pre)classici non siano stati consapevoli fin dal principio della differenza ovvia tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo è del tutto improbabile.

(ii) La causa di acquisto, l'elemento oggettivo, si riferisce ad un negozio o atto giuridico spesso nato dall'agire di due parti; la *bona fides* costituisce sempre un *nescire* o un *putare* erroneo da parte del solo acquirente sul difetto che impedisce un acquisto immediato (il difetto di legittimazione dell'alienante).

(iii) Anche sotto il profilo probatorio quella differenza di fondo tra l'uno e l'altro requisito è lampante. In un processo la parte che si richiama a un'usucapione<sup>21</sup> compiuta dovrà provare la sua causa di acquisto e il momento dell'acquisto del possesso. Qualora si tratta di una cosa altrui, non è necessario che lui stesso presenti prove della propria buona fede. Tocca alla controparte addurre prove del contrario: il difetto di *bona fides* (la *scientia* o *mala fides*) al momento dell'acquisto.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 423.

<sup>20</sup> R. STINZING, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre*, Heidelberg 1852, 52 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, La proprietà* II, (ristampa) Milano 1968, 334. Del resto, lo stesso vale per ogni causa di acquisto, anche quelle che non rientrano nella categoria delle *iustae causae* richieste per la concessione dell'*actio Publiciana*. J.C. VAN OVEN, *Iusta causa usucapiendi*, cit., 446 ss. osserva in modo chiarificatore la discussione in dottrina a partire da Savigny sulla relazione tra *iusta causa* e *bona fides* come requisiti dell'azione Publiciana e dell'usucapione. Entra anche più in dettaglio nel cambiamento nel pensiero di Bonfante sul quesito.

<sup>21</sup> Lo stesso vale per chi intenta la *actio Publiciana*.

<sup>22</sup> Un'esposizione chiarificatrice sugli aspetti probatori rispetto alla *bona / mala fides* si trova in A. BIGNARDI, *Brevi considerazioni sulla funzione della buona fede nell'usucapio, in particolare nel pensiero di Paolo*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* II, Milano 2003, 214 ss. Gli

(iv) Per quanto riguarda la compravendita, la causa di acquisto più frequente *inter vivos*, le decine di locuzioni del tipo *bona fide emere*,<sup>23</sup> *bona fide emptio*, *bona fide emptor* rendono chiaro che i giuristi hanno sempre distinti e differenziati nettamente tra il negozio oggettivo e l'elemento soggettivo dell'acquisto, mettendoli l'uno accanto all'altro come due requisiti del possesso *ad usucapionem* di una cosa altrui (e quindi della *actio Publiciana* relativa) indipendenti l'uno dall'altro.

(v) Facendo coincidere causa di qualifica e causa di acquisto né Van Oven né Talamanca né loro seguaci hanno visto che già nella prima fase del periodo classico si tratta di una diversità di valutazione del possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una causa di acquisto valida. Questa valutazione diversa da parte di due correnti dottrinarie (Sabiniani e Proculiani?) non ha niente a che vedere con una dipendenza della "causa" dalla *bona fides* ma piuttosto con un soppesare in modo diverso l'elemento oggettivo (la causa di acquisto valida) e quello soggettivo (la mala fede dell'acquirente). Ci ritorneremo più oltre.

In forza degli argomenti addotti sopra e partendo dal presupposto che la locuzione "*causa possessionis*" è stata intesa nel senso di causa di acquisto, l'affermazione di Talamanca è da ritenere inesatta. L'idea che soltanto in una fase avanzata della dottrina i giuristi romani abbiano ritenuto la *bona fides* e la causa di acquisto come requisiti indipendenti dell'usucapione, è infondata.<sup>24</sup> Eliminando la prima spiegazione di *causa possessionis*, resta quella alternativa e forse più probabile - viste le parole di Paolo *pro emptore possidet, licet usu non capiat* -, e cioè che Talamanca intende con questa locuzione equivoca la causa di qualifica, nel caso di D. 41.4.2.1 il titolo *pro emptore*.

Ma anche questa interpretazione dell'affermazione di Talamanca porterebbe a un'opinione del tutto inaccettabile, perché allora non si tratta affatto di due requisiti dell'*usucapio*. Il titolo *pro emptore* non è un requisito dell'usucapione, ma caratterizza la *possessio* qualificata come tale idonea all'*usucapio pro emptore*. Non distinguendo tra causa di qualifica (*pro emptore*) e causa di acquisto (*emptio*: il vero requisito), lo studioso metterebbe sullo stesso piano due cose del tutto diverse: da un canto la *bona fides*, elemento soggettivo che (come l'*emptio*) appartiene alla sfera di influenza dei contraenti e delle parti in causa e che vale davvero come requisito del possesso *ad usucapionem*; dall'altro canto la denominazione valutativa *pro emptore*, la quale, come abbiamo già visto, appartiene al campo delle attività dei giuristi e caratterizza o il possesso meritevole o quello non meritevole dell'usucapione.

errori in questo bello studio sono quasi sempre da attribuire alla mancanza della distinzione tra cause di qualifica e cause di acquisto.

<sup>23</sup> Questa locuzione ricorreva di certo nell'editto pretorio: o già nell'editto promissorio dell' *actio Publiciana* (D. 6.2.3: *et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana*) o nella formula della stessa (D. 6.2.7.11: *praetor ait 'qui bona fide emit'*) o sia nell'uno che nell'altra. Per spiegare il *bona fide emere* come "il caso privilegiato di *b.f.* possessoria" nelle fonti ritengo questo fatto più importante dell'ipotesi di L. LOMBARDI (*Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961, 209ss.), in particolare 212: "La prevalenza della *b.f.* nell'*emptio* è insomma il frutto di una doppia radice negoziale e possessoria".

<sup>24</sup> Della stessa opinione erronea (e in seguito allo stesso difetto di distinzione tra causa di qualifica e causa di acquisto) è anche H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 18 s. Diversamente da Giuliano (D. 41.3.33.1: oltre nr. 5) Paolo avrebbe separato nettamente "*causa e fides*" e quindi "die Ersitzungsvoraussetzungen *bona fides* und *Besitztitel*".

L'idea che i giuristi romani (pre)classici non abbiano distinto fin dal principio tra l'elemento costitutivo del possesso *ad usucapionem* e il nome qualificante di questo possesso, è poco credibile per non dire assolutamente da scartare. A parte quanto detto sul carattere completamente diverso dei concetti di *bona fides* e di causa di qualifica, questo mio giudizio negativo trova anche riscontro in un fatto negativo riferito alla terminologia romana. Nonostante le numerosissime locuzioni del tipo *bona fide emere, emptio, emptor* non occorre nelle fonti tardoclassiche l'espressione *\*possidere et pro emptore et bona fide*.

Se autori come Talamanca e Hausmaninger avessero ragione affermando che Paolo abbia differenziato la *bona fides* più nettamente degli altri giuristi dalla "causa" nel senso di causa di qualifica (*pro emptore*), dovrebbe trovarsi nelle opere del giurista o di Ulpiano quest'espressione per esprimere il possesso utile all'usucapione del compratore di buona fede. Ma essa manca del tutto: un fatto inspiegabile per gli studiosi menzionati, ma facile da comprendere secondo la mia analisi. Il carattere diverso dei due concetti è d'ostacolo a combinarli in una locuzione. Vedremo più oltre (Parte II), trattando tra altri il passo ulpiano D. 41.10.1, quale espressione i giuristi altoclassici hanno escogitato per esprimere in modo univoco il possesso di una cosa altrui utile all'usucapione.

Dobbiamo infine indicare un altro effetto negativo che consegue al far coincidere causa di qualifica e causa di acquisto. Talamanca non ha riconosciuto nelle parole (*separata est causa possessionis et usucapionis*) la sottodistinzione del significato di *causa* nel senso di caratterizzazione del possesso qualificato. In seguito a ciò l'essenza dell'affermazione di Paolo -anche il possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una causa di acquisto valida è un possesso di qualifica positiva (*pro emptore* ad es.) - si è spostata nella sua spiegazione dalla valutazione di un tale possesso nella dottrina classica ai "requisiti" dell'usucapione. Sarebbe stato più preciso parlare dei requisiti del possesso *ad usucapionem* (si veda quanto osservato sopra sul passo D. 41.3.33pr.), ma rimarrebbe pure vero che, ciò facendo, non si rende giustizia né al nucleo contenutistico del passo né alla sottintesa evoluzione dottrinarica che se ne può evincere. Per quanto riguarda quest'evoluzione, è stato proprio Talamanca a far notare agli interpreti il testo che contribuisca al chiarimento e alla comprensione della stessa, come diverrà chiaro più oltre (nr. 5). Ma dobbiamo prima prestare attenzione a qualche altro aspetto del passo paolino degno di una più attenta considerazione.

#### 4. Spiegazione degli ulteriori aspetti del passo D. 41.4.2.1 (Paul. 54 ad ed.).

Dopo l'interpretazione della prima frase di D. 41.4.2.1 nel contesto del passo, possiamo entrare nei dettagli degli ulteriori elementi testuali di questo brano. Saranno trattati uno dopo l'altro gli elementi testuali che seguono: (i) il termine *emit*; (ii) *emisse, sed mala fide*; (iii) *alienam rem*; (iv) *nam vere dicitur*. A tal scopo sarà utile riprodurre di nuovo il testo latino:

Paul. D. 41.4.2.1 (54 ed.) *Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.*

(i) Il termine *emit*. Cominciamo con un punto apparentemente insignificante ma in realtà di gran rilevanza per la tesi che vi è una differenza di fondo tra una causa (titolo) di quali-

fica (*pro emptore*) e una causa (titolo) di acquisto (*emptio*). Dalle parole *qui sciens ... emit, pro emptore possidet* si evince che il significato del termine *emit* comprende nel contesto specifico sia il contratto della compravendita che l'atto dell'acquisto del possesso (attraverso *traditio*). Nel linguaggio giuridico romano quest'uso ben noto di *vendere / emere* e l'uso simile di *donare* ricorre spesso e è stato segnalato all'attenzione dei romanisti in particolare da Ernst Levy.<sup>25</sup> Ciò che conta è essersi consapevoli che si tratta di un uso puramente terminologico, che non influisce sull'interpretazione dogmatica dei testi nei quali si trova un tal uso.

Interpretando questi e altri testi giuridici va sempre fatta una distinzione netta tra la terminologia del linguaggio giuridico e i concetti dogmatici sottostanti. La terminologia romana è spesso equivoca, ma ciò non ha mai, che io sappia, impedito ai giuristi classici di essere molto accurati nelle loro affermazioni e decisioni dogmatiche. Non essendo giuristi romani, noi giusromanisti dobbiamo essere all'erta riguardo a questa terminologia ambigua, per non farci depistare dalla stessa. Per quanto riguarda del resto la distinzione tra i concetti di causa di qualifica e di causa di acquisto, la terminologia dei giuristi classici è tutt'altro che equivoca. Rispetto alla locuzione ambiguissima *causa possessionis* dei *veteres* la terminologia in materia del possesso nel periodo (pre)classico è molto più precisa. Ci ritorneremo spiegando la locuzione *causae adquirendi* nel passo D. 41.2.3.21.

Dal punto di vista dogmatico quindi si deve sempre distinguere nettamente tra il negozio contrattuale e l'atto del trasferimento o dell'acquisto del possesso, non solo rispetto ai negozi *emere / vendere* o *donare* ma in tutti i casi in cui si tratta di negozi o fatti giuridici, riconosciuti come cause di acquisto, vale a dire (*iustae*) *causae* (dell'acquisto) del possesso *uti dominus*. Per due motivi volevo sottoporre questo punto espressamente all'attenzione degli interpreti. In primo luogo, si può dedurre dalle parole *possidet pro emptore* riferite al compratore di mala fede che il suo possesso è qualificato dai due elementi necessari di ogni possesso caratterizzato da questo o un simile titolo: una causa di acquisto valida e una *iusta possessio*, qui acquistata, come di solito, tramite *traditio* (sottintesa).

In secondo luogo, volevo sottolineare la differenza di fondo tra la causa di acquisto e l'acquisto del possesso, avendo constatato che anche studiosi eminenti come Kaser e Talamanca sono caduti nell'errore di far coincidere talvolta l'acquisto del possesso per sé (= *uti dominus*) e la circostanza giustificatrice di tal acquisto, cioè la causa di acquisto. Ci ritorneremo trattando il passo D. 41.2.3.21 e spiegando più dettagliatamente le differenze tra cause di qualifica e cause di acquisto. Dal punto di vista dogmatico i giuristi del periodo classico hanno sempre differenziato nettamente tra la causa di acquisto e l'atto (di solito *traditio*) attraverso il quale si acquista il possesso, come risulta già chiaro dalle formule dell'*actio Publiciana* (Gai. 4.36: *qui ex iusta causa traditam sibi rem*) e della *exceptio rei venditae et traditae* (Hermog. D. 21.3.3).

(ii) Ma la rilevanza di questa differenziazione dal punto di vista dogmatico e probatorio trova anche riscontro nella frase finale del passo paulino che precede direttamente il nostro

<sup>25</sup> E. LEVY, *Verkauf und Übereignung*, in *Iura* 14, 1963, 1 ss. Avendo prima indicato le numerose attestazioni dove *vendere* e *tradere* vengono menzionati separatamente (p. 3 ss.), l'autore enumera gli esempi dell'uso di *vendere / emere* nel senso di 'vendere / comprare e trasmettere / acquistare il possesso' (p. 10 ss.). Mi limito a fornire un solo esempio di un passo in cui si tratta dell'alienare una cosa altrui senza commettere il delitto di *furtum* (Gai. 2.50). Dapprima il giurista menziona entrambi gli atti separatamente (*qui alienam rem vendidit et tradidit*) e poi parla due volte di *vendiderit aut donaverit*, nel senso di concludere un accordo e consegnare (*tradere*), come risulta dalle parole precedenti *si ex alia causa tradatur*.

brano: *igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse* (D. 41.4.2pr.).<sup>26</sup> Interpretando le parole *emisse, sed mala fide* dobbiamo quindi avere presente questa ben nota dottrina paulina dei due momenti rilevanti per il requisito della *bona fides* del compratore. Il termine *emisse* in D. 41.4.2.1 - a differenza del *emisse* nella frase finale di D. 41.4.2pr. - comprende, come abbiamo visto sopra (*emit*), sia il negozio *emptio* che l'acquisto del possesso. Per escludere l'acquisto del possesso *ad usucapionem* sarà quindi sufficiente che la *mala fides* del compratore, cioè il suo essere a conoscenza dell'alienità del bene comprato (*sciens alienam rem emit*), sussista a uno solo dei due momenti rilevanti.

(iii) Potrebbe sembrare superfluo prestare ancora attenzione all'*alienam rem* dopo il chiarimento delle parole *emisse mala fide*. Ma vorrei ribadire che una separazione tra *causa possessionis et usucapionis* è solo possibile se si tratta dell'acquisto di una cosa altrui. Nel caso della *traditio ex iusta causa* di una *res Mancipi* da parte del proprietario civile o bonitario<sup>27</sup> manca la separazione tra un possesso qualificato non utile all'usucapione e un possesso *ad usucapionem*. In tale fattispecie esiste solo quest'ultima situazione possessoria e quindi solo una *causa usucapionis* nel senso di denominazione di tale situazione. Una separazione tra due cause qualificanti è impossibile.

Ciò ha a che vedere col fatto che la *mala o bona fides* dell'acquirente non ha nessuna rilevanza se si acquista dal proprietario stesso, perché in tal caso manca il difetto<sup>28</sup> nell'acquisto al quale si può riferire la mala (o buona) fede di cui a D. 41.4.2.1 e in tanti altri passi. Dalle fonti risulta sia positivamente (*plus est in re quam in existimatione*, Paul. D. 22.6.9.4)<sup>29</sup> sia negativamente - in nessun passo delle fonti viene menzionata la buona fede nel caso di acquisto *a domino* - che in tal caso la mala o buona fede sulla legittimazione dell'alienante non ha rilevanza ai fini dell'usucapione.

Non in ogni figura quindi dell'*usucapio* del diritto classico questa buona fede svolge un ruolo. A parte altre obiezioni gravi, risulta già da questa sola osservazione che l'esametro notissimo (*res habilis, titulus ecc.*) è da bollare come uno strumento anacronistico e poco adatto

<sup>26</sup> In questo studio interessano soltanto le fattispecie nelle fonti in cui si tratta di cause di acquisto valide. I passi, quindi, in cui si tratta del cosiddetto 'titolo putativo' nel senso più accurato di 'causa di acquisto putativa' rimangono fuori considerazione. Questi passi hanno ricevuto nella letteratura un'attenzione quasi eccessiva, il che è andato a discapito dell'osservazione e analisi accurate dei brani molto più numerosi dove occorrono i casi normali di una causa di acquisto valida. Parlando dunque, in quanto segue, della *bona fides* (o assenza di *mala fides*) richiesta per il possesso *ad usucapionem* qualora venga acquistata una cosa altrui, con quella buona fede intendo sempre (fino ad indicazione contraria) l'ignoranza dell'acquirente o la sua credenza erronea sul difetto di legittimazione da parte dell'alienante.

<sup>27</sup> Sulla differenza tra dominio bonitario (Gai. 1.54 e 2.41) e possesso (*ex iusta causa*) di buona fede (acquisto *a non domino*, Gai. 2.43) sono dello stesso parere di M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 393.

<sup>28</sup> Sulla mancata rilevanza della mala o buona fede dell'acquirente *a domino* già R. STINZING, *Das Wesen von bona fides*, cit., 60: "daß nur insofern eine *bona fides* erfordert wird, als wirklich Mängel vorhanden sind". L'opinione di Stinzing è stata seguita a ragione da P. BONFANTE, *La proprietà* II, cit., 334 s. e da H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 75 ss.; cfr. anche le sue critiche a Albanese in Rec. a B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., in IURA 36, 1985, 160. L'autore austriaco, troppo spesso sottovalutato nella letteratura italiana, tratta in modo quasi sempre convincente tutti i passi sulla *bona fides* menzionati da Stinzing (p. 61 ss; 70 ss.).

<sup>29</sup> Cfr. A. WACKE, *Plus est in re quam in existimatione (Die Realität gilt eher als die Vorstellung). Zur Relevanz vermeintlicher Wirksamkeitshindernisse*, in TR 64, 1996, 309 ss.

per analizzare l'*usucapio* dei giuristi classici. Ci ritorneremo più oltre spiegando il passo D. 41.2.3.21.

5. Spiegazione dell'ultimo aspetto (iv) del passo D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*): i retroscena storici delle parole *nam vere dicitur* (I): D. 5.3.13.8.

Sopra ho sollevato critiche sull'interpretazione da parte di autori come Talamanca (e Hausmaninger) della frase iniziale *separata est ...ecc.* e dell'esempio esplicativo che Paolo ne ha dato. Ho chiarito che il giurista non parla di una separazione tra *causa* e *bona fides* né s'interessa in primo luogo dei requisiti dell'*usucapio*. Delle due situazioni possessorie caratterizzate dalle due rispettive cause di qualifica, il possesso *ad usucapionem* per lui non è quella primaria.

Abbiamo constatato che l'essenza del passo è che anche il possesso acquistato in mala fede, ma in virtù di una causa di acquisto valida, è un possesso di qualifica positiva (*pro emptore* ad es.). Quest'opinione dottrinarica però non risale a Paolo stesso. Dalle parole *nam vere dicitur* ("è esatto ciò che si dice") si può ricavare che Paolo aderisce al parere di altri giuristi. Non era sua l'idea che anche il compratore di mala fede possieda la cosa *pro emptore* anziché *pro possessore*, come voleva una corrente contraria tra i giuristi. Spiegando il frammento ulpiano D. 41.10.1 vedremo che l'opinione seguita da Paolo veniva già sostenuta nella giurisprudenza altoclassica.

Nel quadro della spiegazione del passo D. 41.4.2.1 interessano, per il momento, i retroscena storici della controversia dottrinarica sottintesa nelle parole *nam vere dicitur*. È soprattutto merito di Talamanca aver chiarito questi retroscena del dibattito tra i giuristi sulla qualifica del possesso acquisito in mala fede ma in virtù di una causa di acquisto valida (di solito una *emptio*). Trattando in modo sintetico i passi da lui addotti illustreremo contro quali aspetti della sua interpretazione è da prendere posizione e quali, invece, sono convincenti perché si conciliano con i dati testuali. In quest'ultima categoria rientra anzitutto il passo ulpiano D. 5.3.13.8, il quale aiuta in modo particolare a chiarire il contenuto del passo di Paolo. Infatti, mentre dalle parole *nam vere dicitur* del brano D. 41.4.2.1 (e specialmente dal termine *vere*) è deducibile solo un'allusione velata a una controversia tra i giuristi, tale discussione si esprime in modo esplicito nel passo di Ulpiano:

D.5.3.13.8 (Ulp. 15 *ad ed.*) *Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet; et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram. Nemo enim praedo est qui pretium numeravit. Sed ut emptor universitatis utili tenetur.*

Confutando i sospetti infondati di interpolazione da parte di interpreti precedenti Talamanca ha mostrato che questo passo è da ritenere genuino<sup>30</sup>. Come nel brano di Paolo si tratta di un compratore di mala fede (*sciens*) di una cosa altrui, così qui, nel contesto palinogenetico della *hereditatis petitio*, si tratta di un'eredità che non appartiene al venditore (*alienam hereditatem*). Ma a differenza del passo paulino Ulpiano presenta esplicitamente l'opinione contrastata implicitamente da Paolo: secondo il parere di certi giuristi (*quidam putant*) un

<sup>30</sup> M. TALAMANCA, *Studi*, cit. 24 e 26 ss.

tale compratore possiede *pro possessore* e per questa ragione si può intentare contro lui l'azione di eredità (*et sic peti ab eo hereditatem*)<sup>31</sup>. Quest'opinione viene respinta da Ulpiano in base all'argomento che chi paga un prezzo non è da ritenere un *praedo* (= possessore *pro possessore*: D. 5.3.13.1). Paolo per contro ha messo in rilievo la sussistenza di una *emptio* valida (*nam vere dicitur emisse*) per confortare l'opinione che il compratore di mala fede possiede *pro emptore*, non (sottinteso) *pro possessore*<sup>32</sup>.

Dalle fonti tramandateci conosciamo alcuni giuristi che appartenevano ai *quidam* anonimi di cui Ulpiano fa menzione. Tra i passi che presentano l'opinione contraria sulla qualifica del possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una *emptio* valida spicano quello di Giuliano e di Pomponio.

6. Spiegazione dell'ultimo aspetto (iv) del passo D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*); i retroscena storici delle parole *nam vere dicitur* (II): D. 41.3.33.1 e D. 35.1.110.

Consideriamo dunque:

D. 41.3.33.1 (Giul. 44 *dig.*) ... *Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore*<sup>33</sup>.

Si tratta di una situazione possessoria quasi identica a quella nel passo di Paolo ma caratterizzata in modo contrario: non *pro emptore* ma *pro possessore*. Il motivo di questa denominazione negativa del possesso acquistato in forza di una *emptio* valida ma in mala fede è la valutazione<sup>34</sup> negativa dello stesso da parte di Giuliano. Poiché la valutazione risulta

<sup>31</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 53 nt. 133 “Che il *possessor pro possessore*, identificato attraverso un criterio sostanziale, fosse legittimato passivamente all'azione ereditaria è indubbio”: D. 35.1.110; D. 5.3.13.1 e 8; *h.t.* 16,4; ecc. Come è noto, la tesi principale negli *Studi* è che i giuristi romani hanno seguito un criterio sostanziale di qualifica del possesso (non un criterio processuale) per distinguere la *possessio pro herede* dalla *possessio pro possessore*. Le prove addotte da Talamanca in sostegno di questa tesi non vengono in nessun modo inficiate dalle mie obiezioni alle spiegazioni da parte sua di diversi passi. Queste obiezioni concernono sempre, di nuovo, la mancata distinzione da parte dell'autore fra causa di qualifica e causa di acquisto e in particolare l'uso della locuzione *causa possessionis* in senso molto ambiguo. Sono anche del tutto d'accordo con l'esposizione sull'evoluzione storica del rapporto tra queste due categorie del possesso nelle *Istituzioni* cit., 703.

<sup>32</sup> Su questa differenza tra i due giuristi severiani v. M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 120, nt. 277, il quale osserva giustamente: “è infatti l'esistenza di un negozio valido, non il pagamento del prezzo che esclude la *possessio pro possessore*”. Che l'affermazione di Ulpiano non sia esatta, consegue anche - un'osservazione molto sottile di Talamanca - dal passo ulpianoo D. 5.3.13.1, sul quale ritorneremo più oltre (Parte II).

<sup>33</sup> Questo testo breve (non sospettato di rimaneggiamenti) fa parte di una casistica ampia in cui Giuliano tratta varie eccezioni alla regola dei *veteres* sul divieto di cambiare la propria *causa possessionis*. Sul passo esiste una letteratura estesa la quale non interessa per il mio scopo. Mi limito a rinviare a H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 48 e 56 ss., che ritiene il testo a ragione genuino e ne dà un'interpretazione accurata e convincente.

<sup>34</sup> Sopra [nr. 3 (v)] ho già avuto modo di esporre brevemente che l'opinione seguita da Paolo in D. 41.4.2.1 va collegata ad una valutazione diversa del possesso in questione, la quale è fondata su un soppesare in modo diverso la mala fede in confronto alla *emptio* valida. Un non essere più “intrecciati fra di loro” di questi due

negativa, ciò si ripercuote sulla qualifica (il nome) del possesso in questione. Soppesando le circostanze dell'acquisto Giuliano, diversamente da giuristi come Paolo e Ulpiano, fa valere la mala fede dell'acquirente tanto quanto la compravendita valida. Secondo il giurista l'elemento soggettivo (la mancanza della buona fede) e quello oggettivo (la *emptio* valida) sono di peso eguale, quando si tratta dell'acquisto di una cosa altrui. In tal caso vi sono soltanto due possibilità: o si tratta di un possesso *ad usucapionem* (quando sussistono sia una *emptio* valida che la *bona fides*) o di un possesso valutato e denominato negativamente, *pro possessore* (quando uno di questi due requisiti manca).

Quest'analisi spiega secondo criteri giuridici<sup>35</sup> la differenza essenziale fra Giuliano e i giuristi seguiti da Paolo e Ulpiano nella valutazione del possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una *emptio* valida. Mentre Giuliano fa pesare ambedue gli elementi costitutivi del possesso in modo eguale, quelli fanno pesare l'elemento oggettivo più di quello soggettivo e ammettono pertanto due situazioni possessorie *pro emptore*: una *ad usucapionem*, l'altra, del compratore di mala fede, non utile all'usucapione<sup>36</sup>. Secondo tutti i giuristi per contro vi è sempre un possesso *pro possessore* del compratore o un altro acquirente di mala fede, qualora la sua consapevolezza (*scientia*) verta sull'assenza, illiceità o invalidità della *emptio* o la causa di acquisto in genere<sup>37</sup>.

La stessa valutazione e denominazione di una situazione possessoria simile a quella nel caso di Giuliano, ma sorta in virtù di un'altra causa di acquisto (l'essere d'accordo sullo scopo della *traditio*, vale a dire *condicionis implendae causa*), si trova in:

D. 35.1.110 (Pomp. 9 *epist.*) *Etiamsi invitis heredibus ex peculio statuliber pecuniam Titio det, liber quidem fit: sed Titius qui invitis heredibus sciens accepit, pro possessore videtur eam pecuniam possidere, ut avocare eam hi, qui inviti fuerunt, possint.*

In una prima interpretazione questo passo (di certo genuino) viene anzitutto trattato da Talamanca in considerazione della prova da ricavarne a favore della sua tesi che il contenuto del possesso *pro possessore* - "indizio decisivo per ritenere che l'azione a cui Pomponio si riferiva, era l'*hereditatis petitio*" - viene determinato secondo un criterio sostanziale.<sup>38</sup>

elementi non c'entra per nulla. I due elementi sono da sempre ritenuti indipendenti l'uno dall'altro.

<sup>35</sup> Pesare e valutare gli elementi costitutivi di una situazione giuridica produttiva di certi effetti giuridici e qualificarla di conseguenza, costituisce il nucleo delle attività del giurista. Per questo motivo ho parlato di una spiegazione secondo criteri giuridici, al contrario dello schema interpretativo degli autori che si fondano su delle metafore molto vaghe e quindi poco accurate parlando della correlazione fra *bona fides* e "*iusta causa*" (Van Oven), "*causa*" (H. Hausmaninger), "*causa possessionis*" (Talamanca), "*titulus*" (Bignardi). Si tratta di metafore come 'Subordination' (Van Oven), 'there is much overlapping' (Daube), 'Verflechtung' (Mayer-Maly), 'essere intrecciati' (Talamanca), 'sovrapposizione' (Vacca), 'intrinseca correlazione' (Bignardi) ecc., espressioni di linguaggio figurato che non spiegano nulla sotto il profilo giuridico.

<sup>36</sup> Vedremo lo stesso più oltre in un caso comparabile nel passo FV. 1.

<sup>37</sup> V. la casistica nel passo D. 5.3.13.1 del quale darò un'interpretazione approfondita più oltre (Parte II). La differenza essenziale fra la mala fede sul difetto di legittimità dell'alienante (Iul. D. 41.3.33.1pr. e Pomp. D. 35.1.110, da un canto; D. 41.4.2.1; D. 5.3.13.8, dall'altro) e quella su qualsiasi difetto della causa di acquisto (D. 5.3.13.1) viene talvolta oscurata in dottrina, p.es. da H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 8 nt.3 e A. BIGNARDI, *Considerazioni*, cit., 211 e nt. 11.

<sup>38</sup> Sul passo M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 19; nonché 53 nt. 133. Cfr. *supra*, nt. 31.

Poi il contenuto del testo viene analizzato più in dettaglio in altra sede<sup>39</sup> confrontandolo col caso trattato da Giuliano. Viene osservato che nel frammento la mala fede dell'acquirente (*sciens accepit*) è ovvia, perché l'accipiente "riceve i denari dallo statulibero a conoscenza del divieto dei *domini*". Ma interessa più quanto prima viene osservato da Talamanca sul passo di Pomponio in confronto al testo di Giuliano: "La *possessio pro possessore* non deriva, anche in questo caso, da un vizio del negozio nell'ambito del quale si verifica il trasferimento del possesso, bensì dalla mala fede..." ecc. Con le parole da me sottolineate sono del tutto d'accordo, ma l'autore si espone alle critiche di incongruenza rispetto al modo in cui ha spiegato poco prima il passo di Giuliano.

Vista la mia analisi e la mia spiegazione sopra proposte di quest'ultimo passo e viste le mie critiche già esposte prima (nr. 3), non desterà stupore che ho gravi obiezioni da opporre al modo in cui Talamanca ha cercato di spiegare la differenza tra l'opinione di Giuliano nel passo D. 41.3.33.1 e quella di Paolo e Ulpiano nei passi D. 41.4.2.1 e D. 5.3.13.8. Non distinguendo tra causa di qualifica e causa di acquisto, utilizzando quindi la locuzione *causa possessionis* in modo molto equivoco, l'autore è caduto in imprecisioni.

(i) Secondo Talamanca, Giuliano avrebbe seguito "una corrente dottrinarina che vede nella mancanza di buona fede ... un vizio che si ripercuote sulla validità della *causa possessionis*". Un'affermazione simile manca nella sua analisi del passo di Pomponio. Al contrario: secondo l'opinione corretta dell'autore, il possesso *pro possessore* in entrambi i passi ha a che vedere, non già con un vizio del negozio sottostante - della causa di acquisto quindi nella mia terminologia -, bensì solo con la mala fede dell'acquirente. Ciò significa che la locuzione *causa possessionis* nella frase citata sopra non può riferirsi alla *emptio* ma solo al titolo di qualifica *pro emptore*.

Qui vien fuori un altro effetto negativo del fare coincidere *pro emptore* e *emptio* e quindi dell'equivocità della locuzione *causa possessionis*<sup>40</sup>. Solo una causa di acquisto (negozio o atto giuridico) può essere valida o invalida; ad una causa di qualifica come *pro emptore* tali qualifiche non sono applicabili in linea di principio, perché questa è una denominazione valutativa del possesso acquistato dal possessore. Nei nomi (*pro emptore* ... *pro suo* e *pro possessore*) si manifesta la valutazione da parte dei giuristi del possesso - qualificato o meno da una causa di acquisto valida, una *iusta possessio* e la bona fede dell'acquirente - e tali nomi non possono essere validi o invalidi. Non distinguendo fra causa di qualifica e causa di acquisto, anche Kaser e la dottrina in genere sono caduti nello stesso errore di Talamanca<sup>41</sup>.

(ii) Legando la mala fede dell'acquirente direttamente alla causa di qualifica (il nome) del possesso, Talamanca ha fatto spostare l'essenza giuridica del passo - la valutazione sottintesa del possesso sulla base del soppesare mala fede e *emptio* valida - a un punto secondario, la denominazione del possesso valutato negativamente da Giuliano. Per comprendere correttamente il nesso tra mala fede e causa di qualifica negativa (*pro possessore*) o positiva (*pro*

<sup>39</sup> M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 118 nt. 274.

<sup>40</sup> Altrove questa locuzione ha ancora un altro significato, il quale comprende secondo M. TALAMANCA [*Studi*, cit., 120, in relazione a D. 41.4.2.1] anche il possesso: "l'indipendenza fra la *causa possessionis*, che consiste nell'acquisto del possesso in base ad un valido atto di disposizione del precedente possessore e la *bona fides*, che ormai non è più concepita come elemento della *causa possessionis*". Abbiamo già constatato che la *bona fides* non è mai così concepita nella dottrina romana.

<sup>41</sup> Anche altrove [per es. M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 74 nt. 186] l'autore parla di "valide *causae possessionis*" nel senso di qualifiche del possesso.

*emptore*), si deve quindi prendere spunto dal possesso da valutare e denominare. La ragione è naturalmente che gli effetti giuridici vengono prodotti in primo luogo da un tale possesso, non dalla denominazione dello stesso. Quest'ultima è solo l'aspetto esteriore, da cui si evince di quale specifica situazione possessoria si tratta. Questo possesso specifico costituisce quindi l'anello mancante fra mala fede e qualifica del possesso nell'analisi discutibile da parte di studiosi quale Talamanca.

(iii) Possiamo quindi constatare che la mala fede dell'acquirente si ripercuote<sup>42</sup> non sulla "validità della *causa possessionis*", ma sul modo in cui il possesso acquistato viene valutato dal giurista. E questa valutazione non ha niente a che vedere con una dipendenza della "causa" dalla *bona fides*. Questa non è mai concepita come un elemento della causa: piuttosto, causa di acquisto e *bona* o *mala fides* dell'acquirente sono da sempre considerate e trattate dai giuristi quali elementi indipendenti l'uno dall'altro. La differenza tra le due correnti dottrinarie nel valutare il possesso del compratore di mala fede è da attribuire, come abbiamo visto, al modo diverso in cui soppesavano la *emptio* valida e la mancanza della buona fede.

Se la sua analisi dogmatica dà adito a critiche, nondimeno Talamanca ha anche contribuito al chiarimento dei retroscena storici della controversia sulla situazione possessoria del compratore di mala fede, confrontando questa situazione con quella trattata nel passo tramandato in FV. 1 (Paul. 8 *ad Sab.*), di cui mi occupo subito di seguito.

7. Il possesso del compratore non di buona fede in FV. 1 e quello nei passi D. 41.3.33.1 (Giuliano) e D. 41.4.2.1 (Paolo).

FV. 1 (a) <*Qui a quolibet rem emit, quem putat ipsius esse, bona fide emit. at qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore quem scit non esse, non videtur bona fide emisse: itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt.* (b) *Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus, pro emptore quod est verius; nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest.* (c) *Julianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.*

La spiegazione più approfondita e anche più convincente, a mio parere, di questo passo molto interessante è stata data da Hausmaninger.<sup>43</sup> L'autore ha eliminato decisamente tutti sospetti infondati sulla stesura classica del testo e sulla paternità dello stesso (Paulus) e ne ha integrato in modo credibile la frase iniziale (riprodotta da me) confrontandolo col passo D.18.1.27 (Paul. 8 *ad Sab.*).<sup>44</sup> Per questo motivo non entrerò nelle particolarità della lettera-

<sup>42</sup> Cfr. anche M. TALAMANCA, *Studi*, cit., nt. 277 sul passo di Pomponio: "la teoria per cui il difetto della *bona fides* incide sulla *causa possessionis*".

<sup>43</sup> H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 13 ss. con indicazione della letteratura e 39 (sintesi). Si v. anche M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 119 nt. 274.

<sup>44</sup> Ho soltanto qualche dubbio sulla parola *sciens* che sembra superflua. In qual modo il compratore potrebbe essere *nesciens* che si tratta di una donna che agisce senza tutore? In qual senso la sua consapevolezza dell'assenza del tutore può costituire una mala fede? Non è questa la sede, però, per entrare in questo problema.

tura ampia sul passo, ma mi limiterò sulla scia del autore austriaco e di quella di Talamanca a qualche punto rilevante per il mio tema. La discussione sulla vendita (e *mancipatio*?) di *res Mancipi* da parte di una donna senza l'*auctoritas tutoris*, viene ambientata da Hausmaninger nella storia evolutiva della tutela muliebre. Quest'istituto appariva sempre di più privo di giustificazione (Gai. 1.190), veniva minato alle basi poco a poco ed è finito a venir abolito praticamente già nei tempi di Papiniano.<sup>45</sup>

Al mio scopo non interessa in primo luogo la posizione del frammento nell'eliminazione progressiva della *tutela mulierum*. Io prenderò le mosse da un confronto accurato tra la valutazione diversa nella dottrina (pre)classica del possesso del compratore di mala fede in FV. 1, da un lato, e quella del possesso apparentemente simile nei passi D. 41.3.33.1 e D. 41.4.2.1, dall'altro. Abbiamo già visto che né Talamanca né Hausmaninger sono riusciti a spiegare in modo accettabile la diversità di opinioni tra Giuliano e Paolo in questi ultimi passi. Per questo motivo manca nelle loro spiegazioni del passo FV. 1 un tale paragone preciso in cui vengano messe in rilievo le differenze tra la situazione possessoria in questo frammento e quella nei passi di cui sopra. Senza un tale confronto non è possibile fare affermazioni fondate sull'identità delle correnti dottrinarie le quali si celano dietro le opinioni diverse di Giuliano e Paolo. Facciamo quindi un raffronto tra le due situazioni possessorie in questione.

A prima vista la divergenza di opinioni tra Labeone (possesso *pro possessore*) e Proculo e Celso (possesso *pro emptore*), da un lato, e quella tra Giuliano e Paolo, dall'altro, sembrano uguali. In realtà sia le situazioni possessorie a cui si riferiscono il primo e il secondo dissenso sia le prese di posizione verso le stesse da parte dei giuristi coinvolti sono differenti sotto vari aspetti rilevanti. Enumerando queste differenze accanto a qualche somiglianza, prenderò sempre spunto dalla situazione possessoria di cui a D. 41.3.33.1 (Giuliano) e D. 41.4.2.1 (Paolo), perché questi passi sono già stati trattati dettagliatamente sopra. Rinviando al testo di FV. 1 citerò tra parentesi le parti del testo relative (a), (b), (c).

(i) Nella situazione possessoria di Giuliano e Paolo la mala fede del compratore si riferisce all'alienità della cosa comprata e al sottinteso difetto di legittimità dell'alienante. In quella del frammento vaticano invece le parole *non bona fide (emisse)* concernono la consapevolezza del difetto di capacità della donna di alienare *res Mancipi* senza l'*auctoritas* del vero tutore (a).<sup>46</sup> Di più, non si tratta di cose altrui: la donna è proprietaria (*voluntate dominae*) di queste cose (b).

(ii) Nel passo D. 41.3.33.1 Giuliano ha valutato il possesso del compratore di mala fede negativamente (*pro possessore*), perché per lui l'*emptio* valida e la mala fede sono di peso uguale. Ma non è del tutto certo che il *possidere pro possessore* di Labeo<sup>47</sup> (b) si fonda pure su

<sup>45</sup> S.v. H. HAUSMANINGER *Bona fides*, cit., 26s. su FV. 259 e nt. 69 su FV. 264 (Pap. 12 resp.): *Matrem quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes servos Mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit*. La donazione viene ritenuta valida senz'altro.

<sup>46</sup> Nel caso alternativo del *tutor falsus* il difetto di buona fede si riferisce alla consapevolezza di questa circostanza. In questo caso già i *veteres, Sabinus et Cassius* avrebbero consentito a un acquirente di buona fede l'usucapione di *res Mancipi*. Ciò consegue secondo Hausmaninger *a contrario* dalle parole *non videtur bona fide emisse* (a).

<sup>47</sup> Secondo M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 119 nt. 274 l'opinione di Labeone è "eccessiva"; secondo H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 39 un parere superato ("retardierende Ansicht"). Il motivo di queste qualificazioni critiche è chiaro: alle donne era permesso alienare senza tutore *res nec Mancipi* (Gai. 2.80) e anche il possesso di *res Mancipi*, come Paolo afferma nel frammento vaticano (b).

un simile soppesare la mancanza di *bona fides* nella fattispecie di Fr. Vat.1. È più probabile, come Hausmaninger ha presunto e anche reso plausibile<sup>48</sup>, che Labeone abbia interpretato estensivamente il divieto di alienare *res Mancipi* senza *auctoritas tutoris* (Gai. 2.80): secondo Labeo non solo una *mancipatio* ma anche il negozio sottostante, cioè l'*emptio* è invalida. E pertanto il compratore possiede *pro possessore*.

(iii) Abbiamo visto che secondo la corrente dottrina seguita da Paolo in D. 41.4.2.1, l'*emptio* valida pesa più della mala fede dell'acquirente. Per questo motivo il possesso dello stesso è da valutare positivamente e quindi da denominare *pro emptore*. Nel passo FV. 1 Proculo e Celso seguiti da Paolo (*quod est verius*) sono dello stesso parere – la prima analogia veramente importante tra i due passi (b). L'*emptio* è valida perché la donna può alienare il possesso *sine tutoris auctoritate* e ciò pesa più del difetto di buona fede (b). L'altra somiglianza tra le due situazioni possessorie *pro emptore* è che non si tratta di un possesso *ad usucapionem*, perché manca una *bona fide emptio*.

(iv) Ma al contempo vi è anche una differenza essenziale tra il possesso *pro emptore* senza buona fede nel passo D. 41.4.2.1 e quello nel FV. 1, la quale è a sua volta legata alle due differenze fra i passi menzionati sopra (i). A causa della mala fede iniziale sul difetto di legittimazione dell'alienante, il possesso nel primo passo non è produttivo di nessun effetto giuridico acquisitivo; è solo vantaggioso per il compratore sotto il profilo processuale<sup>49</sup>. Il possessore *pro emptore* del frammento vaticano invece acquista i frutti della *res Mancipi* nonostante il difetto di buona fede sulla capacità ristretta di agire della donna. Anzi, quest'acquisto dei frutti viene adotto come il primo argomento in sostegno del suo possesso *pro emptore: et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit* (b).

(v) Giungiamo alle due ultime differenze, che questa volta riguardano solo la presa di posizione da parte di Giuliano nel caso del passo D. 41.3.33.1, da un canto, in quello del frammento vaticano, dall'altro. Nel primo passo il compratore di mala fede possiede la cosa altrui *pro possessore* secondo l'opinione del giurista. Ma per quanto riguarda l'acquirente non di buona fede di *res Mancipi* consegnate da una proprietaria in assenza del vero tutore, Giuliano è della stessa opinione di Proculo e Celso: un tale compratore possiede *pro emptore*. Ciò segue incontestabilmente dalle parole *Julianus ... eum ... etiam usucapere ...* ecc. (c). Dall'*etiam* è ricavabile che Giuliano prendendo spunto dal possesso *pro emptore* permesso dai Proculiani (e Paolo!) fa ancora un passo ulteriore: ammette a questo possessore anche la possibilità di *usucapere* data la soddisfazione di certe condizioni. Ciò contrasta completamente con la situazione possessoria del compratore di mala fede nel passo D. 41.4.2.1: Paolo dice esplicitamente che questo, sì, possiede *pro emptore*, ma non usucapisce.

Dal confronto sopra fatto risulta che non è così facile distinguere nettamente le due correnti dottrinarie rispetto alla valutazione del possesso del compratore non di buona fede. In ogni caso non ci si può basare semplicemente sul confronto tra D. 41.3.33.1 e FV. 1 per affermare che secondo Giuliano, "ultimo esponente della scuola sabiniani", il difetto di buona fede porta sempre a un possesso *pro possessore*<sup>50</sup>. Abbiamo visto che ciò non è esatto,

<sup>48</sup> H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 18 s.

<sup>49</sup> V. *supra*, nt. 4 sull'esclusione della legittimazione passiva all'*hereditatis petitio* (e altri simili mezzi giudiziari del diritto ereditario)

<sup>50</sup> Ciò espressamente contro l'opinione contraria di M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 119 nt. 274: "decisivo

perché il caso del compratore non di buona fede nel frammento vaticano è ritenuto dal giurista diverso da quello dell'altro passo. Per quanto riguarda l'acquisto di *res Mancipi* appartenenti a una donna sembra che non fosse più una divergenza di opinioni tra Proculiani e Giuliano (Sabiniani in genere?) nel periodo altoclassico. Ciononostante, sono pronto a seguire Talamanca riguardo alla sua opinione che sono stati per primi i Proculiani a valutare positivamente (*pro emptore*) il possesso di un compratore di mala fede rispetto alla legittimazione dell'alienante. Con le parole *nam vere dicitur* in D. 41.4.2.1 Paolo aderisce, dunque, al parere di giuristi di questa scuola.

#### 8. Le parole *nam vere dicitur*: riassunto dell'analisi dei retroscena storici.

Possiamo adesso riassumere i risultati dell'analisi storico-dogmatica escludendo il caso specifico di FV. 1. La discussione giurisprudenziale verteva sulla questione come era da valutare un possesso qualificato, sì, da una *emptio* valida, ma anche dalla mala fede dell'acquirente: negativamente *pro possessore* (l'opinione più vecchia) o pure positivamente, *pro emptore*? Secondo i giuristi della scuola sabiniana la mala fede dell'acquirente pesava tanto quanto la causa di acquisto valida. Questo parere dipendeva, con ogni probabilità, dalla presenza della locuzione *bona fide emere* nel contesto editale sull'*actio Publiciana*. Il nesso tra l'elemento soggettivo e quello oggettivo di quest'espressione veniva ritenuto così stretto, che i due requisiti venivano considerati come di peso uguale. O vi era un possesso *ad usucapionem* o (nel caso di mala fede) un possesso *pro possessore*. Secondo quest'opinione, quindi, *tertium non datur*.

I giuristi della scuola proculiana, seguiti da Paolo e Ulpiano, erano di parere diverso valutando il possesso in questione. Essi davano all'esistenza di una causa di acquisto valida un peso maggiore che alla mala fede dell'acquirente (Paolo: *nam vere dicitur quis emisse*). Ammettevano accanto al possesso *pro emptore* utile all'usucapione anche un possesso *pro emptore* non produttivo di effetti acquisitivi, ma vantaggioso sotto il profilo processuale. Possiamo forse anche appurare il motivo sottinteso per valutare questo possesso in modo positivo nonostante la mala fede dell'acquirente. Sarà sembrato ingiustificato allineare un tale compratore o altro acquirente *ex iusta causa* e ladroni e rapinatori valutando il possesso di tutti egualmente, cioè quale un possesso *pro possessore*. Per tutte e due scuole valeva: mala fede sulla causa di acquisto portava in ogni caso al possesso *pro possessore*.

Ecco la soluzione del problema tormentato ("höchst diffiziles Problem")<sup>51</sup> di fronte al quale la dottrina si è trovata: come sono da conciliare le affermazioni contrarie di Giuliano e Paolo sul possesso di cosa altrui acquistato in mala fede ma per virtù di una *emptio* valida? La dottrina romanistica non ha preso il quesito per il giusto verso, perché facendo coincidere causa di qualifica e causa di acquisto non ha riconosciuto il vero carattere di titoli come *pro emptore ... pro suo*, da un lato, e il titolo negativo *pro possessore*, dall'altro. Questi titoli sono nomi valutativi che caratterizzano nel sistema casistico romano i diversi generi<sup>52</sup> del possesso qualificato, quello non utile e quello idoneo all'usucapione.

al proposito il confronto con il passo di Giuliano ...” ecc.

<sup>51</sup> H. HAUSMANIGER, *Bona fides*, cit., 95.

<sup>52</sup> Nel passo D. 41.2.3.21, *genera possessionum*.

Tali nomi vanno distinti nettamente dai requisiti del possesso positivamente qualificato: causa di acquisto valida, *iusta possessio*, talvolta buona fede dell'acquirente. Non distinguendo in modo conseguente gli uni dagli altri, la dottrina non ha mai formulato correttamente i termini della questione di cui si tratta nel caso specifico dei passi Iul. D. 41.3.33pr. e Pomp. D. 35.1.110, da un canto, e Paul. D. 41.4.2.1 e Ulp. D. 5.3.13.8, dall'altro. Di conseguenza, non ha visto che si tratta di una valutazione diversa del possesso in questione, e più precisamente del soppesare in modo diverso l'elemento oggettivo e quello soggettivo espressi nella locuzione *bona fide emere*. Non si tratta affatto di un "[incidere] del difetto della *bona fides* sulla *causa possessionis*" o di una "distinzione tarda fra *causa possessionis* e *bona fides*".<sup>53</sup>

#### 9. D. 41.4.2.1: conclusione e sintesi dei punti fondamentali.

Sia dal punto di vista dogmatico sia da quello terminologico il passo D. 41.4.2.1 costituisce un modello tipico del modo sintetico e dello stile conciso in cui Paolo si esprime. Da questo breve brano è deducibile una quantità di particolarità storico-dogmatiche di rilevanza per noi romanisti moderni. Ma dal punto di vista di Paolo, l'aspetto più importante del passo è la sua presa di posizione nel dibattito tra i classici sulla valutazione del possesso di un bene altrui acquisito da un compratore o un altro acquirente di mala fede. In base alla valutazione positiva di tale acquisto, secondo l'opinione dottrinarina da lui seguita, Paolo ha poi enunciato una regola generale: *separata est causa possessionis et usucapionis*. La regola sembra comprenda accanto a titoli onerosi come *pro emptore* anche quelli *pro donato* e *pro legato*. Non è chiaro se anche Ulpiano fosse pronto ad ammettere una tale interpretazione ampia (D. 5.3.13.8: *nemo praedo est qui pretium numeravit*).

(i) Dall'affermazione generalizzata *separata est* ecc. e dall'esempio esplicativo del compratore di mala fede risulta in modo irrefutabile che per Paolo vi è una differenza tra causa di qualifica (*pro emptore*) e causa di acquisto (*emptio*). Da questa distinzione segue che il possesso qualificato produttivo di effetti giuridici e i requisiti dello stesso sono di rilevanza primaria. I nomi di un tale possesso, i titoli *pro emptore ... pro suo* e il titolo *pro possessore* caratterizzano solo i vari generi di questo possesso.

(ii) Ciò che viene affermato esplicitamente da Ulpiano nel passo D. 5.3.13.8 - rispetto alla qualifica del possesso del compratore di mala fede vi era una controversia tra i giuristi - risulta in modo implicito anche dal passo di Paolo. Entrambi i giuristi erano della stessa opinione: l'elemento oggettivo (*emptio* valida) pesa più di quello soggettivo (*mala fides* dell'acquirente). Una dipendenza della "*iusta causa*" dalla *bona fides* e una distinzione tarda tra "*causa possessionis*" e *bona fides* non vengono affatto in questione. Nell'interpretazione romana della locuzione *bona fide emptio* questi due requisiti del possesso *pro emptore* utile all'usucapione venivano sempre ritenuti indipendenti l'uno dall'altro.

(iii) Possiamo assumere che la formulazione generalizzata *separata est causa possessionis et usucapionis* deriva da Paolo stesso, il quale di certo si è basato sulla casistica in materia nelle opere dei giuristi precedenti. Il cambiamento di valutazione, invece, rispetto a un tale pos-

<sup>53</sup> M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 119, nt. 274 e 120 nt. 277.

nesso in mala fede di una cosa altrui (dalla causa di qualifica *pro possessore* a quella *pro emptore* ad es.) non è avvenuto nei tempi di Paolo e Ulpiano, ma molto prima.

(iv) La distinzione fatta da Paolo tra *causa possessionis* (caratterizzante del possesso non utile all'usucapione, ma di qualifica positiva) e *causa usucapionis* (caratterizzante del possesso *ad usucapionem*) è rilevante solo qualora si tratti dell'acquisto di una cosa altrui (*res aliena*). La diversità tra l'una e l'altra situazione possessoria è rilevante sotto il profilo processuale nel diritto ereditario.

Dopo l'interpretazione approfondita del passo D. 41.4.2.1 potremo passare alla spiegazione del brano D. 41.2.3.21. Da questo secondo passo chiave evinceremo ulteriori argomenti che confermano e avallano la mia tesi.

GIANFRANCO PURPURA  
(Università di Palermo)

Il linguaggio precettivo delle immagini  
e il cd. *Missorium* di Teodosio

ABSTRACT

The preceptive language of images in the Roman world leads us to dwell, particularly, on the so-called *Missorium* of Theodosius, that depicts a specific event occurred on 19 January 388 in Thessalonica, to celebrate the decennalia of the Emperor Theodosius I and the appointment of a high official. Only at that time other two Augusti were in office, Valentinian II and the young Arcadio, represented in the act of “speaking hand”, conventional sign with which the Emperor was reproduced when he gave an order or legislated.

PAROLE CHIAVE

Teodosio II; *Missorium*; *Lex incarnata*.



## IL LINGUAGGIO PRECETTIVO DELLE IMMAGINI E IL CD. *MISSORIUM* DI TEODOSIO

Si può rimanere colpiti dalla musicalità di un linguaggio, ma se non se ne conosce il significato la nostra impressione resta superficiale e senza alcuna possibilità di comprensione. In una situazione simile ci troviamo dinnanzi a molte delle immagini antiche, che si esprimevano attraverso un linguaggio di segni convenzionali, di gesti in codice, di dettagli allusivi, di metafore. Se noi non riusciamo a decodificare i segni, ricostruendone la storia nel tempo, quelle immagini saranno per sempre destinate a restare senza voce.

In tale argomento, almeno per l'età medievale, esistono studi, anche recenti<sup>1</sup>, qui invece ci si propone di prendere in considerazione soltanto alcuni casi relativi alle manifestazioni del potere e del linguaggio precettivo del mondo giuridico romano.

Il prevalere nel mondo antico dell'oralità sulla scrittura, della concretezza sull'astrazione, l'importanza dei *mores maiorum* in una concezione del tempo che si riteneva ciclica, destinata cioè a ripetere, come il ciclo cosmico, incessantemente gli eventi del passato e il successo conseguito dagli antenati, valorizzando quello della *gens*, della stirpe, del *nomen* e non quello del singolo individuo proiettato verso il futuro, determinava per i romani una singolare usanza, connessa al culto delle *imagines maiorum* denominata come *ius imaginum*, già da Cicerone, ma diffusa solo dal XVI sec. in poi<sup>2</sup>. La facoltà cioè di esibire nei luoghi del diritto e del potere<sup>3</sup> le immagini degli antenati per richiamare alla memoria dei viventi le loro illustri azioni e imprese, che nobilitavano la *gens*, riverberandosi sull'individuo. Essa fu in grado di determinare una tensione, una contrapposizione conflittuale fra ceti sociali, che non si manifestava sul piano di una lotta esplicita, aperta, ma si articolava nelle forme di un attrito latente, espressione della diversificazione degli strati della società e del costume<sup>4</sup>.

E' noto che l'antica concezione romana del tempo, che si è detta ciclica, fosse invertita rispetto alla nostra, che è proiettata verso il futuro; e cioè con "l'avvenire dietro le spalle"<sup>5</sup>. *Antiquus*, antico, indicava qualcosa che stava davanti e non dietro le spalle, come per noi; ed *antiquius* riferito alle leggi valeva per preferibile, poiché tutto ciò che è davanti, cioè pas-

<sup>1</sup> C. FRUGONI, *La voce delle immagini. Pillole iconografiche dal Medioevo*, Verona 2010 e la lett. ivi cit.

<sup>2</sup> Cic. *Verr.* 2, 5, 14, 36. F. LUCREZI, *Ius imaginum, nova nobilitas*, in *Labeo*, 32, 1986, 2, 131 ss.

<sup>3</sup> G. PURPURA, *Luoghi del diritto, luoghi del potere*, Seminario interdisciplinare "Principia iuris", Palermo, 26 maggio 2005, AUPA 50, 2005 (pubbl. 2006), 265.

<sup>4</sup> F. LUCREZI, *Ius imaginum*, cit., 131.

<sup>5</sup> M. BETTINI, *Antropologia e cultura romana. Parentela, tempo, immagini dell'anima*, Roma 1994, 125 ss.

sato, è migliore<sup>6</sup>. Da qui il tradizionalismo romano e la formula comiziale di rigetto delle innovazioni legislative, “*antiqua probo*”, per timore di un futuro ignoto<sup>7</sup>. Così gli “antenati” *prisci* venivano prima dei posteri, che per noi invece stanno davanti. Il passato per loro stava davanti ai loro occhi, perché potevano vederlo, potevano infatti conoscerlo; il futuro invece ignoto per loro, come per noi, restava invisibile, dietro le loro spalle. L’immagine del funerale gentilizio romano con le *laudationes mortuorum* pronunziate dai *rostra*, con gli antenati visibili, attori mascherati e prezzolati, che precedevano e non seguivano, come nel nostro tempo, il feretro del defunto, indossando le relative maschere riproducenti le fattezze e gli atteggiamenti dell’antenato, raffigurava in una concreta rappresentazione, dal capostipite in poi, il fluire del tempo dominato da Giano, il dio del passaggio, in un percorso per loro al contrario, dal passato al futuro. E’ stato detto: è come se un riflettore illuminasse a ritroso il *comitatus* della vita verso il presente, scorrendo poi verso l’ignoto futuro.

Se i viventi ricevevano il loro potere dai morti, le realistiche immagini dei *maiores* diventavano essenziali ai fini di una pubblica dimostrazione di attitudine al comando. “La *vetus prosapia* non poteva fare a meno come mezzo di prova di *multae imagines* e di un *atrium plenum fumosis imaginibus*”<sup>8</sup>. Ritratti anneriti dal fumo dei molti lumi accesi nel tempo per venerarne la memoria. Più l’immagine era scura, più era antica e nobile, al punto che si arrivò ad utilizzare per esse una pietra nera egiziana, la basanite, per individui che indubbiamente erano di carnagione chiara. Il fumo, che si innalzava verso il cielo e le stelle, dove l’antenato era destinato a brillare (*lux perpetua*), diffondeva la fama e le innumerevoli torce esibite nella *pompa funebre*, che doveva effettuarsi di notte per non impedire il compimento degli atti dei magistrati con auspicio ostativo, determinava un suggestivo collegamento tra due termini assimilabili, fumo e fama.

Tale arcaica concezione del tempo, della stirpe, degli individui che induceva all’esibizione di stemmi nobiliari, di *imagines* di antenati *clipeatae*, cioè esibite in tondi, come scudi (*clipei*), nelle case e nelle basiliche, sul finire dell’età repubblicana tendeva già ad invertirsi; “non era più un onore per Cicerone farsi strada *commendatione fumosarum imaginum*”<sup>9</sup>, ma solo essendo artefici della propria fortuna, del proprio valore. Cicerone potrà dire *statuae et imagines* sono, *non animorum simulacra, sed corporum*, e Caio Mario soggiungerà: “non posso vantarmi di *imagines* di antenati, di trionfi e consolati dei miei avi, ma solo del mio valore di soldato, delle cicatrici che segnano il mio corpo: sono queste le mie *imagines*, questa è la mia *nobilitas*”. Emergono gli *homines novi* e gli esponenti delle antiche famiglie divengono soltanto *noti*, ma non più, solo per questo, *nobiles*<sup>10</sup>.

A segnalare il passaggio ad una *nova aetas* e a valori diversi sarà il funerale di Augusto nel 14 d.C., il primo ad essere invertito con il feretro seguito da tutti gli antenati<sup>11</sup>, l’ultimo Marcello, morto nel 23 a.C., poiché né Gaio, né Lucio, morti troppo giovani nel 2 e nel 4 d.C., avevano *mores* da proporre.

<sup>6</sup> Cic. Inv. 2, 142; Frontone, *De Or.* I, 19: *Nam vulgo dicitur, quod potius sit, antiquius esse.*

<sup>7</sup> M. BETTINI, *Antropologia e cultura romana*, cit., 163.

<sup>8</sup> F. LUCREZI, *Ius imaginum*, cit., 163.

<sup>9</sup> F. LUCREZI, *Ius imaginum*, cit., 167.

<sup>10</sup> F. LUCREZI, *l.c.*

<sup>11</sup> Dione Cassio 56, 34, 2; M. BETTINI, *Antropologia e cultura romana*, cit., 187 nt. 27.

Il pur ampio fenomeno del *ius imaginum*, che si estrinsecava nella esibizione e disciplina dei ritratti pubblici, delle statue, nei riti funebri, nei monumenti/*monimenta* della città, è stato oggetto di studio da parte di Lucrezi, fino alla fine dell'età repubblicana. I secoli dell'impero furono caratterizzati dall'invadenza dell'*imago Caesaris* e dall'impiego di essa nella propaganda imperiale. Questo fu solo un aspetto del preponderante e precettivo valore che assunsero le immagini nel concreto mondo romano; dalle segnalazioni numeriche digitali nelle vendite all'asta (*ars micandi*) e sulle *tesserae*<sup>12</sup>, al pubblico spettacolo della esecuzione personale per debiti<sup>13</sup>, alla repressione criminale con la *damnatio*, che prevedeva l'obliterazione del *caput* del condannato a morte con un cappuccio e l'*abolitio memoriae* che colpiva gli imperatori; dalla mutevole strutturazione nel decorso del tempo dell'impianto urbano delle città dell'impero, alla stessa collocazione dei singoli edifici e monumenti, alla iconografia numismatica e funeraria, al punto che si è sostenuta l'esistenza di un vero e proprio "potere delle immagini", che permeava tutta la cultura romana<sup>14</sup>. Potere nel nostro tempo sempre di più avvertito.

Sono queste problematiche tanto vaste, ma interconnesse, che esulano evidentemente dal limitato tempo a disposizione. Si può solo affrontare qualche aspetto più specificatamente dedicato al linguaggio precettivo delle immagini imperiali.

Ben note e già oggetto di studio sono le varie e multiformi immagini dell'imperatore, divenute gigantesche con l'affermarsi del principato, di un principe concepito sovente come un *gubernator navis - gubernator rei publicae*, di un cosmocratore che assicurava la *pacatio* degli elementi in tempesta, proteggendo il *kosmos* dal *kaos*, ma soprattutto che garantiva la composizione dei contrasti tra gli uomini, sedando le liti con i suoi rescritti, con le sue leggi, proteggendo con la sua *auctoritas* come un'isola<sup>15</sup> da un *Okeanos* primordiale (*kaos*), che altrimenti avrebbe potuto disgregare il complesso dell'universo ordinato (*kosmos*).

Per non aprire qui una voragine che rischierebbe altrimenti di trascinarci lontano in una ricostruzione storica di immagini e simboli, adduco un solo esempio moderno a noi vicino, in un contesto storico diverso, pressoché ignorato, se non addirittura frainteso, dagli abitanti di Palermo: l'immagine imperiale di Carlo V a piazza Bologni, che ricalcando il gesto della *pacatio militum*, del silenzio imposto dal generale romano alle truppe adunate prima dell'*oratio*, simboleggia, richiamando l'antico, la pace che il cosmocratore assicurava all'impero.

Dal silenzio alla parola imperiale e ai segni dell'attività legislativa.

Non nello straordinario *Codex Spirensis* della *Notitia Dignitatum*, che pur consentirebbe di approfondire il tema degli uffici legislativi, dei *mandata* e dei numerosi simboli delle *dignitates*, ma nel dibattuto e coinvolgente *missorium* di Teodosio, "l'opera spagnola statistica-

<sup>12</sup> A. GUARINO, *Consuetudo micandi*, in *Historia*, 29, 1980, 124 ss.

<sup>13</sup> G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, Convegno "Lo spettacolo della giustizia: le orazioni di Cicerone", Palermo 7-8 marzo 2006 (Palermo 2006, 63 ss.) (= *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli 2007, 4541 ss.).

<sup>14</sup> P. ZANKER, *Augusto e il potere delle immagini*, Torino 1989; ID., *Un'arte per l'impero. Funzione e intenzione delle immagini nel mondo antico*, Milano, 2002. Sull'importanza delle immagini nell'oratoria cfr. G. MORETTI, *Mezzi visuali per le passioni retoriche: le scenografie dell'oratoria*, in 'Le passioni della retorica' (a cura di G. PETRONE), Palermo 2004, 63 ss.

<sup>15</sup> G. PURPURA, *Il regolamento doganale di Cauno e la lex Rhodia in D. 14, 2, 9*, in *AUPA* 38, 1985, 318 ss.



mente più citata e studiata di tutti i tempi nella letteratura archeologica” (così Alicia Canto<sup>16</sup>) in riferimento soprattutto all’identificazione dei personaggi e alla datazione<sup>17</sup>; fuori di ogni discussione è però il significato della scena, considerata come “l’espressione più perfetta del concetto di insediamento sul trono, ... del momento storico e al contempo ... simbolico nel quale l’imperatore prendeva possesso del palazzo imperiale, ... trasformato in un’immagine universale ed eterna”<sup>18</sup>. Sebbene celebri “il dominio, eterno e universale, dell’imperatore; il ciclico rinnovarsi delle strutture dell’amministrazione, i rituali di investitura, promozione

<sup>16</sup> A. CANTO, *Las quincecenalías de Teodosio el grande (19 de enero del 393 d.C.) en el gran clipeo de Madrid*, in *Almagro - Corbea et alii, El Disco de Teodosio*, Madrid 2000, *Addenda Aclaraciones y replicas de la autora sobre la fecha del 393 d.C. y algunas de sus recepciones* (1 jun 2015), 5.

<sup>17</sup> V. MAROTTA, *Mandata principum*, Torino 1991, 39 nt. 7; *Id.*, *Liturgia del potere: documenti di nomina e cerimonie di investitura fra principato e tardo impero romano*, Napoli 2000, 53 ss. (*praecipue*, p 56 ss.) e la lett. *ivi cit.*

<sup>18</sup> S. MACCORMACK, *Arte e cerimoniale nell’antichità*, Torino 1995, 320.

o messa a riposo”, proponendo un’immagine fuori del tempo perché destinata a ripetersi anno dopo anno, della *prònoia* (*providentia*) imperiale, tuttavia non v’è dubbio che la scena rappresentata descriva, “stilizzandola, la cerimonia quale nella realtà doveva davvero svolgersi nel *Palatium*, mediante complessi rituali di ammissione alla persona dell’imperatore” (così Valerio Marotta). E’ possibile dunque che essa rappresenti quasi la “fotografia” di una specifica manifestazione avvenuta in un momento esattamente determinato - diciamo subito - il 19 gennaio 388 a Tessalonica, per celebrare i *decennalia* dell’imperatore Teodosio I e la nomina di un alto funzionario, che protende le mani per ricevere dall’imperatore un oggetto quadrato, i *codicilli* dell’investitura.

Per evidenziare il tema della *felicitas temporum*, al di sotto del quadro superiore compare *Tellus*, la Terra attorniata da spighe, con *cornucopia* e cherubini saltellanti, che alludono al costante e felice succedersi delle stagioni. La presenza dei tre *Augusti*, connotati dai diademi e dai nimbi circolari, per evidenziare la loro natura divina, si riferisce ad un momento preciso, che non può che essere la data indicata. Solo in quel momento, del decennale di un Teodosio, il primo, furono in carica altri due *Augusti* (Valentiniano II e Arcadio). Alla data del decennale del secondo Teodosio era infatti in carica un altro Augusto, il reggente dell’Occidente, Onorio. Il *Chronicon* del *comes* Marcellino infatti per l’anno 411 dichiara: *Theodosius Iunior decennalia, Honorius Romae vicennalia dedit*<sup>19</sup>.

Il suggestivo tentativo di Jutta Meischner<sup>20</sup>, basato su apprezzabili considerazioni stilistiche tendenti a riferire la raffigurazione al tardo classicismo teodosiano<sup>21</sup>, di postdatare cioè il *missorium* al 421, ritenendolo dono di Galla Placidia, realizzato a Ravenna e raffigurante Onorio, Teodosio II, il figlio di Placidia, Valentiniano (in realtà non ancora Augusto, lo sarà solo il 23 ottobre 425) e il marito Costanzo III, Augusto nelle vesti del personaggio ricevente, è basato sull’errata ricorrenza del decennale del secondo Teodosio e ha infatti raccolto numerosi dissensi<sup>22</sup>. E’ chiaro, non nel 421, suoi *vicennalia*, ma nel gennaio 411, come dichiara appunto il *Chronicon*. Oltretutto, nel breve lasso di tempo dalla nomina di Costanzo III, dall’8 febbraio al 2 settembre 421, vi furono certo tre Augusti (Onorio, Costanzo III e Teodosio II), ma in aggiunta alla mancata ricorrenza di decennali (o quindicennali, come vedremo), i rapporti diplomatici in quella fase tra le due sedi imperiali, Occidente e Oriente, per questioni relative ai confini e alla nomina di Costanzo III, furono così tesi da escludere certamente celebrazioni in comune, seppur simboliche<sup>23</sup>. Cade così anche il tentativo di proporre che ciò avvenisse per ottenere un riconoscimento di Costanzo III dopo la sua morte in ottobre<sup>24</sup>, o di postdatare

<sup>19</sup> B. KIILERICH, *Representing an emperor: style and meaning on the missorium of Theodosius I*, in *El disco de Teodosio*, Madrid 2000, 273.

<sup>20</sup> J. MEISCHNER, *Das Missorium des Theodosius in Madrid*, *Jahrbuch des Deutschen Archäologischen Instituts*, 111, 1996, 389 ss.

<sup>21</sup> Cfr. anche J.M. BLÁSQUEZ, *Aspectos cronológicos del missorium de Teodosio*, in *El Disco de Teodosio*, cit., 253 ss.

<sup>22</sup> V. ad es. A. CANTO, *Las quindicennalia*, cit., 294 e *infra*.

<sup>23</sup> G. PURPURA, *La compilazione del Codice Teodosiano e la Lex Digna*, in *Scritti in onore di Antonino Metro*, V, Milano 2010, 163 ss.

<sup>24</sup> La proposta della Meischner è confutata da J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, *A EspA*, 71, 1998, 174 ss. (*praecipue* 179); A. EFFENBERGER, *Das Theodosius-Missorium von 388: Anmerkungen zur politischen*

ulteriormente il *missorium* al 426<sup>25</sup>, successivamente all'investitura di Valentiniano III ad Augusto (425), con raffigurazione, postuma e tardiva, del contestato dall'Oriente, Costanzo<sup>26</sup>, il quale, essendo state rifiutate le sue *eikónes*, si era apprestato addirittura ad allestire una spedizione militare contro Teodosio II per essere riconosciuto.

Si è allora tentato di vedere nell'iscrizione dedicatoria in *litterae auratae* - denominata "pagina d'argento" da Sidonio Apollinare<sup>27</sup>, vi è però chi ritiene che l'intero piatto fosse stato bagnato nell'oro<sup>28</sup> - una piccola V al di sopra del numero X, trasformando i *decennalia* in *quindecennalia*, dunque riferendo la scena al 393 con gli Augusti Teodosio I e i suoi due figli, Arcadio e Onorio<sup>29</sup>. E di trovarne conferma a Carranque, in Castiglia, in un'altra minuscola V, che si vedrebbe tracciata su di un numerale (VIII) in un capitello della grande villa dell'alto funzionario spagnolo Materno Cinegio, *praefectus praetorio Orientis* dal 384 e console nel 388, che si identificerebbe proprio con il personaggio che nel *missorium* riceve i *codicilli* dell'investitura consolare<sup>30</sup>. Ma alla data del 19 gennaio del 393, data dei *quindecennalia* di Teodosio I, costui era già morto; evento documentato certamente il 14 marzo del 388 a Costantinopoli, prima della traslazione in Spagna<sup>31</sup>. E dunque, a prescindere dalle numerose perplessità epigrafiche che ha suscitato la lettura di *quindecennalium* nel *missorium* (per qualcuno semplicemente un modo epigrafico, anche se meno frequente, di differenziare i segni numerali dagli alfabetici<sup>32</sup>) e l'incerto collegamento con la possibile scalfittura nel capitello, intesa anche come numerale greco o segno di abbreviatura per *ú(patos)* (console)<sup>33</sup>, si rileva che Onorio alla data del 19 gennaio 393 era soltanto Cesare e, anche se diverrà Augusto solo quattro giorni dopo il 23 gennaio, in base al rigido cerimoniale non avrebbe potuto essere riprodotto, come nel *missorium* con il diadema, che infatti non porta sulla base dell'obelisco del circo di Costantinopoli del 390/392, mentre sembra indossarlo Arcadio, Augusto fin dal 383.

*Ikonographie in der Spätantike*, in C. Sode, S. Takács (a cura di), *Novum millennium: studies on Byzantine history and culture dedicated to Paul Speck*, Aldershot, 2001, 97 ss.; W. RAECK, *Doctissimus imperator. Ein Aspekt des Herrscherideals in der spätantiken Kunst*, AA, 1998 509 ss.; B. KILIERICH, *Representing an emperor*, cit., 273 nt. 3 e molti altri.

<sup>25</sup> J. M. BLÁZQUEZ MARTINEZ, *Aspectos cronológicos del disco de Teodosio*, in M. ALMAGRO-GORBEA, ed., Madrid 2000, 253 ss.; J.M. BLÁZQUEZ MARTINEZ, L. GASPERINI, *Ancora sul "Disco di Teodosio" e il suo apparato epigrafico*, *Epigrafia* 2006, *Atti del XIV Incontro sull'epigrafia in onore di Silvio Panciera*, Tituli, 9, Roma 2008, III, 1243 ss. Cfr. al contrario A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit., 295 e *Addenda*, 2 e 6.

<sup>26</sup> Olimpiodoro frag. 33; J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, cit., 176.

<sup>27</sup> Sidonio Apollinare, *Ep.* IV, 8.

<sup>28</sup> A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit., 291 nt. 11.

<sup>29</sup> A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit., 289 ss, con *Addenda*, 9. Arcadio e Onorio anche per R. TEJA, *Il cerimoniale imperiale*, in *St. di Roma* III, 1, *L'età tardo antica*, 632 ss., che però riferisce il tondo d'argento al 388, quando Onorio aveva solo quattro anni e non era ancora Augusto. Così anche A. GRABAR, *L'empereur dans l'art byzantine*, London 1971, 89 e C. FRUGONI, *La voce delle immagini*, cit., 67 ss. e molti altri.

<sup>30</sup> A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit., 299 e s.; *Addenda*, 6.

<sup>31</sup> PLRE, I, v. *Maternus Cynegius* 3, 235 e s.

<sup>32</sup> E. HÜBNER, *Die antiken Bildwerke in Madrid*, Berlin 1862, 213 ss. Cfr. A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit., 297.

<sup>33</sup> Diversamente, difendendo la propria proposta A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit., *Addenda*, 9.

Infine, utilizzando la presunta lettura del *quindecennialium*, si è tentato di riferirla a Teodosio II, non tenendo conto delle molte osservazioni già sopra rilevate. La stessa epigrafista spagnola, che ha proposto la lettura di *quindecennialium*<sup>34</sup>, recuperandola da note di uno dei primi esegeti<sup>35</sup>, per rafforzarla ora scorge nello stesso punto del *missorium*, un'altra V tracciata successivamente a mano libera per meglio evidenziare quella minuscola o invisibile.

In tutto questo fiorire di ipotesi, riferendo il *missorium* al 388, si salva forse l'identificazione del personaggio sottomesso che riceve i *codicilli* con il console spagnolo, Materno Cinegio, che morirà due mesi dopo la nomina, proprietario della villa a Carranque, in Castiglia, poco distante da Almendralejo, luogo di rinvenimento nel 1847 del *missorium*, che si trova a circa trenta chilometri da Mérida<sup>36</sup>; ma potrebbe anche trattarsi di qualche altro alto funzionario spagnolo<sup>37</sup>, con sede non necessariamente nelle vicinanze della capitale della *Diocesis Hispaniarum, Augusta Emerita*, poiché sembra che essa fosse ormai sfuggita al controllo dell'imperatore occidentale<sup>38</sup>.

La cerimonia del 19 gennaio 388, seppur con tratti simbolici, l'abbiamo già detto, è quasi riprodotta come un'istantanea. Numerosi dettagli specifici confortano tale ipotesi: l'imperatore Teodosio I, affiancato a sinistra da Valentiniano II e a destra dall'altro Augusto, Arcadio (i due di dimensioni gerarchicamente graduate), circondati dai *protectores* con al collo le decorazioni militari (*maniakia*, donde il nome e il castello del generale bizantino Maniace a Siracusa)<sup>39</sup>, viene raffigurato al centro di una struttura architettonica, che nel 1500 sarà detta serliana dall'architetto bolognese Serlio, ma che corrispondeva al reale sfondo dell'aula delle cerimonie. Tale struttura architettonica era stata adottata come simbolo del potere imperiale del cosmocratore, posto sotto un arco che, insieme al baldacchino e alla *mappa*, simbolicamente rappresentavano la volta celeste del *kosmos* placato, almeno dall'epoca di Diocleziano, il quale l'impiegò nel Palazzo di Spalato<sup>40</sup>. La ricorrenza del decennale si accompagnava al conferimento di un *mandatum* al funzionario inginocchiato.

Proprio tale celebrazione del decennale giustifica un'apparente anomalia della scena: la posizione non centrale del cognato, Valentiniano II, l'Augusto *senior*, di dimensioni più ridotte rispetto a quelle di Teodosio. Quest'ultimo, pur essendo più anziano di ben ventiquattro anni, ma più giovane nel regno di quattro anni soltanto, non avrebbe dovuto sovrastare, in base al rigido cerimoniale di corte, il più anziano Augusto nel regno. Ma il reperto celebrava con il decennale proprio Teodosio e l'Augusto Valentiniano, alla sua destra, appariva ben

<sup>34</sup> A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit.

<sup>35</sup> A. DELGADO, *Memoria histórico-crítica sobre el gran disco de Theodosio encontrado en Almendralejo, 1847*, (rist. in *El Disco de Teodosio*), cit., 18 ss.

<sup>36</sup> H. TORP, *Concluding remarks*, in *El Disco de Teodosio*, Madrid 2000, 325.

<sup>37</sup> La questione è assai dibattuta. Cfr. ad es. G. BRAVO, *Anotaciones sobre los personajes del Missorium de Teodosio*, *Historia Antigua*, 24, 2011, 568 nt. 20 e la lett. ivi cit.

<sup>38</sup> J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, cit., 178.

<sup>39</sup> M. ZSOLT, *Maniakion. The golden torc in late roman and early byzantine army*, *Romania Gothica* II, 2015, 287 ss.

<sup>40</sup> J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, cit., 177.

marcato dallo scettro, un'*hasta*, e dal globo cruciforme<sup>41</sup>, che non lasciavano, né lasciano, dubbi sulla sua posizione<sup>42</sup>.

Non sembra che finora, ad eccezione della Frugoni<sup>43</sup>, sia stato specificatamente notato un gesto particolarmente significativo della figura imperiale più piccola, quella di Arcadio, a sinistra di Teodosio. Alcuni hanno accennato ad una benedizione, ma il gesto, con l'anulare e mignolo flessi, è certamente quello della "mano parlante", segno convenzionale con cui veniva rappresentato l'imperatore quando trasmetteva un ordine o legiferava. Tale indicazione segnalava fin dall'antichità che l'imperatore era *lex animata in terris*, legge incarnata (*nomos empsuchos*). Tanto più che il rotolo, impugnato da Dio o dall'imperatore, che appare in numerose raffigurazioni della *traditio legis*, non sembra che debba essere esclusivamente inteso come simbolo di un atto precettivo, ma piuttosto collegato alla realizzazione di un progetto; il progetto della riforma politico-istituzionale augustea raffigurato in un aureo del 28 a.C. con la *legenda*: *Leges et iura p(opuli) r(omani) restituit*, il progetto poi della creazione divina del mondo nel Duomo di Monreale a Palermo (così G. Anselmo Aricò)<sup>44</sup>.

La "mano parlante" ha una lunga storia, che è quasi impossibile riassumere anche solo con cenni fugaci. Con il gesto delle mani si esprimeva comando, sottomissione, accettazione, rinuncia, disperazione, resa, pentimento, *restitutio in integrum*<sup>45</sup>, ma la "mano parlante" ha un significato specifico. Apuleio nel II sec. d.C. ricorda il gesto, come tipico dell'oratore ("distese la mano in avanti atteggiandola come fanno gli oratori, con le ultime due dita chiuse, le altre invece che sporgevano verso l'alto, e il pollice teso in avanti")<sup>46</sup>. Essa si riscontra già in una stele funebre del I sec. a.C. di un medico che sta impartendo precetti della sua arte ai pazienti, e Cicerone, *pater patriae*, ebbe tagliata anche la mano<sup>47</sup>, che ancora oggi si eleva in pietra sulla sommità del monastero degli Olivetani a Roma. Al tempo di Antonino Pio (140/141) la si

<sup>41</sup> Inesatta dunque l'affermazione di J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, cit., 174, che il *missorium* «non contenga alcun segno o allusione al Cristianesimo».

<sup>42</sup> L'obiezione, formulata da H. SCHLUNK, TH. HAUSCHILD, *Die denkmäler der frühchristlichen und westgotischen Zeit, Hispania Antiqua*, 3, 1978, 109, è seguita da A. CANTO, *Las quindecennialia*, cit., 293 e 298, ma non tiene conto della valida considerazione della ricorrenza specifica del decennale di S. MAZZARINO, *Storia sociale del Vescovo Ambrogio*, Roma 1989, tav. XIII, accolta da V. MAROTTA, *Liturgia*, cit., 55 nt. 181. Per S.G. MACCORMACK, *Arte e cerimoniale nell'antichità*, cit., 314, «si può osservare che il trono di Valentiniano e quello di Arcadio sono in qualche modo relegati dietro a quello di Teodosio», dunque «il *missorium* non si conforma a una correttezza di tipo protocollare, ma descrive una situazione *de facto*: Teodosio che, in occasione dei suoi decennali ... conferisce una carica a un funzionario». J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, cit., 173 ricorda che Valentiniano II fu un "imperatore senza terra", o un imperatore fittizio, come lo definì A. PIGANIOL, *L'Empire Chrétien*, Paris 1972, 269. Cfr. anche J. ARCE, *El missorium de Teodosio: Precisiones Y Observaciones*, AEspA 49, 1976, 123 ss.

<sup>43</sup> C. FRUGONI, *La voce delle immagini*, cit., 67 ss.

<sup>44</sup> G. ANSELMO ARICÒ, *Numa Pompilio e la propaganda augustea*, in AUPA 57, 2014, 50 s. nt. 111.

<sup>45</sup> Sull'invenzione moderna del "saluto romano", con il braccio destro teso verso l'alto a circa 135 gradi dal corpo e con le dita della mano destra unite, adottato dal regime fascista e poi dal nazismo, cfr. M.M. WINKLER, *The roman salute. Cinema, history, ideology*, Columbus: The Ohio State University Press, 2009.

<sup>46</sup> Apuleio, *Met.* II, 21.

<sup>47</sup> I. RAMELLI, *L'opposizione all'impero in Giovenale*, in *L'opposizione nel mondo antico* (a cura di M. SORDI), Milano 2000, 198 e s.; G. DIMATTEO, *Giovenale. Satira 8. Introduzione, testo, trad. e commento*, 2015, 252.

scorge nell'investitura del *Rex Armeniis Datus* con valore precettivo, tanto dell'imperatore che lo nomina, che del re, che in seguito a ciò, impartirà ordini ai suoi sudditi; essa si riscontra anche in un medaglione di Costante (337-340 d.C.) da Siscia. Quintiliano ne aveva descritto una variante: il medio è portato verso il pollice, mentre le altre tre dita rimangono aperte<sup>48</sup>. La congiunzione invece con l'anulare sarà poi adottata dai bizantini, per simboleggiare la "mandorla divina", che alludeva al sigillo diplomatico in cera, ad angoli acuti, per richiamare il settimo sigillo dell'Apocalisse<sup>49</sup>. E' dunque da qui che forse scaturiscono i due modi del benedire, ma anche d'imporre la Legge, tanto dei Latini, che dei Greci. Il gesto di conversazione, ma anche di contraddizione, cioè di innovazione, si presenta tra il 591 e il 616 con valore precettivo in una placca di Agilulfo, che adotta, se non l'abito, almeno la cultura dei vinti. Rotari promulga con tale gesto il suo Editto e nel dittico del console Costanzo, ad Halberstadt, il gesto della "mano parlante" rivela, già nel 417, la sua ambizione imperiale. Le immagini antiche e più recenti della "mano parlante" sono assai numerose, fino a Napoleone, che addirittura si fa ritrarre con la "mano di giustizia" e il manto trapunto di api d'oro, come S. Apollinare a Ravenna. L'ape è altro importante simbolo del potere antico, del quale sarebbe troppo lungo parlare<sup>50</sup>.

Tornando a trattare del *missorium* di Teodosio, i fautori della datazione al 393 potrebbero trovare allora in ciò un suggestivo argomento per identificare, non Arcadio, ma Onorio, che solo quattro giorni dopo il 19 gennaio, data della cerimonia, il 23, venne nominato Augusto. Vi si potrebbe scorgere un chiaro segnale dell'imminente nomina, anticipata anche dal diadema, che la figura indossa!

Ma si potrebbe, ancor più seducentemente, pensare ad altri momenti più idonei, al 429 o al 431, all'ordine di realizzare il C.Th. e alla *Lex Digna*, con i richiami al *nomos empsuchos* e a Valentiniano III come *lex incarnata*, che l'Augusta Galla appunto richiamava nelle leggi<sup>51</sup>, avallando così, dopo la pacificazione tra Oriente e Occidente, seppur assai tardivamente Costanzo III e la sua legislazione<sup>52</sup>.

Tuttavia la ricorrenza del decennale di Teodosio, o del presunto quindicennale - nella dedica del *missorium*, non si dimentichi - sia pur del secondo Teodosio, precludono del tutto tale ipotesi.

Più prudentemente quindi, viste le difficoltà considerate, mantenendo la tradizionale datazione al 388, nel gesto della "mano parlante" si può cogliere la volontà di Teodosio I o della

<sup>48</sup> Quintiliano, *Inst Or.* IX, 3, 92

<sup>49</sup> C. FRUGONI, *La voce delle immagini*, cit., 153 nt. 34.

<sup>50</sup> G. PURPURA, *Le Api, l'Accademia e il Potere*, in *Atti dell'Accademia di Scienze Lettere e Arti di Palermo, già del Buon Gusto*, ser. VI, I, 2009-2010, 425 ss.

<sup>51</sup> G. PURPURA, *La compilazione del Codice Teodosiano e la Lex Digna*, cit.

<sup>52</sup> Se molte delle leggi di Costanzo III nel Teodosiano segnalate dalla Meischner sono state confutate come non postume o errate da Arce, C.Th. 10, 10, 31 del 25 agosto 422 reca la sicuramente postuma *inscriptio* con tre A. (Teodosio II, Costanzo III e Valentiniano III) e la *subscriptio*: *Proposita in foro Traiani VIII kal. septemb. Honorio XIII et Theodosio X AA. cons.* Arce ritiene probabile un'errata indicazione di tre Augusti nell'*inscriptio*, visto che altre due costituzioni pubblicate a Ravenna in quello stesso anno (C.Th. 8, 8, 10 e 11, 28, 13) non includono il nome di Costanzo. Sarebbe possibile obiettare che quella, a differenza di queste, avrebbe potuto essere deliberatamente ratificata postuma, riguardando la conferma di donazioni. Tuttavia l'alta frequenza di errori nelle *inscriptiones* e *subscriptioes* rende invece assai probabile l'interpolazione di una A, come indicazione di un terzo Augusto.

corte di rimarcare la potestà normativa di Arcadio (a destra nel *missorium*), giovanissimo fanciullo di undici anni e Augusto da solo cinque anni, che aveva celebrato i suoi *quinquennalia* di regno esattamente un anno prima, il 19 gennaio 387<sup>53</sup>.

Ripetendo il titolo di un contributo di uno storico spagnolo, “Teodosio I rimane Teodosio I”<sup>54</sup>.

Un'altra caratteristica dell'intera raffigurazione colpisce. E' stato infatti notato che singolarmente l'intera composizione non pone nel giusto risalto l'attività specifica per la quale l'immagine era stata concepita: il conferimento di un *mandatum* al funzionario, seppure in occasione della fausta ricorrenza decennale. Costui appare defilato, sottomesso, di dimensioni ridotte, ma soprattutto appare ignorato da Teodosio, che avrebbe dovuto almeno guardare verso di lui.

Tale peculiarità è stata spiegata suggerendo che il committente dell'opera possa essere stato, non l'imperatore, ma lo stesso funzionario, che per modestia si sia fatto ritrarre in tal modo, facendo così risaltare, non lo scopo specifico della cerimonia, cioè la sua investitura, ma la maestà imperiale nel decimo anno di regno, con il giovanetto Arcadio, ormai legislatore.

L'oggetto prezioso, che finora abbiamo per comodità denominato *missorium*, altri disco, piatto (*lanx*), scudo (*clipeus*), non è in realtà probabilmente tale<sup>55</sup>. Il termine non si registra nei testi durante l'epoca romana, ma solo a partire dal VII sec., tuttavia vassoi, d'argento nel IV e d'oro nel V, fabbricati dalle officine imperiali come regali (*largitiones*)<sup>56</sup>, venivano inviati (*missi*) dall'imperatore, colmi di monete d'oro e appaiono nella raffigurazioni della *Notitia Dignitatum*.

In proposito, si dichiara: “Non sussiste una sola prova che il cd. *missorium* di Madrid sia stato effettivamente *missum* a qualcuno dall'imperatore. In questo caso si è imposta la convenzione sull'evidenza, e costerà moltissimo tempo variarla”<sup>57</sup>.

Se invece commissionato privatamente dallo stesso alto funzionario della cerimonia, come il disco di Ardarbur a Firenze, avrebbe potuto essere utilizzato come sfarzoso oggetto di esibizione che, glorificando la maestà imperiale, indirettamente finiva per illuminare il dignitario. E' significativo che il disco d'argento del *magister militum* e console *Flavius Ardarbur Aspar*, rappresentato con il figlio *Ardarbur iunior* pretore (434 d.C.) e con la *mappa*, tra Roma e Costantinopoli, raffiguri solo nei due minuscoli bustini che sormontano gli scettri i due Augusti in carica. Segno di un orgoglio smisurato che rasentava il *crimen maiestatis*, ma per noi prova certa di manifattura privata.

Dunque anche il tondo di Madrid avrebbe potuto essere commissionato dall'alto funzionario effigiato con modestia, ma indubbiamente con maggiore lealtà.

Si è notato che il reperto reca sul *verso*, liscio e piatto una sorta di anello o flangia, con una iscrizione a puntini in greco, indicante il peso di 15 chili 344 grammi, incavo che

<sup>53</sup> O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart 1919, 278; E. STEIN, *Hist. du Bas-Empire*, I, Bruges 1959, 206 e s.

<sup>54</sup> J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, cit.

<sup>55</sup> Sul termine v. M. A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit., 289 ss. e G. BRAVO, *Anotaciones sobre los personajes del Missorium de Teodosio*, cit., 563 ss. (*praecipue* 566).

<sup>56</sup> R. DELMAIRE, *Largesses sacrées et res privata*, EFR, 121, Roma 1989, 471 ss.; J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, cit., 169 e 177; J. WOOD, *The exchange of gifts among the late antique aristocracy*, in *El Disco de Teodosio*, cit., 301 ss.

<sup>57</sup> A. CANTO, *Las quindecennalia*, cit., *Addenda*, 9.

avrebbe potuto essere utilizzato per consentire la sospensione o incastonatura dell'oggetto in verticale e la sua esposizione<sup>58</sup>. Una sorta di *imago clipeata*, della quale abbiamo già parlato a proposito del *ius imaginum*.

Nei dittici d'avorio del periodo si riscontrano numerose *imagines clipeatae*, sopravvivenza di antiche pratiche relative all'esibizione degli antenati, poi degli imperatori o dei funzionari della corte, e tali *imagines* dei dittici dovevano certo corrispondere ad oggetti reali.

Alcuni ritengono che un *missorium* non sia né una *imago*, né una *eikon*, poiché pensano che l'*imago* sia stata una riproduzione fedele, tale da permettere il riconoscimento dell'identità dell'individuo, a differenza del *missorium* che avrebbe rappresentato senza troppa precisione un insieme simbolico, le cui caratteristiche sarebbero state già familiari al destinatario<sup>59</sup>; ma il termine *imago* non aveva una accezione ben netta, né un senso molto determinato; esso si sarebbe potuto adattare anche ad una scena con molti personaggi, arrivando persino ad essere impiegato per una rappresentazione del tutto ideale o simbolica<sup>60</sup>.

Non sussistendo prova che il tondo sia stato oggetto di una *largitio* imperiale, ma forse di una committenza privata, l'impiego per tale *effigies* con tutto il suo contenuto simbolico, ma al tempo stesso aderente alla realtà, avrebbe potuto prendere, all'interno di una altolocata *domus* privata il posto per importanza un tempo occupato dalle immagini degli antenati. E' stato osservato<sup>61</sup> che «la presenza del sovrano in tutti i luoghi pubblici aveva un significato ben diverso dall'esposizione dei moderni ritratti del Presidente della Repubblica. Simboleggia la “divina presenza” alla quale nulla sfugge e della quale nessuno si libera» ed era radicata in tutti gli ambienti sociali<sup>62</sup>, al punto che ben pochi volevano in realtà liberarsene. Dice Severiano di Gabala: “Considera quanti governanti ci sono al mondo. Posto che l'imperatore non sta sempre con loro, il suo ritratto deve trovarsi nei luoghi dell'amministrazione della giustizia, nei mercati, nei posti di riunione, nei teatri. Il ritratto dell'imperatore deve stare in qualunque luogo in cui si eserciti il potere per dare autorità agli atti di chi governa”<sup>63</sup>. Non solo da tempi remoti garantiva l'ordine cosmico, finendo per trasformare la corte imperiale, con angeli eunuchi, nella corte celeste, ma l'immagine imperiale era ormai così intimamente condivisa dal popolo, ed anche dai singoli, che risultò assolutamente inviso il tentativo di Giuliano di rompere lo stereotipo imperiale, ben radicato. “Erano molto lontani i tempi in cui gli imperatori desideravano essere considerati senatori fra loro pari”, come ancora si sosteneva in alcuni circoli pagani, che criticavano l'isolamento dell'imperatore, destinato a “vivere come un mollusco” (così Sinesio)<sup>64</sup>. Ma soprattutto la maschera posta a coprire il potere assoluto degli imperatori, che Augusto voleva nascondere e Diocleziano ostentare, basata sull'idea di una doppia verità di ascendenza stoica, una per il saggio o l'intellettuale, l'altra per il volgo o il popolo, di una vita concepita come rappresentazione, con il recupero del neoplatonismo aveva finito per radicare in tutti intimamen-

<sup>58</sup> A. DELGADO, *Memoria histórico-crítica*, cit., 23.

<sup>59</sup> J. ARCE, *Teodosio I sigue siendo Teodosio I*, cit., 178.

<sup>60</sup> E. COURBAUD, v. 'Imago', in DS 389 ss. (*praecipue*, 389 ss. e 407 ss. ).

<sup>61</sup> R. TEJA, *Il cerimoniale imperiale*, cit., 613 ss. (a 631).

<sup>62</sup> R. TEJA, *Il cerimoniale imperiale*, cit., 642.

<sup>63</sup> Severiano di Gabala, *Or. sex in mundi creationem* 6, 5 (Migne, PG, LVI, 489); R. TEJA, *Il cerimoniale imperiale*, cit., 630 s.

<sup>64</sup> R. TEJA, *Il cerimoniale imperiale*, cit., 622 e le fonti antiche ivi cit.

te, nell'ideale della cosmopoli, la piena conciliazione tra un *princeps legibus solutus* e un *princeps legibus alligatus*<sup>65</sup>. Se l'uomo colto dell'antichità, pagano o cristiano che fosse, viveva immerso in una serie di pregiudizi e circondato da un orgoglio intellettuale che gli dava la possibilità di vivere al di là delle credenze del volgo e di disprezzarle, perciò si permetteva, impunemente, di credere una cosa e di insegnarne un'altra (Teja), adesso nel cosmo pacificato anche gli uomini comuni finivano sempre più per credere realmente in quella sacralità imperiale, che promanava dall' "epifania" di Madrid. E l'idea di una associazione stretta tra la divinità e il sovrano<sup>66</sup>, che per alcuni poteva essere una elezione, per altri un'incarnazione, per altri ancora un'identità, non solo spiega e giustifica l'immagine che si ha del monarca a partire dal IV sec. d.C.<sup>67</sup>, ma risale ad un tempo ben più remoto, al re-pastore del suo popolo, al tema del servizio, all'età ellenistica e ad Antigono Gonata (tra il 285-245 a.C.), ma soprattutto allo stoicismo di Augusto, *auctor rei publicae*, primo nel funerale gentilizio, che aveva recuperato non solo l'idea del *pater auctor*, ma anche quella della divinità del *pater* defunto, di *divi imperatores*, padri della patria<sup>68</sup>, che divenivano *maiores* per l'intera comunità, come un tempo gli antenati delle *familiae*. Non invano Augusto fu *pater patriae* e dopo la morte, in quanto *pater*, divinizzato in tutto l'impero e uno dei primi padri della patria, Cicerone, ebbe tagliata appunto la sua "mano parlante"; e la sacralità imperiale, destinata ad innalzare l'imperatore dal visibile all'invisibile, dal corporale allo spirituale, dal temporale all'eterno, era volta a proseguire quella doppia verità antica cinico-stoica sulla sovranità con la medievale teoria dei "due corpi del Re", del re che non muore mai, che trasse certo origine almeno dall'età tardo antica. Il "camaleonte", come è stato definito Augusto, o peggio ancora "il grande baro", come poteva credere nel proprio carattere "divino", o se non lui, i suoi successori e i loro contemporanei? Forse il dubbio di cosa fosse un imperatore romano, delle "maschere del potere", può trovare una valida spiegazione in quell'antica doppia verità del benefattore, del saggio, del *pater auctor*, del re "servo del suo popolo" e solo allora re, come insegnava Seneca e lo fu Marco Aurelio, come lo era stato l'antico *pater* per la *familia*<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> G. PURPURA, *Sulla Constitutio Antoniniana*, rec. a C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius, Philosophia, Religio, Studi e Testi di Koinonia*, IV, 2013, 1-210, in *Index* 43, 2015, 2 ss. (*praecipue*, 7 ss.).

<sup>66</sup> G. PURPURA, *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*, Torino 2007, 170 ss. e 180 ss.

<sup>67</sup> R. TEJA, *Il cerimoniale imperiale*, cit., 618.

<sup>68</sup> Il collegamento tra il titolo, comunemente ritenuto puramente onorifico, di *pater patriae*, salvatore dell'intera comunità, e la sua divinizzazione, è stato preso in considerazione da A. ALFÖLDI, *Der Vater des Vaterlandes im römischen Denken*, Darmstadt 1971, 112 ss. (*praecipue*, 124 ss.). Cfr. anche, ID., *MH*, 9, 1952, 204 ss.; 10, 1953, 103 ss.; 11, 1954, 133 ss.; H. VOLKMANN, v. 'pater patriae', in *Kleine Pauli*, IV, 1972, coll. 547-548; M. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, Roma 1959, 87 ss.; C. GALLINI, *Protesta e integrazione nella Roma antica*, Bari 1970, 171 ss.

<sup>69</sup> G. PURPURA, *Sulla Constitutio Antoniniana*, (Rec. a C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius, Philosophia, Religio, Studi e Testi di Koinonia*, IV, 2013, 1-210), *Index* 43, 2015, 8 nt. 38. Ad un deliberato inganno alludono alcune rappresentazioni moderne. Cfr. ad es. P. VEYNE, *L'impero greco romano. Le radici del mondo globale*, Milano 2007, 10 ss.; A. SPINOSA, *Augusto. Il grande baro*, Milano 1996. Per ultimo, L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, Roma-Bari 2015, richiamando Giuliano, *Simposio 309A-B*, lo ricorda come il "camaleonte", e conclude il suo saggio affermando (496): «... nella lotta politica, la sola divaricazione che importi è tra chi cerca unicamente il potere come tale e chi lo persegue... avendo di mira un obiettivo più grande che non la conquista dell'affermazione personale. Per il politico vero le due cose coincidono, affermazione personale e affermazione della "causa". Ma saranno le generazioni (talora i secoli) seguenti a decidere se davvero è andata così»; cfr. anche F. COSTABILE, *Caius Iulius Caesar: dal Dictator al Princeps, dal Divi Filius al Cristo: Augusto e le maschere del potere*, Roma 2013, 141 ss.

L'affermazione del cristianesimo, con la continuità del tema del servizio, non produsse alcuna frattura, ma si ebbe persistenza e, sotto molti aspetti, consolidamento; e un'immagine, come quella di Madrid, prefigurava già i piaceri del regno celeste, che non si aveva certo alcuna esitazione ad introdurre negli ambienti più intimi della propria *domus*.

Dunque, se ogni innovazione nella tradizionalistica mentalità arcaica del tempo ciclico sarebbe stata da respingere, neutralizzata dalla ritualità, le aperture tardo repubblicane verso l'attività degli individui, gli *homines novi*, superando il culto degli antenati, avevano finito per modificare l'antica concezione del tempo ciclico, consentendo di guardare verso il futuro; e l'avvento del monoteismo con l'affermarsi del cristianesimo avrebbe potuto permettere di distinguere tra Dio e il mondo, recidendo i legami tra creazione e sovranità, tra ordine cosmico e ordine politico; avrebbe potuto indurre a concepire la nuova religione come mezzo di emancipazione dalla struttura politico-cosmologica del mondo antico<sup>70</sup>. Invece i principi pagani di rappresentazione della regalità si riproposero con il cesaropapismo bizantino, il califfato mussulmano, giungendo persino al mondo attuale, e trasparivano già nella *felicitas temporum* del disco di Teodosio.

Il tondo di Madrid, dal diametro di ben 74 cm. e dallo spessore di quasi un cm., ritrovato su di un pavimento antico, forse di una villa, insieme a due coppe d'argento, avrebbe potuto allora essere destinato come decoro, cd. *oscillum*<sup>71</sup>, di uno degli *emblemata*, come quelli in frammenti in *opus sectile* vitreo e marmoreo, incastonati nello *stibadium* della villa degli inizi del V sec. di Faragola<sup>72</sup>; le sue dimensioni sono congrue, ma l'ipotesi - soltanto una ipotesi - va certo archeologicamente verificata.

<sup>70</sup> J. ASSMANN, *Dio e gli dei*, Bologna 2009, 126.

<sup>71</sup> A. BACCHETTA, *Gli oscilla in Italia settentrionale*, in F. SLAVAZZI (a cura di), *Arredi di lusso in età romana. Da Roma alla Cisalpina*, Firenze 2005, 73 ss.; ID., *Oscilla. Rilievi sospesi di età romana*, Milano 2006. G. LAFAYE, v. 'oscillatio' in DS, IV, 1, Graz 1969, 256, rileva che i Greci hanno denominato ciera (*oscilla*) un meccanismo che serviva, nella tragedia, ad elevare al cielo gli dei e gli eroi.

<sup>72</sup> G. VOLPE, G. DE FELICE, M. TURCHIANO, *Musiva et sectilia in una lussuosa residenza rurale dell'Apulia tardo antica: la Villa di Faragola (Ascoli Satriano, Foggia)*, *Musiva et sectilia*, I, 2004 (Roma 2005), 124 ss.; G. VOLPE, M. SILVESTRINI, *La villa di Faragola (Ascoli Satriano) e gli Scipiones Orfiti*, in *Epigraphy and Public Space from the Severans to the Theodosian Era*, Atti della XII Rencontre sur l'épigraphie (Roma 16-18 settembre 2004), c.s.; G. VOLPE, G. DE FELICE, M. TURCHIANO, *Faragola (Ascoli Satriano). Una residenza aristocratica tardo antica e un villaggio altomedievale nella Valle del Carapelle: primi dati*, in VOLPE, TURCHIANO, *Paesaggi e insediamenti rurali in Italia meridionale fra Tardo antico e Alto medioevo*, Atti del I Seminario sul Tardo antico e l'Alto medioevo in Italia Meridionale (STAIM 1) (Foggia 2004), Bari 2005, 265 ss.; G. VOLPE, G. DE FELICE, M. TURCHIANO, *I rivestimenti marmorei, i mosaici e i pannelli in opus sectile vitreo della villa tardo antica di Faragola (Ascoli Satriano Foggia)*, in *Atti del X Colloquio dell'Associazione Italiana per lo Studio e la Conservazione del Mosaico (AISCOM)* (Lecce 18-21 febbraio 2004), Tivoli 2005, 61 ss.; G. VOLPE, G. DE FELICE, M. TURCHIANO, *La villa tardo antica di Faragola (Ascoli Satriano) in Apulia*, in *Arce, Brogiolo, Chavarría Villas tardoantiquas en el Occidente mediterraneo*, Anejo de AEspA, 39, 2006, 221 ss.; G. VOLPE, *Stibadium e convivium in una villa tardoantica (Faragola - Ascoli Satriano)*, in M. SILVESTRINI, T. SPAGNUOLO VIGORITA, G. VOLPE (eds.), *Scritti in onore di Francesco Grelle*, Bari 2006, 319 ss.; G. VOLPE, *A Late Roman Villa at Faragola, Italy*, *Minerva. The International review of Ancient Art & Archaeology*, 17,1, January-February 2006, 44 ss.; G. VOLPE *et alii*, *La villa di Faragola (Ascoli Satriano) alla luce delle recenti indagini archeologiche*, Atti XVIII Conv. Daunia, San Severo, 25-26 nov. 2007, San Severo, 2008, 405 ss. G. VOLPE, M. TURCHIANO, *La villa tardoantica di Faragola (Ascoli Satriano) ed oltre*, in: *La Villa del Casale e oltre. Territorio, Popolamento, Economia nella Sicilia Centrale tra Tarda Antichità e Alto Medioevo*, Giornate di Studio, Piazza Armerina, 30 settembre - 1 ottobre 2010, 305 ss.; G. VOLPE, *Scritti Pani, Cenatio et lacus. Il ruolo dell'acqua negli spazi conviviali in alcune residenze tardoantiche*, Bari 2011, 507 ss.

Gli *stibadia* erano una sorta di divani semirotondi per banchetto adoperati in età tardo romana nelle sale del convivio<sup>73</sup>, che assunsero anche un valore simbolico per indicare una comunione; questo pugliese, con *emblemata*, collocati in modo da favorire la vista di essi da parte degli amici commensali, sdraiati sul piano d'appoggio semicircolare, rinfrescato dall'acqua che da esso sgorgava, alimentando un antistante *lacus*. Gli *oscilla* in argento, sarebbero stati sfarzosi oggetti d'apparato; dall'età augustea in poi in marmo, come quello di Faragola, o vetro, oggi in stucco, ancora richiamati dalle decorazioni dell'ottocentesco Teatro Massimo di Palermo.

Se così fosse, l'individuo, che già sul finire dell'età repubblicana cominciava a liberarsi dal peso degli antenati, divenuto ormai *homo novus* e artefice della propria fortuna, a partire dall'età augustea per l'invasione dell'*imago Caesaris*, dopo una lunga serie di vicende, aveva finito per introdurre l'immagine della maestà imperiale, ambendo ad imitarla, non solo nei pubblici spazi, ma addirittura, come fastoso oggetto di esibizione, del quale andare fiero, all'interno della propria casa, in un luogo intimo e riservato a pochi<sup>74</sup>, ma tuttavia aperto agli altolocati amici e agli ospiti di maggiore riguardo, il luogo rappresentativo della *cenatio* e dello *stibadium*, dal quale sgorgava un'acqua vivificante, come in età normanna dal *sardiwan* della Zisa, simbolico trono di una sovranità, fonte di leggi e di vita, di un diritto "vivo" per il popolo<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> K. DUNBABIN, *The Roman Banquet, Images of Conviviality*, Cambridge, 2003; N. Duval, *Le lit semi-circulaire de repas: une invention d'Hélagabale? (Hel. 25, 1.2-3)*, in G. BONAMENTE, K. ROSEN (eds.), *Historiae Augustae Colloquium Bonnense*, Atti dei Convegni sulla Historia Augusta, V (Bonn 1994), Bari, 1997, 129 ss.; J. ROSSITER, *Convivium and Villa in Late Antiquity*, in W.J. Slater, (ed.), *Dining in a Classical Context*, Ann Arbor, 1991, 202 ss.; E. MORVILLEZ, *Sur les installations de lits de repas en sigma dans l'architecture du Haut et du Bas-Empire*, Pallas, 44, 1996, 119 ss.; S. ELLIS, *Roman Housing*, London 2000, 148 ss.; I. BALDINI LIPPOLIS, *La domus tardoantica: forme e rappresentazioni dello spazio domestico nelle città del Mediterraneo*, Bologna 2001, 79 ss.; I. BALDINI LIPPOLIS, *L'architettura residenziale nelle città tardoantiche*, Roma 2005.

<sup>74</sup> G. VOLPE, M. TURCHIANO, *La villa tardoantica di Faragola*, cit., 314; G. VOLPE et alii, *La villa di Faragola (Ascoli Satriano) alla luce delle recenti indagini archeologiche*, cit., 416; G. VOLPE, *Stibadium e convivium*, cit., 338 ss.

<sup>75</sup> G. PURPURA, *Luoghi del diritto, luoghi del potere, Seminario interdisciplinare "Principia iuris"*, Palermo, 26 maggio 2005 = [AUPA 50, 2005 (pubbl. 2006), 247 ss.].

GIANNI SANTUCCI  
(Università di Trento)

*Verba edicti e definitiones:*  
Labeone e Pedio nel commento ulpiano *de pactis*

ABSTRACT

The author investigates why Ulpian quoted the Pedius' definition of *dolus* in his comment of praetor's edict *de pactis*, even though he had quoted the different definition of *dolus* elaborated by Labeo in other part of his commentary. The author demonstrates the inner coherence of two definitions in the thought of Ulpian.

PAROLE CHIAVE

Definizioni di dolo; Editto *de pactis*; Commento ulpiano; Servio; Labeone; Pedio.



## VERBA EDICTI E DEFINITIONES: LABEONE E PEDIO NEL COMMENTO ULPIANO DE PACTIS\*

Com'è noto, il commento ulpiano alla clausola edittale *de pactis et conventionibus*,<sup>1</sup> ricostruito in termini del tutto affidanti nella *Palingenesia* di Otto Lenel nel solco del lungo frammento D. 2.14.7.7-16 (Ulp. 4 *ad ed.*),<sup>2</sup> costituisce un variegato e prezioso

\*Un grazie sincero a Giuseppe Falcone che mi ha offerto l'occasione di partecipare alla *Giornata di studio con Gianfranco Purpura*, a cui dedico con viva ammirazione questo mio brevissimo contributo, di cui ho conservato il testo come predisposto per il Convegno, da qui il tono semplice e discorsivo e il fatto che, per non gravare sull'esposizione, talune osservazioni sono rifluite nelle note per il resto circoscritte alla bibliografia essenziale.

<sup>1</sup> La ricostruzione della rubrica edittale ha diviso gli studiosi. Sul punto mi permetto di rinviare a G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova 2001, 16 nt. 3.

<sup>2</sup> Conviene riportare per esteso la sequenza palinogenetica: Ulp. Pal. 243 (D. 2.14.7.7). *Ait praetor: 'pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo'*. Pal. 244 (D. 2.14.7.8). *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. in rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientum aestimandum est: plerumque enim ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum pactum factum est*. Pal. 245 (D. 2.14.7.9-11). *Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolo malo fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et alium agi simulatur. 10 Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit: sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse, aut supervacuum. iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit, inest enim dolo et fraus. 11 Sive autem ab initio dolo malo pactum factum est sive post pactum dolo malo aliquid factum est, nocebit exceptio propter haec verba edicti 'neque fiat'*. Pal. 247 (D. 2.14.7.13). *Si paciscar, ne pro iudicati vel incensarum aedium agatur, hoc pactum valet*. (D. 2.15.11) *Post rem iudicatam etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse vel ignorari potest an iudicatum sit: quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest*. (D. 2.14.7.14-16) *Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit. 15 Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum. item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam. 16 Et generaliter quotiens pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet: nec legari, nec iusiurandum de hoc adactum ne quis agat servandum Marcellus libro secundo digestorum scribit: et si stipulatio sit interposita de his,*

serbatoio di testi cui la storiografia attinge nel percorrere diversi filoni d'indagine.<sup>3</sup>

Seguendo il consueto metodo lemmatico,<sup>4</sup> Ulpiano in primo luogo esamina in Pal. 244 (D. 2.14.7.8) la stessa nozione di *pacta conventa*, richiamata dal termine editale «*pactorum*» primo elemento qualificante la clausola. Con un diretto richiamo al tenore dell'editto («*dolo malo ait praetor pactum se non servaturum*»), il discorso ulpiano prosegue in Pal. 245 (D. 2.14.7.9-11), dove è illustrato il secondo elemento qualificante la clausola: la necessità che i patti siano conclusi in assenza di dolo. Nel descrivere la fattispecie Ulpiano fa ampio ricorso alla nozione di dolo risalente al giurista Sesto Pedio:

D. 2.14.7.9 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et alium agi simulatur.*

Ulpiano, dopo aver riproposto il contenuto della clausola editale circa il patto viziato da dolo, afferma che questo si concretizza nella *calliditas* e nella *fallacia* e fa seguire il pensiero del giurista Sesto Pedio secondo cui il patto è sempre viziato da dolo tutte le volte che allo scopo di ingannare qualcuno si finge di fare una cosa, realizzandone al contempo un'altra. Come già si è osservato, la riflessione di Pedio tocca specificatamente l'ambito dei *pacta*, senza però che il giurista offra alcuna ulteriore o peculiare illustrazione al riguardo<sup>5</sup>.

In questa sede, tuttavia, interessa unicamente il confronto – che corre immediato e in modo naturale – con il notissimo testo ulpiano di D. 4.3.1.2 dove sono riportate le definizioni di Servio e Labeone:

*pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.* (D.2 3.4.6) *Pomponius ait maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem praestet, videlicet propter utilitatem nubentium: quamvis pacisci possit, ne sit periculo eius nomen debitoris qui ei dotem promisit: nam et ut sit dos periculo mulieris, pacisci eum posse probat, et per contrarium, ut ea dos quae periculo mulieris est sit periculo mariti.* Pal. 248 (D 1.3.30) *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.*

<sup>3</sup> Per un quadro al riguardo rinvio al commento della clausola in G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., 16 ss. Cfr. anche G. SANTUCCI, *Spuren des Zwölftafelgesetzes im Ediktommentar Ulpianus*, in *Hermeneutik der Quellentexte des römischen Rechtes* (hrsg. M. Avenarius), Baden-Baden 2008, 30 ss.

<sup>4</sup> Sul carattere lemmatico dei *Commentarii ad edictum* ulpiani si vedano, fra gli altri, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it.), Firenze 1968, 353 s.; C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza romana, I, La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*<sup>2</sup>, Torino 1976, 56 s.; A. A. SCHILLER, *Roman Law. Mechanisms of development*, The Hague-Paris-New York 1978, 387; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario*, Torino 1996, 127 ss. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*<sup>6</sup>, Roma-Bari 1999, 281 s. e nt. 11. Per una storia del genere *ad edictum*, con riferimento anche all'impostazione lemmatica, si veda E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I *Trasmissione e fonti*, Torino 2002, 3 ss.

<sup>5</sup> Lo osserva, fra gli altri, G. MACCORMACK, *Aliud simulatum, aliud actum*, in ZSS 104, 1987, 642, che prova, ma senza elementi testuali a supporto, ad ipotizzare un possibile contesto. Vedi anche ID., *Dolus in the Law of the Early Classical Period (Labeo-Celsus)*, in SDHI 52, 1986, 275.

D. 4.3.1.2 (Ulp. 11 ad ed.): *Dolum malum Servius quidem definiit: machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat; posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

Nel testo, su cui da tempo si sono definitivamente sopiti i sospetti circa la presenza di glossemi postclassici,<sup>6</sup> Ulpiano riporta in primo luogo la definizione di Servio che appare incentrata nella descrizione della *machinatio* in termini di *simulatio*, cioè sul voluto contrasto fra apparenza e fatto reale, diretta a recare l'altrui danno.<sup>7</sup> Identità, quella fra *dolus* e *simulatio*, già affermata da Aquilio Gallo come ricordava Cicerone nel *de officiis* a commento della narrazione dell'episodio relativo al raggiro del cavaliere Canio.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Ancora affermati da Fritz Schulz, sulla scorta dell'impostazione radicale di Beseler, cfr., anche per i riferimenti bibliografici, F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, 31 (= *I principii del diritto romano*, Firenze 1946, 40), ma già combattuti, in piena temperie interpolazionista, da G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova 1937, 67 ss. e poi da B. ALBANESE, *Sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA 28, 1961, 309 s. nt. 195. Di tali sospetti, incentrati soprattutto sulla definizione labeoniana, non ne rimase più traccia già in F. CASAVOLA, v. 'Dolo (Dir. rom.)', in NNDI 6, Torino 1960, 147 s.; G.I. LUZZATTO, v. 'Dolo (Dir. rom.)', in *Enc. Dir.* 13, Milano 1964, 714 (che afferma come «classica la definizione di Labeone»); M. KASER, *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, 628. A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, in *Iura* 28, 1980, 10 ss.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town – Johannesburg 1990, 664 ss.; J. C. CAMINÁS, *La problemática del dolo en el derecho romano clásico*, in *Derecho romano de obligaciones. Libro Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, 962 ss. Di recente M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, (a cura di L. GAROFALO) IV, Padova 2003, 152 nt. 423, pur non avendo dubbi sulla classicità della testimonianza ulpiana, ipotizza che il passo possa aver subito nella parte finale delle abbreviazioni ad opera dei compilatori «perché sembrerebbe strano che, pur facendosi carico l'interprete moderno dell'autorevolezza di Labeone, non vi siano stati altri interventi giurisprudenziali in materia nel corso dei due secoli che separano il giurista augusteo da quello severiano, che – se gliene fosse stato offerto il destro – non avrebbe di certo mancato di ricordare altre opinioni al proposito». Il che certamente potrebbe essere plausibile, noto tuttavia che Ulpiano qualifica come «vera» la definizione di Labeone, ciò mi induce a pensare che Ulpiano, poiché manifestava piena approvazione per questa, proprio a questa volesse fermarsi, volendo lui stesso omettere eventuali ulteriori prese di posizioni maturate presso altri giuristi posteriori a Labeone.

<sup>7</sup> Per tutti in argomento M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, 430 s. nt. 130: «nella *definitio* serviana la funzione del verbo entro l'espressione *alterius decipiendi causa* è quella di sottolineare l'altrui danno come componente essenziale del dolo».

<sup>8</sup> Cic., *de off.* 3.14.60. (...) *cum ex eo quaeretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum aliud actum. Hoc quidem sane luculente ut ab homine perito definiendi; de off.* 3.15.61: (...) *dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur. Tollendum est igitur ex rebus contrabendis omne mendacium; de nat. deor.* 3.30.74: (...) *inde everriculum malitiarum omnium iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius, familiaris noster, protulit, quem dolum idem Aquilius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum aliud actum.* Di recente sul conosciutissimo episodio narrato da Cicerone cfr. M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 139 ss.

Ma, come ben sappiamo, la definizione serviana era destinata ad essere superata da quella, non di molto posteriore, di Labeone che disancorò il concetto di dolo dalla mera identificazione con il meccanismo simulatorio, nozione questa troppo limitante e comunque incongrua a cogliere la complessità fattuale dei comportamenti fraudolenti, proponendo il giurista augusteo una definizione più ampia e capace di assumere al suo interno ogni forma di malizia ed astuzia purché finalizzata a trarre in errore la controparte e, al contempo, a causargli un danno.<sup>9</sup> Definizione quest'ultima, che Ulpiano giudicò essere vera in quanto capace di spiegare – come opportunamente suggerisce Filippo Gallo – come «il dolo è effettivamente nella realtà».<sup>10</sup>

Venendo al confronto fra D. 2.14.7.9 e D. 4.3.1.2, appare chiaro – come già è stato ripetutamente accertato dagli studiosi<sup>11</sup> – che Sesto Pedio «si conserva fedele alla antica concezione aquiliano-serviano del *dolus malus*».<sup>12</sup> In particolare Antonio Carcaterra, che ha sottoposto i due frammenti ad una verifica più analitica, avverte in loro solo poche differenze formali e, nell'affermare l'identità sostanziale fra il pensiero di Servio e quello di Pedio, spiega la sostituzione del verbo *decipere* «col quasi-sinonimo 'circumscribere'» da parte di Pedio nell'intenzione di quest'ultimo di condurre nell'ambito del *dolus malus* e delle relative tutele processuali «anche i casi di 'circumscriptiones' analoghi a quelli della *lex Plaetoria*».<sup>13</sup>

Sebbene vi sia stato chi ha incidentalmente avvertito una certa differenza fra le opinioni dei due giuristi «perché Servio parlava di una '*machinationem quandam alterius decipiendi causa*', mentre Pedio individuava il dolo '*quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et alium agi simulatur*»,<sup>14</sup> non credo si possa negare obiettivamente la loro profonda similitudine e la loro verisimile comune ascendenza dalla originaria raffigurazione del dolo datane da Aquilio Gallo.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Definizione comunque giudicata «piuttosto verbosa» dall'occhio attento di P. VOCI, *Manuale di diritto romano I, parte generale*<sup>2</sup>, Milano 1984, 399 nt. 27; ID. *Istituzioni di diritto romano*<sup>5</sup>, Milano 1996, 145 nt. 11. Considera invece inevitabile la presenza di quel complesso di vocaboli, necessari a Labeone per superare il concetto angusto di dolo serviano, C. A. MASCHI, *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*<sup>2</sup>, Milano 1966, 689.

<sup>10</sup> Così di recente F. GALLO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Valori e principi del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*. Torino, 12 ottobre 2007, (a cura di A. Triscioglio) Napoli 2009, 89, che aggiunge: «la 'verità' della definizione, affermata dal giureconsulto severiano, trova conferma nel fatto che ancora al presente l'essenza del dolo negoziale è ravvisata nel raggio» e a cui rinvio per l'inquadramento anche storiografico dell'impiego di '*verus*' e '*veritas*' nelle fonti ed in particolare in Ulpiano, *op. cit.*, 83 ss.

<sup>11</sup> Si vedano, fra gli altri, F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in ZSS 78, 1961, 44 s.; C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, cit., 690; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 176 s.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., I, 147 s. nt. 36, 307 nt. 139; G. LONGO, Rec. a M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., in *Iura* 24, 1973, 87 nt. 2; G. MACCORMACK, *Dolus in the law of the early classical period*, cit., 275; A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio Gallo a Labeone*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, (a cura di L. Garofalo), Padova 2006, 102.

<sup>12</sup> Così F. CASAVOLA, *Dolo*, cit., 147.

<sup>13</sup> A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus: esegesi di D. 4.3.1.2-3*, Napoli 1970, 80 e 84 s.

<sup>14</sup> C. GIACCHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 537 s. nt. 89.

<sup>15</sup> Cic., *de off.* 3.14.60. (...) *cum ex eo quaeretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum aliud actum* (...).

Pedio, quindi, si richiamava ancora al pensiero di Servio – o addirittura direttamente a quello di Aquilio Gallo, questo non ci è dato saperlo – comunque in quel contesto egli sembra ignorare la definizione di Labeone volta al superamento di quella serviana. Ulpiano, poi, in D. 4.3.1.2, nonostante giudicasse come vera la definizione di Labeone rispetto a quella di Servio, nel commento editale *de pactis* di D. 2.14.7.9 riportava unicamente il pensiero di Pedio.

Tali peculiari scelte giurisprudenziali a proposito della nozione di dolo non sono passate inosservate presso la romanistica suscitando talune perplessità. Ad esempio, per Remo Martini il fatto che Pedio rimanga fedele alla definizione di Servio appare «alquanto singolare» e «meriterebbe di essere approfondito». <sup>16</sup> Più significativi, a mio avviso, ulteriori interrogativi su cui invita a riflettere Antonio Carcaterra. In primo luogo, il fatto che Ulpiano in D. 2.14.7.9 citi Pedio e non la precedente ed omologa definizione serviana come era avvenuto in D. 4.3.1.2; in secondo luogo e soprattutto, il fatto che Ulpiano, sempre in D. 2.14.7.9, non citi affatto Labeone, nonostante l'apprezzamento mostrato verso la sua definizione capace di superare le precedenti, rimanendo invece ancorato alla precedente definizione serviano-aquiliana, trasmessa da Pedio. <sup>17</sup> Non c'è dubbio che la posizione di Ulpiano, come emerge dal confronto delle due fonti, possa risultare contraddittorio o altrimenti inspiegabile. <sup>18</sup>

Su questi argomenti è tornata in tempi più recenti Cristina Giachi, cercando di offrire una risposta ad alcuni degli interrogativi ora formulati. Secondo l'autrice il fatto che Ulpiano seguisse Pedio e non Labeone in D. 2.14.7.9 circa il dolo influente sulla conclusione di un *pactum* poteva «dipendere dal fatto che con riferimento a questa clausola il giurista severiano stava seguendo il commento di Pedio, abbandonando la 'guida' di Labeone. Ulpiano dunque avrebbe ricordato le definizioni attribuendole ai contesti nei quali aveva trovato notizia». <sup>19</sup>

Tale spiegazione potrebbe certamente apparire plausibile, se si potesse almeno rinvenire un qualche indizio al fine di dimostrare che Ulpiano, nella redazione del commento editale *de pactis*, non aveva più fra i suoi punti di riferimento il pensiero e le opere di Labeone. Indizi in questo senso non ne ho trovati; ne ho rinvenuti invece di contrari, in grado cioè di attestare che il pensiero di Labeone in questa parte dell'opera ulpiana era ben presente al suo autore. Infatti, nel frammento immediatamente successivo ((D. 2.14.7.10, sempre Pal. 245) <sup>20</sup> Ulpiano riconosce l'intelligenza e la congruità dell'opinione di Labeone («*elegantèr*») che, nell'ipotesi di un patto realizzato *fraudandi causa* – nel senso di pattuire di non dare ciò che invece deve essere dato –, giudica superflua una specificazione del pretore nella clausola editale al riguardo, in quanto un tale meccanismo fraudolento è ricompreso nel dolo («*inest enim dolo et fraus*»). <sup>21</sup>

<sup>16</sup> R. MARTINI, *Le definizioni*, cit., 177 nt. 102.

<sup>17</sup> A. CARCATERRA, *Dolus bonus*, cit., 88 s. nt.13.

<sup>18</sup> A questo proposito, constatando in D. 2.14.7.9 la mancata citazione di Labeone e la presenza di quella di Servio, Giorgio La Pira dichiarava di non comprendere le ragioni di questo ritorno a Servio (*La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in BIDR, 45, 1938, 304).

<sup>19</sup> C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 537 s. nt. 89.

<sup>20</sup> D. 2.14.7.10 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit: sed elegantèr Labeo ait hoc aut iniquum esse, aut supervacuum. iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit, inest enim dolo et fraus.*

<sup>21</sup> Per la comprensione dei rapporti fra *dolus* e *fraus* e una illustrazione del contenuto si vedano F. HORAK,

Non solo ma portando lo sguardo sul commentario ulpiano poco più in là, in D. 2.14.7.14 (Pal. 247), Ulpiano, nell'illustrare la contrarietà o meno del patto rispetto alle fonti autoritative, torna a valorizzare nuovamente il pensiero di Labeone. Il caso è quello del *pactum ne operis novi nuntiationem exsequar* in relazione al quale è riportata una *distinctio* risalente a Labeone, secondo cui è ammesso il patto che concerne l'esperibilità della *operis novi nuntiatio* volta a tutelare un interesse privato («*ex re familiari*»), mentre esso non ha validità se riguarda una *operis novi nuntiatio* posta a tutela di un interesse pubblico («*de re publica*»). Ulpiano non solo definisce «vera» tale *distinctio*, ma da essa trae ulteriori considerazioni e ne generalizza la portata.<sup>22</sup>

Secondo Cristina Giachi, inoltre, ci sarebbe un'ulteriore ragione, più precisa, per spiegare l'assenza della menzione del pensiero di Labeone in D. 2.14.7.9: il riferimento al *circumscribere*, che non trova ascendenza in Servio, conferiva alla nozione di Pedio «la peculiare attitudine a costituire il fulcro del discorso concernente il dolo che insiste sulla costituzione di un patto», mentre la definizione di Labeone avrebbe conservato «autonoma e notevole rilevanza in relazione all'*actio de dolo*».<sup>23</sup> Non si hanno però riscontri nelle fonti di tale specificità del verbo *circumscribere*, che invece i giuristi romani sembrano utilizzare non solo nell'ambito della *circumscriptio adulescentium* relativa all'applicazione della *lex Laetoria*, ma anche, sempre in rapporto al dolo, nel campo negoziale in generale<sup>24</sup> e in quello del trasferimento del possesso.<sup>25</sup> Né gli studiosi hanno mai ravvisato tale peculiarità, assimilando piuttosto l'orizzonte semantico del verbo in esame ad altri quali *circumvenire* o *decipere*.<sup>26</sup>

*Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Innsbruck 1969, 166; M. BRUTTI, *La problematica*, II, 412 s. nt. 112; G. MACCORMACK, *Dolus in the law*, cit., 274 s.; U. BABUSIAUX, *Zur Funktion der aequitas naturalis in Ulpian's Ediktlaudationen*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE), Pavia 2007, 618 s.

<sup>22</sup> D. 2.14.7.14: *Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit*. Per un'analisi del passo mi permetto di rinviare a G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., 11 ss. Di recente sul carattere di 'verità' della *distinctio* labeoniana vedi F. GALLO, *La 'verità'*, cit., 89.

<sup>23</sup> C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 537 s. nt. 89.

<sup>24</sup> Cfr., per esempio, un testo assai noto: D. 19.2.22.3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*.

<sup>25</sup> Vedi D. 25.5.2 pr. (Paul. 37 *ad ed.*): *Dolo facit mulier, non quae in possessionem venientem non prohibet, sed quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat*.

<sup>26</sup> Di «quasi-sinonimia» fra *decipere* e *circumscribere* parla A. CARCATERA, *Dolus bonus*, cit., 84, mentre M. BRUTTI, *La problematica*, II, 412 s. nt. 112, sottolinea la medesima struttura di verbi come *decipere*, *fallere*, *circumvenire*, *circumscribere* «che indicano ad un tempo il raggio e la lesione, l'errore del soggetto passivo e il danno da cui muove l'azione di risarcimento o la richiesta di *restitutio in integrum*». Importante per l'analisi dei profili semantici e la verifica delle fonti, letterarie e giuridiche, dei verbi *circumvenire*, *fallere*, *decipere* e *circumscribere* fra di loro intesi in prospettiva di sinonimia: L. TER BEEK, *Dolus Een semantisch-juridische studie*, I, Nijmegen 1999, 130 ss. e 208 ss.

Per parte mia, al fine di spiegare e comporre la distonia fra le due testimonianze ulpianee, vorrei cercare di ricostruire il procedimento argomentativo che ha condotto Ulpiano alla formulazione della nozione di dolo in D. 2.14.7.9, dimostrando che esso in realtà risulta essere del tutto coerente con la sostanza della definizione labeoniana da lui accolta e lodata nel più noto D. 4.3.1.2.

Se poniamo in diretto confronto i due frammenti, è facile osservare che i primi due elementi con cui esordisce Labeone nel definire il dolo in D. 4.3.1.2, sono i medesimi riportati da Ulpiano in D. 2.14.7.9: *calliditas* e *fallacia*<sup>27</sup>. La differenza matura successivamente: in D. 4.3.1.2 Labeone pone come terzo polo della sua definizione il concetto di *machinatio*, mentre in D. 2.14.7.9 Ulpiano lascia la parola a Pedio che individua il dolo nel «*quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et alium agi simulatur*».

Mi sono chiesto se si possa cogliere un rapporto di identità di natura sostanziale e concettuale fra questi ultimi due elementi, benché ovviamente dal punto di vista formale e morfologico essi risultino fra loro del tutto estranei. A questo proposito conviene tornare per un momento alla definizione di Servio riferita da Ulpiano in D. 4.3.1.2, qui il giurista tardo repubblicano afferma che il dolo consiste in una «*machinationem quandam alterius decipiendi causa*», e che questa si realizza «*cum aliud simulatur et aliud agitur*». Appare evidente che nell'andamento della definizione serviana l'*aliud simulatur et aliud agitur* costituisce l'illustrazione del termine *machinatio*; come già aveva osservato al riguardo Bernardo Albanese: la «*machinatio* non è altro che una trascrizione in termini equivalenti del pensiero implicito nell'*aliud agere, aliud simulare*».<sup>28</sup> È probabile, quindi, ritenere che lo stesso Pedio nello scrivere «*circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur*» pensasse specificatamente al concetto di *machinatio* proposto da Servio e che lo avesse reso isolando e valorizzando il secondo polo, quello appunto dell'*aliud agere e aliud simulare*.

Se allora riprendiamo il confronto fra i contenuti della nozione di dolo nei due frammenti, possiamo accertare un'identità, che, se risulta parziale sotto il profilo delle forme espressive, diventa piena sotto quello dell'ordine dei contenuti. In entrambi i frammenti, infatti, le nozioni di dolo si articolano in tre elementi. I primi due perfettamente identici: *calliditas* e *fallacia*. Circa il terzo, da una parte in D. 4.3.1.2 troviamo la *machinatio*, forse collegata in modo specifico al *decipere*<sup>29</sup> e, se così fosse, questa coppia asindetica corrisponderebbe in modo ancora più pregnante alla precedente definizione serviana «*machinationem quandam alterius decipiendi causa*», mentre, dall'altra, in D. 2.14.7.9, troviamo l'*aliud agitur et alium agi simulatur* destinato al *circumscrivere*.

<sup>27</sup> «*Ipse [Labeo] definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam*» in D. 4.3.1.2; «*dolus malus fit calliditate et fallacia*» in D. 2.14.7.9. In questo senso già C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, cit., 690, seguito da C. Giachi, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 538 nt. 89.

<sup>28</sup> B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA 21, 1961, 310 nt. 195. Simile rilievo in C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, cit., 680 nt. 15, che annota «*machinatio* ... non è altro che un concetto già enunciato nell'*aliud agere, aliud simulare*». Sul punto, sempre in questa prospettiva, cfr. anche F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, cit., 45, seguito da J. C. CAMINÁS, *La problemática del dolo*, cit., 963 nt. 125.

<sup>29</sup> Mi riferisco a A. CARCATERA, *Dolus bonus/dolus malus*, cit., 40 ss., che ha voluto scomporre in tre coppie di asindeti la *definitio* labeoniana di D. 4.3.1.2, collegando la *calliditas* a *circumvenire*, la *fallacia* a *fallere*, e, infine, la *machinatio* a *decipere*. Tale analisi è stata però criticata da A. WÄCKE, *Rec. a A. CARCATERA, Dolus bonus/dolus malus*, cit., in ZSS, 88, 1971, 442 s.; ID., *Sul concetto di 'dolus'*, cit., 12 ss.

Un parallelo visivo può forse aiutare meglio a comprendere l'identità della progressione espositiva:

<i>Labeo</i> in D. 4.3.1.2 (Ulp.11 <i>ad ed.</i> )	<i>Pedius</i> in D. 2.14.7.9 (Ulp. 4 <i>ad ed.</i> )
<i>Calliditas</i>	<i>Calliditas</i>
<i>Fallacia</i>	<i>Fallacia</i>
<i>Machinatio</i>	<i>aliud agitur et aliud agi simulatur</i>

Accertato che il termine *machinatio* non rappresenta altro che un'espressione sintetica del concetto dell'«*aliud agitur et alium agi simulatur*» e, come già prima si è già potuto osservare, non si rinviene una differenza semantica fra i verbi *circumvenire*, *fallere*, *decipere* e *circumscribere*, che risultano fra loro assimilabili,<sup>30</sup> credo si possa constatare la profonda similitudine concettuale che intercorre fra le due testimonianze ulpiane in tema di dolo.

In definitiva, nel commento *de pactis* di D. 2.14.7.9, Ulpiano, non fa altro che assemblare i sintagmi *calliditas* e *fallacia* alla nozione pediana di dolo, corrispondente a quella labeoniana di *machinatio*, e viene così a rispettare pienamente la trama concettuale ed espositiva della definizione di Labeone riportata in D. 4.3.1.2, autore che evidentemente continuava anche nell'ambito dei patti a costituire una guida privilegiata per il giurista severiano, come, del resto testimoniano le già ricordate citazioni del pensiero di Labeone in D. 2.14.7.10 sull'inerenza della *fraus* al dolo e, soprattutto, in D. 2.14.7.14 circa la *distinctio* in tema di *operis novi nuntiatio*.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Vedi *supra* nt. 26.

<sup>31</sup> Val la pena di osservare che in quest'ultima fonte Ulpiano si richiama alla *distinctio* labeoniana per determinare la nozione di *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* e non fa menzione della definizione di tale istituto offerta da Pedio di cui lo stesso Ulpiano lodava l'eleganza (cfr. D. 39.1.5.9 [Ulp. 52 *ad ed.*]: *Et belle Sextus Pedius definiit triplicem causam operam novi nuntiationis, aut naturalem, aut publicam, aut impositivam: naturalem, cum in nostras aedes quid immittitur aut aedificatur in nostro, publicam causam, quotiens leges aut senatus consulta constitutionesque principum per operis novi nuntiationem tuemus, impositivam, cum quis postea, quam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea, quam servitatem aedibus suis imposuit, contra servitatem fecit*). Una spiegazione forse può essere ricercata nel fatto che era di interesse per Ulpiano in quella parte del suo commento all'editto *de pactis* (Pal. 247) evidenziare la contrarietà alla legge del *pactum* nel senso della lesione del *ius publicum* e degli interessi sostanziali ad esso sottesi (come ho cercato di dimostrare in *Operis novi nuntiatio*, cit., 144 ss.). Nella prospettiva ulpiana ora delineata la distinzione di Labeone, che fissava la validità del patto di non dare esecuzione alla denuncia di nuova opera se questa ultima fosse stata eseguita per tutelare un interesse privato («*ex re familiari*») e l'invalidità se essa fosse stata diretta alla difesa di un interesse pubblico («*de re publica*»), appariva pertinente e del tutto funzionale a questo contesto. Lo stesso invece non si sarebbe potuto affermare con riguardo alla definizione di Pedio che appare costruita non in rapporto alle finalità a cui era destinato l'istituto, ma a seconda del 'fondamento giuridico' che è all'origine di ogni tipo di *nuntiatio* (Così G. MELLILLO, "Interdicta" e "operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia", in *Labeo*, 12, 1966, 180 nt. 7), e dove si valorizzava principalmente in una dimensione formale il presupposto operativo della *nuntiatio publica* nel contravvenire alle fonti autoritative, quali le *leges*, i *senatus consulta*, le *constitutiones principum* (sul punto mi permetto ancora di rinviare a G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., 90 ss.).

EMANUELE STOLFI  
(Università di Siena)

I segni di una tecnica. Alcune considerazioni  
attorno a rigore terminologico  
e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani

ABSTRACT

Through the investigation of a few (exemplary) fragments coming from the jurisprudential literature between II and III century A.D., this article examines some peculiar features of language and argumentation of the Roman jurists. In particular, the author dwells upon their (flexible, but) strict terminology in describing cases, explaining and justifying the respective solutions, quoting and praising – or causing a difference of opinions – the thought of other *prudentes* (especially through valuations of *veritas*, *elegantia* or *ratio* with regard to previous interpretations and theories).

PAROLE CHIAVE

Giuristi romani; lessico e argomentazione giuridica; tecniche di citazione.



# I SEGNI DI UNA TECNICA. ALCUNE CONSIDERAZIONI ATTORNO A RIGORE TERMINOLOGICO E LESSICO DELLE CITAZIONI NELLA SCRITTURA DEI GIURISTI ROMANI

SOMMARIO. 1. Tra luoghi comuni ed esigenze di metodo. 2. Il peso delle parole. 3. Di vere o apparenti improprietà linguistiche. 4. Tecniche di citazione e forme di approvazione (o parziale dissenso): i giudizi di «verità». 5. *Elegantia e ratio*.

1. Come in occasione dell'intervento orale di cui questo contributo riproduce fedelmente lo schema<sup>1</sup> (salvo un essenziale apparato di riferimenti bibliografici e qualche spunto ulteriore), inizierei da una constatazione pressoché ovvia. Che il diritto, in qualsiasi esperienza storica – ma tanto più ove supportato da una solida riflessione scientifica –, sia connotato da un estremo rigore terminologico, che non tollera approssimazioni e vaghezze né usi linguistici impropri o fuorvianti, è infatti affermazione indiscutibile, ma che rasenta la banalità. Un autentico «luogo comune», in ogni senso: sia in quello, alto, della teoria retorica antica, che in quello oggi corrente, indicativo di un dato talmente scontato da renderne superflua e quasi risibile la riproposizione. Tutti noi dobbiamo misurarci, soprattutto nei confronti degli studenti di primo anno (ma non solo, purtroppo), con la difficoltà di formare i giovani alla precisione tecnica e alla correttezza comunicativa, cercando di far loro comprendere come non si tratti solo di un'accortezza estetica, estrinseca e ininfluyente rispetto alla disciplina che devono apprendere e alle nozioni che intendono illustrare, ma che coinvolge la sostanza di quel sapere, il cui linguaggio – ai loro occhi, di frequente, nient'altro che un gergo gratuitamente esoterico – non è solo strumentale rispetto a dati precostituiti, ma concorre in modo decisivo all'elaborazione di questi ultimi, alla loro messa a punto concettuale, al progressivo affinamento e rimodulazione.

Eppure, anche senza soffermarsi sulla fioritura, da vari decenni, di contributi di analisi linguistica del diritto – ai quali non sono rimasti insensibili alcuni cultori dell'esperienza

<sup>1</sup> Ossia la relazione, dal titolo quasi identico all'attuale (*I segni di una tecnica. Rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*) tenuta a Palermo, su invito dell'amico Giuseppe Falcone, il 28 gennaio 2016, in occasione dell'incontro *Lessici e modelli precettivi nel linguaggio giuridico romano. Giornata di studio con Gianfranco Purpura*. A quest'ultimo, in segno di stima profonda e autentica, queste pagine continuano a essere dedicate. Un pensiero di devozione e gratitudine va anche al Professor Matteo Marrone, che ha formulato attorno alle riflessioni proposte in quella sede rilievi importanti, e parole fin troppo benevole, per me non dimenticabili.

giuridica antica<sup>2</sup> (soprattutto da quando le indagini attorno al metodo dei giuristi, coi loro stili di ragionamento e argomentazione, hanno riacquisito la dovuta importanza) –, le cose non sono così semplici. Basterebbe rievocare formule note, come quella secondo cui il lavoro del giurista si risolve sempre, essenzialmente, nel «fare cose con parole»;<sup>3</sup> e forse ancor più calzante (non solo perché proveniente proprio da uno studioso di diritto romano) è l'osservazione – leggibile in uno dei lavori, fin dal titolo, più dichiaratamente foucaultiani di Yan Thomas<sup>4</sup> – secondo cui il diritto «de toutes les instances discursives, reste le seule à produire le monde qu'elle désigne». <sup>5</sup> Una produzione che, appunto, si realizza tramite «l'ordine del discorso» (per attingere ancora al lessico del filosofo francese),<sup>6</sup> l'uso sorvegliato della lingua e la costruzione di un vocabolario tecnico (ove l'invenzione di termini nuovi e il ricorso ad

<sup>2</sup> Si veda soprattutto L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, spec. 41 ss. e ID., *Dinamica semantica e modelli strutturali nella terminologia giuridica romana*, in S. SCHIPANI, N. SCIVOLETTO (a cura di), *Atti del Convegno internazionale «Il latino del diritto»*, Roma 1994, 39 ss. (anche per una ricognizione sui più rilevanti studi dedicati in precedenza al linguaggio del diritto a Roma: da alcuni lavori di Biondi e Kaser a quelli di Carcaterra). Sulla lingua giuridica latina, anche in merito a profili per noi ora meno rilevanti, sempre importanti G. PASCUCCI, *Aspetti del latino giuridico*, in *Studi Italiani di Filologia Classica* 40, 1968, 3 ss. e C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*, Bologna 1986<sup>2</sup>, 67 ss. Cfr. altresì, più di recente, D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, 673 ss. e L. PEPPE, *Concretezza ed astrattezza nella terminologia giuridica romana. Alcune riflessioni. Un tema interessante: la fiducia*, in *BIDR* 108, 2014, 125 ss., entrambi con altra bibl.

<sup>3</sup> Cfr. J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Oxford 1982<sup>2</sup> (trad. it. Milano 1987). Per un'utile rassegna delle sue posizioni e del dibattito da esse suscitato si vedano almeno M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari 2008<sup>3</sup>, 229 ss. e G. BERNARDINI, *Le parole preparate*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, cit., 227 ss., spec. 231 ss. Richiama, in apertura del suo itinerario, la formula di Austin anche G. COSÌ, *Legge, diritto, giustizia. Un percorso nell'esperienza giuridica*, Torino 2013, 1 s.

<sup>4</sup> Il quale, evidentemente, aveva la fortuna – accanto a meriti indubbi, che sempre più riusciamo ad apprezzare – di lavorare in un ambiente in cui certe letture non venivano stigmatizzate, come invece è accaduto anche a chi scrive (cfr. il perentorio ammonimento a leggere «meno Foucault, più Plauto, Demostene, Livio, Cicerone, Gaio, Ulpiano», da parte di C. CASCIONE, Rec. a E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010, in *Iura* 62, 2014, 477).

<sup>5</sup> Così Y. THOMAS, *Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome*, in *Archives de Philosophie du Droit* 23, 1978, 93, in apertura di un saggio di penetrante densità, in cui le ricordate ascendenze foucaultiane – sul punto alquanto incisive e durature, se è vero (come rileva giustamente M. SPANÒ, *Le parole e le cose (del diritto)*, in Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, trad. it. Macerata 2015, 87) che «l'analisi del rapporto tra parole e cose attraversa ... tutta intera la traiettoria di Thomas» – si coniugavano con lo sforzo di cogliere e valorizzare le peculiarità del giuridico. Un motivo emergente sin dallo scarto fra la lingua tecnica a esso propria e quella comune, con la precettività e la valenza performativa che contraddistingue la prima: su quest'aspetto lo stesso autore si era soffermato in *La langue du droit romain. Problèmes et méthodes*, in *Archives de Philosophie du Droit* 19, 1974, 103 ss., spec. 109 ss. Sottolinea come già agli antichi non fosse affatto estranea la consapevolezza «che la lingua giuridica si distingue all'interno della lingua comune» D. MANTOVANI, *Lingua e diritto*, cit., 676 ss.

<sup>6</sup> Sia pure messo a punto in tutt'altro contesto: mi riferisco infatti a M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso e altri interventi*, trad. it. Torino 2004 (ed. or. 1971).

astrazioni e ipostasi si accompagna a vari altri fenomeni, a cominciare da ridefinizioni semantiche tramite slittamenti metaforici e/o metonimici).<sup>7</sup>

Ecco così che il *tópos* dal quale ho preso le mosse inizia a rivelarsi un po' meno banale, anche se poi rimane tutto da calare nel vivo dell'indagine storico-giuridica, da misurare e approfondire attraverso concreti riscontri esegetici. E il tutto, naturalmente, non per riproporre trite apologie dell'antico, volte a elevare gli esperti romani di *ius* a maestri insuperati, provvisti di un valore esemplare e immediatamente spendibile nell'oggi (quasi in ragione di una «Aktualisierung» che abbia spostato il proprio oggetto dagli istituti alle figure e metodiche giurisprudenziali), ma piuttosto proprio per contestualizzare storicamente ogni frammento della produzione letteraria cui essi dettero vita, saggiare la tenuta di certe loro possibili interpretazioni e valorizzare quanto dell'antica *scientia iuris*, a mio avviso, rimane più stimolante nella ricerca e più formativo nell'insegnamento (ossia, molto più dei segmenti di disciplina e di pretesi 'dogmi'<sup>8</sup> sottratti al mutare dei tempi, il metodo di lavoro dei *prudentes*, ove si coniugavano capacità di astrazione e approccio casistico,<sup>9</sup> rigore terminologico e flessibilità delle categorie, libertà critica e autorevolezza argomentativa).<sup>10</sup>

Uno scenario variegato e composito, quasi mai riducibile a chiavi di lettura univoche, contraddistinto – in un ulteriore e delicato equilibrio fra istanze diverse e per alcuni aspetti confliggenti – da uno spiccato tradizionalismo (quel procedere senza strappi e quel riconoscersi in un comune statuto epistemologico che non poco hanno contribuito alla mitologia della «fungibilità» dei giuristi romani)<sup>11</sup> e da sensibili difformità. Difformità che, come per

<sup>7</sup> Un aspetto che meriterebbe, probabilmente, di essere illustrato anche in sede didattica, come abbiamo cercato di fare, pur nell'inevitabile sforzo di semplificazione e di sintesi, in L. LANTELLA, E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino 2005, 171 ss.

<sup>8</sup> Che intendo qui nell'accezione (fra le non poche possibili) che ho tentato di precisare in E. STOLFI, *I casi e la regola: una dialettica incessante*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARI-STEAC*, Roma, 22-23 febbraio 2013, Napoli 2014, 40 s. ove bibl. (cui si aggiunga almeno, in una direzione non dissimile, P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009, 61 ss.).

<sup>9</sup> In quella composita e feconda circolarità posta in luce da A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 177, laddove illustra la capacità, da parte dei giuristi romani, di «combinare positività ed astrazione – dalla concretezza del caso alla forza del concetto che determina la regola, per tornare poi al caso, ma rischiarato dall'astrazione disciplinante, e perciò regolato dalla norma». Su un *modus procedendi* che non è deduttivo ma neppure si esaurisce nella sola pratica inversa, di carattere induttivo, istituendo piuttosto una frequente polarità dinamica fra diagnosi qualitativa del singolo evento, enucleazione di direttive di più vasta portata e quindi revisione della loro tenuta alla luce di un'ulteriore casistica, mi sono soffermato in E. STOLFI, *I casi e la regola*, cit., spec. 42 ss.

<sup>10</sup> Circa questi ultimi profili posso rinviare a quanto osservavo, da ultimo, in E. STOLFI, *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas» fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *Interpretatio prudentium* 1, 2016, spec. 171 ss., ove altra bibl.

<sup>11</sup> Immagine che, come noto, è soprattutto legata a un passaggio del *Beruf* savigniano; ma si tratta di un motivo dall'ampia circolazione, al di là delle formule impiegate, nella prima metà del XIX secolo, e destinato a incidere lungamente sugli studi attorno al pensiero giuridico (e al diritto privato) romano. Per qualche indicazione – in merito sia alle voci ottocentesche che al più recente quadro storiografico sul punto – cfr. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 9 s. nt. 11 ove bibl., cui *adde* almeno L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco*, Bologna 2008, spec. 40. A testimonianza della maggior risalenza di certi orientamenti, le cui

ogni profilo che attiene allo stile (in senso alto) di scrittura, sono riscontrabili fra generi letterari, ma anche all'interno di ciascuno di essi,<sup>12</sup> in ragione del diverso approccio di ciascun autore (per richiamare un solo esempio, le tecniche espressive, le rappresentazioni dei casi, le *rationes decidendi* e le forme di argomentazione non permangono certo invariate fra i *libri digestorum* di Alfeno e quelli di Celso, Giuliano o Cervidio Scevola), se addirittura non meriterebbero un'accurata disamina, semplicemente, testo per testo.

Più in generale, in effetti, dovremmo interrogarci sulla rinnovata (ma, come sempre, per certi versi inedita nei modi e obiettivi) esigenza di un approccio che potremmo denominare, volendo attingere a formule in voga, «neo-esegesi».<sup>13</sup> Un approccio cioè che, pur senza rima-

radici sono già individuabili nell'Umanesimo, si veda anche D. MANTOVANI, *L'elogio dei giuristi romani nel proemio al III libro delle Elegantiae di Lorenzo Valla* "Per quotidianam lectionem digestorum semper incolumis et in honore fuit lingua Romana", in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano 2007, spec. 171 s. e nt. 60, 198 ss.

<sup>12</sup> La cui importanza, pur incontestabile, in molte ricostruzioni moderne è riuscita forse sin troppo assorbente, nella tensione verso una «Kunstgeschichte» destinata a lasciare alquanto defilata qualsiasi «Künstlergeschichte». Mi servo, non a caso, di una terminologia risalente a Schulz (cfr. in effetti *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 4 = *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze 1968, 12): il più influente fra gli studiosi che hanno organizzato un'ampia ricognizione della scienza giuridica romana e della sua produzione letteraria scandendola secondo le vicende dei vari *genera scribendi*. Il rifiuto dell'approccio biografico che vi era sotteso – ma anche, aggiungerei, la preclusione della possibilità di far emergere con nettezza i tratti distintivi (nelle sue peculiarità a livello di ragionamento giuridico e soluzioni espositive) di ciascuno dei *prudentes* che praticò l'una tipologia di opere o l'altra –, così come l'incidenza che esercitava la nozione di «stile», quale canone in cui nettamente prevalevano l'uniformità nel tempo e nei diversi protagonisti, rinviano a un preciso disegno storiografico, sino a costituire quelli che M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, rist. Napoli 19842, 335 ss., ha descritto (e finemente indagato) quali autentici «postulati» di quel libro così fortunato. Su questi e ulteriori aspetti del lavoro di Schulz – e sulle reazioni da esso suscitate in Italia, con particolare riguardo proprio all'orientamento di Bretone –, cfr. più di recente anche G. SANTUCCI, *La scienza romanistica tedesca vista dall'Italia: il «dogma» della fungibilità dei giuristi romani*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale* (Montepulciano 14-17 giugno 2011), Trento 2012, 150 ss. Più specificamente, si interroga su come «la categoria di genere letterario funzioni per Schulz» T. MASELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 1999, 96 ss.; mentre, da altra prospettiva, si concentra sul «disinteresse per i generi letterari» (e in certa misura anche «per l'opera come artefatto autonomo»), quale emergerebbe dalle citazioni dei giuristi romani, secondo un atteggiamento essenzialmente ricondotto (p. 66 ss.) alla loro «concretezza culturale» e al «principio di autorità» da cui sarebbero stati guidati, L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino 1979, 63 ss., 74 ss. (il quale peraltro non rinunciava [p. 48 ss. e 54 ss.] a individuare, almeno nell'*Enchiridion* pomponiano, tracce di una «presenza latente di una storia della letteratura» e addirittura di «una teoria (storicista) dei generi letterari»). Da ultimo, un'acuta analisi di come operassero (soprattutto) in Schulz le nozioni di genere e forma letteraria (in lui, peraltro, indebitamente sovrapposte) e della distanza che separa questi moderni schemi classificatori dalle idee – quasi sempre implicite, almeno ai nostri occhi – che guidavano l'effettiva prassi di scrittura dei giuristi romani, è in F. D'IPPOLITO, *Saggi di storia della storiografia romanistica*, Napoli 2009, XIX ss., spec. XXIX ss. A mia volta ho avuto occasione di soffermarmi su questo tema (con la relazione Fra «Kunstgeschichte» e «Künstlergeschichte». *Il problema dei generi letterari*), al convegno romano su *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis al progetto Scriptores iuris Romani* (14-15 ottobre 2016), di cui saranno presto editi gli *Atti*.

<sup>13</sup> Anche se l'odierna riscoperta dell'«antico esercizio dell'esegesi» (sono parole di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007, 40) si caratterizza talvolta per presupposti e obiettivi affatto nuovi e peculiari, come appunto nella visione irtiana del «nichilismo giuridico» (con le reazioni critiche, a mio avviso in buona parte condivisibili, che esso suscita: cfr., anche tra i romanisti, F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*,

nere prigioniero del dettaglio – giacché ogni ‘microstoria’, anche testuale, ha senso solo se valutata in serrato confronto con scenari ricostruttivi di più vasto respiro<sup>14</sup> –, privilegi un’analisi radente e capillare delle fonti, assunte in primo luogo nella loro dimensione letteraria e stilistica:<sup>15</sup> il che poi, alla luce di quanto appena ricordato, non significa affatto sacrificarne le spessore giuridico. Una «neo-esegesi», insomma, che francamente – dopo aver deposto ogni criterio di lettura sbrigativo e univoco (se non prevenuto),<sup>16</sup> ma aver anche rimeditato criticamente, ora che il fuoco di certe polemiche pare sopito, alcuni orientamenti che rischiavano di smarrire la peculiarità del giuridico in più vaghe temperie culturali<sup>17</sup> – mi sembra l’unica strada in grado di sorreggere adeguatamente una matura storia del pensiero giuridico e delle metodologie dei *prudentes*, come ieri supportava la ricostruzione ‘dogmatica’ degli istituti.

2. Mi rendo perfettamente conto di essere passato, in poche battute, dall’enunciare qualche ovvietà all’evocare snodi storiografici fin troppo complessi, additando una direttiva d’indagine che, per riuscire fruttuosa (e coerente), richiederebbe di dispiegarsi su nutriti

in *Studi per Giovanni Nicosia*, cit., III, 469 ss., spec. 476 ss. e L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008, 212 nt. 124 ove bibl.).

<sup>14</sup> Ho toccato quest’aspetto, pur in una prospettiva sensibilmente diversa, in E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., 38 ss. ove bibl.

<sup>15</sup> Un punto su cui ha insistito, con rilievi originali e suggestivi, soprattutto Giovanni Negri: si veda almeno quanto egli scriveva – in termini generali, riproponibili ben al di là dell’opera cui si stava riferendo – in *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino 1996, 135 ss., spec. 148 ss. Spunti interessanti erano già in ID., *Prolegomeni ad una ricerca sui generi letterari nella giurisprudenza romana*, in *Seminario romanistico gardesano (19-21 maggio 1976)*, Milano 1976, 3 ss., spec. 6 ss.

<sup>16</sup> Come nelle esasperazioni di certo interpolazionismo, sulla cui parabola negli studi romanistici fra XIX e XX secolo è qui, evidentemente, inopportuno dilungarsi. Per qualche orientamento, e lucide prese di posizione, cfr. almeno, di recente, F. D’IPPOLITO, *Saggi di storia della storiografia romanistica*, cit., XIV ss. e M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del ‘Seminario internazionale di diritto romano’ e della ‘Presentazione’ del terzo volume dei ‘Iustiniani Digesta seu Pandectae’ Digesti o Pandette dell’imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani* (Trento, 14 e 15 dicembre 2007), Trento, 2011 (con particolare riguardo al contributo di Mantovani e a quello, già apparso nel 1998 e qui ripubblicato in appendice, di Talamanca), nonché M. BRUTTI, *I romanisti italiani in Europa*, in M. BUSSANI (a cura di), *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione (Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 5, 2014)*, 231 ss. Circa il mio personale orientamento, si vedano i rilievi che ho cercato di formulare in E. STOLFI, *Citazioni e ‘dissensiones prudentium’ nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni*, in *Studi in onore di A. Metro*, VI, Milano 2010, spec. 199 ss. (poi ripresi da L. VACCA, *Controversialità del diritto e impianto casistico*, in V. MAROTTA, E. STOLFI [a cura di], *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma 2012, 71 s.); ID., *I casi e la regula*, cit., 25 s. e nt. 60; ID., *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell’Ottocento alla prima guerra mondiale*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino 2016, 19 ss., ove altra bibl.

<sup>17</sup> Almeno, s’intende, nelle declinazioni meno felici: posso rinviare, in proposito, a E. STOLFI, *Il contesto culturale*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte*, cit., 251 ss., spec. 257 ss. ove bibl.; ma si veda ora anche ID., *Diritto romano e storia del pensiero giuridico*, in corso di pubblicazione in L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC*. Roma, 10-11 ottobre 2014, spec. § 3.

campioni testuali. Qui non sarà possibile, naturalmente, seguire questa strada, così che converrà concentrarsi su pochi aspetti, con riferimento ai quali tornerò a soffermarmi su alcune testimonianze della giurisprudenza fra I e III secolo d.C. alla cui disamina, ma da altra angolatura, già in passato mi ero dedicato.

Trovo interessante, in primo luogo, la circostanza che – a parte rare eccezioni, concentrate soprattutto nelle descrizioni fattuali di qualche giurista, come (Servio-)Alfeno e Cervidio Scevola<sup>18</sup> – il rigore del linguaggio giurisprudenziale imponga il ricorso a una prosa asciutta e sorvegliatissima, disincantata e severa, in cui a essere enunciato è solo quanto possa risultare essenziale, all'occhio selettivo dell'esperto, per tratteggiare il problema (esposto talora tramite la classica cesura fra *casus* e *quaestio*, altre volte senza una distinzione così netta) e rinvenirne la soluzione. Ogni parola, nella stilizzazione più o meno accentuata dei casi<sup>19</sup> rinvenibile nella prosa dei *prudentes*, ha comunque sempre un peso, designa realtà precise e distinte («le parole e le cose», verrebbe di nuovo da dire),<sup>20</sup> senza ricercatezze gratuite e locuzioni superflue o ridondanti.<sup>21</sup>

In genere, e al di là delle distinzioni sempre necessarie a questi riguardi, possiamo rilevare che i giuristi romani non temono ripetizioni ed espressioni quotidiane, quasi banali; ma non sprecano parole. Né le usano in modo disinvolto, sovrapprendendole come (perfetti o parziali) sinonimi: anche laddove ciò poteva riscontrarsi nel lessico comune, e rischiava di proiettarsi anche sulle soluzioni espressive del diritto. Basti, a quest'ultimo proposito, ricordare la notissima testimonianza di D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*), il cui tritico di verbi da definire *per differentiam* (e che traeva verosimilmente spunto dalla terminologia editale) mi sembra da confrontare, più di quanto usualmente sia accaduto,<sup>22</sup> con l'analoga operazione definitoria

<sup>18</sup> Ho richiamato alcuni testi che, in quest'ottica, appaiono pressoché esemplari in E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., 42 ss. ove bibl.

<sup>19</sup> In ragione, ancora una volta, non solo delle differenze fra tipologie di opere: si pensi alla distanza fra quella che (a partire soprattutto da F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 223 ss. = *Geschichte*, cit., 281 ss. = *Storia*, cit., 401 ss.) denominiamo «letteratura problematica» (nella versione inglese e tedesca dell'opera di Schulz, rispettivamente, «Literature of Problemata» o «Problematic Literature» e «Literatur der Problemata») rispetto ai commentari all'edito, a leggi o a scritti di *ius civile*, o ancora ai *libri regularum* e *definitionum*. Vi incidono anche, e in misura non trascurabile, le personali e diverse inclinazioni di ciascun autore. Cfr. anche *supra*, nt. 12.

<sup>20</sup> Si veda *supra*, § 1 e nt. 5.

<sup>21</sup> Nel complesso – ha osservato M. BRETONE, *Il testo giuridico* [1989], ora in Id., *Diritto romano e coscienza moderna. Dalla tradizione alla storia. Scritti nomadi*, Madrid 2011, 185 s. – nelle opere dei giuristi romani il «caso», diversamente da quanto avviene negli *Year books* o nei *Law reports* dei giudici inglesi, viene formulato in termini generali: i dettagli, le circostanze di luogo e di tempo, i nomi delle parti mancano del tutto; solo in qualche rara occasione se ne conserva una traccia. Ciò che conta, in definitiva, è la *quaestio* giuridica che il caso racchiude come in un involucro». Più in generale, circa il «tipizzare» quale «operazione che ha come risultato di trasformare concrete esperienze di vita in modelli ideali di comportamento» cfr. C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio del razionalismo giuridico*, Bologna 1984, 6. Si veda anche E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., spec. 18 ss. ove altra bibl.

<sup>22</sup> Poco più di uno spunto è rinvenibile anche in B. ALBANESE, *'Agerè', 'gerere' e 'contrahere' in D. 50,16,19. Congetture su una definizione di Labeone*, in AUPA 38, 1972, 201 nt. 15 (il quale comunque insisteva sul «rigore linguistico» e il carattere «filologico» della *definitio* labeoniana: *op. cit.*, spec. 224 ss., 246) e F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I, Torino 1992, 120 nt. 119.

che Varrone<sup>23</sup> aveva riservato a *facere, agere e gerere* (ove rilevante appare anche l'omissione, da parte di Labeone e Ulpiano, del primo verbo, sin troppo generico e perciò atecnico, sostituito dal ben più impegnativo *contrahere*).<sup>24</sup>

Simili caratteristiche del linguaggio giurisprudenziale impongono innanzi tutto di interrogarsi a lungo – senza l'espedito del ricorso (strumentale, ove non supportato da concreti riscontri) a congetture di interpolazione – sui testi che presentino modalità espressive (almeno *prima facie*) improprie e/o difficilmente comprensibili. Ma richiedono anche di soffermarsi su ogni vocabolo o sintagma, anche se a una prima lettura pleonastico e insignificante, per valutare attentamente se possa rinviare a qualche aspetto, forse più defilato ma non privo di implicazioni giuridiche.

Mi limito, in proposito, a un solo esempio, tramandato in un frammento assai studiato, sia per le complesse elaborazioni antiche che vi sono riferite, sia per la ricca e originale opera di reinterpretazione che ha innescato sin dall'età dei glossatori (che ne trassero spunto per giungere all'innovativa distinzione fra *dolus causam dans* e *dolus incidens*).<sup>25</sup> Si tratta di D. 4.3.7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*):

<sup>23</sup> *De lingua Latina* 6.8.77-78: *Tertium gradum agendi esse dicunt, ubi quid faciant; in eo propter similitudinem agendi et faciendi et gerendi quidam error his qui putant esse unum. Potest enim aliquid facere et non agere, ut poeta facit fabulam et non agit, contra actor agit et <non> facit, et sic a poeta fabula fit, non agitur, ab actore agitur, non fit. Contra imperator quod dicitur res gerere, in eo neque facit neque agit, sed gerit, id est sustinet, tralatum ab his qui onera gerunt, quod hi sustinet. (78) Proprio nomine dicitur facere a facie, qui rei quam facit imponit faciem ... quicquid amministrat, cuius opus non extat quod sub sensu <m> veniat, ab agitato, ut dixi, magis agere quam facere putatur; sed quod his magis promiscue quam diligenter consuetudo est usa, translaticius utimur verbis: nam et qui dicit, facere verba dicimus, et qui aliquid agit, non esse inficientem.* Mi sono soffermato su un confronto tra questo passo e D. 50.16.19 – cercando di mostrarne la possibile incidenza anche in merito ad alcuni aspetti controversi dell'elaborazione di Labeone e Ulpiano – in E. STOLFI, *Il contesto culturale*, cit., 278 ss. ove bibl.

<sup>24</sup> Non è certo questa l'occasione per soffermarsi sugli innumerevoli problemi suscitati dal passo ulpiano, fra i più discussi dalla storiografia romanistica dell'ultimo secolo (a partire, cioè, almeno da P. DE FRANCISCI, *SYNALLAGMA. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, spec. 331 ss.). Quanto osservato nel testo muove comunque dalla convinzione che al centro della definizione (almeno) labeoniana fosse il verbo *contrahere* più probabilmente che il sostantivo *contractus*: in tal senso, fra gli altri, E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR* 28, 1915, 10 s.; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 148 s. ove altra conforme bibl.; B. ALBANESE, *'Agere', 'gerere' e 'contrahere'*, cit., 193 s. e nt. 5; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983, spec. 11 ove altra bibl.; M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38, 1987, 27, 30 ss.; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*. Milano, 7-9 aprile 1987, I, Milano, 1988, 21 ss.; ID., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo* 30, 1992, 203 ss.; M. BRETONE, *Labeone e l'editto*, in *SCDR* 5, 1993, spec. 31, 35; G. MELILLO, *Contrahere pacisci transigere. Contributo allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, spec. 133 s., 158 ss.; S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini*, Torino 1996, 45 ss.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka* 5, 1996, 127; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 282 ss.; E. STOLFI, *Il contesto culturale*, cit., 276 s.

<sup>25</sup> Circa questo secondo aspetto si vedano, per tutti, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973, 18 ss., spec. 36 ss. nonché, più di recente, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008, 133 ss., spec. 146 ss.; E. STOLFI, *I casi e la regola*, cit., 69 s.; T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015, 322 ss., spec. 350 s., con altra bibl.

*Et eleganter Pomponius haec verba “si alia actio non sit” sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Questa testimonianza si iscrive nel ricco lavoro interpretativo a cui i commentatori dell'editto – da Servio a Labeone, a Pedio e Pomponio, sino a Ulpiano – sottoposero la previsione edittale dell'*actio de dolo*, e in particolare la sua sussidiarietà (dal momento che, come noto, il pretore ne subordinava la concessione alla circostanza che '*alia actio non erit*').<sup>26</sup> Un impegno giurisprudenziale sul quale più volte mi è occorso di insistere<sup>27</sup>, perché davvero paradigmatico sia dell'atteggiarsi della sinergia fra magistrati provvisti di *iurisdictio* e *prudentes*, sia dello stile di lavoro di questi ultimi. Essi pervennero infatti, sull'arco di varie generazioni, a una dilatazione tale del concetto di '*alia actio*' – stimato ormai comprensivo di *in integrum restitutio*, azione divenuta inespugnabile per ragioni di tempo (a meno che il suo mancato esercizio fosse a sua volta causato da dolo), interdetto, eccezione e persino una sicura *denegatio actionis* – da poter mettere a punto con Pomponio, come meglio vedremo, una felice sintesi di portata generale,<sup>28</sup> nel senso che l'azione penale contemplata dal pretore sarebbe stata da concedere ove non fosse rintracciabile alcun altro mezzo processuale idoneo a garantire l'integrità patrimoniale della vittima dei raggiri (*quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit*).

Ma una simile conclusione – che quasi distillava in una onnicomprensiva direttiva ermeneutica secoli di più circoscritti interventi, conciliando linee ricostruttive almeno in parte divergenti<sup>29</sup> – non esauriva affatto il problema.<sup>30</sup> Ulpiano stimava infatti necessario vagliare la tenuta dell'approdo pomponiano (che, per così dire, superava la prova: *nec vide-*

<sup>26</sup> Vi torneremo al § 5.

<sup>27</sup> Posso in effetti fin d'ora rinviare a quanto scrivevo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 367 ss. e *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano 2002, 260 ss. (ma con prevalente attenzione alla prima parte del nostro testo, in merito alla citazione pomponiana) e poi – con riguardo soprattutto al suo rapporto col caso contemplato da Giuliano – *I casi e la regola*, cit., 66 ss., nonché ora *Dal ius controversum alle antinomie*, in corso di pubblicazione in *Legal Roots*, § IV, tutti con bibl.

<sup>28</sup> Che Ulpiano recepirà senz'altro, rilevandone l'«eleganza»: *infra*, § 5.

<sup>29</sup> Anche su questo punto torneremo più distesamente: *infra*, § 5.

<sup>30</sup> Confermando come la logica induttiva coprisse solo un primo tratto del ragionamento giurisprudenziale: cfr. E. STOLFI, *I casi e la regola*, cit., spec. 31, 42 ss., 63 ss. Non mi sembra restituire correttamente il senso del rapporto che Ulpiano mirava a instaurare fra le iniziali enunciazioni di D. 4.3.7.pr. e la casistica rinvenuta in Giuliano M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 81, ove si sofferma sul «perché il parere di Giuliano non sembra a Ulpiano in contrasto con il principio edittale della sussidiarietà dell'actio de dolo». In realtà, come stiamo verificando, il giurista severiano intendeva illustrare come la logica seguita da Giuliano non si discostasse dall'elaborazione di Pomponio: il termine di raffronto non era tanto il tenore letterale dell'editto, ma la creativa (re)interpretazione cui l'aveva sottoposto il commentatore di età antoniniana, con esiti dalla portata parimenti normativa (approdando cioè a una vera e propria *sententia*).

*tur huic sententiae adversari ...*) confrontandolo con un'ipotesi specifica, tratta da Giuliano. Questi, nel quarto libro dei *digesta*,<sup>31</sup> aveva esaminato il caso di un minore di venticinque anni il quale era stato indotto dai fraudolenti consigli del proprio schiavo a venderlo, *cum peculio*, a un soggetto che, ignaro del dolo, lo aveva più tardi<sup>32</sup> manomesso. Da qui l'esame di quattro possibili rimedi processuali: fra essi venivano scartate l'*actio venditi* in astratto esperibile contro il compratore (ove anche da parte sua fosse riscontrabile un dolo: il che appunto non si era verificato) e la *restitutio in integrum* che potrebbe spettare a un infraventicinquenne, qui vanificata dalla circostanza che la manomissione costituiva un atto non suscettibile di rimessa in pristino;<sup>33</sup> mentre si riteneva fosse da concedere l'*actio de dolo* contro il liberto oppure<sup>34</sup> fosse riconosciuta la nullità della vendita (ove il raggio fosse stato decisivo per la conclusione della medesima, che altrimenti non sarebbe stata compiuta, neppure a condizioni diverse).<sup>35</sup>

Anche senza poter approfondire l'analisi della soluzione di Giuliano, e in particolare il controverso rapporto fra queste ultime due forme di tutela,<sup>36</sup> interessano ora soprattutto due parole ('*cum peculio*') spesso poco valorizzate nella lettura del nostro passo. Perché l'autore dei *Digesta* aveva voluto precisare (e Ulpiano si era ancora sentito in dovere di riportare) che il minore di venticinque anni aveva venduto lo schiavo provvisto di peculio? Il caso è illustrato solo nel suo schema essenziale, giuridicamente rilevante, eppure vi trova spazio questo

<sup>31</sup> Anch'egli, con ogni probabilità, in tema '*de dolo malo*': cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, 325.

<sup>32</sup> Ossia, verosimilmente, dopo che ne era divenuto proprietario in forza dell'usucapione garantita dalla *possessio* in cui era stato immesso *emptiois causa*: è peraltro probabile che già nel II secolo d.C. vigesse la regola (che apprendiamo da Tit. Ulp. 22.8) secondo cui il titolare dell'*in bonis habere* sullo schiavo (il suo proprietario «pretorio» o «bonitario», diremmo noi) potesse già manometterlo, anche se per conferirgli solo la *Latinitas Iuniana* (laddove la cittadinanza romana sarebbe scaturita solo dall'ulteriore affrancazione a opera del *dominus ex iure Quiritium*).

<sup>33</sup> Sia pure in forza di un principio assai meno scontato di quanto potremmo supporre, la cui applicazione, nell'ipotesi in questione, è quindi forse da ricondurre a una precisa scelta giuliana, come posto in luce da M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., 22 ss. (al cui panorama di testi rilevanti in proposito aggiungerei la possibilità che un analogo orientamento fosse sotteso alla scelta del medesimo giurista di concedere un'*actio in factum* nell'ipotesi del noto D. 2.14.7.2 [Ulp. 4 *ad ed.*]). Diversamente – nel contesto di uno studio importante, su cui torneremo (in particolare, *infra*, § 4), ma che non mi sentirei di seguire integralmente nell'esegesi di D. 4.3.7.pr, soprattutto ove stimava corrotta la previsione di un'*actio de dolo* da concedere contro il liberto (il che, a tacer d'altro, mi parrebbe privare di senso il rapporto che Ulpiano mirava a instaurare fra la *sententia* di Pomponio e il caso affrontato da Giuliano) – B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, estr. da AUPA 28, 1961, 21 ss. Affrontano il problema in questione anche M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 82 e nt. 41 e T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo*, cit., 329 ss. ove altra bibl.

<sup>34</sup> Sempre che non sia da negare la genuinità del relativo tratto testuale, come invece ancora ritiene M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., 23. Una approccio più fiducioso nella genuinità del passo è in M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 73 ss. (ove ampia disamina anche delle altre ipotesi di alterazione prospettate in passato).

<sup>35</sup> Proprio su questo punto insisterà la ricordata *interpretatio* medievale, muovendo dalle parole '*in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*'.

<sup>36</sup> Sul punto, di recente, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 74 ss. e T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo*, cit., 316 ss., spec. 327 ss. ove bibl.

dettaglio. Escluderei si tratti di un'annotazione volta a conservare traccia di un episodio concreto: e non solo per le peculiarità dell'opera giuliana, la cui casistica (diversamente che in altri scritti dello stesso tipo) in genere non sembra riprodurre questioni reali sottoposte alla valutazione del giurista.

Ritengo, piuttosto, che quell'accento alle condizioni pratiche dell'accordo e degli interessi coinvolti – tutti calati nel composito e per certi aspetti ambivalente regime della schiavitù romana<sup>37</sup> – rivesta anch'esso un significato tecnico, e contribuisca perciò a gettare qualche luce sulla soluzione di Giuliano. In effetti, la circostanza che la vendita abbia interessato uno schiavo col suo peculio spiega bene sia il comportamento del compratore (che lo ha prima acquistato e poi manomesso, evidentemente non per spirito filantropico o premiale, ma perché a ciò indotto dalla disponibilità economica del *servus*), sia il disegno di quest'ultimo, che aveva approfittato dell'inesperienza del (primo) padrone per ottenere non solo (e non tanto) un mutamento di proprietà, ma per precostituirsi le condizioni onde acquistare la libertà (ed eventualmente anche la cittadinanza, ove l'*emptor* fosse divenuto frattanto suo *dominus ex iure Quiritium*<sup>38</sup> e avesse provveduto a una delle cosiddette manomissioni civili). E la medesima circostanza potrebbe spiegare anche il tenore della distinzione giuliana circa le modalità di protezione dell'infraventicinquenne raggirato. Nulla, cioè, sarebbe stata la compravendita solo ove fosse dimostrato che il giovane non l'avrebbe affatto conclusa se non fosse stato *circumscripatus*, mentre sarebbe esperibile l'*actio de dolo* contro il liberto se il raggirato fosse stato unicamente volto a realizzare la compravendita a quelle e non altre condizioni: ossia, verosimilmente, appunto *cum peculio* anziché senza (o con un peculio di entità effettivamente diversa da quella che il *servus* ha fatto credere al venditore).<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Ove lo schiavo era *res*, e dunque merce, ma anche uomo, e perciò provvisto di (quella che noi denominiamo) capacità di agire, titolare di un peculio e in grado di concludere negozi, anche con scaltrezza, sino al punto di potersi guadagnare col denaro la propria libertà. Anche in riferimento al nostro testo, e alla duplice veste che il *servus* vi assume, mi sembra dunque legittimo servirsi di quella formula («reificazione imperfetta») che suggerivo fin dai tempi di *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 395 ss., ed è stata poi ripresa anche da U. AGNATI, «*Persona iuris vocabulum*». Per un'interpretazione giuridica di «*persona*» nelle opere di Gaio, estr. da *Rivista di diritto romano* 9, 2009, 32 nt. 129. Si veda inoltre E. STOLFI, *La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e romane*, estr. da *Teoria e Storia del Diritto Privato* 2, 2009, 11 ss. e Id., *Padroni e schiavi: i dispositivi del potere*, in corso di pubblicazione in A. CERNIGLIARO (a cura di), *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto*, Napoli 22-23 novembre 2012, §§ 1 ss.

<sup>38</sup> Cfr. *supra*, nt. 32.

<sup>39</sup> Così, da ultimo, T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo*, cit., 329: uno dei non molti studiosi ad aver prestato la dovuta attenzione all'espressione che ci riguarda. Si vedano comunque, a tale proposito, già J.C. VAN OVEN, *D.4.3.7.pr. Contribution a l'histoire du dol dans les conventions*, in *Studi E. Albertario*, I, Milano 1953, 276 (che non mi sembra meritasse la perentoria censura di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., 22 nt. 24; opportunamente meno drastica M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 78 s.); A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS* 94, 1977, spec. 237 e 241 (che tende a identificare l'effetto del raggirato non nella falsa rappresentazione dell'entità del peculio, ma nel fatto stesso che questo fosse stato coinvolto nella compravendita); A. D'ORS, *Una accion de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. D. 4, 3, 7 pr y 4, 4, 11 pr.*, in *SDHI* 46, 1980, 33 s. Solo un cenno (che si esaurisce in pochi rinvii bibliografici) è rinvenibile in G. MACCORMACK, *'Dolus' in Decisions of the Mid-classical Jurists (Julian-Marcellus)*, in *BIDR* 96-97, 1993-1994, 88 e nt. 14.

Una conclusione che – ne sono consapevole – può essere prospettata solo con cautela, e in via di mera ipotesi, ma che mi sembra davvero molto plausibile, e contribuisce almeno a confermare l'estrema attenzione con cui abbiamo il dovere di considerare ogni parola dei testi giurisprudenziali, la quale, anche se in apparenza superflua, potrebbe invece svelare non poco del ragionamento dell'autore, in qualche misura opaco o sommerso.

3. In altri testi certe locuzioni hanno conosciuto, presso la maggior parte degli interpreti, un destino affatto diverso, ma nella nostra prospettiva altrettanto significativo. Anziché trascurate, esse hanno suscitato interesse e discussioni, proprio in quanto non agevolmente spiegabili, contraddistinte come sono (o sarebbero) da una portata tecnica che il contenuto del frammento parrebbe smentire, o rivelare incongrua. Da qui il fiorire, per restituire una logica coerenza ai passi che le contengono, di molteplici congetture: dal ricorso (un tempo pressoché inevitabile) a ipotesi di interpolazione a ricostruzioni meno drastiche e invasive, sino a letture tese a valorizzare il contesto palinogenetico e le chiavi di comprensione che esso può offrire (è proprio in simili frangenti, osservo per inciso, che le indagini sui nuclei normativi dei frammenti del Digesto, il loro scavo esegetico e la ricomposizione degli originari ambiti di scrittura giurisprudenziale hanno una delle più felici occasioni di integrarsi).

Quello a cui ho appena accennato è appunto il caso di un primo brano che – procedendo ancora in via meramente esemplificativa – possiamo richiamare. Alludo all'espressione 'accepta fieri' leggibile in D. 19.2.21 (Iav. 11 *epist.*):<sup>40</sup>

*Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.*

Viene qui contemplato un congegno negoziale che – nell'impossibilità, dettata dalla tipicità delle azioni e dei contratti caratteristica dell'esperienza antica, di allestire uno degli odierni «contratti misti» – combina due convenzioni, sì provviste di *nomen* e auto-

<sup>40</sup> Per un esame più dettagliato di questo passo, anche in riferimento ad aspetti tecnici (come il ruolo che vi assolve il richiamo alla *bona fides*) sui quali non preme adesso tornare, si vedano, fra gli altri, D. DAUBE, *Tenancy of Purchaser (D.19. 2. 21)*, in *Cambridge Law Journal* 10, 1950, 77 ss.; T. MAYER MALLY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956, 60 ss.; B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, Berlin 1978, 46 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova 2003, 127 s.; E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, 99 ss. ove altra bibl.; F. MANCUSO, *Per la storia del leasing in Italia*, Bologna 2008, 52 ss.; A. MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza* [2008], ora in ID., *Variae*, I, Lecce, 2014, 759 s.; R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011, 222 ss. (convinto, diversamente dalla *communis opinio* e nonostante le formulazioni giavoleniane che a mio avviso rimangono esplicite in tal senso, che neppure in questo passo saremmo di fronte a «un valore della *bona fides* come principio di rispetto dell'accordo»: sul punto cfr. ora E. STOLFI, *Ancora sulla buona fede (oggettiva): uno sguardo da lontano*, in corso di pubblicazione in *Studi Senesi*, § 2).

nome, ma che concorrono a determinare un unitario assetto di interessi. Nel concludere la vendita di un fondo (per il quale, evidentemente, l'*emptor* non disponeva di tutto il denaro richiesto), era stato infatti previsto il pagamento dilazionato del prezzo e, finché esso non fosse integralmente corrisposto, il costituirsi, sul medesimo bene, di un rapporto di locazione. Questo secondo contratto – lungi dal porre problemi di ammissibilità giuridica, come ad avviso di quanti hanno scorto nel passo un'ipotesi di conduzione di cosa propria<sup>41</sup> – assolveva evidentemente una pluralità di funzioni: operando sia come incentivo (prima a non far sfumare l'affare e poi) a ottenere il versamento del residuo *pretium*, sia come atto ricognitivo del dominio (onde scongiurare il rischio di usucapione), sia come meccanismo volto ad assicurare al venditore un vantaggio economico (tramite il pagamento dei canoni) equivalente, nella sostanza, agli interessi sul prezzo non ancora riscosso.

Le maggiori difficoltà sono suscitate, da un lato, dalla formulazione del quesito (*an soluta pecunia merces accepta fieri debeat?*) e, dall'altro, dalla parte conclusiva del testo, che fa seguito alla perentoria (ma di per sé piuttosto vaga) affermazione secondo cui *bona fides exigit, ut quod convenit fiat*.<sup>42</sup> Naturalmente i due aspetti non sono scindibili – dal momento che solo l'esatta comprensione dell'interrogativo consente di cogliere il senso della risposta di Giavoleno<sup>43</sup> –, ma è sul primo che conviene adesso soffermarsi maggiormente. Vi compare infatti, come anticipato, il sintagma '*accepta fieri*' che usualmente, nella sua accezione tecnica, rinvia al compimento di un'*acceptilatio*, quale atto estintivo di un'*obligatio verbis contracta*. Ma questo comporterebbe, dal momento che le parti hanno concluso due contratti consensuali, di dover immaginare un elemento che nel passo non è affatto menzionato, ossia l'intervento di una terza operazione, con cui il corrispettivo della locazione fosse stato riversato nell'oggetto di un'apposita *stipulatio*: il che a sua volta costringerebbe a pensare che la durata della *locatio* non fosse semplicemente stabilita (come invece leggiamo nel frammento) sino al versamento del residuo prezzo, ma che tale versamento dovesse essere compiuto entro un termine determinato. Inconvenienti non lievi – dal momento che un elementare canone ermeneutico esige che un testo venga spiegato alla luce di quanto vi è scritto, e non di ciò che vi è taciuto, e inserito solo dall'interprete – e ai quali dobbiamo aggiungere l'ulteriore incoerenza cui la risposta di Giavoleno darebbe luogo, dal momento che essa non solo manca di qualsiasi ri-

<sup>41</sup> Viceversa esclusa dall'effetto, notoriamente non traslativo di proprietà, dell'*emptio venditio* (avente qui a oggetto una *res Mancipi*), e anche dalla circostanza che neppure era configurabile una *possessio ad usucapionem*, proprio in forza della veste (anche) di conduttore con cui il compratore veniva immesso nella disponibilità del bene. Sul punto si veda già E. STOLFI, '*Bonae fidei interpretatio*', cit., spec. 102 s. ove bibl.

<sup>42</sup> Espressiva di una prestazione della *bona fides*, quale parametro volto a garantire piena attuazione a quanto effettivamente voluto dalle parti, che troverà ulteriori e più ampie attestazioni con la giurisprudenza severiana. Emblematico in tal senso è soprattutto D. 19.1.11.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*. Circa l'analisi di questo testo, posso rinviare a E. STOLFI, '*Bonae fidei interpretatio*', cit., 86 ss. ove altra bibl.

<sup>43</sup> In merito alla quale non mi sentirei di discostarmi (nonostante la diversa lettura di Fiori: *supra*, nt. 40) dalla ricostruzione che proponevo in '*Bonae fidei interpretatio*', cit., spec. 104 ss., cui ha pienamente aderito anche F. MANCUSO, *Per la storia del leasing*, cit., 52 ss.

chiamo a un'*acceptilatio*, ma viene tutta centrata sull'impatto della *bona fides*, notoriamente non inerente al *iudicium* cui dava luogo l'azione a tutela della *stipulatio*.

Continuo pertanto a ritenere<sup>44</sup> che la coerenza e il senso giuridico del nostro frammento possano essere rispettati solo conferendo alla locuzione '*accepta fieri*' una portata atecnica, la quale sarebbe estremamente sorprendente alla luce di quanto è stato sinora osservato (e, anzi, con esso in aperto contrasto), ma solo se ritenessimo che a impiegarla, direttamente ed esclusivamente, fosse stato lo stesso Giavoleno. Il contesto palinogenetico ci rivela però che siamo nelle *epistulae*, e non è affatto da escludere che in quest'opera, al di là della scelta di rendere anonimi i propri interlocutori, fossero confluite anche reali risposte a privati che si erano rivolti allo scolarca cassiano.<sup>45</sup> Diviene così estremamente plausibile<sup>46</sup> che quelle parole risalissero al suo effettivo interpellante, il quale aveva forse pensato (magari per propria maggiore tranquillità, come spesso accade a chi si rivolge a un tecnico del diritto) a un possibile, specifico atto estintivo dell'obbligazione, o ancor più probabilmente chiedeva, senza riferirsi affatto a un'*acceptilatio*, se la mercede dovesse essere trattenuta o restituita.

La situazione cui egli faceva riferimento doveva essere in effetti, a mio avviso, quella in cui non era intervenuta alcuna *stipulatio* né era stato previsto un termine per la locazione (diverso e ulteriore rispetto al momento in cui *pecunia omnīs persolveretur*), ma il versamento del prezzo residuo era intervenuto in un momento non coincidente con quello del pagamento (naturalmente periodico e usualmente preventivo) dell'ultimo canone di locazione. Da qui la risposta di Giavoleno, ad avviso del quale la *bona fides* esige il più fedele rispetto dell'accordo e pertanto non tutta la (ultima) *merces* potrà essere legittimamente trattenuta dal venditore-locatore, ma sarà da considerare non dovuto (e quindi ripetibile) il denaro relativo a quella frazione del periodo di riferimento del canone (ad esempio un mese o un anno) posteriore alla *numeratio pecuniae*.

Se in quest'occasione l'incongruenza tecnica di alcune parole può trovare spiegazione nelle caratteristiche dell'opera da cui è tratto il frammento che le conserva, altrove le cose risultano ancor più complicate. Per averne un riscontro possiamo tornare al commentario all'editto di Ulpiano, all'altezza della sua ricca analisi in materia di dolo e relativa *actio*. Il passo cui riferirsi coinvolge ancora quell'aspetto del suo regime (la sussidiarietà) cui già si è accennato e sul quale ancora tornerò.<sup>47</sup> Di nuovo sarà possibile concentrarsi solo su un aspetto, di natura terminologica, lasciando più defilati innumerevoli altri problemi interpretativi che pone questo passo, fra i più discussi (soprattutto per quanto attiene al possibile mutamento, fra l'età di Labeone e quella di Pomponio, dei requisiti alla cui integrazione era subordinata la concessione di un rimedio così importante e controverso quale l'*agere prae-scriptis verbis*).<sup>48</sup> Si tratta infatti di D. 4.3.9.3 (Ulp 11 *ad ed.*):

<sup>44</sup> Come già scrivevo in '*Bonae fidei interpretatio*', cit., 106 ss.

<sup>45</sup> In tal senso G. VIARENGO, *I destinatari delle lettere di Giavoleno*, in AUGÉ 20.1-2, 1984-1985, 223 ss.

<sup>46</sup> Come riconosciuto anche da M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 128, discostandosi dall'orientamento assunto in propri precedenti contributi, con una scelta tanto più significativa poiché in lui non frequente, attesa l'enorme ponderazione e l'accanimento analitico che sorreggeva ogni suo risultato esegetico.

<sup>47</sup> Cfr. *supra*, § 2 e *infra*, §§ 4 e 5.

<sup>48</sup> Fondamentale, anche per la consueta acribia con cui vi era passata in rassegna la letteratura su questo testo, rimane l'analisi di M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D.4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d.*

*Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicaretur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. quae distinctio vera esse videtur.*

Il caso è noto: essendovi una controversia circa l'appartenenza di una quantità d'olio, uno dei contendenti (Tu) lo consegna – con un'iniziativa che, a quanto sembra, non coinvolge l'altro litigante – a un terzo (Seio) affinché questi lo venda, ne conservi il ricavato e quindi lo corrisponda a chi, in sede processuale, ne sarà accertato titolare. Dal momento che l'altro contendente (Tizio) rifiuta di *iudicium accipere*, e quindi propriamente non si perviene a una sentenza che individui chi sia proprietario dell'olio, il denaro viene trattenuto da Seio. Né questi, ad avviso di Labeone, dovrà risponderne, dal momento che Tu potrà disporre (solo) di un'*actio de dolo* contro Tizio (il che, attesa la natura sussidiaria di quest'azione, ha fatto pensare che il giurista augusteo stimasse inutilizzabile qualsiasi altro mezzo di tutela).<sup>49</sup> Una soluzione cui invece Pomponio – seguito da Ulpiano – propendeva solo in via subordinata, ove cioè il rimedio principale che egli suggeriva (l'*agere*, o *actio, praescriptis verbis* da esperire contro Seio) fosse di fatto vanificato dall'insolubilità di quest'ultimo.

Il punto su cui preme soffermarsi attiene proprio alle parole con cui viene descritto il contegno processuale di Tizio. La circostanza che egli si rifiuti di *iudicium accipere* sembra infatti alludere, evocando la tipica terminologia della procedura formulare,<sup>50</sup> a una sua po-

*contratti innominati*, in *Scritti Fazzalari*, I, Milano 1993, 195 ss. (il quale stimava che il ricorso di Labeone all'*actio de dolo* contro Tizio, contendente la proprietà dell'olio, presupponga l'esclusione, da parte del medesimo giurista, dell'*agere praescriptis verbis*, soprattutto in quanto procedura per lui ancora necessariamente da modellare sulla falsariga di un'azione che desse luogo a un *iudicium bonae fidei*, quale non sarebbe stata riscontrabile, almeno alla sua epoca, per alcuna delle ipotesi contrattuali più vicine all'accordo concluso nel caso di specie). Si vedano anche, fra gli altri, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 85 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio*, I, cit., 208 ss.; A. BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3*, in *SCDR* 7, 1995, 27 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, spec. 78 ss. (che sembra peraltro ignorare gran parte del dibattito storiografico in merito, soprattutto italiano); M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI* 72, 2006, 237 ss., 271 (all'interno di una ricostruzione che, nel complesso, trovo difficilmente condivisibile); M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 55 ss. e F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105, 2011, 160 ss., spec. 164 s. (con una diversa spiegazione circa l'omessa menzione labeoniana dell'*agere praescriptis verbis*, ricondotta alla circostanza che il mancato verificarsi della condizione, cui era subordinata la restituzione del prezzo dell'olio, non era imputabile al sequestratario-mandatario Seio, al quale non sarebbe stata perciò imputabile alcuna violazione della buona fede, anche se, mi sentirei di aggiungere, vi era stato in lui un comportamento estremamente formalistico, tutto volto a proprio vantaggio, onde trattenere il ricavato della vendita dell'olio). Circa la mia posizione in merito al punto ricordato nel testo, e su altri problemi destati da D. 4.3.9.3, posso rinviare a E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 215 ss. ove altra bibl., e a *Id.*, *I casi e la regula*, cit., 68 s. nt. 173.

<sup>49</sup> Ma sul punto dovremo tornare: *infra*, § 4.

<sup>50</sup> Simmetrica e giustapposta al '*dictare iudicium*' da parte dell'attore, ed espressiva, come noto, dell'ac-

sizione di convenuto: il che, se non confligge con l'iniziale descrizione del caso (... *si oleum tuum quasi suum defendat Titius*), ma neppure ne è confermato in modo decisivo,<sup>51</sup> contrasta invece col fatto che l'olio fosse nella materiale disponibilità di Tu, che è stato in effetti il soggetto (l'unico) che ne ha compiuto la consegna a Seio, lasciando così intendere di essere il legittimato passivo alla *rei vindicatio* (qualifica che, come noto, spettava di regola al possessore),<sup>52</sup> mentre Tizio avrebbe assunto la veste di attore.

Da qui varie spiegazioni da parte degli interpreti, anche recenti, la cui inventiva esegetica è stata incoraggiata dalla circostanza che in questo caso è davvero difficile – e in effetti, a quanto mi consta, mai prospettato anche nella stagione dell'interpolazionismo più intransigente, che non risparmiò invece altri passaggi del testo ulpiano<sup>53</sup> – addossare al solito, sprovvedutissimo compilatore giustiniano, o copista tardoantico, la colpa di un'inserzione, o variazione lessicale, gratuita e maldestra, con la quale sarebbe stata compromessa la chiarezza del testo col solo vantaggio (non si comprende poi quale) di evocare un linguaggio processuale vecchio di secoli. Più plausibili altre strade, battute dagli studiosi cui accennavo: nel senso o di ammettere una sorta di deroga al consueto uso linguistico, oppure di mantenerne la semantica consolidata, ma ipotizzando qualche peculiarità nello scenario processuale.

Nella prima prospettiva si pongono quanti ritengono che Tizio fosse effettivamente l'attore e che l'espressione qui esaminata alludesse semplicemente al fatto che egli non avrebbe accettato il '*dare iudicium*' del magistrato<sup>54</sup> (per motivi non chiariti, e neppure agevoli da immaginare)<sup>55</sup>. Sia per queste ulteriori incertezze che verrebbero in tal modo a determinarsi, sia per la vistosa deroga, che così permarrebbe, rispetto a usi linguistici flessibili ma rigorosi nel loro tecnicismo, propenderei per altre ricostruzioni, soprattutto nella loro ultima variante.

cettazione della *formula*, in modo da poter concludere la *litis contestatio*. Sul significato di '*iudicium accipere*' nel nostro frammento, per tutti, M. TALAMANCA, *Note*, cit., 199 s. e ntt. 11 s. ove bibl.

<sup>51</sup> In quanto quella frase può essere benissimo intesa nel senso (non che Tizio 'si difende' in giudizio, operando quindi in qualità di convenuto, ma) che «prende l'iniziativa di minacciare una lite a *Ti*»: così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 86. Ritieni che «qui il termine *defendere* appare usato ... nel senso generico di sostenere (essere proprio l'olio in effetti altrui)» anche A. BURDESE, *In margine a D.4.3.9.3*, cit., 28.

<sup>52</sup> O al solo non possessore che dolosamente *liti se optulit*, mentre più controverso è il caso di colui che *ante litem contestatam dolo desiit possidere* (per il quale si ritiene, anche a livello manualistico, che l'estensione della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* fosse estranea alla prassi processuale e alla riflessione dei giuristi del principato, per essere introdotta solo più tardi: cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 442 e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006<sup>3</sup>, 327 e nt. 108).

<sup>53</sup> Indicazioni più puntuali già in B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 86. Cfr. anche E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 216 nt. 327.

<sup>54</sup> Si veda in tal senso G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in AUPA 40, 1988, 252 nt. 101, coi rilievi critici di M. TALAMANCA, *Note*, cit., 199 s. e ntt. 11 s.

<sup>55</sup> Dal momento che è piuttosto complicato pensare a un attore che trovasse la *formula* di una *rei vindicatio* da lui promossa così lontana dalle proprie aspettative da non concludere la *litis contestatio*, o vi si sottraesse perché si era frattanto convinto dell'infondatezza della pretesa e mirava pertanto a privare la controparte del ricavato della vendita dell'olio (ma con la conseguenza di essere poi esposto, almeno secondo la soluzione prospettata da Labeone, al rischio di una condanna infamante in sede di *actio de dolo*).

Una prima tesi,<sup>56</sup> infatti, faceva leva sulla possibilità che, al tempo di Labeone, la tutela processuale fosse ancora costituita, nella nostra fattispecie, (non dalla *rei vindicatio* formulare, ma) dall'*agere in rem per sponsionem*: il che però, se in astratto non può essere escluso (pur destando notevoli perplessità),<sup>57</sup> parrebbe ancor più implausibile al tempo di Pomponio, a proposito del cui intervento Ulpiano sembra registrare l'assoluta identità della questione esaminata (tanto da rendere credibile che egli già citasse il giurista augusteo).<sup>58</sup>

Il contesto processuale potrebbe essere stato allora decisivo, ma da un altro punto di vista: a venire promossa sarebbe stata una rivendica formulare, ma in essa i contendenti avrebbero assunto, prima e dopo il deposito dell'olio a Seio, una veste processuale diversa, in quanto, successivamente a essa, «Tu si è venuto indubbiamente a spogliare della posizione che lo legittimava in via passiva alla *rei vindicatio*»,<sup>59</sup> verosimilmente sulla scorta di un accordo con la controparte, col quale era stato previsto che «lo stesso Tu si sarebbe assunta la più scomoda posizione di attore, con relativo onere della prova».<sup>60</sup>

Una ricostruzione che, se – diversamente da quanto riscontrato per D. 19.2.21 – non può far a meno di ipotizzare l'esistenza di dati non resi (completamente) espliciti nel testo, si rivela comunque più persuasiva, anche per lo sforzo di escludere qualsiasi improprietà linguistica (o almeno ogni ricorrenza fortemente eterodossa) nella scrittura di Labeone e dei due giuristi che si posero sulle sue orme. Un intento che indubbiamente, in generale, non possiamo assumere in termini assoluti e meccanici, sino a farne una sorta di canone pre-costituito e sempre vincolante, ma che ritengo possa (e debba) essere tenuto presente, almeno alla stregua di una presunzione semplice.

4. Pur procedendo, come inevitabile, attraverso riscontri testuali sin troppo circoscritti, spero che inizi a divenire meno generico e banale quanto intendevo evocare all'avvio, riferendomi al rigore terminologico dei giuristi romani e alla loro cura nel tracciare e rispettare i confini ideali delle nozioni evocate dalle parole (trovo perciò felice, benché in sé piuttosto

<sup>56</sup> Risalente a S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, Leipzig 1905, 146 ss. e sostanzialmente ripresa, almeno per quanto concerne il punto per noi più rilevante, da B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 86 s. e nt. 111.

<sup>57</sup> Dovremmo infatti supporre (e a me sembra un'ipotesi quasi disperata) che almeno la prima spettazione del caso poi inserito nei *Posteriores* fosse anteriore al 17 a.C., allorché la piena «legittimazione» augustea del processo formulare, rese sì praticabili le modalità di quest'ultimo anche per l'*agere ex sponsione*, ma di fatto – sostituendo, anche nella produttività di effetti *iure civili*, la *legis actio sacramento in rem* con la *rei vindicatio* – elise gran parte delle ragioni per cui ricorrere a questa forma di tutela anziché direttamente all'azione posta a difesa della proprietà (nella veste, appunto, della rivendica formulare).

<sup>58</sup> Anche se poi il referente severiano sembra consultasse entrambi di prima mano, come indica il richiamo puntuale (con indicazione del libro, che è invece rarissima nei frammenti tratti dai lavori dello stesso Pomponio) alle opere dell'uno e dell'altro: cfr. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 370.

<sup>59</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Note*, cit., 198 ss. ove altra bibl. (sue le parole citate), con una ricostruzione – alla quale sostanzialmente già aderivo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 217 s., così come poi anche F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., 161 e nt. 64 (che però parlano [p. 161] di una controversia fin dall'inizio «instaurata da Tu nei confronti di Tizio») – analitica e complessa, della quale viene qui richiamata solo la conclusione di fondo.

<sup>60</sup> In questi termini, a integrazione della tesi (sostanzialmente condivisa) di Talamanca, A. BURDESE, *In margine a D.4.3.9.3*, cit., 30.

tautologico, parlare di «definizioni perimetrali» nel loro lavoro<sup>61</sup>: e a una *definitio* vera e propria, pur nella valenza topica che quasi sempre vi era impressa, dovremo in effetti riferirci fra breve).

Un ulteriore, fecondo, terreno di lavoro mi sembra sia costituito dalle modalità espressive impiegate dai *prudentes* nell'interagire fra loro, ossia dagli stilemi di cui si servivano per riferire precedenti soluzioni giurisprudenziali ed (eventualmente) esprimere la loro condivisione (totale o tendenziale, attesa la frequente introduzione di integrazioni e parziali rettifiche). Inutile insistere, ancora una volta,<sup>62</sup> sul ruolo fondamentale che quella fittissima rete di richiami, con gli autentici «dialoghi fuori dal tempo» che instaurava,<sup>63</sup> assolveva nel concreto operare della *scientia iuris*, tanto che l'abbondanza di citazioni, da cui muovere nell'affrontare quasi ogni problema, doveva apparire una prerogativa di quella disciplina già agli occhi dei contemporanei, impegnati in altri saperi (come nel caso celebre di Cicerone, che giungeva a ironizzare su quel dato, volgendolo in ridicolo).<sup>64</sup>

E una prerogativa che – se in genere assumeva un rilievo elevatissimo, in ragione dell'assetto giurisprudenziale e dell'impianto casistico di quell'esperienza giuridica, con lo spiccato

<sup>61</sup> Si veda in tal senso, pur con riferimento a un'elaborazione specifica (quanto all'oggetto e ai protagonisti), R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, spec. 183 ss.

<sup>62</sup> Mi sono infatti soffermato più volte su questi aspetti, ai miei occhi davvero cruciali: cfr. almeno E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Rivista di diritto romano* 1, 2001, 345 ss., spec. 351 ss.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 29 ss., spec. 40 ss., 261 ss.; ID., *Argumentum auctoritatis, citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani*, in A. LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari 2011, 85 ss., spec. 123 ss.; ID., *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas»*, cit., spec. 172 ss.

<sup>63</sup> Riprendo una terminologia di M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1993<sup>8</sup>, 309 ss. In senso non difforme già M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR* 80, 1977, 266. Si vedano anche, con particolare riguardo alle citazioni ulpianee, A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, spec. 222, 241 s., ed E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 192 ss. Per un felice esempio di un montaggio che, nel richiamare autori cronologicamente distanti fra loro, «quasi restituisce alla *dissensio* la cadenza di un contraddittorio», si veda Coll. 12.7.10, su cui, per tutti, D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 331 ss. ove bibl. (sue [a p. 332] le parole citate).

<sup>64</sup> Un sarcasmo che, al di là dei condizionamenti del contesto amicale e scherzoso, si rivela particolarmente significativo, in quanto l'Arpinate – mai pienamente integrato nella tradizione della *scientia iuris*, pur avendo ovviamente con essa un'assidua frequentazione – poteva cogliere dall'esterno alcuni tratti salienti, e anche i limiti, del lavoro giurisprudenziale. I testi da tener presente sono soprattutto *ep. ad fam.* 7.10 e 7.17 (che possiamo leggere congiuntamente a Horat., *sat.* 2.1, come suggeriva F. SCHULZ, *Storia*, cit., 118): oggetto d'ironia erano sempre il tono sentenzioso dei giuristi e il loro ricorso a prestigiose citazioni anche quando venivano affrontati problemi banali, facilmente risolvibili senza scomodare alcun sapiente. Sui due passaggi ciceroniani si veda, di recente, F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*. I. *Cicerone*, Napoli 2013, 278 ss. ove bibl.

tradizionalismo,<sup>65</sup> ma anche la forte controversialità<sup>66</sup> che per secoli la connotarono – era comunque destinata a conoscere intensità e modulazioni diverse, in ragione del mutare sia dei tempi che dei protagonisti, e non solo (ancora una volta) dei differenti generi letterari, coi protocolli di scrittura cui essi di regola si attenevano, anche a questo proposito. I dibattiti fra giuristi che dovevano trovare, nei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio, uno spazio superiore a quello che lascerebbero immaginare i lemmi che ne conservava Pomponio,<sup>67</sup> non erano certo proposti con le medesime forme e finalità che ritroveremo nei lavori civilistici di II e III secolo d.C. Non diversamente, anche nell'altro grande filone di opere ove si condensava la maggior parte dei riferimenti giurisprudenziali – ossia i *libri ad edictum* – registriamo modalità molto diverse quanto alla loro densità, al ruolo e al montaggio, anche laddove poniamo a confronto scritti coevi e dagli obiettivi non dissimili (penso soprattutto ai lavori di Paolo e Ulpiano).<sup>68</sup>

Dietro a un dato incontestabile e lineare – la frequenza dei richiami a dottrine anteriori, non per gusto erudito e neppure per sola serietà scientifica, ma per un costante e capillare censimento circa quanto, fra i molteplici e spesso divergenti approdi dell'*interpretatio prudentium*, fosse tuttora da accogliere, e quindi spendibile con maggior profitto anche nella prassi forense – affiora di nuovo uno scenario differenziato e complesso, che richiederebbe ampie ricerche, in grado di combinare comparazioni fra autori, epoche e tipologie di opere. In queste pagine dovremo invece limitarci ad affrontare un unico aspetto (che potremmo indicare come il “lessico delle approvazioni”, e talora dei dissensi, almeno parziali)<sup>69</sup> e a posare

<sup>65</sup> In merito al quale è d'obbligo il rinvio a D. NÖRR, *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso? Riflessioni su un problema inesattamente impostato*, in BIDR 84, 1981, 9 ss. Sul senso della tradizione (in cui era individuato un atteggiamento ben diverso dal mero «conformismo») sono da tener presente anche i contributi ora leggibili in G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano 1976, 25 ss., spec. 55 ss. Si vedano inoltre – dopo le classiche, ma talora discutibili, pagine di F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it. Firenze 1946, rist. an. 1995, 74 ss. – almeno M. BRETONE, *Storia*, cit., spec. 61 ss.; T. GIARO, *Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2254 ss., spec. 2260; G. VALDITARA, *Lo stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli (CZ) 2008, 240 ss.; M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Anno CDV – 2008. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, Roma 2008, 765 ss. ove altra bibl.

<sup>66</sup> Su quest'aspetto cfr., di recente, M. BRETONE, *Ius controversum*, cit., nonché i contributi raccolti in V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo*, cit. e A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, in SDHI 81, 2015, 45 ss., spec. 49 ss. Ho insistito più volte sulla consapevolezza già antica – percepibile soprattutto nell'*Enchiridion* – circa la centralità di questo fenomeno nelle dinamiche giurisprudenziali, tanto più (almeno nella prospettiva di Pomponio) dall'età augustea in poi: cfr., in particolare, E. STOLFI, *Die Juristenausbildung in der römischen Republik und im Prinzipat*, in C. BALDUS, T. FINKENAUER, T. RÜFNER (Herausgg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen 2008, 23 ss. e ID., *Dissensiones prudentium, dispute di scuole e interventi imperiali*, in *Ius controversum e processo*, cit., 292 ss., spec. 300 ss. ove altra bibl.

<sup>67</sup> In tal senso A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 309 e 476 nt. 81, che attribuisce a Pomponio l'intento di elidere il ricordo di ogni dibattito giurisprudenziale anteriore a Quinto Mucio, così da «distinguere il pensiero dell'autore repubblicano presentandolo in un isolamento esemplare (sebbene storicamente fittizio), per accentuare l'impressione di una svolta decisiva».

<sup>68</sup> Vi ho accennato – sia pure con prevalente attenzione alle modalità di richiamo, da parte loro, di un'opera in particolare – in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., spec. 40 ss.

<sup>69</sup> Dovranno rimanere invece deflati, nel presente contributo, profili in sé senz'altro meritevoli di analisi, come le scelte verbali seguite per introdurre il pensiero dell'autore citato (fra i quali troviamo di frequente

l'attenzione su alcuni passi provenienti da un solo libro, l'undicesimo *ad edictum* di Ulpiano. Un luogo ove possiamo rintracciare alcune delle più felici conferme circa la varietà delle forme di valutazione dei precedenti apporti, e soprattutto del carattere tutt'altro che casuale o fungibile dei moduli espressivi a ciò deputati, tesi piuttosto a isolare, di volta in volta, un tratto preciso e saliente dell'elaborazione richiamata (anche se indubbiamente, ancora una volta, alla puntualità tecnica si coniugava una duttile empiria, e certe difformità che cercheremo di isolare non possono essere assunte in modo univoco e assoluto).

Il contesto è quello cui già in precedenza si è fatto riferimento, ossia la disamina dell'*actio de dolo*, con particolare riguardo alla definizione del suo principale requisito (che cioè fosse stato integrato un *dolus malus*, di cui ovviamente il pretore non forniva la nozione) e all'elaborazione giurisprudenziale in merito alla portata in cui intendere la sussidiarietà della relativa azione, introdotta nell'editto, come noto, proprio da un giurista (Aquilio Gallo)<sup>70</sup> – sussidiarietà della quale rimane peraltro controverso stabilire la ragione di fondo: verosimilmente non solo l'*infamia* risultante dalla condanna dell'*actio* in questione<sup>71</sup> (a cui nel suo commento Ulpiano tendeva a ricondurla),<sup>72</sup> ma la stessa portata generale con cui tale mezzo pretorio sorse, quale rimedio polivalente e perciò a carattere tendenzialmente residuale, posto «in stretta connessione implicita con le azioni preesistenti».<sup>73</sup>

termini piuttosto neutri [*ait, scribit, dicit* ecc.], ma talora altri dalla semantica più significativa e peculiare, come *definit* o *respondit*); i vocaboli impiegati per designare le varie dottrine (qualificate come *sententia*, *definitio*, *opinio* ecc.); il montaggio della scrittura, con collocazioni e strategie diverse per i richiami ai precedenti apporti; dislocazione per materia e modalità di tali citazioni (puntuale, ossia con citazione di libro e/o opera, o meno). Per qualche approfondimento in merito posso ancora rinviare a E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., 347 ss.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 29 ss. ove altra bibl.; ID., 'Argumentum auctoritatis', cit., 123 ss. Si vedano, negli ultimi anni, anche C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, spec. 110 ss., 159 ss., 219 ss. e M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomena I*, Trento 2010, 216 ss.

<sup>70</sup> Per un quadro dei principali problemi (e dibattiti storiografici) attorno all'operato di questo giurista e alla collocazione cronologica della sua magistratura cfr., negli ultimi anni, D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in ID. (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, cit., 80 e nt. 74; A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 99 ss. ove ampia bibl.; L. GAROFALO, *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela 2015, 263 s. Si veda anche *infra*, nel testo e nt. 88.

<sup>71</sup> Considerato che esistevano altre azioni che comportavano anch'esse una condanna infamante (e anche nel multiplo, diversamente dalla nostra) ma non rivestivano il medesimo carattere: vi insisteva opportunamente già B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., spec. 7 ss., 135 ss., seguito da M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit. spec. 148 e nt. 37 e, più di recente, da P. LAMBRINI, *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in *Tutele rimediali*, cit., 278 ss., spec. 280.

<sup>72</sup> Cfr. D. 4.3.1.4 (... *merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri* ...) su cui *infra*, § 5.

<sup>73</sup> Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 144, nel contesto di una ricostruzione che appare tuttora esemplare per rigore esegetico e sensibilità storica (anche se su alcuni aspetti trovo necessario discostarmene) e la cui rilettura non nascondo abbia avuto, nell'orientarmi su questa selezione di testi da discutere a Palermo, una certa rilevanza. Sulla «generalità» dell'*actio de dolo* cfr. ora anche F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., 145 ss., spec. 161 ss.

Se dunque, come già segnalato,<sup>74</sup> siamo di fronte a uno snodo paradigmatico delle tecniche d'intervento del pretore e poi di *interpretatio* (come sempre)<sup>75</sup> libera e creativa da parte dei *prudentes*, nella nostra prospettiva questi luoghi del commentario ulpiano si rivelano ulteriormente significativi perché, nel ripercorrere una pluralità di indirizzi giurisprudenziali,<sup>76</sup> illustrano quasi integralmente, e con una valenza ben distinta, la gamma delle ragioni che inducevano ad approvare (e talora anche a superare) dottrine anteriori. In particolare, nei passi che esamineremo più da vicino, sono richiamate *veritas*, *elegantia* e *ratio*; mentre fra le assenze di un certo peso<sup>77</sup> (riscontrabili anche nelle restanti testimonianze dell'undicesimo libro in tema di *dolus malus*, salvo un'eccezione)<sup>78</sup> ricorderei almeno il riconoscimento in termini di «correttezza»<sup>79</sup> (con prevalente riferimento alla coerenza e solidità del percorso

<sup>74</sup> *Supra*, § 2.

<sup>75</sup> Tanto che, in genere, ritengo per molti versi impoverente la sua usuale restituzione con l'italiano 'interpretazione': soprattutto nell'accezione in cui, fino a pochi decenni or sono, si è teso a relegare, nel lavoro giuridico, l'operazione così designata, schiacciata dalla legalità statutale o dalla ferrea dogmatica del 'sistema'. Ho insistito su questo punto, da ultimo, in *Quartum datur. Note in tema di interpretazione «diffusa»*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, II, Padova 2016, 1342 s. e nt. 24, e in *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas»*, cit., 162 ss. entrambi con bibl.

<sup>76</sup> Emersi soprattutto nei precedenti commentari editi, da Servio a Labeone sino a Pedio e Pomponio, con la sola (e non certo sorprendente) esclusione di Gaio.

<sup>77</sup> Accanto ad altre espressioni meno pregnanti, anche se da non trascurare ('*non male*', '*bellissime*', '*nec immerito*', talora anche '*consequenter*': su alcune loro ricorrenze mi soffermavo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 130 ss.) e a ulteriori formulazioni (come '*placet*', '*quo iure utimur*', '*optinuit*' ecc.) che peraltro mirano, più che a illustrare i motivi dell'adesione a un certo parere, a registrarne il (definitivo, a quanto sembra) successo, la sua conclamata transizione da *ius* (verosimilmente) *controversum* a *ius* (ormai) *receptum* – secondo un motivo ampiamente attestato soprattutto nei vasti commentari di età severiana, con le autentiche «consolidazioni» giurisprudenziali che vi si realizzarono, e che in certa misura preludeva, mutato quel che è da mutare, all'assai più drastica selezione delle direttive giurisprudenziali che incontriamo in opere posteriori, come le *Epitomae iuris* di Ermogeniano e le *Pauli sententiae* (il cui accostamento, quanto a struttura e obiettivi, è ormai ricorrente: cfr., tra gli altri, D. MANTOVANI, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in E. GABBA, D. FORABOSCHI, D. MANTOVANI, E. LO CASCIO, L. TROIANI, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano 1999, 513; E. DOVERE, *De iure. L'esordio delle epitomi di Ermogeniano*, Napoli 2005<sup>2</sup>, 190 s. ove bibl.; I. RUGGIERO, *Il maestro delle Pauli sententiae: storiografia romanistica e nuovi spunti ricostruttivi*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI [a cura di], *Dogmengeschichte*, cit., spec. 496).

<sup>78</sup> Ossia, se vedo bene, solo D. 13.7.36.pr. (... *rectissime Sabinus scribit* ...), riguardo al quale è peraltro impossibile ricostruire opera e contesto di provenienza della dottrina dello scolarca, che mi parrebbe alquanto azzardato immaginare fosse stata elaborata in quel suo commentario all'editto, della cui esistenza – attestata solo da D. 38.1.18 (Paul. 40 *ad ed.*) – si è anche, non a torto, dubitato. Passando al commento ulpiano alla rubrica editale *De minoribus XXV annis*, ricorderei invece almeno la citazione di Celso in D. 4.4.3.1: particolarmente interessante sia per la modalità di approvazione (*non ineleganter*), vicina alla seconda che qui esamineremo (su significato e altre ricorrenze di quel sintagma, rilevi condivisibili in M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 157 ss.), sia per la puntuale menzione di due diverse opere e libri in cui la medesima soluzione sarebbe stata prospettata (undicesimo libro delle *epistulae* e secondo dei *digesta*).

<sup>79</sup> Su questo tipo di valutazioni, per tutti, F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in M. SARGENTI, G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, 121 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra «actio legis Aquiliae» e «iudicium ex lege Cornelia de sicariis»*, Napoli 2001, 313 e nt. 89; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., 351 s.; Id., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 88 ss.; C. GIACHI, *Studi su Sesto*

ermeneutico seguito, soprattutto rispetto al dettato e alla *ratio* di una previsione presente nell'editto o in altro atto normativo) e le valutazioni circa la «utilità» posta alla base di un apporto giurisprudenziale (come pure di uno o più provvedimenti magistratuali)<sup>80</sup> e/o poi determinante nella scelta di accoglierlo e preferirlo ad altri.

Nella nostra catena di testimonianze spicca dunque, in primo luogo, il riconoscimento della «verità» di una certa impostazione giurisprudenziale e del risultato *lato sensu* normativo cui essa aveva condotto,<sup>81</sup> nel suo nucleo che possiamo considerare più immediatamente precettivo (tutt'altro che casuale appare, del resto, la stretta e ricorrente connessione, in numerose altre fonti, fra tale giudizio e la qualifica dell'apporto di un giurista in termini di *sententia*).<sup>82</sup> Il rilievo circa l'essere 'vera' di quest'ultima – come, nel nostro caso, di una *definitio* – o anche l'essere 'verum' (o 'verius') di quanto un predecessore aveva sostenuto,

*Pedio*, cit., 224, 545 s.; E. STOLFI, 'Argumentum auctoritatis', cit., 128; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 137 s. Sulla semantica di 'recte', sia pure in un contesto diverso da quello che più rileva nella nostra prospettiva, cfr. anche M.A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli 2012, 2 ss.

<sup>80</sup> Pensiamo solo all'espressione 'propter utilitatem publicam' nel celebre frammento che conserva la definizione del *ius praetorium*, ossia D. 1.1.7.1 (Pap. 2 def.), il quale meriterebbe in quest'ottica un'attenzione probabilmente maggiore di quella dedicatagli, di recente, da R. SCEVOLA, 'Utilitas publica'. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova 2012, 4 s., 380 s.

<sup>81</sup> Ho insistito più volte sul significato delle adesioni espresse con questa terminologia: cfr. E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., spec. 351 ss.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 105 ss. ove bibl.; ID., 'Argumentum auctoritatis', cit., 127 ss. Sulla *veritas* nel lessico dei *prudentes* si vedano inoltre, e più in generale, T. GIARO, *Echtheitsindizien. Eine Fallstudie zu verus, verius, verissimus*, in *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies* 1, 1995, spec. 88 ss.; ID., *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt a.M. 2007 (uno studio importante, che passa in rassegna un'amplessima gamma di fonti: condivisibili, in particolare, i rilievi alle pp. 344 ss. [a proposito della presunta sinonimia fra giudizi di verità e altre «Validationswörter» quali *placet, hoc iure utimur, constat, certum, manifestum* ecc.], 409 ss. [sulla *veritas* quale «juristischer Argumente»] e 424 ss. [sul rapporto fra i giudizi di verità e quelli centrati sulla *ratio* o la *utilitas*]); M. BRETONE, *Ius controversum*, cit., 799 ss., 834 ss.; F. GALLO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in A. TRISCIUOGGIO (a cura di), *Valori e principi del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, Napoli 2009, 83 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 70 nt. 62, 164 ss. nt. 227 ove bibl.; C. MASI DORIA, *Linee per una storia della 'verità' nell'esperienza giuridica romana. I. Dalle basi culturali al diritto classico*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, spec. 5 ss. ove altra bibl.; M. MIGLIETTA, 'Est vir qui adest', *ibid.*, 305 ss., spec. 311 ss.; T. GIARO, *Verità fattuale e verità normativa nell'argomentazione dei giuristi romani*, *ibid.*, 359 ss. (che giustamente insiste [p. 368] sul carattere di «verità d'ordine normativo», assai più che fattuale, insito nelle valutazioni così formulate).

<sup>82</sup> Sull'impiego di questo termine per indicare precedenti dottrine – spesso individuate, soprattutto in quanto «vere», quali interventi idonei a chiudere dibattiti e divergenze, secondo una scelta stilistica tutt'altro che neutra, che tende a concentrarsi a proposito di alcuni giuristi, sia come citati che come referenti – posso ancora rinviare a E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., spec. 348 ss. e ID., *Dissensiones prudentium*, cit., spec. 317 s. ove altra bibl. Cfr. inoltre T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten*, cit., 335 ss. e ID., *Diritto come prassi*, cit., spec. 2248 ss. È peraltro da precisare come quest'idoneità di una '*sententia*' a risolvere situazioni controversiali affiora, in modo piuttosto nitido, nelle ricorrenze del vocabolo presso i giuristi di (II e soprattutto) III secolo, ma non certo nello sguardo che sull'assetto giuridico anteriore gettava Giustiniano, il quale anzi segnalava come, in passato, *per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est* (*Deo auctore* 12).

non esprime certo riflessioni di natura meramente speculativa. Pur non potendosi escludere qualche eco delle elaborazioni attorno ai giudizi aletici in altri saperi (la filosofia, in primo luogo),<sup>83</sup> ritengo che i *prudentes* ricorressero a un simile lessico soprattutto per una puntuale e concreta strategia comunicativa, predisponendo un argomento decisivo per superare preesistenti difformità di vedute,<sup>84</sup> e consistente nel riconoscimento di una piena rispondenza alla realtà (in primo luogo giuridica, ancor più che naturale) della soluzione approntata da uno degli autori in virtuale dialogo.

È esattamente quanto riscontriamo nella nostra prima ricorrenza di una simile valutazione, in riferimento alla fissazione labeoniana della nozione di *dolus malus* (laddove le successive attestazioni coinvolgeranno ancora il giurista augusteo: ma con esiti, come vedremo, sensibilmente diversi). Si tratta di un passo notissimo, che, ancora una volta, converrà esaminare da un'unica e peculiare prospettiva, senza soffermarsi su numerosi altri aspetti, da tempo al centro dell'attenzione storiografica. Ci troviamo nelle battute iniziali del commento ulpiano alla rubrica edittale in materia di *dolus malus*, di cui sono stati appena evocati la *ratio* (D. 4.3.1.pr.) e trascritti i *verba*.<sup>85</sup> La prima esigenza è ora quella di stabilire in cosa consista quel contegno al cui verificarsi il magistrato aveva subordinato – assieme ad altre condizioni, quali la ricordata inespugnabilità di altra *actio* e la sussistenza di una *iusta causa*<sup>86</sup> – il proprio intervento. Non era un impegno di poco conto, considerate le ricadute operative che doveva determinare: e con esso, in effetti, si era lungamente misurata la giurisprudenza fra tarda

<sup>83</sup> Un discorso ovviamente più ampio e complesso dovrebbe essere svolto (ma ci condurrebbe davvero troppo lontano) a proposito di altre ricorrenze giurisprudenziali, nelle quali la valutazione di 'verità' compare con altri oggetti e significati: così ad esempio nella nota qualifica ulpiana del *ius* quale '*vera non simulata philosophia*', in D. 1.1.1.1 – il cui retroterra culturale è indagato da tempo, anche se rimane indubbio (secondo una direttiva di lavoro valevole non solo per questo specifico caso) che, sebbene sia probabile che l'autore severiano muovesse dalla contrapposizione tra *vera* e *falsa philosophia* quale «motivo fluttuante nella tradizione fra Origene e Gregorio Taumaturgo», «identificare la provenienza di un certo materiale concettuale, rispetto al discorso [*scil.* del giurista] che lo avvolge e in cui lo abbiamo scoperto, non è mai sufficiente; il punto è – stabilirne l'origine – ricostruirne la funzione e il significato nella rete dei pensieri di chi lo sta (ri)adoperando» (così A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 370). Cfr. inoltre, negli ultimi anni, almeno G. FALCONE, *La «vera philosophia» dei «sacerdotes iuris»*. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1), in AUPA 49, 2004, 3 ss.; V. MAROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, cit., 563 ss. ove altra bibl., spec. 565 ss.; A. MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza* [2008], ora in Id., *Variae*, I, Lecce 2014, spec. 770 s. e nt. 132; M. BRETONE, *La «verità» di Ulpiano* [2010], ora in *Diritto romano e coscienza moderna*, cit., 402 ss. ove altra bibl.

<sup>84</sup> Salvo, naturalmente, eventuali successivi interventi, che riaprirono il problema, atteso il carattere fluido e (pressoché) mai definitivo tipico delle dinamiche di un diritto giurisprudenziale, con quella sua natura – per riprendere una terminologia tante volte rievocata (e risalente a D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 16; ma si vedano anche L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. Milano 1975, spec. 70 ed E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 263 ss. nt. 4 ove altra bibl.) – «unstabil und überstabil zu gleichen Zeit».

<sup>85</sup> '*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*': D. 4.3.1.1.

<sup>86</sup> Sul rapporto fra questi due aspetti, di recente, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 27 s. e nt. 8. Si soffermava, in particolare, sul carattere logicamente preliminare dell'accertamento circa il primo elemento rispetto a quello relativo al secondo, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 11.

repubblica<sup>87</sup> e primo principato, dallo stesso Aquilio Gallo (come apprendiamo però da Cicerone,<sup>88</sup> non da Ulpiano) a Servio sino a Labeone. Leggiamo infatti in D. 4.3.1.2:

*Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tumentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

Ulpiano non esitava a parlare di definizioni a proposito dell'apporto tanto di Servio che di Labeone (una scelta del resto non infrequente, in riferimento ai contributi di quest'ultimo):<sup>89</sup> ma cogliendo fra loro una decisiva sfasatura. La nozione messa a punto da Labeone (celebre e

<sup>87</sup> A quell'epoca sembrano infatti da ricondurre – pur con la cautela che sempre impone la collocazione cronologica dei *prudentes* indicati con tale espressione (di cui non è affatto da escludere una portata relativa, a seconda e del contesto e del referente: F. HORAK, *Wer waren die "veteres"? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia iuris romani. Festschrift G. Wesener*, Graz 1992, 201 ss., spec. 205 ss., 232 ss. ove bibl.) – anche i *veteres* che Ulpiano menzionava al successivo § del nostro frammento (D. 4.3.1.3), riguardo all'aggettivo 'malus' impiegato nell'editto: *Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.*

<sup>88</sup> Si vedano *off.* 3.14.60 (*Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolum malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum ...*), *off.* 3.15.61 (... *Dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur ...*) e *nat. deor.* 3.74 (... *inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquilius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum*) nonché – pur senza espressa menzione di Aquilio Gallo, ma riproducendone ancora la terminologia – *top.* 40 (... *Si dolum malus est, cum aliud agitur, aliud simulatur, enumerare licet quibus id modis fiat, deinde in eorum aliquem id quod arguas dolo malo factum includere ...*). Su questo contributo definitorio anteriore a Servio – risalente proprio al giurista cui è attribuita l'introduzione, durante la pretura ricoperta, dell'*actio de dolo* –, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 140 ss.; A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli 1966, 161 ss.; Id., *Dolus bonus/dolus malus. Egesesi di D. 4.3.1.2-3*, Napoli 1970, spec. 63 ss. (con attenzione anche a certe coincidenze riscontrabili con Varro, *de lingua Lat.* 6.55); M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., 131 ss.; G. MACCORMACK, *Aliud simulatum, aliud actum*, in *ZSS* 104, 1987, 639 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 131 ss., spec. 151 s.; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 261, 462 e ntt. 63 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007, 52 s.; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 26 ss.; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 310 ss.; P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013, 20 s. (con un interessante confronto fra la nozione di dolo messa a punto da Aquilio Gallo e la semantica del termine greco δόλος); EAD., *Raggirò colposo*, cit., 283 s.; L. GAROFALO, *Figure e tutele contrattuali*, cit., 263 ss.; E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, cit., § IV ove altra bibl.

<sup>89</sup> Come indicano altre sei ricorrenze ulpiane a noi pervenute, quasi sempre in visibile riferimento a *verba* editali (si tratta di D. 3.2.2.5 [Ulp. 6 *ad ed.*], D. 50.16.19 [Ulp. 11 *ad ed.*], D. 50.16.38 [Ulp. 25 *ad ed.*], D. 47.10.15.16 [Ulp. 57 *ad ed.*], D. 43.8.2.3 [Ulp. 68 *ad ed.*], D. 21.1.17.14 [Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*]), cui sono da aggiungere Gell., *noct. Att.* 4.2.3, D. 36.2.22.1 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*), D. 48.13.11.2 (Paul. *lib. sing. de iud. publ.*) e D. 22.6.9.2 (Paul. *lib. sing. de iur. et fact. ignor.*): cfr., per tutti, E. STOLFI, *Studi sui "libri ad edictum" di Pomponio*, I, cit., 79 ss. ove bibl. e A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 282, 467 ntt. 59 ss.

fortunatissima, anche oltre i confini dell'esperienza antica)<sup>90</sup> gli appariva ancora tanto aderente alla realtà (*vera*, appunto) che con essa il dibattito già poteva ritenersi concluso – come attesta l'assenza di richiami a elaborazioni successive, anche se sette libri prima, nella trattazione *De pactis et conventionibus*,<sup>91</sup> lo stesso autore severiano aveva ricordato (e non confutato) la posizione di Pedio,<sup>92</sup> sostanzialmente aderente all'approccio serviano.<sup>93</sup> In particolare, il trittico di contegni che il giurista augusteo stimava rilevanti – disposti secondo una visibile *apax* di crescente gravità: *calliditas, fallacia, machinatio* – e il loro nesso teleologico rispetto all'errore in cui altri era incorso apparivano a Ulpiano elementi necessari e sufficienti a circoscrivere con esattezza la nozione impiegata dal magistrato. Orientamento valutato quale un netto passo avanti (lo desumiamo dalla sua approvazione) rispetto ad apporti anteriori, come quello di Servio (e già di Aquilio Gallo), secondo cui il comportamento doloso non poteva prescindere da una pratica simulatoria.

Proprio su quest'aspetto si concentrava la critica di Labeone. Se a una definizione è richiesto, secondo la sua etimologia, di tracciare con precisione i confini concettuali del *definiendum*, così che nessun elemento a esso estraneo possa esservi incluso e nessun elemento che vi afferisce esserne tralasciato,<sup>94</sup> ritenere che il *dolus malus* fosse integrato quando *aliud simulatur et aliud agitur*

<sup>90</sup> Basti pensare al fatto che, per quanto a sua volta criticabile rispetto a certe ipotesi di dolo che potevano prospettarsi nell'esperienza romana (vi ha insistito, di recente, P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 26 ss.; ma si veda già M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 152 s. nt. 423), la definizione in esame è stata, per secoli, al centro delle teorie in tema di dolo (anche se per subire talvolta radicali obiezioni, come nella riflessione di Donello e Accarias che, a sua volta, A. CARCATERA, *Dolus bonus/dolus malus*, cit., 97 ss. ha sottoposto a una critica stringente). Ed è probabilmente proprio la presenza di simili elaborazioni, così radicata nella nostra tradizione, che ha indotto il legislatore italiano – come in altre analoghe occasioni: ad esempio riguardo all'usufrutto – a non fornire la nozione di dolo, limitandosi a proporla la distinzione tra essenziale e incidente (distinzione che, come verificato al § 2, risale alla riflessione medievale innescata da D. 4.3.7.pr.). Per un quadro circa le scelte (ora analoghe, ora difformi, con interessanti sforzi definitivi) operate in altri codici europei, e un confronto con alcune elaborazioni della scienza giuridica medievale e moderna, da Azone a Pothier, cfr. G. LUCHETTI, A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference. II. Materiali e commento*, Bologna 2010, 32 ss. Si veda inoltre M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 133 ss. (per le costruzioni medievali in materia di dolo, da Bulgaro in poi) e 167 ss. (per quelle successive, a partire dalle «sistematiche degli umanisti»).

<sup>91</sup> Si veda O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 433 e ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927<sup>3</sup>, 64 s.

<sup>92</sup> D. 2.14.7.7 e 9 (Ulp. 4 ad ed.): *Ait praetor: 'Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo'. (9) Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.*

<sup>93</sup> È stato merito di Gianni Santucci, con la relazione (nell'incontro palermitano ricordato alla nt. 1) dedicata a *Verba edicti et definitiones: Labeone e Pedio nel commento ulpiano de pactis*, sottoporre a un nuovo e serrato confronto le due (divergenti) elaborazioni ulpiane. Proprio traendo (dichiaratamente) spunto dalle sue riflessioni, ho cercato a mia volta di proporre una diversa spiegazione circa il contrasto fra le posizioni assunte dal giurista severiano nei due diversi contesti (mostrando come proprio questi ultimi, atteso il consueto incidere topico dei *prudentes*, potrebbero aver indotto ad assumere, prima, come ancora valida, tramite Pedio, l'impostazione serviana, e poi ad abbandonarla a tutto vantaggio della definitio labeoniana): cfr. E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, cit., § IV ove altra bibl.

<sup>94</sup> Si veda L. LANTELLA, *La definizione*, in L. LANTELLA, E. STOLFI, M. DEGANELLO, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, rist. integrata e corretta Torino 2007, 65 ss.

dava luogo, secondo il giurista augusteo, a una definizione doppiamente difettosa: perché, in realtà, poteva aversi dolo senza simulazione e anche simulazione senza dolo, così che nel primo caso la nozione serviana sarebbe risultata troppo stretta, nel secondo troppo larga. La sensazione, leggendo questo testo (ma le cose si complicano, come ricordato, ponendolo a confronto con D. 2.14.7.9), è che il necessario legame, in materia di dolo, con un elemento simulatorio fosse uscito di scena già in età augustea, e che Ulpiano registrasse quest'esito come un dato, da tempo, non più riposto in discussione, proprio perché aveva in sé (o comunque gli si voleva attribuire) la forza inoppugnabile della «verità», tale da disinnescare ulteriori dibattiti degni di menzione.

Lo stesso tipo di giudizio – sia pure lievemente più sfumato (in quanto nel primo caso espresso al grado comparativo e, nel secondo, riferito alla *distinctio* introdotta da un giurista successivo, ossia Pomponio) – incontriamo in altri due testi sul medesimo tema, e sempre in riferimento a contributi di Labeone. La valutazione aletica è però, in queste occasioni, posta a fondamento di una presa di distanze dai risultati cui egli era pervenuto,<sup>95</sup> apportando rettifiche alle forme di tutela da lui prospettate riguardo a una particolare casistica.

La prima ipotesi è riscontrabile nella seconda parte di un passo non meno indagato e discusso, ove l'esame di una complessa fattispecie è volto a illustrare un'innovativa lettura labeoniana (conservata nelle battute iniziali del medesimo testo), ancora in merito alla sussidiarietà dell'*actio de dolo* – interpretazione che sarebbe stato merito di Pomponio, come vedremo fra breve, recuperare in una sintesi felice ed «elegante», integrandola con indirizzi ermeneutici di per sé divergenti. Si tratta di D. 4.3.7.3 (Ulp. 11 *ad ed.*):

*Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex sti-*

<sup>95</sup> Soluzione, di per sé, tutt'altro che sorprendente. I giuristi impiegavano, ormai da tempo, simili giudizi anche per esprimere differenziate valutazioni di precedenti apporti, al fine di sancirne il parziale accoglimento proprio in quanto «vero», respingendone invece, con eguale nettezza (in quanto «falso»), un determinato aspetto – o negando, ancor più spesso, la tenuta della medesima soluzione in riferimento a una variante fattuale, o comunque con riguardo a una situazione che il predecessore non aveva considerato, mancando di articolare debitamente la disciplina. Una delle testimonianze più significative mi sembra D. 34.2.34 pr. (Pomp. 9 *ad Q. Muc.*): *Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciendum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. POMPONIUS: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio <verum est>: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium [tamen non mutavit] manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo perducimur, ut nihilo minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquid corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem.* Riguardo a questo passo – e quindi, in particolare, alle ragioni dell'orientamento assunto da Pomponio rispetto alla soluzione muciana – si vedano, fra gli altri, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963<sup>2</sup>, 291; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova 1969, 228 s.; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., 50 ss. (con un'analisi assai puntuale, e in larga parte condivisibile); B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai.*, *Inst.* 3.147, in *Rivista di diritto romano* 3, 2003, 281 s.; M. BREONE, *Ius controversum*, cit., 815; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 180 ss. ove altra bibl.

*pulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutum vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio. sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.*

Al centro dell'attenzione di Labeone, con la direttiva ermeneutica che ritenne di formulare (*putat*: altro verbo dalla peculiare semantica) e poi della fattispecie con cui la illustrò, era la possibilità di ottenere l'*actio de dolo* non solo – come espressamente previsto nell'editto – qualora non vi fosse '*alia actio*' (nell'ampia accezione che, come torneremo presto a verificare, i giuristi vi attribuirono), ma anche ove apparisse semplicemente dubbia la fruttuosa esperibilità di altro mezzo processuale. Si trattava, ancora una volta, di un intervento originale e assai libero<sup>96</sup> rispetto alle disposizioni del pretore, il cui tenore letterale finiva con l'essere nettamente oltrepassato dalla pragmatica considerazione della *ratio* che vi era sottesa. Tale soluzione, indubbiamente ardita – ma una cui eco potrebbe scorgersi anche nel già richiamato D. 4.3.9.3,<sup>97</sup> ove non escluderei che la concessione dell'*actio de dolo* sia da spiegare non in ragione dell'esclusione dell'*agere praescriptis verbis*, ma in quanto non sarebbe comunque certa la tutela da esso garantita<sup>98</sup> –, sembra comunque non avesse conosciuto, da parte dei successivi commentatori dell'editto, disfavore o ridimensionamenti. Come accennato (e come tra breve meglio verificheremo),<sup>99</sup> è anzi probabile che Pomponio avesse tenuto ben presente, e sostanzialmente recepito, l'orientamento del giurista augusteo, coniugandolo a ulteriori indirizzi (del medesimo autore e di altri posteriori), così da pervenire all'enunciazione che incontriamo in D. 4.3.7.pr. Né, nel passo ora in esame, Ulpiano annotava alcuna critica rispetto a questa prima parte del contributo labeoniano, per esprimere piuttosto decise riserve a proposito dell'articolata casistica (e relative soluzioni) che a suo tempo dovette

<sup>96</sup> Nel segno della tipica, feconda autonomia dell'*interpretatio prudentium* (*supra*, in questo § e nt. 75), e anche della *fiducia doctrinae* caratteristica del giurista augusteo (stando a quanto leggiamo nell'encomiastica raffigurazione che ne fornì Pomponio in D. 1.2.2.47 [*lib. sing. ench.*]).

<sup>97</sup> Cfr. *supra*, § 3. Di questo testo, da un ulteriore punto di vista, torneremo a occuparci fra breve.

<sup>98</sup> Attesa l'assoluta discrezionalità che presiedeva alla sua concessione, così da renderla, in tale prospettiva, un'*actio (civilis, ma) in factum*. Quella suggerita nel testo non vuole essere, come ovvio, che un'ipotesi di lavoro, che andrebbe ulteriormente verificata, e non solo per il nutrito e composito dibattito storiografico attorno alla natura tecnica dell'*agere* (e poi *actio*) *praescriptis verbis*, coi diversi requisiti e obiettivi che, nel corso di secoli, vi attribuirono molteplici giuristi. Neppure un accenno a questa possibile ricostruzione è rinvenibile, se vedo bene, nelle puntuali analisi che a D. 4.3.9.3 hanno ad esempio dedicato (nei contributi a suo luogo richiamati) Talamanca, Gallo, Burdese, Cursi e Fiori. Proponeva una lettura congiunta di D. 4.3.9.3 e D. 4.3.7.3, ma solo per spiegare come, nel primo testo, «Labeone non doveva già escludere perentoriamente l'*actio mandati*, ma piuttosto esprimere un dubbio sulla sua applicabilità» (con la conseguenza, appunto, di propendere per la concessione dell'*actio de dolo*), B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 90 s. Ritiene piuttosto, a proposito di D. 4.3.9.3, che «la risolutezza con la quale Labeone propone l'azione di dolo non lascia trasparire alcuna incertezza sulla possibile concorrenza con l'*agere praescriptis verbis*» M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 59.

<sup>99</sup> *Infra*, § 5.

fornire un esempio (o illustrazione)<sup>100</sup> di quell'enunciazione generale, e un suo primo banco di prova.

In effetti, nella porzione di D. 4.3.7.3 che si apre con le parole *'qui servum mihi debebat'* – e nella quale non vedrei necessariamente la presenza di guasti testuali e modifiche posteriori di portata sostanziale<sup>101</sup> –, vengono prospettate una serie di ipotesi<sup>102</sup> in cui il contegno doloso non era stato volto a far concludere un affare, ma era intervenuto successivamente al suo perfezionamento, in sede di esecuzione del contratto (anche per mezzo di un ulteriore negozio, se stimiamo, come verosimile, che almeno il secondo *'tradit'* costituisca un'interpolazione, in luogo dell'originario *'mancipavit'*).<sup>103</sup> Così, tanto per l'ipotesi del

<sup>100</sup> Per il senso che, riguardo alla scrittura dei *prudentes*, può avere la distinzione tra le due figure (su cui, più in generale, cfr. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. Torino 2001 [ed. or. 1958], 377 ss. e C. PERELMAN, *Il dominio retorico. Retorica e argomentazione*, trad. it. Torino 1981 [ed. or. 1977], spec. 119) e per quanto sia sempre difficile, nel concreto del loro lavoro, individuare una casistica affrontata solo a scopo esemplificativo: posso rinviare, circa questo secondo aspetto, a E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., 32 ss. ove altra bibl.

<sup>101</sup> Come invece ancora riteneva, in particolare, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 63 ss. ove altra bibl., la cui critica testuale, alquanto severa, giungeva a espungere come insiticio il riferimento sia alla vendita dello schiavo che all'alienazione del fondo e alla *clausola doli*, così da ridurre l'intera problematica alla sola ipotesi (che avrebbe creato dubbi circa l'effettiva tutela perseguibile con l'azione contrattuale, inducendo perciò alla concessione dell'*actio de dolo*) di uno schiavo dovuto *ex stipulatu* e avvelenato prima della consegna – il che peraltro non sembra integrare una situazione così diversa da quella illustrata a proposito del fondo gravato di servitù o materialmente deteriorato, come riteneva lo stesso B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 64 s. (condivisibili, sul punto, i rilievi di P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 34 s.). L'orientamento di Albanese, almeno per quanto concerne il riferimento alla *clausola doli*, era invece assai diverso (nel segno di un'aperta autocritica, dettata da rara onestà intellettuale), e sostanzialmente conservativo, in *'Rei vindicationi se offerre'* e *'actio de dolo'*, in AUPA 33, 1972, 354 ss., 376 s. Di recente, propendono per scorgere nel testo la presenza di rimaneggiamenti, ma di natura essenzialmente formale, D. NÖRR, *'Exceptio doli' und 'clausola doli'*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 372; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 62 ss.; F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., 178 s. ove altra bibl.; P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 29 ss. (ove un'analitica rassegna delle diverse, e più radicali, ipotesi di alterazione), spec. 31 ss.

<sup>102</sup> Fra loro anche eterogenee, ma accostate dall'analogia funzionalità al medesimo ragionamento giuridico, secondo un'organizzazione del discorso (e del pensiero) assai ricorrente nei giuristi romani, come ho cercato di porre in luce in E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., 28 ss. Cfr. anche R. KNÜTEL, *Zur Rechtsfindung der Römer*, in *Gedächtnisschrift M. Heinze*, München 2005, 490 ss.

<sup>103</sup> In genere (e nonostante il silenzio di Mommsen nell'*editio maior* del Digesto *ad h.l.*) entrambi i riferimenti alla *traditio* presenti nel testo sono stati attribuiti e un intervento dei compilatori (ai quali, nella migliore delle ipotesi, è stata ascritta la traduzione in quei termini dell'originaria menzione di una *mancipatio*): in tal senso, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 63 s. ove altra bibl. e P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 30, 33 ss. Tuttavia, mentre la seconda ricorrenza (... *dum tradit* ...) rivela effettivamente un'assoluta incongruenza col regime vigente fra I e III secolo d.C. – giacché vi incontriamo una costituzione di servitù che si realizza contestualmente alla presunta *traditio* (in modo da farci supporre che si trattasse, in realtà, di un'*exceptio servitutis* realizzata con apposita *nuncupatio* nell'ambito di quella *mancipatio* del fondo a cui evidentemente l'alienante si era in precedenza impegnato: cfr. ad esempio S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, 47 e nt. 20) –, non altrettanto deve necessariamente dirsi a proposito del *'tradidit'* anteriore, relativo alla consegna sì di una *res mancipi* quale lo schiavo, ma alla quale il (futuro) *deceptor* era

venditore o promittente che avesse avvelenato lo schiavo (dopo la conclusione dell'*emptio venditio* o della *stipulatio*, ma) prima della sua consegna, quanto di colui che nel trasferire un fondo lo deteriorasse in fatto (recidendo o estirpando alberi) oppure in diritto (gravandolo di una servitù), Labeone stimava esperibile l'*actio de dolo*. E ciò non solo qualora non fosse stata prestata apposita *cautio de dolo*, ma anche ove lo fosse stata, in quanto ai suoi occhi rimaneva comunque dubbio, sulla base di essa, l'impiego di un'*actio ex stipulatu* (e questo era probabilmente l'aspetto che più tendeva a confermare il principio interpretativo precedentemente fissato).

Proprio il regime indifferenziato per cui propendeva il giurista augusteo doveva indurre Ulpiano a ritenere, appunto, «più vera» – ossia maggiormente consona alla realtà (quella, come già rilevato, virtuale del diritto ancor più che quella fattuale) – una disciplina più articolata, aderente alle diverse varianti già contemplate da Labeone, ma da lui non debitamente considerate (o almeno lette sulla scorta di un assetto giuridico ormai inaccoglibile nel III secolo d.C.). L'autore severiano riproponeva così l'*actio de dolo* solo per l'ipotesi in cui non fosse stata garantita l'assenza di dolo e fosse stata deteriorata una *res* dovuta in base a *stipulatio* (protetta, come noto, da un'azione che dava luogo a un *iudicium stricti iuris*). Anche in assenza di apposita *cautio*, egli valutava invece non fosse da concedere l'*actio de dolo* qualora lo schiavo avvelenato (o comunque il bene di cui, prima della consegna, venisse peggiorato lo stato) fosse dovuto in base a *emptio venditio*, dal momento che il compratore avrebbe potuto fruire dell'*actio empti* (col relativo *iudicium bonae fidei*); e ove poi quella garanzia fosse stata prestata, non nutriva dubbi circa la possibilità di farla valere con apposita *actio ex stipulatu* (con conseguente esclusione dell'azione penale per dolo). È molto plausibile che alla base di queste ultime due soluzioni operasse un duplice mutamento di prospettiva intervenuto fra Labeone e Ulpiano (e al quale forse quest'ultimo dette un ulteriore contributo): nel senso, da un lato, di una più ampia e duttile interpretazione della *clausola doli*, e dall'altro di una più elastica nozione della *bona fides* che presiedeva al giudizio *ex empto* – in modo da superare, in entrambi i casi, le incertezze determinate dal momento in cui era intervenuto il comportamento doloso.<sup>104</sup>

Quel che poi più rileva nella nostra prospettiva è che il giudizio di «verità» (*rectius*, «di maggior verità») supporti qui non l'approvazione di una precedente dottrina, ma il suo superamento (quasi completo, salvo una sola eventualità), per privilegiare una disciplina più complessa e differenziata. «Vero» (anzi, «più vero») appare, in questo passo, quanto sfugge a opzioni univoche e perentorie, per rivelarsi più idoneo a seguire la varietà delle situazioni,

tenuto in base a *stipulatio* o a *emptio venditio*. Non trovo quindi infondata la soluzione già suggerita da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, cit., I, 506 nt. 1 e II, 466 nt. 2: ossia di diversificare la ricostruzione testuale, stimando che solo '*dum tradii*' debba essere sostituito con '*dum mancipat*' (ancor meglio, a mio avviso, '*dum mancipavit*').

<sup>104</sup> Così, di recente, F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., 179 s. Cfr., in una direzione sostanzialmente analoga, anche P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 32 s. ove altra bibl., 37 s. Neppure è da escludere che all'epoca di Labeone la *clausola doli* fosse diversamente configurata, e rivolta soltanto al dolo passato e presente (mentre in età severiana si sarebbe ormai garantito che *dolum malum abesse afuturumque esse*): cfr. D. NÖRR, '*Exceptio doli*', cit., spec. 374, che peraltro vi connette – e ciò indica come tale spiegazione può affiancarsi, più che opporsi, a quella prospettata nel testo – una difformità anche nelle forme di interpretazione giurisprudenziale, decisamente più restrittiva in età augustea.

modellandosi sulle diverse esigenze di un congruo trattamento giuridico e sul regime delle figure e delle nozioni tecniche che vi sono coinvolte. Anche in questo, evidentemente, si risolveva l'incessante tessitura di una «rete di casi e di azioni»<sup>105</sup> orientata dal *bonum et aequum*.<sup>106</sup>

Ed è anche quanto possiamo rilevare riguardo all'ultima ricorrenza di una valutazione di «verità» su cui proporrei di soffermarmi in materia di *actio de dolo*. La incontriamo nelle battute conclusive di un testo che già abbiamo esaminato (D. 4.3.9.3),<sup>107</sup> laddove in quei termini torna a essere espressa l'adesione a un orientamento giurisprudenziale (in particolare alla *distinctio* suggerita da Pomponio), ma sempre nel senso di preferirla, con la sfasatura di soluzioni che introduceva, all'indifferenziato regime processuale per cui aveva inclinato Labeone. Se infatti, ad avviso di quest'ultimo, sarebbe stata (sempre e solo)<sup>108</sup> da concedere l'*actio de dolo* contro Tizio, che si era rifiutato di *iudicium accipere*, diversa (e articolata su due eventualità) era stata la soluzione di Pomponio, convinto che contro Seio (in posizione non coincidente, ma assimilabile, a quella di un sequestratario) potesse essere allestita un'*actio praescriptis verbis*, e che esclusivamente in caso di sua insolvibilità si sarebbe dovuto fare ricorso – alla stregua di una sussidiarietà, per così dire, empirica, da riscontrare nell'effettività degli interessi e della concreta situazione dei soggetti coinvolti – all'*actio de dolo* contro Tizio. Così come a proposito della variegata casistica di D. 4.3.7.3, il risultato cui era pervenuto Labeone non veniva (da Ulpiano, e in questo caso già da Pomponio) respinto in modo radicale e completo: esso era però stimato valido solo per un'ipotesi più defilata e sostanzialmente residuale. E qui è proprio la *distinctio* – col differenziarsi della regolamentazione processuale che vi presiede – a ottenere, espressamente, l'approvazione in termini di verità: ma con un esito, nella sostanza, solo linguisticamente difforme da quanto verificato anche per D. 4.3.7.3.

5. Protagonisti in larga parte immutati rinveniamo anche a proposito del più significativo giudizio di «eleganza» conservato attorno al medesimo tema, a cui già abbiamo fatto riferimen-

<sup>105</sup> Nel senso in cui, da ultimo, abbiamo impiegato quest'espressione Aldo Schiavone (*Età della repubblica. La produzione normativa*) ed io (*Età del principato. Il diritto privato*) in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Torino 2016, 131 e 313.

<sup>106</sup> Secondo la celeberrima terminologia impiegata in D. 1.1.1.pr. (Ulp. 1 *inst.*), in merito alla quale sarebbe arduo anche solo dar conto delle innumerevoli letture cui ha dato vita, soprattutto negli ultimi decenni. Particolarmente degne di menzione, e ai miei occhi in larga parte più persuasive di altre, appaiono comunque le ipotesi ricostruttive di Filippo Gallo (di cui si vedano almeno *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino 1997, 221 ss., spec. 247 ss.; *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, estr. da *Teoria e Storia del Diritto Privato* 3, 2010, spec. 37 ss.; *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010, spec. 26 ss.) in merito sia all'attribuzione al segno *ars* del significato di 'attività umana' – inclusiva, dunque, non del solo sapere dei giuristi, ma anche dell'impegno, non meno rilevante, dei magistrati provvisti di *iurisdictio* – che all'individuazione nel binomio *bonum et aequum* di un'autentica endiadi.

<sup>107</sup> *Supra*, § 3 ove bibl.

<sup>108</sup> Pur tenendo conto di quanto abbiamo suggerito poco sopra nel testo e alla nt. 98.

to.<sup>109</sup> Si tratta di quanto rinveniamo in apertura di D. 4.3.7.pr. (*Et eleganter Pomponius haec verba "si alia actio non sit" sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit*), da leggere contestualmente all'itinerario interpretativo che – dopo aver riprodotto i *verba edicti* e averne compiuto la *laudatio* – Ulpiano ripercorreva in D. 4.3.1.4-6.<sup>110</sup>

*Ait praetor: "si de his rebus alia actio non erit". merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiam si interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. idem et Pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit. (5) Idem Pomponius ait et si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus sit ex ea actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem, cum nemo sit adversus me daturus actionem. (6) Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere: et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret.*

Siamo per fortuna ormai lontani dai tempi in cui, in genere, approvazioni espresse in termini di *'elegantia'* (quasi sempre tramite il relativo avverbio) erano percepite come indicative di una raffinatezza solo estrinseca, da confinare alla mera resa espositiva,<sup>111</sup> e in cui, con più specifico riguardo a D. 4.3.7.pr., si giungeva a contestare lo stesso giudizio di Ulpiano, stimando che egli avesse infondatamente apprezzato una formulazione, in realtà, vuota e

<sup>109</sup> *Supra*, § 2.

<sup>110</sup> Un testo, ancora una volta, al centro di innumerevole analisi (con una congiunta lettura, molto spesso, proprio di D. 4.3.7.pr.), tra cui ricorderei almeno B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 11 ss.; A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Labeo* 8, 1962, 271 s.; A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in *ZSS* 88, 1971, 107 ss.; F. STURM, *Stipulatio Aquiliana. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München 1972, 253 s.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, II, cit., spec. 339 s.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 362 ss. ove altra bibl. e II, cit., 261 ss., spec. 267 ss.; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., spec. 23 ss., 374 ss., 534 s.; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 26 e nt. 5, 72 e nt. 14, 97 nt. 5.

<sup>111</sup> Si veda, in senso difforme (e pienamente condivisibile), soprattutto F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973, 129, secondo il quale *'elegantior'* (in particolare, proprio in Ulpiano) «non qualifica quasi mai l'eleganza stilistica o la purezza del linguaggio dei diversi giuristi che richiama, ma solitamente la soluzione suggerita in contrapposizione con altra, la maggior adeguatezza del nuovo pensiero, talvolta la posizione stessa di una *quaestio*». Cfr. altresì M. PHILONENKO, *Elegantia*, in *Studi P. De Francisci*, II, Milano 1956, 515 ss., spec. 525; C.A. MASCHI, *La critica del diritto nell'ambito degli ordinamenti giuridici romani*, in *Studi B. Biondi*, II, Milano 1965, spec. 735 ss.; H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in *ANRW*. II.15, Berlin-New York 1976, 389 s.; A. CARCATERRA, *Concezioni epistemiche dei giuristi romani*, in *SDHI* 54, 1988, 60 ss.; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., 352 s.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 119 ss. ove altra bibl.; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 223 s. e nt. 241; E. STOLFI, *'Argumentum auctoritatis'*, cit., 129; M. MIGLIETTA, *«Servius respondi»*, cit., 150 ss. e nt. 213 ove altra bibl.

nebulosa<sup>112</sup> (un atteggiamento che peraltro vedeva il nostro passo in ottima compagnia, se è vero che coinvolgeva, presso altri studiosi, testimonianze ancor più celebri, come la definizione celsina del *ius* riportata dallo stesso giurista severiano in D. 1.1.1.pr.).<sup>113</sup> L'*elegantia* è piuttosto, qui come altrove, una qualifica che attiene alla brillantezza non solo della formulazione, ma anche della scelta (etimologicamente) di una certa soluzione giuridica (rispetto, evidentemente, ad altre in astratto praticabili),<sup>114</sup> e quindi del ragionamento che vi era sotteso e in essa veniva riversato in modo preciso e perentorio (non a caso l'apporto di Pomponio era poco dopo<sup>115</sup> indicato come una *sententia*, la cui tenuta doveva essere confermata alla luce della casistica che già abbiamo esaminato).

È dunque l'eleganza del pensiero giuridico, assai più che della prosa, a essere posta da Ulpiano alla base della sua condivisione del contributo pomponiano, con tutte le implicazioni pratiche che esso comportava – si trattava, in definitiva, non di esprimere un concetto in modo brillante e suggestivo, ma di stabilire in termini precisi (e tuttavia conformi al *bonum et aequum*) i requisiti ai quali era concretamente subordinata la concessione di uno strumento processuale delicato (anche per la possibile condanna infamante che comportava) quale l'*actio de dolo*. E quell'enunciazione di Pomponio riusciva «elegante» – con tutta la libera creatività che connotava la sua interpretazione, assai più teleologica che letterale, e che suggeriva probabilmente di esprimerne la condivisione con questa e non con altre formule (basate ad esempio sulla sua «verità» o «correttezza») – anche perché era stata in grado di conciliare due diversi filoni giurisprudenziali, ricomposti in una felice sintesi di più ampio respiro.<sup>116</sup>

In effetti, affermare che l'*actio de dolo* fosse da concedere ove irreperibile alcun altro mezzo processuale effettivamente idoneo a garantire l'integrità patrimoniale della vittima dei raggiri (che perciò, di fatto, non risultasse danneggiata da questi ultimi), non solo restituiva in termini generali la direttiva che abbiamo visto seguita dal medesimo giurista per casi specifici (come con la *distinctio* operata in D. 4.3.9.3), ma soprattutto temperava brillantemente due linee interpretative di per sé divergenti. L'una, che abbiamo verificato risalire a Labeone (come attesta D. 4.3.7.3)<sup>117</sup> tendeva a dilatare l'ambito applicativo dell'*actio de dolo*, considerando sufficiente, ai fini della sua concessione, che fosse anche solo dubbia l'esperibilità di altra forma di tutela; l'altra (nella quale erano state impegnate generazioni di commentatori dell'editto, a partire dal medesimo Labeone, come apprendiamo dal richiamato D. 4.3.1.4-6) era invece volta a comprimere lo spazio operativo della stessa *actio de*

<sup>112</sup> «Un'interpretazione dell'editto fondata su una approssimazione», come scriveva G. SCIASCIA, *Elegantiae iuris*, in BIDR 51-52, 1948, 379.

<sup>113</sup> Niente più che «una vuota frase retorica», nel noto (e scoraggiante) giudizio di F. SCHULZ, *Storia*, cit., 242, su cui si veda l'equilibrata posizione di G. FALCONE, *Un'ipotesi sulla nozione ulpianea di «ius publicum»*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, II, Napoli 2006, 1173 nt. 17.

<sup>114</sup> Su *eleganter* come legato «al concetto di 'scelta' [*eligere*] di una opinione su altre logicamente concorrenti», perspicui rilievi in M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 150 ove bibl.

<sup>115</sup> In apertura del tratto di D. 4.3.7.pr. che abbiamo esaminato *supra*, al § 2.

<sup>116</sup> Coglieva bene, e giustamente valorizzava, quest'aspetto B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 11 ss., spec. 20. Cfr. anche ID., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Labeo* 9, 1963, 42 ss., spec. 50

<sup>117</sup> Su cui *supra*, § 4.

*dolo*, sottoponendo a una lettura estensiva la nozione di (*alia*) '*actio*',<sup>118</sup> alla cui inesistenza il pretore aveva appunto subordinato il proprio intervento.

Nel dar conto di questo segmento di storia del pensiero giuridico Ulpiano si affidava essenzialmente a Pedio e Pomponio<sup>119</sup> – richiamati in modo puntuale, indicando il libro (evidentemente del rispettivo *ad edictum*),<sup>120</sup> che era l'ottavo per l'uno e il ventottesimo per l'altro –, ma dal secondo attingeva<sup>121</sup> anche il ricordo del contributo di Labeone. Questi aveva dunque inaugurato anche tale seconda linea interpretativa, nel senso di valutare equipollente alla fruibilità di una '*alia actio*' (così da precludere l'impiego dell'*actio de dolo*) la possibilità di ricorrere a una in *integrum restitutio*. Ipotesi alla quale probabilmente già il giurista augusteo<sup>122</sup> aggiungeva quella in cui di per sé, subito dopo il comportamento doloso, un'altra azione sarebbe stata utilizzabile, ma fosse poi divenuta inespugnabile per ragioni di tempo (a meno che il suo mancato esercizio fosse, a sua volta, causato da dolo).<sup>123</sup> La nozione di '*alia*

<sup>118</sup> Nella peculiare portata topica che essa qui assume, presentandosi cioè in un'accezione (sostanzialmente coestensiva di ogni mezzo processuale in grado di tutelare il *deceptus*) che non potrebbe essere mantenuta in altri contesti, laddove *actio*, *interdictum*, *exceptio* e *in integrum restitutio* avrebbero recuperato le loro distinte fisionomie tecniche. Ho insistito su questo punto, da ultimo, in *Dal ius controversum alle antinomie*, cit., § IV.

<sup>119</sup> È pressoché impossibile stabilire se il primo fosse già richiamato dal secondo: non risulta conclusiva, in effetti, la terminologia impiegata da Ulpiano (*idem et Pomponius libro vicentesimo octavo: et adicit ...*), con la quale egli avrebbe potuto evocare una citazione già pomponiana (con relativa integrazione) ma anche, semplicemente, registrare l'oggettiva concordanza fra i due giuristi riguardo all'*interdictum*, per segnalare poi l'ulteriore passo avanti proposto dall'autore più recente per il caso della *stipulatio*: cfr., in tal senso, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., spec. 507 ove altra bibl. e C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 23 ss.

<sup>120</sup> Non aveva dubbi, in proposito, O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., 2 fr. 9 e 21 fr. 44.

<sup>121</sup> Rendendo esplicita la citazione di seconda mano (*Idem Pomponius refert Labeonem existimare ...*). Circa questa tecnica di lavoro ulpiana, e la prudenza con cui inferirne qualsiasi conclusione circa il suo complessivo impiego delle opere precedenti – poiché non è affatto da escludere che un autore, da lui ricordato attraverso mediazioni posteriori in un determinato contesto, venisse poi richiamato in modo più diretto e puntuale in luoghi diversi del suo commentario –, mi sono soffermato in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., spec. 200 ove altra bibl., ma si veda anche C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 143 ss., spec. 155 ss.

<sup>122</sup> In quanto l'infinitiva '*... hanc competere non debere ...*' di D. 4.3.1.6 sembra retta da '*Labeonem existimare*' più probabilmente che da '*Pomponius refert*'. Circa le ricorrenze di quest'ultimo verbo per introdurre altri contributi di Pomponio – quasi sempre per riferire posizioni giurisprudenziali di cui egli già dava conto (così da costituire la tipica formula con cui introdurre citazioni di seconda mano) più che casi direttamente ed esclusivamente da lui prospettati e risolti (il che appunto conforta la lettura di D. 4.3.1.6 appena suggerita) – posso rinviare a E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 73 ss.

<sup>123</sup> Precisazione che varie ragioni – di natura sia sintattica (dal momento che siamo ormai fuori dall'infinitiva retta da *Pomponius refert Labeonem existimare*) che di contenuto (trattandosi, di nuovo, di una distinzione di cui Ulpiano poteva aver scorto la carenza nella costruzione labeoniana – inducono però ad attribuire all'ultimo referente (come ad esempio riteneva T. MAYER MALY, *De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst*, in *Festschrift M. Kaser*, München 1976, 253), anche se non possiamo affatto escludere fosse già presente nel ragionamento di Pomponio, se non addirittura del giurista augusteo (così pensava probabilmente O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, cit., I, 506 fr. 34 e II, 21 fr. 44, optando per includere il tratto in questione tanto *sub* Labeone che *sub* Pomponio). L'eventualità cui stiamo facendo riferimento doveva poi essere alla base del richiamo, da parte di Ulpiano (al § successivo, senza menzione, questa

*actio* aveva conosciuto un'ulteriore dilatazione con Pedio, il quale vi aveva attratto l'eccezione<sup>124</sup> e anche l'interdetto (nonostante la sua natura processuale sensibilmente diversa).<sup>125</sup>

Al medesimo risultato – difficile dire se riprendendo esplicitamente l'apporto pediano oppure in via autonoma<sup>126</sup> (i due contributi erano posti da Ulpiano sullo stesso piano e con ogni probabilità, come segnalato, consultati entrambi direttamente) – era approdato Pomponio, al quale risaliva un ulteriore, e duplice, passo in avanti. Innanzi tutto egli aveva richiamato anche l'ipotesi in cui il *deceptus* fosse in grado di neutralizzare gli effetti del dolo perché a suo favore era stata conclusa un'apposita *stipulatio*: torna così, sempre che sia genuino il tratto conclusivo di D. 4.3.1.4 (dal tono effettivamente sospetto, che induce a pensare a una glossa esplicativa),<sup>127</sup> l'ipotesi della *cautio de dolo* che abbiamo incontrato nell'analisi

volta, di elaborazioni precedenti: il che potrebbe confermare l'ipotesi formulata riguardo a D. 4.3.1.6), di una fattispecie ulteriore, vicina nella *ratio* che ne orienta la soluzione ma ancor più complessa. Si tratta del caso in cui il *deceptus*, avendo a disposizione un'azione civile od onoraria, avesse riversato il credito che con esse poteva far valere in una *stipulatio* (si tratterebbe, più precisamente, di una *stipulatio Aquiliana*, almeno ad avviso di B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 13), e successivamente l'avesse estinta con *acceptilatio* o altro mezzo. Anche quest'ipotesi – pur in difetto, propriamente, di un'alternativa praticabile al momento della richiesta dell'*actio de dolo* – era valutata in senso ostativo alla concessione di quest'ultima, a meno che la stessa rinuncia a una (diversa) tutela processuale, che così si era determinata, non fosse stata a sua volta cagionata da *dolus malus*. Cfr. in effetti D. 4.3.1.7: *Si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam, in stipulatum deductam acceptilatione vel alio modo sustulerit, de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in amittenda actione dolum malum passus est.*

<sup>124</sup> Scongiurando, in tal modo, l'assurda conseguenza di stimare proponibile l'*actio de dolo* anche da parte di colui che, dopo essere stato indotto dai raggiri ad assumere un'obbligazione, ma non avendola ancora adempiuta, avrebbe comunque evitato la relativa condanna facendo inserire nella formula un'apposita *exceptio doli*: inserimento indispensabile, come noto, per ottenere l'assoluzione del convenuto nel caso di un *iudicium stricti iuris*, ma evidentemente consigliabile anche nell'ambito di un *iudicium bonae fidei*.

<sup>125</sup> Anche se poi non mancavano altri contesti in cui esso veniva ricondotto nello spazio semantico designato nell'editto esclusivamente col termine *actio*, al fine di attrarlo nella medesima disciplina approntata per quest'ultima. È il caso, in particolare, dell'esame del *De edendo*, con le formalità ivi contemplate ai fini della corretta informazione della controparte circa (secondo la rilettura giurisprudenziale, non la sola azione, ma) qualsiasi mezzo processuale si intendesse promuovere contro di essa. Si veda in effetti D. 44.7.37.pr. (Ulp. 4 ad ed.): *Actionis verbo continentur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. interdicta quoque actionis verbo continentur.* Circa l'esame di questo testo – e anche il problema dell'attribuzione del richiamo agli interdetti, che sembra da ricondurre a Ulpiano e non già a Pomponio – posso rinviare a E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 54 s., 79 ss. ove bibl. e ID., *Dal ius controversum alle antinomie*, cit., § IV; ma si vedano anche, fra gli altri, J. AICHER, *D.44.7.37.pr.*, in SDHI 35, 1969, 360 ss. ove altra bibl.; A. FERNANDEZ BARREIRO, *La previa informacion del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, 58 ss. (con sospetti di alterazione, sulla scorta della letteratura interpolazionistica, proprio in merito alla menzione degli *interdicta*); A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses*, in ZSS 112, 1995, 8; F.M. SILLA, *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce 2012, 59 s. (che giustamente sottolinea la specifica portata delle elaborazioni giurisprudenziali attorno alla categoria di *actio*, non suscettibili di assumere «valenze di tipo dogmatico e sistematico»).

<sup>126</sup> Si veda *supra*, nt. 119 ove bibl.

<sup>127</sup> Ma senza che ciò possa condurre a sospettare fondatamente del riferimento pomponiano-ulpiano alla *stipulatio*: così, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 12 s. e nt. 10 e A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS 78, 1961, 401.

labeoniana riferita in D. 4.3.7.3. In secondo luogo, e soprattutto, il giurista antoniniano giungeva a equiparare alla fruibilità di un'azione anche quanto, formalmente, ne costituiva l'inverso, ossia una sicura *denegatio actionis*, con cui la vittima del dolo (di un dolo talmente evidente da rendere *'turpis'* il contratto concluso, e non ancora eseguito) potesse confidare venisse respinta la pretesa all'adempimento dell'obbligazione così sorta, e fosse perciò salvaguardata la propria integrità patrimoniale.

Un approdo simile rivela, per l'ennesima volta, un'estrema libertà interpretativa, in quanto la lettera dei *verba edicti* (*'alia actio'*) veniva pressoché rovesciata onde dare piena attuazione all'obiettivo di fondo che il magistrato si era prefisso, e che col tempo si era sempre più precisato sulla scorta delle riflessioni giurisprudenziali. Si trattava di un esito che Ulpiano registrava senza alcuna riserva – egli neppure spendeva una parola in merito all'eclatante innovazione che così era introdotta rispetto al testo commentato – e che era destinato a confluire nella *'sententia'* di D. 4.3.7.pr., con l'«eleganza» che, come verificato, la connotava agli occhi del referente severiano.

Un'ultima soluzione espressiva di cui – già lo abbiamo anticipato – Ulpiano si serviva (anche) in questo contesto per valutare la soluzione suggerita da un giurista precedente è rinvenibile in un frammento che (nonostante la diversa collocazione nella silloge giustiniana, nel titolo *De actionibus empti venditi*) risale chiaramente, anch'esso, all'analisi attorno al *De dolo malo*.<sup>128</sup> Si tratta di D. 19.1.32:<sup>129</sup>

*Si quis a me oleum quod emisset adhibitis iniquis ponderibus accepisset, ut in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus, Pomponius ait posse dici venditorem sibi dare oportere quod plus est petere: quod habet rationem: ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit.*

<sup>128</sup> Come indica chiaramente la provenienza dall'undicesimo libro ulpiano, nonché il contenuto del passo, anche a prescindere dalle perplessità sollevate in merito alla genuinità del tratto conclusivo (*ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit*), che però non escluderei affatto di poter attribuire a Ulpiano (a integrazione della fattispecie contemplata da Pomponio, e introducendo così un'ulteriore distinzione) e che comunque, nella peggiore delle ipotesi, costituirebbe poco più di una glossa esplicativa, senza che venga stravolto il senso delle posizioni dei due giuristi, e anche le ragioni appena indicate in merito all'individuazione della *sedes materiae* – su quest'ultimo punto cfr., del resto, già O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 22 (*sub* Pomponio) e 468 e nt. 3 (*sub* Ulpiano). In un ordine d'idee non troppo dissimile (pur con un approccio meno conservativo rispetto all'attuale tenore di D. 19.1.32) già B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97 e nt. 129, secondo il quale «sebbene alterata, la frase finale contiene un riferimento prezioso, nell'espressione *contentus esse*, manifestamente allusiva all'esclusione dell'*a. de dolo*» (tema a cui sembrano rinviare anche espressioni quali *falleret* e *circumscriptus*: cfr. lo stesso B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in AUPA 25, 1956, 126).

<sup>129</sup> In merito al quale si vedano, fra gli altri, P. STEIN, *False measures in the Roman Law of Sale*, in Cambridge Law Journal 4, 1955, 226 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum*, cit., spec. 126 s.; F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachebergabe im römischen Recht*, in BIDR 59-60, 1956, 33 s.; P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh-London 1958, 92 ss. ove bibl.; B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 96 ss.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 114 ss. ove altra bibl. e II, cit., 181; F. PROCCHI, *Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007, 208 s.

Il caso verte ancora, come in D. 4.3.9.3, su una certa quantità d'olio: non perché, stavolta, al centro di una controversia in merito alla sua titolarità, ma perché oggetto di una compravendita in cui o il compratore o il venditore si siano dolosamente serviti di sistemi di pesatura contraffatti, al fine, rispettivamente, di ottenerne una misura maggiore oppure consegnarne una minore rispetto a quanto pattuito (ed, evidentemente, pagato). Due ipotesi speculari – difficile dire se ambedue presenti già in Pomponio oppure (come consiglierebbe la lettera del passo) esclusivamente in Ulpiano<sup>130</sup> –, ma che conservavano un'identità di regime solo nel senso che in entrambe veniva esclusa (sempre alla luce della sua sussidiarietà) la concessione dell'*actio de dolo*. Diversa era però, stando a quanto apprendiamo dalla versione testuale a noi pervenuta (e che appare, peraltro, tutt'altro che carente di logica giuridica), la tutela processuale suggerita per l'una situazione e per l'altra. Ove infatti a essere raggirato nel modo descritto fosse stato il venditore – che pertanto, con la *traditio* della merce, aveva visto uscire indebitamente dal suo patrimonio una parte dell'olio (pari alla differenza fra quel che era stato indotto a consegnare rispetto a quanto contrattualmente stabilito) –, la richiesta di un'*actio de dolo* sarebbe stata frustrata dalla possibilità di ricorrere a una *condictio*.<sup>131</sup> Qualora invece *deceptus* fosse stato il compratore, egli avrebbe potuto lamentare un imperfetto adempimento da parte del *venditor* (che aveva effettivamente corrisposto solo una porzione di quanto dovuto *ex contractu*), con la conseguenza di poter ricorrere alla relativa azione contrattuale (*ex empto habebit actionem*).<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Al quale, più che a un annotatore tardoantico o a un compilatore giustiniano, tenderei in effetti ad attribuire (ai fini del completamento e dell'ulteriore articolazione della problematica rinvenuta in Pomponio) sia il tratto relativo alla seconda eventualità (*vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus*) sia il finale del passo (su cui *supra*, nt. 128). Mi discosterei lievemente, quindi, da quanto scrivevo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 181, laddove lasciavo aperta la possibilità che la situazione del compratore raggirato fosse già stata prospettata dal giurista antoniniano, e da lui risolta con quel particolare impiego dell'*actio empti* (eventualità a favore della quale potrebbe militare, ma solo come un tenue indizio, una certa vicinanza con la logica attribuita al medesimo Pomponio in D. 18.1.34.3 [Paul. 33 *ad ed.*]). Il problema non si pone invece, come ovvio, per quanti ritenevano che «nel testo genuino, probabilmente, la sola fattispecie prevista era quella dell'inganno subito dal venditore» (così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97 nt. 128 ove altra conforme bibl.; meno radicali le ipotesi di alterazione in P. STEIN, *Fault in the Formation*, cit., 93 s.).

<sup>131</sup> A cui allude chiaramente la terminologia impiegata (... *venditorem sibi dare oportere quod plus est petere* ...), mentre rimane controverso se si trattasse di *condictio indebiti* (come già riteneva Cuiacio, e poi, ad esempio, Stein) oppure furtiva (come pensava Haymann): per ulteriori e più puntuali ragguagli su questo punto posso rinviare ai miei *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 115 nt. 239. Diversamente – ma non comprendo su quali basi – parla di un «parere di Pomponio secondo cui, come all'acquirente viene riconosciuta l'*actio ex empto* ..., così dovrà concedersi anche al venditore l'azione contrattuale per recuperare la differenza di prezzo lucrata con la predisposizione di pesi maggiori», F. PROCCHI, *'Dolus'*, cit., 208. Una lettura resa ancor meno convincente da un duplice dato: da una parte la sbrigativa (e discutibilissima) attribuzione a Pomponio di un intervento più verosimilmente ascrivibile solo a Ulpiano (*supra*, nt. 130); dall'altra la circostanza che, nell'ultima ipotesi contemplata, a essere «lucrata» dal *deceptor* è, propriamente, una quantità d'olio più che «la differenza di prezzo» (con le conseguenze che, come rilevato nel testo e alla nt. 132, vediamo derivarne).

<sup>132</sup> Il punto era già colto, con l'usuale lucidissima acutezza, da J. CUIACIUS, *Ad Titulum I. De actionibus empti et venditi. Lib. XIX Digest.*, ora in *Opera*, VII, Neapoli 1722, 801: «*alia autem actio mihi competit, puta, condictio indebiti, ut quod amplius emptor accipit, mihi reddat atque restituat: condictio, inquam, indebiti, non actio ex vendito: quia id quod amplius est olei, id quod plus olei venditor dedit, vel ego dedi, qui vendidi,*

Proprio riguardo alla prima eventualità – l'unica, del resto, che possiamo ascrivere con certezza a Pomponio – incontriamo il giudizio che ci interessa: *quod habet rationem*. Il fondamento e la «logica giuridica» (così renderei la locuzione ulpiana) non rinviavano affatto a un'astratta razionalità – e neppure evocavano il solo esame nel merito di una dottrina rispetto all'*auctoritas* di chi aveva sostenuto quella o altra disciplina<sup>133</sup> –, per costituire piuttosto un tipico argomento invocato nella selezione fra più possibili soluzioni giurisprudenziali (selezione non semplicemente dettata dalla maggiore aderenza a testi normativi, più o meno «correttamente» interpretati), entro un approccio spiccatamente fluido e topico.<sup>134</sup> Siamo di fronte, in definitiva, a una peculiare manifestazione del modo di procedere dei giuristi romani, con ragionamenti che vertevano spesso (in visibile contiguità rispetto a retorica e dialettica)<sup>135</sup> sul plausibile e il verosimile, assai più che essere

*venditione non continetur. Per contrarium quoque cum venditore ipse dolo malo adhibuit pondera minora, ut emptorem deciperet in modo, quod minus accepit petere emptor potest actione ex empto, quia non totum quod emit accepit».*

<sup>133</sup> Come accade invece in una nota, e sotto più aspetti illuminante, testimonianza di Celso, conservata in D. 33.10.7.2 (19 dig.): *Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspicere oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. id Tubero parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur.* Su questo testo, per tutti, P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 839 s.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, II, cit., spec. 168 ss.; H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus*, cit., 386 s.; F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 114 ss.; G. NEGRI, *Diritto minerario romano. I. Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano 1985, spec. 84 ss.; V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, 110 s.; J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin 1999, 20 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 296 ss. ove altra bibl.; E. STOLFI, *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas»*, cit., 169 ss.

<sup>134</sup> Attraverso i richiami alla '*ratio*' appare dunque preminente l'attenzione per il percorso interpretativo e il ragionamento che lo guidava, e non solo per gli esiti cui esso era approdato (e la loro plausibilità sul piano esegetico): sarà designata con quei termini soprattutto la costruzione giurisprudenziale relativa a fattispecie non immediatamente riconducibili a una previsione dell'editto (o di altro testo normativo), o in cui più di uno potrebbero essere i rimedi astrattamente fruibili. Trovo in effetti significativa la (relativa) frequenza di un riconoscimento di *ratio* per certe soluzioni risalenti ad opere, come i *digesta* di Celso e Giuliano, che dell'editto seguivano l'ordine ma non si articolavano nella sua analisi lemmatica. Su tutto ciò, fra gli altri, D. NÖRR, *Rechtskritik*, cit., spec. 138 s.; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., 352; M. BRETONNE, *Ius controversum*, cit., 799 ss. Si veda ora anche G. COSSA, *'Regula sabiniana'. Elaborazioni giurisprudenziali in materia di condizioni impossibili*, Milano 2013, 38 ss. ove altra bibl.

<sup>135</sup> Sui cui compositi, e spesso determinanti, rapporti col sapere giuridico esiste ormai una folta letteratura (anche se talora impostata secondo schematiche e compatte giustapposizioni, inidonee a cogliere la pluralità di orientamenti e problemi su un versante e sull'altro): una ricognizione puntuale, con ponderate prese di posizione, è stata recentemente offerta da G. COSSA, *I giuristi e la retorica*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte*, cit., 299 ss. È poi pressoché superfluo precisare che il riferimento è qui alla dialettica principalmente nell'accezione (di «logica del probabile») che assume in

imposti dal rigore deduttivo di certi sistemi giuridici della modernità e della ragione matematica da cui li si voleva plasmati.

Trovo quindi assolutamente condivisibile quanto, a proposito di D. 19.1.32, segnalava Albanese (pur nel contesto di un'esegesi che, sotto altri aspetti, faticherei a seguire),<sup>136</sup> laddove percepiva nel tenore del giudizio ulpiano (così come nel precedente '*posse dici*') una «impressione di esitazione».<sup>137</sup> Un incedere, mi permetterei di aggiungere, cauto e ponderato, che si muoveva attraverso il reticolo di *interpretationes* che aveva avvolto lo scarno dettato editale, per compararne a ogni passo gli approdi diversi, e non di rado confliggenti. Questo, con specifico riguardo al nostro testo, doveva essere accaduto a proposito dell'esclusione pomponiana dell'*actio de dolo*, posta a raffronto con la ricordata tesi di Labeone secondo cui essa sarebbe stata invece da concedere anche qualora fosse semplicemente dubbia la pertinenza ed esperibilità di altra azione: eventualità che poteva essere stata prospettata, dallo stesso Labeone o da altri, anche in merito al caso (almeno) del venditore raggirato nella misurazione dell'olio, che integrava in effetti una fattispecie (alla pari di quelle rinvenibili, appunto, in D. 4.3.7.3) di dolo intervenuto (non anteriormente alla conclusione di un contratto, ma) in sede di esecuzione.<sup>138</sup>

Si tratta, come avvertito più volte, solo di esempi, nel ripercorrere i quali occorre tenersi distanti dalla tentazione di chiudersi nel dettaglio esegetico non meno che da quella di inferirne linee interpretative troppo ampie e univoche. Se con un luogo comune ho iniziato, con un altro rischio di chiudere: e ciò col monito (rivolto ovviamente a me stesso, prima di tutto) a sforzarsi di attribuire il massimo peso a ogni dettaglio della scrittura giurisprudenziale romana, impegnandosi a recuperare il più possibile di quell'universo in gran parte sepolto – composto di concetti, metodi di analisi giuridica, forme di argomentazione – che anche una semplice parola, in un guizzo di senso (pur non sempre invariato al mutare del contesto), può riportare alla luce. Ma è forse anche questo – destinati come siamo a fare anche noi, essenzialmente, «cose con le parole» – qualcosa più che una banalità, se calato con rigore e (faticosa) coerenza nella concreta disamina di una molteplicità di problemi (del linguaggio, ma non solo) di cui quelli affrontati in queste pagine non possono rappresentare che un primo, provvisorio censimento.

Aristotele (in primo luogo nei *Topiká*), col rapporto di analogia e corrispondenza che la lega proprio alla retorica (esplicito, in tal senso, Arist., *rhet.* 1.1354a1).

<sup>136</sup> In particolare per i radicali sospetti di «un travaglio riassuntivo e semplificativo dei compilatori» (sono appunto parole di B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97), ai quali andrebbe ascritta non solo l'inserzione di tutta la seconda ipotesi (quella del raggio sofferto dal compratore), con la relativa soluzione (*supra*, nt. 130), ma anche la soppressione di un originario riferimento (nel caso di venditore *deceptus*) all'*actio furti*.

<sup>137</sup> Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97.

<sup>138</sup> Già insisteva (pur senza, in verità, richiamare l'ultimo aspetto menzionato nel testo) sulla «connessione di D. 19.1.32 ... con gli sviluppi del principio labeoniano '*et si dubitetur ...*'» B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97 s.



## ARTICOLI



PIETRO CERAMI  
(Università di Palermo)

Riflessioni in tema di  
*'condictio Iuventiana'* e *'iniusta locupletatio'*

ABSTRACT

In light of the exegesis of fragments of the Justinian's Digest on theme of *condictio* and *iniusta locupletatio* and of the scholion to title 24.1 of Basilica, the Author recognizes the *Iuventiana condictio* as the historical foundation of the *condictio generalis* and of the regulation of the *iniusta locupletatio* according to Justinian Law.

PAROLE CHIAVE

Celso; diritto; *bonum et aequum*; *leges publicae*; *scientia iuris*; *condictio*; *iniusta locupletatio*.



## RIFLESSIONI IN TEMA DI 'CONDICTIO IUVENTIANA' E 'INIUSTA LOCUPLETATIO'

Sommario: 1. La dottrina romanistica in tema di 'iniusta locupletatio'; limiti e obiettivo della presente ricerca. 2. La *condictio ex iniusta causa* alla luce dell'*opinio veterum* (D. 12.5.6). 3. Il 'bonum et aequum', fondamento del *condicere* nel pensiero di Celso figlio: esegesi di D. 12.1.32. 4. Continua: esegesi di D. 12.4.3.6-8. 5. Continua: esegesi di D. 39.5.21 pr.-1. 6. La *condictio Iuventiana* «matrice storica» della *condictio generalis* e dell'*iniusta locupletatio* del diritto giustiniano. 7. Riflessioni conclusive.

1. La dottrina romanistica in tema di 'iniusta locupletatio'; limiti e obiettivo della presente ricerca.

Dagli ultimi tre decenni del secolo scorso a oggi, si è progressivamente consolidato, in seno al filone della dottrina romanistica concernente il complesso e controverso tema della 'iniusta locupletatio', pur nella varietà delle singole formulazioni, un indirizzo esegetico-ricostruttivo<sup>1</sup> volto a enucleare e a puntualizzare, sulla scia della «regola casistica» dei 'veteres' (D.

<sup>1</sup> Mi limito a menzionare, in questa sede, i seguenti contributi: R. SANTORO, *Studi sulla condictio*. I. *Riflessi classici della dottrina dei veteres*, II. *La condictio dei frutti contro il possessore di mala fede*, in AUPA 32, 1971, 190 ss.; P. CERAMI, *D. 39.5.21.1 (Cels. 28 dig.)*. (Una controversa testimonianza celsina in tema di 'delegatio promittenti donationis causa'), in SDHI 54, 1978, 139 ss.; J. HALLEBEEK, *Some remarks concerning the so called condictio Iuventiana*, in RIDA 32, 1985, 247 ss.; ID., *The Condictio as Enrichment Action in Twelfth and Thirteenth Century Legal Scholarship*, in TR 63, 1995, 263 ss.; B. KUPISCH, v. 'Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno', in Digesto IV. Discipline privatistiche. Sez. Civ., 1, Torino 1987, 423 ss.; L. PELLECCHI, *L'azione di ripetizione e le qualificazioni del 'dare' in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. Contributo allo studio della 'condictio'*, in SDHI 64, 1998, 67 ss.; J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbe-gründungen eines hoklassischen Juristen*, Berlin 1999, 137 ss.; ID., *Das Klassische römische Kondictionensystem*, in *Iura* 54, 2003, 49 ss.; I. FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit'*. *Studi in tema di indebitum condicere*, Milano 2001, 237 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustiniane*, Milano 2002, 98 ss., 172 ss., 515 ss.; L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'condictio' e 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico*, in V. MANNINO (a cura di), *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università di Roma Tre* (Roma 24 e 25 ottobre 2005), Torino 2005, 7 ss.; C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebitum*, Padova-Verona-Padova 25-26-27 settembre 2003, Torino 2005 [= L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*. II., Torino 2012, 533 ss.]; S. HEINE, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, Berlin 2006, 40 ss., 111 ss.; B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali?*, Napoli 2013, 173 ss.;

12.5.6) e dei successivi apporti ermeneutico-giurisprudenziali dell'età classica, una delle più interessanti e rilevanti costruzioni del pensiero giuridico romano: l'impiego della *condictio* formulare, tenuto conto dell'astrattezza della sua struttura, come strumento generale di tutela di una serie di pretese restitutorie eterogenee, funzionalmente connesse a una vastissima gamma di fattispecie d'incrementi patrimoniali, negoziali o extraneoziali,<sup>2</sup> tutte contraddistinte dall'assenza di un fondamento giuridico idoneo a giustificare la conservazione degli effetti.<sup>3</sup>

La diversità delle singole formulazioni attiene essenzialmente alla valutazione delle peculiarità del punto di vista dei singoli giuristi classici (in particolare: Sabino, Celso, Giuliano, Africano, Pomponio, Papiniano, Paolo, Ulpiano)<sup>4</sup> rispetto alla «regola casistica» formulata dai *veteres*; al binomio 'presupposto' – 'fondamento' del '*condicere*';<sup>5</sup> alla dibattuta tipizzazione (attribuita o ai giuristi dell'età dei Severi o ai commissari giustiniani) delle diverse fattispecie applicative della *condictio*.<sup>6</sup>

Non è mio intento in questa sede procedere a una ricognizione analitica, critico-esegetica, dei menzionati aspetti del dibattito dottrinale. Mi limiterò soltanto all'esame del pensiero

EAD., '*Quod sine causa apud aliquem est potest condici*', Napoli, 2013, 1 ss.

Ben diverso era stato, invece, l'orientamento della dottrina tradizionale. Emblematico appare, in tal senso, quanto afferma S. RICCOBONO, sen., *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10.3.14 (Paul. 3 Ad Plautium)*, in AUPA 3-4, 1917 (= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 418): «nella scienza giuridica romana non esisteva una dottrina relativa all'arricchimento ingiusto. Vi erano bensì sul proposito mezzi e azioni accordati dal pretore, nella sua giurisdizione, e attuati mediante *actiones utiles*, in *factum*, *exceptio doli*, in *integrum restitutio*, e via dicendo».

<sup>2</sup> Per quanto attiene al *condicere* extracontrattuale, non è da escludere che l'*indebiti solutio* sia stata «la prima fattispecie di arricchimento che la giurisprudenza elaborò nell'interpretazione della *lex Silia*». Così, appunto, C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 536 s. In ogni caso, mi sembra innegabile la «centralità dell'*indebiti solutio* nel quadro generale del *condicere* extracontrattuale», ferma restando, però, la necessità di tenere ben distinto il profilo delle fonti delle obbligazioni da quello della rilevanza dell'*indebiti solutio*. Vedi, in tal senso, B. CORTESE, '*Quod sine causa*', cit., 37 ss.

<sup>3</sup> Com'è noto, nella tradizione del diritto comune europeo, l'*actio de in rem verso* è stata associata alla *condictio* come azione di arricchimento ingiustificato. B. KUPISCH, v. *Arricchimento*, cit., 436, ha però, a ragione, osservato che nel diritto romano classico, l'*actio de in rem verso* aveva lo scopo di estendere al *pater familias* (o *dominus*) l'obbligazione gravante sui soggetti in potestà. V. pure B. CORTESE, *Indebiti solutio*, cit., 189 ss.; EAD., '*Quod sine causa*', cit., 100 ss. L'obiettivo del pretore e della giurisprudenza era rivolto a coinvolgere, con l'*actio de in rem verso*, a garanzia dei contraenti, il vertice economico della struttura imprenditoriale, gestita da soggetti in potestà, nell'esercizio autonomo di una '*negotatio peculiaris*'. Cfr., in proposito, P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*<sup>3</sup>, Torino 2010, 61 ss.

<sup>4</sup> I frammenti più rilevanti sono i seguenti: Sabino: D. 12.5.6; D. 7.5.5.1; Celso (v. *infra*, §§ 3-5); Giuliano: D. 12.6.33; D. 12.1.23; Africano-Giuliano: D. 19.1.30 pr.; Pomponio: D. 12.6.14; D. 50.17.206; Papiniano: D. 12.6.66; Paolo: D. 12.5.1 pr.-2; D. 12.6.15; D. 12.6.65 pr.-9; Ulpiano: D. 12.7.1 pr.-3.

<sup>5</sup> Sui diversi orientamenti emersi in dottrina in tema di presupposto e fondamento della *condictio* v., in particolare, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 103 s. e ntt. 18-20; per il mio punto di vista mi sia consentito rinviare a quanto ho precisato in D. 39.5.21.1, cit., 170 ss.

<sup>6</sup> Sulla sistematica della giurisprudenza severiana e sulle '*multae conditiones*' del diritto giustiniano v. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 515 ss., 549 ss., secondo il quale il divieto di arricchimento ingiustificato «forse venne posto come regola generale soltanto dai giustiniani in collegamento a D. 50.17.206 (Pomp. 9 ex variis lectionibus)» (Id., *op. cit.*, 435). In senso contrario B. CORTESE '*Quod sine causa*', cit., 147.

di Giuvenzio Celso figlio, di cui mi ero, a suo tempo, specificamente occupato,<sup>7</sup> rivisitando tre notissimi e assai dibattuti brani giurisprudenziali (D. 12.1.32; D. 12.4.3.6-8; D. 39.5.21 pr.-1), anche alla luce delle varie diagnosi che sono state successivamente prospettate in dottrina.

Specificamente, il mio discorso sarà così articolato. Cercherò di chiarire, preliminarmente, il senso della regola casistica elaborata dai giuristi dell'ultimo periodo della *libera res publica* (*veteres*: Ulp. D. 12.5.6), da identificare, verosimilmente, con i '*fundatores*' del II secolo a.C. (Pomp. D. 1.2.2.39) e, comunque, con quelli antecedenti al periodo di Labeone; regola esplicitamente approvata, oltre che da Sabino e da Ulpiano, anche da Celso (§ 2). Procederò quindi, al fine di cogliere la peculiarità del pensiero di Celso, rispetto alla regola dei '*veteres*', all'esame del famosissimo frammento D. 12.1.32, che i commissari giustinianeî escerpirono da *Libri Digestorum* del giurista adrianeo, e che prospetta una singolare ipotesi di applicazione della *condictio*: applicazione tradizionalmente denominata, sin dal XVIII secolo, '*condictio Iuventiana*', proprio in considerazione della particolarità della fattispecie e della correlata soluzione ivi contemplata (§ 3). A conferma e a integrazione dei dati desumibili dal brano di Celso e dalla sua ben nota concezione del '*ius*' come '*ars boni et aequi*' (D. 1.1.1.1), procederò subito dopo all'esame di due controversi brani (l'uno di Ulpiano, l'altro di Celso), vertenti su due diverse fattispecie, impostate e risolte da Celso in perfetta sintonia con le sue idee in tema di '*ius*' e di *condictio*, rispettivamente attestate da D. 1.1.1.1 e da D. 12.1.32. Si tratta, specificamente, di D. 12.4.3.6-8 (Ulp. 26 *ad ed.*), che, nel contesto di una trattazione concernente la *datio ob rem*, prospetta il caso di uno schiavo liberato nel testamento sotto condizione e in un codicillo senza condizione (§ 4); e di D. 39.5.21 pr.-1 (Cels. 28 *dig.*), che verte su una fattispecie di '*delegatio promittendi donationis causa*' (§ 5). Additerò, in fine, nella '*condictio Iuventiana*' la matrice storica della '*condictio generalis*' sottesa al sistema giustiniano delle *multae condictiones*, da un lato; e, della correlata regola legislativa che proclama l'illegittimità e l'ingiustizia di qualsiasi arricchimento conseguito con danno altrui, dall'altro (§ 6).

## 2. La *condictio* '*ex iniusta causa*' alla luce dell'*opinio veterum* (D. 12.5.6).

Per ricostruire e puntualizzare i principi ispiratori della dottrina di Celso figlio in tema di *condictio* mi sembra fondamentale esaminare, in via preliminare, un brano dei *Libri ad Sabinum* di Ulpiano, inserito dai compilatori giustinianeî nel titolo '*De condictione ob turpem vel iniustam causam*' dei *Digesta*, che attesta l'adesione di Sabino e di Celso alla '*regula*' formulata dai *veteres*.

Il testo nella versione compilatoria così suona:

D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

La sostanziale genuinità dell'enunciato, che era stata in passato radicalmente contestata, è oggi ampiamente riconosciuta dalla prevalente dottrina.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, in AUPA 38, 1985, 204 s. e nt. 409; ID., *D.39.5.21.1*, cit., 139 ss.

<sup>8</sup> Cfr., in particolare, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 190 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*,

Specificamente, l'enunciato '*id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*' costituisce, con ogni verosimiglianza, il risultato di una riflessione casistica, con la quale i *veteres*, muovendo dalla formula della *condictio*, strutturalmente finalizzata a far valere, sotto il profilo processuale, la pretesa 'astratta' a una certa *res* o a una certa somma di denaro, ammisero la configurabilità di un '*certum dare oportere*' (*obligatio iure civili*) a carico del convenuto presso il quale si trovasse, '*ex iniusta causa*', qualcosa dell'attore, intendendo e assumendo, in questa specifica prospettiva, la locuzione '*ex iniusta causa*', non già come assenza di causa nell'acquisto da parte del convenuto, bensì come assenza di un fondamento giuridico idoneo a giustificarne, in base ai principi basilari del '*ius civile*', la conservazione degli effetti, con la conseguente emersione dell'obbligazione civile di restituire il '*quod sine causa apud eum* (convenuto) *sit*'.<sup>9</sup>

Ne discende, sotto il profilo strettamente logico processuale, la possibilità di esperire utilmente l'azione di ripetizione anche in casi d'incrementi patrimoniali non derivanti né da rapporti negoziali<sup>10</sup> fra le parti, né dall'ipotesi eccezionale del furto.

Si riconnettono all'obiettivo sotteso alla regola casistica, enunciata dai *veteres*, alcune soluzioni ermeneutiche della giurisprudenza classica - da Sabino in poi, Celso compreso -, incentrate tutte, pur nella varietà delle rispettive formulazioni, sull'individuazione, caso per caso, del '*quod ex iniusta causa apud aliquem est*', al cui preliminare accertamento risulta, non a caso, costantemente subordinata la concessione dell'azione restitutoria - tenuto anche conto dell'impossibilità di utilizzare altri strumenti di tutela -, per neutralizzare gli effetti di spostamenti patrimoniali ingiustificati, nella misura in cui quest'ultimi si ponevano in palese contrasto con i principi del *ius civile*, inteso e assunto nel suo significato tecnico di '*ius civitatis*'.<sup>11</sup>

cit., 100 ss.; C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 544 ss.; L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 10; B. CORTESE, '*Quod sine causa*', cit., 6 ss.

<sup>9</sup> In tal senso v. pure C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 545; L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 11 s.

<sup>10</sup> Diversamente la dottrina tradizionale e, in particolare, S. RICCOBONO sen., *Dal diritto romano classico*, cit., 341: «la *condictio* classica presupponeva sempre un negozio fra le parti ed era diretta alla ripetizione della prestazione eseguita o allo scioglimento del vincolo contratto. Da ciò segue, che essa non ebbe mai la natura di un'azione di arricchimento, ma era bensì fondata sulla inefficacia della causa del negozio per un vizio essenziale. Nelle nuove applicazioni fatte da Giustiniano, invece, la *condictio* [*incerti, sine causa, ex lege*] serve precipuamente a togliere l'arricchimento che si è verificato, comunque, nel patrimonio di una persona». V. pure M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 612, secondo il quale la *condictio* non era un'azione di arricchimento in senso tecnico, perché mirava ad eliminare, per equivalente, gli effetti dello spostamento patrimoniale e non lo spostamento stesso.

<sup>11</sup> Sul punto e sulle connessioni palinogenetiche del frammento D. 12.5.6; e, in particolare, sul rapporto di quest'ultimo con un interessante e dibattuto brano di Ulpiano, tratto dai *Libri ad Sabinum* (D. 7.5.5.1, con citazione del parere di Sabino, approvato da Celso), v., in particolare, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 191 ss.; v. pure A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 100 ss.; da ultimo B. CORTESE, '*Quod sine causa*', cit., 7 ss., anche per quanto attiene ad un altro dibattuto brano dei *Libri ad Edictum* di Ulpiano (D. 12.7.2, con menzione del punto di vista di Cassio).

3. Il 'bonum et aequum', fondamento del 'condicere', nel pensiero di Celso figlio: esegesi di D. 12.1.32.

Al fine di cogliere non soltanto l'effettivo senso dell'approvazione dell'*opinio veterum* da parte di Celso, ma anche e soprattutto, le peculiarità del suo personale punto di vista in tema di 'iniusta locupletatio', assume particolare rilievo un famosissimo e assai dibattuto brano dei *Libri Digestorum* del giurista adrianeo, inserito dai commissari giustinianeî nel titolo 'De rebus creditis' dei *Digesta* (D. 12.1). Il testo, corredato da una mia traduzione-interpretazione, è il seguente:

D. 12.1.32 (Cels. <6> [5] *dig.*):<sup>12</sup> *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit <et>*<sup>13</sup> *eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

[Se tu hai chiesto a me e a Tizio un mutuo di denaro e io ho ordinato a un mio debitore di prometterti la somma e tu hai stipulato con lui credendo che egli fosse debitore di Tizio, risulti obbligato nei miei confronti? Sono dubbioso (in via di principio), poiché tu non hai contratto con me alcun negozio; ma reputo più coerente (con i fini dell'*ars iuris*) che tu sia obbligato nei miei confronti, non già perché io ti abbia dato denaro a mutuo (il mutuo, infatti, non può contrarsi se non fra soggetti consenzienti), ma perché il mio denaro è pervenuto a te ed è 'bonum et aequum' che esso sia da te a me restituito].

Il frammento, «fin troppo discusso»,<sup>14</sup> sin dall'età bizantina,<sup>15</sup> è stato e continua a essere oggetto d'interpretazioni fra loro alquanto diverse. Non a caso il discorso svolto da Celso nel brano in esame è stato considerato, in termini palesemente divergenti, ora «famoso e non facile»,<sup>16</sup> ora «di per sé solo chiarissimo».<sup>17</sup>

Specificamente, la fattispecie, esaminata dal giurista adrianeo,<sup>18</sup> è data da una '*delegatio promittendi mutui causa*': un tale chiede un mutuo di denaro a due persone (Ego e Tizio);

<sup>12</sup> Per la correzione dell'*inscriptio* del frammento in Cels. 6 *dig.* v. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* I, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, 134 e nt. 2: integrazione ampiamente accolta in dottrina; cfr. in particolare, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 273; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 433 e nt. 37.

<sup>13</sup> Per l'integrazione <et> cfr. per tutti R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 284 s. e nt. 104.

<sup>14</sup> Così M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 'Ad Ed.' D. 12.4.3.7*, in BIDR 96-97, 1993-94 (pubbl. 1997), 22 nt. 109.

<sup>15</sup> H. De JONG, *A bizantine interpretation of D. 12.1.32*, in RHD 80, 2012, 47 ss.; e, per i periodi successivi, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 434 ss.; il sintagma 'condictio Iuventiana' forse risale al Conradi (1774), cfr. A. SACCOCCIO, *Si certum*, cit., 434 nt. 42; per l'età di mezzo v. J. HALLEBEEK, *The condictio*, cit., 264 ss.

<sup>16</sup> In tal senso, v. B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in AUPA 32, 1971, 155 nt. 103.

<sup>17</sup> Così F. GALLO, *La definizione celsina del diritto*, in SDHI 52, 1987 (= F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Opuscula selecta*, Padova 1999, 587).

<sup>18</sup> È verosimile che si tratti di un caso reale, oggetto di un responso in senso tecnico, e non già di un caso ipotetico, formulato nel corso di una discussione teorica. In tal senso, v. pure C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 565.

una di esse (Ego) ordina al proprio debitore di promettere la somma al richiedente, il quale ritiene erroneamente che il delegato promittente sia debitore di Tizio. Si chiede se il delegatario-mutuatario possa essere considerato direttamente obbligato nei confronti del delegante e se, specularmente, quest'ultimo possa chiedere al delegatario-mutuatario la restituzione della somma che il debitore-delegato gli ha effettivamente numerato in esecuzione del *iussum* delegatorio, come possiamo ragionevolmente desumere dalla parentoria affermazione celsina '*pecunia mea ad te pervenit*'.<sup>19</sup>

Astenendomi da una dettagliata analisi delle singole interpretazioni che sono state prospettate in dottrina, sia antecedentemente, sia e soprattutto posteriormente, alle riflessioni che avevo formulato, fra il 1978 e il 1985, nell'ambito di due ricerche già sopra menzionate (§ 2, nt. 7), mi limiterò in questa sede all'esame di due profili del discorso celsino che assumono notevole rilievo con specifico riguardo al dibattuto tema dell'*iniusta locupletatio*: la *ratio dubitandi*, introdotta dal verbo '*subsisto*'; e la *ratio decidendi*, introdotta dalle parole '*sed propius est*'.

Il *subsisto*, con cui si apre l'esame del caso considerato, costituisce a mio avviso l'espressione epistemologica del dubbio metodico, che contraddistingue l'intera scepis giuridica di Giuvenio Celso figlio, soprattutto in sede di analisi di talune fattispecie complesse e problematiche o, comunque, non oggettivamente univoche, come mi sembra possibile desumere da un consistente e variegato gruppo di frammenti del *corpus* celsino.<sup>20</sup>

Per quanto attiene, in particolare, alla fattispecie contemplata nel frammento in esame – fattispecie nella quale ricorrono, peraltro, gli elementi fondamentali del '*credere*' edittale (l'iniziativa del mutuatario: *mutuam pecuniam rogare*; il comportamento adesivo del mutuante: *meum debitorem tibi promittere iusserim*; l'aspettativa del mutuante di ricevere la somma mutuata: *eam pecuniam mihi a te reddi*),<sup>21</sup> la complessità e la problematicità sono date, rispettivamente, dall'impiego della *delegatio* e dall'*error in personam mutuantis* in cui è incorso il mutuatario-delegatario.

Orbene, muovendo appunto dalle peculiarità del caso, Celso ritenne opportuno premettere che, in via di principio e in piena sintonia con le regole logico-formali dell'ermeneutica giuridica, il mutuatario-delegatario non sarebbe stato certo obbligato nei confronti del mutuante-delegante, posto che fra i due non sussisteva alcun rapporto contrattuale. Secondo Celso, però, una siffatta conclusione, nella misura in cui era rigidamente ancorata al formalismo ermeneutico dell'*auctoritas iuris scientiae*,<sup>22</sup> non sarebbe stata coerente (mi sembra esattamente questo il senso del '*propius*

<sup>19</sup> Non mi sembra, pertanto, necessario ipotizzare un taglio, da parte dei commissari giustiniani, dell'originario discorso di Celso per colmare l'asserita discrasia tra l'impostazione del quesito della prima parte (*si-obligaris*), incentrato soltanto sull'ordine di promettere, e la soluzione prospettata nella parte finale (*sed-aequum est*), che presuppone l'avvenuta numerazione da parte del debitore delegato; ipotesi (taglio compilatorio) formulata, appunto, da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 439-444.

<sup>20</sup> Sul punto rinvio alle considerazioni svolte in P. CERAMI, *La concezione celsina del ius*, cit., 197 e nt. 392, 204.

<sup>21</sup> Per quanto attiene agli elementi essenziali del '*credere*' edittale, cfr., in particolare, B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit., 36 ss.

<sup>22</sup> Celebre è, in tal senso, l'affermazione celsina in tema di *perpetuatio obligationis*, riferitaci da Paolo, 17 ad *Plautium* D. 45.1.91.3: '*esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose (inquit) erratur*'; affermazione che Paolo considera '*sane probabilis*'. Non a caso, DIONISIO GOTOFREDO, *ad hanc legem*, ritenne opportuno annotare: «*In dubio quae probabiliora sunt*,

est'<sup>23</sup> con i fini tipici ed esclusivi dell'*ars iuris* (D. 1.1.1 pr., Ulp. 1 *inst.*), implicitamente, ma inequivocabilmente, evocati dalle parole 'mibi a te reddi bonum et aequum est', con le quali si chiude appunto la parte concernente la 'ratio decidendi', enunciata in modo, al tempo stesso, nitido e sintetico, nel periodo finale, compreso fra il 'sed propius est' e il 'bonum et aequum est'.

Specificamente, Celso volle evidenziare, anzitutto, che 'propius est ut obligari te existimem', ma non già *mutui causa*, giacché l'*error in personam mutuantis* del delegatario-mutuatario escludeva la possibilità di configurare il contratto di mutuo, che poteva essere realizzato, come tutti i contratti, soltanto 'inter consentientes'; bensì per il semplice fatto che, in forza dell'operazione delegatoria, il denaro del delegante era effettivamente pervenuto al delegatario.<sup>24</sup> Scaturisce, appunto, da queste premesse l'affermazione secondo cui 'eam pecuniam mihi a te reddi bonum et aequum est'.

La *ratio decidendi* risulta, pertanto, incentrata su due complementari elementi: a) il presupposto dell'obbligo di restituzione gravante sul delegatario; b) la motivazione della concessione dell'azione di ripetizione; azione da ravvisare ragionevolmente nella *condictio*, come attestano la *sedes materiae* del frammento, l'adesione di Celso al punto di vista dei *veteres* e la funzione eminentemente restitutoria dell'azione sottesa all'affermazione 'eam mihi a te reddi'.

Specificamente, il presupposto affonda le radici nell'*opinio veterum*, secondo cui sarebbe stato possibile recuperare con la *condictio* tutto ciò (*id, quod*) che si trovasse *apud aliquem*<sup>25</sup>, *ex iniusta causa*, a prescindere dalla sussistenza di un diretto rapporto negoziale fra le parti (D. 12.5.6; v. sopra, § 2).

Mi sembra evidente, infatti, che l'espressione di Celso 'quia pecunia mea ad te pervenit' corrisponda, in ultima analisi, come avevo già evidenziato in altra sede,<sup>26</sup> all'espressione 'id, quod apud aliquem sit ex iniusta causa' del frammento D. 12.5.6.<sup>27</sup>

La peculiarità del profilo argomentativo del discorso svolto da Celso, rispetto a quello sotteso all'*opinio veterum*, attiene, a mio avviso, esclusivamente alla motivazione.

La regola dei *veteres* si limitava, infatti, a formalizzare, a carico del convenuto, l'obbligazione civile di restituire l'*id, quod ad eum pervenit ex iniusta causa*, lasciando «imprecisati i contorni, nonché i presupposti, sostanziali richiesti per l'esperimento dell'*actio*».<sup>28</sup>

*sequenda sunt*». Il brano in questione è stato richiamato opportunamente anche da C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 566, a corollario e a esplicitazione della *ratio decidendi* del frammento D. 12.1.32.

<sup>23</sup> Il segno 'propius', un tempo pregiudizialmente sospettato, non è certo estraneo al lessico di Celso, come prova un brano del libro 8 dei suoi *Digesta*, inserito dai compilatori giustinianeî nel titolo 'De actionibus empti et venditi' dei *Digesta*: D. 19.1.38.2 (Cels. 8 *dig.*). In tal senso v. pure A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 446.

<sup>24</sup> Il motivo per il quale Celso ritenne di potere affermare che la *pecunia* promessa e poi *tradita* dal delegato al delegatario proveniva effettivamente dal delegante è da rintracciare nella configurazione della *delegatio promittendi* come una semplificazione di più operazioni giuridiche, al scopo di evitare una *duplex numeratio*. Cfr. P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 149, 169.

<sup>25</sup> Sulle diverse letture dell'espressione 'apud aliquem' v. B. CORTESE, 'Quod sine causa', cit., 14 ss.

<sup>26</sup> P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 169.

<sup>27</sup> Condivide la mia affermazione A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 454 e nt. 99, secondo il quale «è possibile che il *pervenire* rappresenti il momento dinamico della fase di trasferimento del denaro, della quale invece l'*esse apud aliquem* (D. 12.5.6) è in grado di sottolineare soltanto il momento statico».

<sup>28</sup> Così B. CORTESE, 'Quod sine causa', cit., 7.

Celso, invece, non si limita ad affermare che *'obligari te existimem, quia pecunia mea ad te pervenit'*, ma si fa carico di additare il fondamento e, quindi, la *'ratio'* tecnico-giuridica dell'obbligazione di *'dare oportere'*, posta a carico del convenuto, nel *'bonum et aequum'*, che acquista così, nel contesto dell'impostazione e della soluzione della fattispecie esaminata, una rilevante e determinante funzione argomentativa.<sup>29</sup>

Mi sembra, pertanto, indispensabile individuare il significato specifico del sintagma *'bonum et aequum'*. Non credo che si possa cogliere pienamente il suo intrinseco significato, ravvisando in esso solo ed esclusivamente «l'affermazione del principio equitativo a fondamento della *condictio*». <sup>30</sup> Tale principio, infatti, a prescindere dal fatto che sia concepito e assunto come manifestazione della 'giustizia del caso concreto' o come estrinsecazione della 'giustizia distributiva',<sup>31</sup> sottende ed esprime, in ultima analisi, un marcato dualismo 'fra diritto positivo' e 'giustizia';<sup>32</sup> dualismo che mi sembra del tutto estraneo alla visione celsina del *ius*, inteso come *ars boni et aequi* (D.1.1.1 pr.).

Nell'ambito della definizione celsina del *ius* come *'ars boni et aequi'* – definizione essenzialmente teleologica, come ho cercato di chiarire in altra sede –,<sup>33</sup> il sintagma *'bonum et aequum'* enuclea ed evidenzia i fini tipici ed esclusivi della 'giuridicità', intesa come naturalità (*natura rerum et hominum*) e razionalità (equilibrio fra il bene dei singoli e l'*utilitas communis omnium*),<sup>34</sup> in tutte le diverse, ma fra loro complementari, manifestazioni: produzione,<sup>35</sup> interpretazione,<sup>36</sup> applicazione.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Anche per M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR 80, 1977, 259 s., il *bonum et aequum* in D. 12.1.32 «assume una funzione argomentativa», pur precisando che «il *bonum et aequum* che viene fatto valere in questo caso non è immediatamente risolvibile nel valore che il *bonum et aequum* stesso assume come oggetto generale del *ius*» in D. 1.1.1 pr.

<sup>30</sup> In tal senso v., per tutti, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 306, secondo cui il principio potrebbe «risalire addirittura a Sabino o, comunque, all'ambiente della scuola sabiniana». Per Celso, l'*aequum*, coniugato con il *bonum*, non si estrinseca nel semplice temperamento di talune asperità del *ius*, ma costituisce l'elemento costitutivo e identificativo di tutto il *ius*.

<sup>31</sup> Parlano di giustizia distributiva C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 541; L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 11, 13 nt. 14. Diversamente F. GALLO, *Sulla definizione celsina*, cit., 580, per il quale in D. 1.1.1 pr. la sovrapposizione alla definizione celsina della visuale del rapporto con la giustizia «è stata operata da Ulpiano e con ogni verosimiglianza approfondita dai commissari giustinianeî».

<sup>32</sup> In quest'ottica W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto. Introduzione e cura di Umberto Vincenti*, Padova 2002, 20 e nt. 29, ravvisa, appunto, nel sintagma *'bonum et aequum'*, con particolare ed esplicito riferimento al contenuto dei frammenti D. 1.1.1 pr. e D. 12.1.32, un'espressione che rimanda oltre il diritto positivo.

<sup>33</sup> P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 20 ss.

<sup>34</sup> Sul punto v. P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 45 ss.

<sup>35</sup> Mi riferisco, con specifico riguardo alla produzione normativa, al profilo della congruenza fra enunciati e correlati assetti economico-sociale, come attesta, a titolo di esempio, il discorso svolto da Celso con specifico riguardo agli enunciati della *lex Duodecim Tabularum* e della *lex Aquilia* in tema di responsabilità del *dominus* per i delitti commessi dal servo: D. 9.4.2 (Ulp. 18 ad ed.), su cui v. P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 70 ss.

<sup>36</sup> Cfr., ad es., D. 33.10.7.1-2 e D. 8.3.11, per quanto attiene alla congruenza delle soluzioni giurisprudenziali con i canoni operativi del *bonum et aequum*, su cui P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 80 ss.

<sup>37</sup> V., ad es., D. 6.1.38 (Cels. 3 dig.): *bonus iudex varie ex personis causisque constituet*.

In particolare, ritengo che il sintagma in esame esprima 'unitariamente' il valore identificativo e, al tempo stesso, fondante di tutta la fenomenologia giuridica (comprensiva, cioè, di produzione, interpretazione, applicazione),<sup>38</sup> che mi sembra di potere rendere con il segno 'equilibrio'; equilibrio che si articola, al suo interno, in due direzioni intrinsecamente connesse: a) l'equilibrio fra l'interesse comune e gli interessi dei singoli (*bonum*); b) l'equilibrio fra i contrapposti interessi dei *cives*, tanto in campo pubblicistico che in quello privatistico (*aequum*).

Con specifico riferimento alla fattispecie esaminata da Celso in D. 12.1.32, il *bonum* è dato dall'equilibrato raccordo fra 'certezza' e 'concretezza' dell'ordinamento giuridico. La prima, tipica espressione dell'interesse generale della collettività alla massima oggettività possibile dell'ordinamento, si concreta nel complesso delle norme del *ius civile* e dei correlati principi elaborati dalla giurisprudenza (*auctoritas iuris scientia*: D. 54.1.91.3), che, nel loro insieme, avevano suscitato, *prima facie*, la perplessità del nostro giurista. La seconda, espressione degli interessi dei singoli consociati, si risolve e si concreta nell'aspirazione alla massima flessibilità possibile dell'ordinamento giuridico.<sup>39</sup>

L'*aequum* si concreta e si risolve, nel caso di specie, nella ricerca di un equilibrato raccordo fra gli interessi dei soggetti coinvolti nell'operazione delegatoria – il creditore, delegante e mutuante; il debitore-delegato, promittente e numerante; il richiedente, delegatario e mutuatario –, in considerazione del fatto che il negozio, realizzato *mutui causa* fra delegato e delegatario, è invalido perché viziato dall'*error in personam mutuantis* in cui è incorso il mutuatario-delegatario, e che, in virtù dell'adempimento della *stipulatio* esecutiva del *iussum* delegatorio, la *pecunia*, numerata dal delegato al delegatario, proviene effettivamente dal delegante-mutuante.

Superate le iniziali perplessità, l'esigenza di approntare un equilibrato raccordo fra l'interesse collettivo alla massima oggettività possibile del '*ius*' e l'interesse delle parti in questione alla massima flessibilità possibile, e fra gli opposti interessi delle parti dell'operazione delegatoria, indusse Celso a escludere l'impiego dell'*actio certae creditae pecuniae*, tenuto conto dell'impossibilità di ravvisare, nel caso di specie, un rapporto contrattuale fra le parti, e a concedere, sulla scia dei *veteres*, la *conductio*, che, per l'astrattezza della sua formula, ben si prestava a neutralizzare inaccettabili squilibri fra l'interesse generale, insito nel principio della certezza, e gli interessi dei singoli, insiti nel principio della concretezza; e fra la *locupletatio* del delegatario-mutuatario e il *detrimentum* del delegante-mutuante.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Osserva, in proposito, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 383, che il *bonum et aequum* «si rivela un tema chiave nella metodologia del giurista – un topos che attraversa tutti i suoi *Digesta*».

<sup>39</sup> Sul punto, v. B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Jus* 19, 1959, 169.

<sup>40</sup> I segni *locupletatio* e *detrimentum* non ricorrono esplicitamente nel ragionamento di Celso, anche se possono essere considerati, in effetti, impliciti nella sua affermazione '*pecunia mea ad te pervenit et eam a te mihi reddi bonum et aequum est*'. Il percorso argomentativo di Celso, univocamente incentrato sul canone operativo del *bonum et aequum*, era, infatti, rivolto a estendere la *conductio* oltre l'ambito contrattuale, al precipuo scopo di utilizzarla, in forza dell'astrazione processuale della relativa formula, come funzionale strumento di riequilibrio di assetti economico-giuridici derivanti da fattispecie complesse e problematiche. Similmente, v. S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 50, la quale ritiene che in D. 12.1.32 Celso abbia voluto enunciare la

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, mi sembra incontestabile che il *bonum et aequum*, evocato nella *ratio decidendi* oggetto del brano in esame, costituisca, contrariamente a quanto è stato asserito (cfr. sopra, nt. 29), una chiara e univoca applicazione dell'idea celsina del *ius*, globalmente e unitariamente inteso, come *ars boni et aequi*.

In proposito è stato ragionevolmente affermato che estendere il *bonum et aequum* a tutto il diritto, non più circoscritto a dati settori, significa «sottoporre al vaglio del *bonum et aequum* sia l'introduzione che l'applicazione della forma, dell'astrattezza . . . significa non applicare la forma, astrattezza, ecc., in contrasto con le stesse ragioni per le quali sono state introdotte».<sup>41</sup>

#### 4. Continua: esegesi di D. 12.4.3.6-8.

Le linee fondamentali del ragionamento, svolto da Celso nel sesto dei suoi *Libri Digestorum*, trovano conferma in un brano del libro 26 *ad Edictum* di Ulpiano, inserito dai compilatori nel titolo '*De conditione causa data causa non secuta*' (D. 12.4) dei *Digesta* giustiniane:

D. 12.4.3.6-8 (Ulp. 26 *ad ed.*): 6. *Si quis quasi statuliber mihi decem dederit, cum iussus non esset, condicere eum decem Celsus scribit. 7. Sed si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? Et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse. Quae sententia verior est, quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciosem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. 8. Suptilius quoque illud tractat, an ille, qui se statuliberum putaverit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt, adquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem, Et puto si hoc animo dedit, non fieri ipsius: nam et cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos.*

Nei tre paragrafi, Ulpiano espone il punto di vista di Celso figlio con riferimento a fattispecie di '*datio ob rem*', ipoteticamente formulate ed esaminate dal nostro giurista nell'ambito di una trattazione teorica (in tal senso depone, infatti, il '*suptilius . . . tractat*' del § 8).

Ai nostri fini rileva soprattutto il § 7, che prospetta il caso di uno schiavo manomesso nel testamento sotto condizione di *decem dare* all'erede, e senza la condizione nei codicilli; ma per la comprensione del difficile testo,<sup>42</sup> che ha sempre suscitato, nonostante il mutamento

fondamentale distinzione fra la *condictio* come azione contrattuale (Vetragsklage) e la *condictio* come azione di arricchimento (Bereicherungsklage). Sulla monografia di Heine v. F. STURM, Rec. a Heine, in ZSS 126, 2009, 546 ss. Diversamente, H. De JONG, *A byzantine interpretation*, cit., 71, secondo cui la suddetta distinzione sarebbe configurabile soltanto con il diritto giustiniano. Fra l'età degli Antonini e l'età dei Severi, anche sulla base del ragionamento celsino, si affermerà il principio secondo cui '*aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiosem*' (Pomp. D. 50.17.206). Mi sembra, pertanto, non condivisibile l'imputazione della genesi del principio dell'ingiustificato arricchimento ai commissari giustiniane. Così appunto, ancora in tempi relativamente recenti, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 435. Sul punto, cfr. *infra*, § 6.

<sup>41</sup> In tal senso, F. GALLO, *Sulla definizione*, cit., 586 s.

<sup>42</sup> Parla, appunto, di difficile testo M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 11; ID., *Idee vecchie e nuove su Cels. Ulp. 26 ad ed. D. 12.3.4.7*, in BIDR 100, 1997 (pubbl. 2003), 567.

dei criteri metodologici e degli indirizzi culturali, interpretazioni fra loro del tutto discordanti, non si può prescindere, a ben riflettere, da un'attenta valutazione sia del caso esposto nel precedente § 6, che di quello contemplato nel successivo § 8.

Desidero precisare, anzitutto, che mi asterrò da un'analitica ricognizione delle diverse interpretazioni che del testo in esame sono state sin qui proposte in dottrina; ricognizione, peraltro, già realizzata, per quanto attiene alle interpretazioni anteriori al 2003, dal Talamanca con due densi contributi critici, pubblicati rispettivamente in BIDR 96-97 (già citato nella nt. 14) e in BIDR 100 (citato nella nt. 42).

In entrambi i menzionati scritti, Mario Talamanca, dopo avere contestato, nella *pars destruens*, tutte le soluzioni prospettate in dottrina, sorrette, a suo dire, da idee «praticamente sprovviste di un serio approfondimento» (!),<sup>43</sup> superando la sua ben nota e innata propensione a esercitare, in sede di *pars construens*, l'*ars ignorandi*,<sup>44</sup> formulò tre soluzioni alternative,<sup>45</sup> che se, da un lato, confermano emblematicamente la notevole difficoltà del testo in questione, depongono, dall'altro, proprio perché alternative, per la loro pura e semplice opinabilità.<sup>46</sup>

Mi limiterò, conseguentemente, a riesaminare e ad approfondire con alcune precisazioni e integrazioni, anche alla luce di taluni rilievi del Talamanca, la soluzione che avevo prospettato nel mio scritto del 1978.<sup>47</sup>

Ho già premesso che l'esame del § 7 del brano in questione – sostanzialmente genuino, ma verosimilmente contratto nella parte finale, come chiarirò fra poco – non può prescindere da un'attenta valutazione del contenuto dei §§ 6 e 8.

Nel § 6, che forse costituisce soltanto un sunto dell'originaria stesura,<sup>48</sup> Ulpiano attesta che nell'ipotesi in cui taluno (*quis*), *bona fide serviens*, abbia dato all'erede (*mibi*)<sup>49</sup> dieci, come se fosse stato uno statulibero – pur essendo, in effetti, libero, in mancanza nel testamento, di un apposito ordine di dare –, Celso figlio sostenne (*scribit*) che costui avrebbe potuto esperire la *condictio* per la restituzione dei dieci: '*sententia*' condivisa, ovviamente, dallo stesso Ulpiano.

<sup>43</sup> M. TALAMANCA, *Idee vecchie e nuove*, cit., 615.

<sup>44</sup> M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 45.

<sup>45</sup> Sulle tre varianti v. i rilievi critici di H. HAUSMANINGER, *Celsus 'filius' – 'naturali aequitate motus' – gegen Celsus 'pater'* (Ulp. D. 12.4.3.7), in *Iurisprudentia universalis. Festschrift Th. Mayer Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, 270 ss., rilievi polemicamente contestati da M. TALAMANCA, *Idee vecchie e nuove*, cit., 569 ss.

<sup>46</sup> Non a caso, M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 41, al termine della *pars destruens*, prima di procedere, in via congetturale, alla formulazione delle tre soluzioni, ritenne opportuno esternare la seguente considerazione: «Sui risultati in essa raggiunti penso che si possa fare affidamento, nei limiti dell'opinabilità di tutte le nostre affermazioni».

<sup>47</sup> P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit. Alcuni punti dell'analisi esegetica svolta nel citato scritto – prescindendo dai rilievi di M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 25 ss. – hanno trovato adesioni in dottrina. V., in tal senso, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 457 nt. 106, 458 nt.110, 459 nt. 118.

<sup>48</sup> Depone in tal senso il fatto che la fattispecie, come ha osservato M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 39, nella versione compilatoria del testo, non è, in effetti, «completamente precisata».

<sup>49</sup> Il dativo *mibi*, tenuto conto del nesso logico-argomentativo che lega i §§ 6-8, è da riferire, con ogni verosimiglianza, all'erede. Sulle diverse ipotesi prospettate in dottrina per identificare il generico '*mibi*', v. R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 310 s. e nt. 154.

Nel § 7 Ulpiano espone invece, sulla traccia della scrittura celsina, una variante della prima ipotesi (*sed*): il caso di un servo che, manomesso nel testamento a condizione di dare dieci all'erede e senza condizione nei codicilli, abbia effettivamente dato, ignorando la disposizione codicillare, i dieci all'erede. Potrà egli esperire la *condictio*? Ulpiano attesta che Celso figlio, dopo avere riferito il parere negativo di suo padre (*existimasse repetere eum non posse*), aveva sostenuto, che anche in questo caso, fosse possibile *repetere* con la *condictio* la somma numerata (*repeti posse*).

È, quindi, necessario individuare il fondamento dei contrapposti pareri e vagliarne le rispettive motivazioni.

Per quanto attiene al fondamento, in dottrina sono state prospettate diverse e contrastanti interpretazioni quasi tutte essenzialmente incentrate su astratti principi e schemi dogmatici (l'efficacia della condizione; i rapporti fra testamento e codicilli e la differenza di regime fra codicilli confermati e non confermati; l'effetto della '*novissima scriptura*'; il rapporto fra *verba e voluntas*; la causa della *datio*; il rapporto fra *libertas ex testamento e libertas fideicommissaria*), che, nel loro insieme, da un lato, si sovrappongono, almeno in parte, alla scrittura ulpiana e, dall'altro, divergono, sotto il profilo sostanziale, dall'idea celsina del *ius*.

Sono convinto che il fondamento e la motivazione delle opposte opinioni dei due Celsi<sup>50</sup> possano – e, anzi, debbano – essere rintracciati nella frase finale del § 7, '*quamquam constet . . . opinione falsa deceptum*',<sup>51</sup> che nella versione originale sarà stata sicuramente ben più ampia e articolata –, con cui Ulpiano, dopo aver ritenuto più attendibile l'opinione di Celso figlio (*quae sententia verior est*), volle esplicitamente sottolineare che lo stesso Celso, pur essendo favorevole, a differenza del padre, all'impiego della *condictio*, aveva tuttavia riconosciuto, riferendosi ovviamente al percorso argomentativo del proprio genitore, che era effettivamente ben noto (*constet*) che chi dava con l'aspettativa di essere remunerato '*ab eo qui acceperit*' o di procacciarsene l'amicizia, non poteva esperire l'azione di ripetizione per il semplice fatto di essere stato tratto in inganno da una falsa opinione.

Dal '*quamquam constet*' di Celso figlio – che costituisce una residua traccia del suo originario discorso, che doveva verosimilmente estendersi alla critica del punto di vista del padre e all'esposizione del proprio – mi sembra plausibile dedurre che Celso padre, tenuto conto del costume sociale inerente ai rapporti fra liberto e patrono (o erede), ravvisava nella consegna del denaro effettuata dall'apparente statulibero – ma, in effetti, *homo liber* (perché così disponevano i codicilli),<sup>52</sup> *bona fide serviens* – gli estremi di un'attribuzione gratuita, evidente e innegabile manifestazione di un '*animus donandi*', ancorché eseguita non '*sponte*', ma '*of-*

<sup>50</sup> Nel corrispondente brano dei Basilici (B. 23.1.3) non c'è alcuna traccia della diversa opinione di Celso padre.

<sup>51</sup> Anche J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 125, richiama l'attenzione sulla frase finale, alla luce della quale sostiene che il contrasto fra i due Celsi concernesse l'interpretazione della *datio* e, segnatamente, la «Qualifikation der Zuwendung des vermeintlichen Sklaven an den Erben». In senso contrario v. M. TALAMANCA, *Idee vecchie e nuove*, cit., 604.

<sup>52</sup> Al tempo di Celso figlio era pacifico che il testatore poteva '*codicillis pure libertatem dare et hoc modo condicionem extinguere*', come attesta espressamente Giuliano in un brano del libro 39 *Digestorum*, inserito dai compilatori giustinianeî nel titolo '*De legatis et fideicommissis*' dei *Digesta* (D. 30.96.4).

*ficii causa*' (*munus*),<sup>53</sup> volta a conseguire la migliore disposizione dell'*accipiens* nei confronti del *dans* o a consolidarne il rapporto di amicizia,<sup>54</sup> da qui il riconoscimento all'*accipiens* di una '*iusta causa retinendi*' e la speculare negazione al tradente della facoltà di esperire l'azione di ripetizione.<sup>55</sup>

Dell'opposto parere di Celso figlio, nella versione compilatoria del testo ulpiano, residua soltanto l'affermazione '*sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse*', con cui Ulpiano sintetizza, interpretandola a modo suo, la *ratio decidendi* della versione originaria. In altri termini, penso che l'originario ragionamento celsino abbia subito una duplice manipolazione: una prima, da parte di Ulpiano, che, travisando il senso del sintagma celsino '*bonum et aequum*',<sup>56</sup> lo ha identificato con la '*iustitia*', attribuendogli valenza metagiuridica; una seconda, da parte dei compilatori giustiniane, i quali, connettendo immediatamente il '*quamquam constet*' al '*quae sententia verior est*', hanno soppresso la parte concernente la confutazione celsina dell'opinione del padre.

Fortunatamente, però, il contenuto della frase introdotta dal '*quamquam constet*' consente, a mio avviso, di ricostruire, con sufficiente margine di verosimiglianza, il percorso argomentativo di Celso figlio. Quest'ultimo, avrà contestato la possibilità di ravvisare nella *traditio pecuniae*, eseguita dall'apparente statulibero, gli estremi di una *datio ob causam*, ascrivibile al *munus*, inteso come *species donationis*, giacché l'errore del *tradens* escludeva inequivocabilmente l'elemento soggettivo della *causa donationis*: l'univoca volontà del donante di operare una riduzione del proprio patrimonio, che si concretava – come dice lo stesso Celso (D. 24.1.5.15, Ulp. 32 *ad Sab.*) – in un '*proficisci de suo*'.

Rimossa l'ipotesi della *causa donationis* e ravvisata nella *traditio nummorum* una *datio ob rem, implendae condicionis causa*, Celso figlio ritenne opportuno procedere all'approfondimento della fattispecie (§ 8: *suptilius ille quoque tractat*), ponendosi il problema se il *dans* avesse effettivamente trasferito all'erede la proprietà dei *nummi*, e risolvendolo in senso negativo, in considerazione del fatto che aveva consegnato il denaro come se fosse stato dell'erede e non già suo.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Cfr. Charisius, *Ars gramm.* 5.394 (ed. Barwich, Teub. 1964): *Munus et donum: munus quod amicus vel cliens vel libertus officii causa mittunt.* V., in proposito, P. CERAMI, *D.* 39.4.3.7, cit., 177 s. e nt. 86.

<sup>54</sup> Sul punto v., in particolare, G. FINAZZI, *Amicizia e doveri giuridici*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 825.

<sup>55</sup> Evidenza, fondatamente, l'incidenza dell'*animus donandi* sull'irrevocabilità dell'attribuzione, a prescindere dalla mancata realizzazione (*spes*) di un disegno futuro, L. PELLECCHI, *Contributo allo studio della condictio*, cit., 138 nt. 212; 140 nt. 213. V. pure M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 52 s.

<sup>56</sup> Concordo, in proposito, con A. SCHIAVONE, *Giuristi e principi nelle Istituzioni di Ulpiano: un'esegesi*, in SDHI 69, 2003, 48, il quale, con specifico riguardo a D. 1.1.1 pr. e D. 12.4.3.7, ha fondatamente affermato che in Ulpiano il *bonum et aequum* di Celso è «interamente schiacciato sull'equazione fra *ius* e *iustitia*; il suo significato – tutto riferito alle contingenze e alle relatività della socialità e della storia – è sparito sotto una pesante coltre giusnaturalistica che lo trasfigura in un insieme di valori universali e immutabili».

<sup>57</sup> L'affermazione '*non quasi suos*' si giustifica, ovviamente, con il fatto che il *dans*, in conseguenza e per effetto dell'estinzione codicillare della condizione (cfr. nt. 50), era già libero e non già *statusliber*. Per quanto attiene all'ipotesi del trasferimento dei *nummi* a un terzo – ipotesi da imputare esclusivamente a Ulpiano – v. R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 321 s.; M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 61 s.

Potremmo chiederci, a questo punto – come, peraltro, è stato già fatto –,<sup>58</sup> perché mai Celso figlio ritenne che il recupero della somma versata potesse essere realizzato sperendo l'azione di ripetizione (*puta repeti posse*) e non la '*rei vindicatio*'.

La ragione è certamente da imputare al fatto che la *traditio mummorum* eseguita dall'apparente *statusliber* era viziata da duplice errore: a) l'errore, sulla propria condizione, del *dans*, il quale, ignorando la disposizione codicillare, credeva di non essere libero, ma *statusliber* (*error in personam*); b) l'errore dello stesso *dans* sulla proprietà del denaro, in conseguenza e per effetto dell'errore sulla propria condizione (*error in dominio*).<sup>59</sup>

Resta ora da esaminare l'aspetto più rilevante ai nostri fini: la motivazione sottesa all'affermazione ulpiana '*sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse*'.

Surrogando il sintagma '*bonum et aequum*' – che doveva verosimilmente ricorrere, nella scrittura originaria di Celso, come motivazione del '*repeti posse*' –, con il sintagma '*naturalis aequitas*', ulpiano ma non celsino,<sup>60</sup> il giurista di Tiro travolse il senso pragmatico del *bonum et aequum*, rendendolo omologo alla sua idea di '*iustitia*', fondamentalmente proiettata sul piano ideale del dovere essere.

Adoperando, per contro, il canone operativo del '*bonum et aequum*' in sede di motivazione della propria soluzione, Celso intese perseguire, nel caso in questione, come in quello contemplato in D. 12.1.32, un equilibrato raccordo, da un lato, fra l'aspirazione della collettività alla massima oggettività possibile dell'ordinamento giuridico e l'aspirazione dei singoli alla massima flessibilità possibile;<sup>61</sup> e, dall'altro, fra gli opposti interessi dei soggetti coinvolti nella fattispecie in esame.

Il primo raccordo era suggerito e imposto dalla necessità di neutralizzare gli effetti negativi conseguenti a un'astratta e rigorosa applicazione dei principi civilistici in tema di *error in dominio* e di *animus rei transferendae* (impossibilità di esperire la *vindicatio mummorum*).

Il secondo raccordo era suggerito e imposto dalla necessità d'impedire che gli effetti della *traditio mummorum* si risolvessero in un ingiustificato *incrementum* delle *facultates* dell'erede e in un parallelo e speculare *decrementum* di quelle dell'apparente *statusliber*.

<sup>58</sup> V., in particolare, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 318 ss., con letteratura; M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 56 ss.

<sup>59</sup> Cfr., in tal senso, M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 60.

<sup>60</sup> La locuzione '*aequitas naturalis*', infatti, non ricorre mai nel '*corpus*' celsino. Secondo A. SCHIAVONE, *Giuristi e principi*, cit., 49, Celso, nel caso in esame, avrà probabilmente scritto un *aequus erit* o qualcosa di simile; ID., *Ius*, cit., 384, 492 nt. 21 e 499 nt. 81. Io ritengo che Celso, per motivare la concessione dell'azione di ripetizione, avrà adoperato anche in questo, come nel precedente caso, oggetto del frammento D. 12.1.32, il sintagma '*bonum et aequum*'. Anche M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 76, nt. 349, ritiene che non possa «escludersi che nel testo del giurista adrianeo si trovasse un riferimento all'*aequum* od al *bonum et aequum* come fondamento della soluzione favorevole alla *repetitio*, fonendo così lo spunto ad Ulpiano per affermare che Celso figlio era pervenuto alla soluzione favorevole al servo affrancato *naturali aequitate motus*».

<sup>61</sup> È stato efficacemente affermato da A. SCHIAVONE, *Giuristi e principi*, cit., 45, che Celso mirava a «ricercare regole flessibili, misurate sul caso concreto, mutevoli nel tempo, adatte a stabilire gli equilibri spezzati dalle circostanze».

## 5. Continua: esegesi di D. 39.5.21pr.-1.

Resta da valutare, a completamento e conferma dei risultati sin qui acquisiti, con specifico riferimento all'obiettivo perseguito con la presente ricerca (fondamento del *condicere* nel pensiero di Celso figlio), il terzo brano (D. 39.5.21 pr.-1), non meno complesso e dibattuto dei primi due (D. 12.1.32 e D. 12.4.3.6-8).

Si tratta – come ho già premesso (§ 1) – di una fattispecie di *delegatio promittendi donationis causa*, impostata e risolta dal giurista adrianeo in perfetta conformità alla regola casistica dei *veteres* e al canone operativo del 'bonum et aequum':

D. 39.5.21 pr.-1 (Cels. 28 *dig.*): *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit. 1. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summo veris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisisti ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus: sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te conductionem.*

Il testo, non del tutto immune da ritocchi o aggiornamenti di carattere formale,<sup>62</sup> a mio avviso, è sostanzialmente genuino.

Celso formula due diverse ipotesi di *delegatio promittendi donationis causa*.

Nella prima, esposta nel *principium* del brano in esame, si suppone che A, avendo deciso di donare a B, prometta, su incarico di quest'ultimo, di dare a C, creditore di B.

Questa fattispecie, osserva Celso, non pone problemi e, quindi, può essere validamente realizzata (*factum valet*), nella misura in cui soddisfa pienamente gli interessi dei soggetti coinvolti nell'operazione delegatoria: A (donante, delegato, promittente) realizza l'obiettivo della liberalità; B (donatario, debitore, delegante) estingue il suo debito; C (creditore) ottiene il suo credito (*suum recepit*).

La seconda fattispecie, articolata e complessa, che il nostro giurista espone nel § 1, può essere così schematizzata: A (donante, delegante) ordina a B, suo debitore (delegato) di promettere a C (donatario, delegatario), a scopo di liberalità, una somma di denaro *ultra modum legis Cinciae*.

Trattandosi di una donazione viziata (perché *ultra modum*), s'impone, ovviamente, il problema di valutarne gli effetti sui rapporti causali sottesi all'operazione delegatoria.

Celso solleva, anzitutto, il quesito se B (debitore delegato) possa opporre a C (delegatario donatario), che reclaims l'esecuzione del *iussum* delegatorio, l'*exceptio legis Cinciae*, che era considerata dai Proculiani 'quasi popularis' (FV. 266) e, come tale, utilizzabile da chiunque

<sup>62</sup> Mi riferisco, in particolare, all'espressione '*donationis immodicae*', verosimilmente inserita dai compilatori giustiniani al posto della locuzione '*contra legem Cinciam*' dell'originaria scrittura, e all'espressione '*donationis exceptione*' al posto di '*legis Cinciae exceptione*'. La critica testuale più radicale, che ha investito la stessa posizione del problema, è stata formulata da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS 66, 1948, 385, per la cui restituzione rinvio alle considerazioni da me svolte in P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 144 s.

avesse interesse a far valere il limite previsto dalla *lex Cincia de donis et muneribus*, limite che, in conformità a una prassi risalente all'età ciceroniana, era di norma commisurato alle capacità patrimoniali (*facultates*) del donante.<sup>63</sup>

Il giurista motiva il suo parere negativo alla luce della funzione pratica della *delegatio promittendi*, volta a realizzare una semplificazione di più operazioni giuridiche, che, senza l'impiego della *delegatio*, si sarebbero svolte secondo il seguente ordine: A (delegante donante) avrebbe riscosso il denaro da B (debitore), lo avrebbe poi donato a C (delegatario donatario), e quest'ultimo lo avrebbe concesso in credito a B.<sup>64</sup>

Ne consegue che B non può avvalersi dell'*exceptio* né in nome proprio, perché l'interesse generale insito nella natura *quasi popularis* dell'*exceptio legis Cinciae* trova un limite oggettivo nel fatto che egli nei confronti del delegatario donatario si trova nella condizione giuridica di chi è tenuto a restituire la *pecunia credita*; né nella qualità di delegato del donante, perché quest'ultimo non è legato al donatario da una *promissio donationis causa*.

Subito dopo,<sup>65</sup> Celso analizza gli effetti della *donatio ultra modum* sul rapporto intercorrente fra il creditore-delegante e il debitore-delegato, da un lato, e su quello fra il donante-delegante e il donatario delegatario, dall'altro, distinguendo due diversi momenti della complessa operazione delegatoria: prima e dopo la *traditio pecuniae* al delegatario-donatario.

Per il periodo, antecedente alla consegna del denaro, Celso attribuisce al donante-delegante un'*actio rescissoria* – rimedio, tipicamente pretorio, che sottende una *restitutio in integrum* –<sup>66</sup> contro il debitore-delegato, limitatamente alla parte eccedente il limite della *lex Cincia*, in modo tale che quest'ultimo *maneatur obligatus*, nei confronti del donatario-delegatario, soltanto per la parte residua. Per il periodo successivo alla *traditio pecuniae*, Celso concede invece al donante-delegante, contro il donatario delegatario, la *condictio* per la ripetizione del '*quod modum legis excedit*'. Specificamente, e con particolare riguardo al primo momento, la *restitutio in integrum*, sottesa all'espressione '*habeo ... rescissoriam*', consente di realizzare, nel caso in questione e in perfetta sintonia con la concezione celsina del *ius* come *ars boni et aequi*, tanto il *bonum* quanto l'*aequum*:

a) il *bonum*, nella misura in cui consente di armonizzare, attraverso la commisurazione del *modus legis Cinciae* alle *facultates* (capacità patrimoniali) del donante, l'interesse collettivo all'osservanza della *lex Cincia* e l'interesse particolare del delegante donante alla parziale rimozione degli effetti del *iussum* delegatorio;

<sup>63</sup> Cfr. P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 147, con letteratura nella nt. 19; v. pure J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 89 s.; S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 44.

<sup>64</sup> Come ho chiarito in altra sede (P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 156), Celso, con la precisazione contenuta nella frase '*quia perinde sum . . . credideris*', non intese definire, in termini generali, la struttura dogmatica della *delegatio promittendi*, ma mirò soltanto a puntualizzare e a chiarire – con l'esemplare cenno a quello che sarebbe stato, senza l'impiego della *delegatio*, l'ordine normale degli eventi –, l'assetto degli interessi sotteso all'operazione delegatoria, con specifico riguardo al momento in cui il debitore delegato è convenuto in giudizio dal delegatario donatario con l'*actio ex stipulatu*.

<sup>65</sup> Dico «subito dopo» con specifico riferimento all'ordine espositivo del testo trasmessoci dai compilatori dei *Digesta*. È ben verosimile che l'ordine espositivo della scrittura originaria fosse ben diverso, come ho cercato di dimostrare in P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 142 s.

<sup>66</sup> Sul punto v. P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 152 ss., con esame della letteratura.

b) l'*aequum*, nella misura in cui consente di pervenire al giusto equilibrio tra gli interessi del delegante e del delegato, da un lato, e l'interesse del delegatario donatario, dall'altro.

E, invero, se la stipulazione esecutiva del *iussum* delegatorio, attuando contestualmente il rapporto di provvista (*solutio*) e il rapporto di valuta (*donatio*), realizza pienamente i diversi interessi delle parti dell'operazione delegatoria, la *restitutio in integrum*, operando, in presenza di una *iusta causa* (eccedenza del *modus*), la parziale rimozione, *causa cognita*, degli effetti del *iussum*, non pregiudica affatto né l'interesse del delegato a liberarsi dall'obbligazione, né l'interesse del delegatario a ricevere la liberalità, ma concilia piuttosto questi ultimi interessi con l'interesse del delegante a non donare oltre un giusto limite.

Con riferimento al secondo momento, il presupposto della concessione della *condictio*, tenuto conto dello scopo pratico perseguito dai soggetti dell'operazione delegatoria (evitare una *duplex numeratio*), è costituito dal fatto che, in virtù della *stipulatio* esecutiva del *iussum* delegatorio, la *pecunia numerata* dal delegato al delegatario, proviene effettivamente, ai sensi della regola dei *veteres*, dal delegante.

Conseguentemente, è *bonum et aequum* che il delegatario donatario restituisca al delegante donante la parte che eccede il limite della *lex Cincia*, sì da poter realizzare un equilibrato raccordo fra l'interesse collettivo all'osservanza della *lex Cincia* e gli interessi dei singoli, da un lato, e fra i contrapposti interessi dei soggetti coinvolti nell'operazione delegatoria, dall'altro, neutralizzando inaccettabili squilibri derivanti da ingiustificati incrementi e correlati decrementi patrimoniali.

In ultima analisi, ritengo di potere affermare che l'impostazione e la soluzione della fattispecie analizzata in D. 39.5.21pr.-1 costituisce un perspicuo corollario della concezione celsina del *ius* come *ars boni et aequi*; e, al tempo stesso, una significativa ed emblematica testimonianza dell'impiego, da parte del nostro giurista, della *restitutio in integrum* e della *condictio* come strumenti tecnici volti a realizzare un equilibrato raccordo fra gli interessi collettivi e gli interessi particolari, da un lato, e fra gli opposti interessi nell'ambito di rapporti intersoggettivi, dall'altro.

6. La *condictio Iuventiana* «matrice storica» della '*condictio generalis*' e dell'*iniusta locupletatio*' del diritto giustiniano.

I brani sopra esaminati (§§ 3,4,5) attestano che Celso sosteneva, in piena sintonia con la regola casistica dei *veteres*, la possibilità di recuperare, per mezzo della *condictio*, qualsiasi cespite patrimoniale che, in assenza di un diretto rapporto negoziale fra le parti, fosse pervenuto al convenuto, additando nel *bonum et aequum* il fondamento dell'obbligo di restituire, gravante sul convenuto.

Ravvisando, con specifico riguardo al difficile tema della '*iniusta locupletatio*', nel *bonum et aequum* la *ratio* del *condicere*, Celso – come ho cercato di dimostrare – intese realizzare, alla luce della sua concezione del *ius* come *ars boni aequi*, un duplice risultato: il raccordo fra interesse collettivo e interesse particolare e la rimozione degli squilibri patrimoniali prodotti da ingiustificati incrementi delle *facultates* del convenuto.

Tenuto conto della *ratio condicendi* e dei suoi correlati obiettivi, mi sembra di potere affermare che la *condictio Iuventiana* rappresenta effettivamente la radice storica della *condictio generalis*, sottesa, come ho premesso (§ 1) e come vedremo meglio fra poco, al sistema giu-

stiniano delle *condictiones* e, soprattutto, alla regola legislativa (D. 50.17.206) che proclama l'illegittimità di qualsiasi arricchimento conseguito con altrui danno.

Ma c'è di più: il difficile e controverso frammento D. 39.5.21.1 (§ 5) prova che, in materia di '*iniusta locupletatio*', derivante da assetti extraneoziali, Celso non si limitava a impiegare, in funzione restitutoria, la *condictio*, ma coinvolgeva altresì, con specifico riguardo ad una particolarissima fattispecie contraddistinta da assetti trilaterali scaturenti da una *delegatio promittendi* e con il preciso e fondamentale obiettivo di realizzare un riequilibrio patrimoniale, anche la '*restitutio in integrum*'.

Argomentando e operando in tal modo, Celso gettava, in definitiva, le remote basi di un indirizzo di politica del diritto, progressivamente sfociato, attraverso un lungo, complesso e variegato sviluppo storico, nell'«azione generale di arricchimento» (artt. 2041-2042 c.c.).

Limitando, in questa sede, il discorso al diritto romano storico, mi sembra che il pensiero di Celso in tema di '*iniusta locupletatio*' possa essere configurato come lo spartiacque fra la regola casistica dei *veteres* e il definitivo assetto legislativo del periodo giustiniano.

Depongono in tal senso, a mio avviso, alcune evidenti tracce delle linee fondamentali del pensiero del giurista adrianeo in tema di *condictio* extraneoziale (il puro e semplice pervenire di cespiti patrimoniali al convenuto; la motivazione dell'obbligo di '*reddere*' con il *bonum et aequum*; l'obiettivo di rimuovere squilibri patrimoniali ingiustificati) in frammenti di opere giurisprudenziali del periodo compreso fra il principato degli Antonini e quello dei Severi.

Una prima traccia può essere ravvisata, a parer mio, in due brani di Africano, che riferisce il parere di Giuliano in merito a due fattispecie d'ingiustificato arricchimento, non derivante da rapporti negoziali, nel primo brano, e da una diretta condotta negoziale dell'attore (arricchimento indiretto), nel secondo.

D. 12.1.23 (Afr. 2 *quaest.*): *Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possiderim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.*

D. 19.1.30 pr. (Afr. 8 *quaest.*): *Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva actum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. Secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpserit, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*

Giuliano è menzionato nominalmente (*Iulianus ait*) nel primo frammento e con il solo verbo (*ait*) nel secondo. Entrambi i testi hanno sollevato perplessità in dottrina, in considerazione del fatto che, secondo Giuliano, la *condictio* '*locum non habet*' se l'arricchimento non

deriva da un rapporto negoziale fra le parti (così, in particolare, Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33). E, forse, è da imputare alle argomentazioni di Giuliano la *ratio dubitandi* di Celso nel brano accolto in D. 12.1.32 (sopra, § 3). Ma la *ratio decidendi* di quest'ultimo avrà, a sua volta, indotto Giuliano – dopo qualche tempo –<sup>67</sup> a un riesame della complessa problematica dell'*iniusta locupletatio*, con specifico riferimento a fattispecie di arricchimento extraneogoziale non altrimenti tutelabili.

Sotto questo profilo, mi sembra eccessiva la diffusa enfaticizzazione del contrasto scientifico fra i due giuristi – pur essendo, ovviamente, innegabili alcune differenze di metodo e di dottrine –, soprattutto alla luce di alcuni brani di Paolo e di Ulpiano, nei quali si afferma esplicitamente che Giuliano seguiva o approvava determinate decisioni di Celso.<sup>68</sup>

La fattispecie oggetto del primo frammento contempla il caso di un tale che, ritenendo in buona fede di aver ricevuto in legato (ovviamente *per vindicationem*) uno schiavo (*quasi mihi legatum*) – legato che, invece, era stato disposto dal testatore a favore di un altro – ne prende possesso e lo vende. In seguito, lo schiavo muore. Si pone il quesito: con quale azione il vero legatario può chiedere il prezzo dello schiavo?

Per comprendere la *ratio* del quesito occorre tener conto di due fondamentali circostanze: a) che non sarà stato possibile, nel caso in esame, esperire la *rei vindicatio*, verosimilmente perché nell'intervallo fra la vendita e la morte dello schiavo il compratore lo aveva già usucapito;<sup>69</sup> b) che fra l'apparente legatario e quello effettivo non c'era alcun rapporto negoziale.

Giuliano, tenuto conto, appunto, dell'impossibilità di esperire la *rei vindicatio*, consiglia all'effettivo legatario di esperire, nonostante l'assenza di un *negotium contractum* fra le parti, una '*condictio pretii*',<sup>70</sup> sulla base di due fondamentali valutazioni, del tutto simmetriche a quelle formulate da Celso nel caso di D. 12.1.32:

a) la provenienza del prezzo dello schiavo da una *res* (schiavo) appartenente all'effettivo legatario;

b) l'ingiustificato arricchimento dell'apparente legatario a danno di quello effettivo.

L'espressione giuliana '*quasi ex re tua*' corrisponde infatti, nella sostanza, all'espressione celsina '*pecunia mea ad te pervenit*' e l'espressione '*locupletior factus sim*' sottende e riecheggia la motivazione insita nella locuzione celsina '*eam mihi a te reddi bonum et aequum est*'.

La fattispecie del secondo frammento – complesso e assai dibattuto – verte sul furto commesso da uno schiavo, venduto con il peculio, a danno del proprio padrone, prima della consegna al compratore.

<sup>67</sup> Giuliano, pur essendo contemporaneo di Celso, era ancora attivo, a differenza di Celso, al tempo di Marco Aurelio e Lucio Vero, e i suoi *Libri Digestorum* furono scritti nel corso del principato di Adriano e di quello di Antonino Pio. V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I., cit., *Salvius Iulianus, Libri Digestorum*, c. 318 nt. 2.

<sup>68</sup> Cfr. D. 45.1.91.3 (Paul 17 *ad Plaut.*): *Celsus scribit . . . et sane probabilis haec sententia est, quod quidem et Iulianus sequitur*; D. 36.2.12.3 (Ulp. 23 *ad Sab.*): *Item Celsus scribit, quod et Iulianus probat*. Non mancano, peraltro, attestazioni ulpianee di adesioni di Celso a *sententiae* di Giuliano: D. 7.1.13.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*): *Iulianus . . . scribit . . . quam sententiam Celsus quoque . . . probat*; D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Iulianus ait . . . quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat*.

<sup>69</sup> In tal senso v. pure C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 563.

<sup>70</sup> Sul punto v. pure S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 85 ss., con ampio inventario delle varie interpretazioni prospettate in dottrina.

Nel testo – che, per completezza, ho trascritto per intero – Africano, sulla scia di Giuliano, formulava varie ipotesi e sottoipotesi.<sup>71</sup> In questa sede e ai nostri fini, assume notevole rilievo il periodo finale *'si nummos, quos servus iste ... ad te sine causa pervenerit'*.

Con particolare riferimento, appunto, al caso in cui il compratore dello schiavo, non essendo a conoscenza del furto e ritenendo che il denaro non facesse parte del peculio, lo abbia tolto dal peculio (*ademerit*) e lo abbia speso (*consumpserit*), Giuliano riteneva che il venditore potesse esperire la *condictio* (*competet*), in considerazione del fatto che il suo denaro era pervenuto al compratore (*ad te pervenerit*), in conseguenza e per effetto di un cambiamento ingiustificato del possesso, perché la *traditio* dei *nummi*, non era stata mai effettuata.<sup>72</sup>

Anche in questo caso l'espressione giulianea *'res mea ad te pervenerit'* ricalca l'espressione celsina *'pecunia mea ad te pervenit'* del fr. D. 12.1.32.

Una seconda traccia del pensiero celsino può essere ravvisata in due notissimi frammenti di Sesto Pomponio, che attestano l'ormai consolidata formulazione, su base casistica, del principio dell'arricchimento ingiustificato, strettamente connesso, al *condicere* restitutorio:

D. 12.6.14 (Pomp. 21 *ad Sab.*): *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem.*

D. 50.17.206 (Pomp. 9 *ex variis lection.*): *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem.*

I due testi, che enunciano, sia pure con formulazioni non perfettamente coincidenti,<sup>73</sup> il principio in questione, non consentono, nella versione trasmessaci dai commissari giustiniani, di risalire all'originario contesto. Tuttavia, com'è stato già fondatamente osservato, l'appartenenza del primo brano al libro 21 *ad Sabinum* «rende certi del suo riferimento al tema della *condictio*».<sup>74</sup>

Tenuto conto, appunto, dell'appartenenza del frammento D. 12.6.14 al libro 21 *ad Sabinum*, Santoro ha ritenuto «non audace supporre che la formulazione del principio dell'arricchimento

<sup>71</sup> Sulle diverse ipotesi e sottoipotesi v. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 378 ss. e, segnatamente, 383 ss.

<sup>72</sup> In tal senso v. pure C.A., CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 564; B. CORTESE, *'Quod sine causa'*, cit., 16, la quale osserva, a ragione, che «tra l'arricchito (acquirente) e l'impovertito (venditore) non intercorre alcun rapporto con riguardo alla fonte dell'arricchimento»; diversamente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 390 s., il quale, per rendere la motivazione di D. 19.1.30 pr. maggiormente coerente con la regola giulianea del *'negotium contrahere/gerere'*, pensa che Giuliano, in questo caso, fondi la concessione della *condictio* sul *'quasi plus debito solverim'* (della frase precedente), «che deve intendersi aver provocato questo *'pervenire'*».

<sup>73</sup> Cfr., in proposito, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 392 s.

<sup>74</sup> Così R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 394. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, *Pomp. Ad Sabinum*, c. 129, colloca, infatti, il brano in esame, con il numero 684, all'inizio della rubrica *'De condicione'*.

mento ingiustificato sia un 'sabinianum' o che, comunque, si debba all'ambiente sabiniano». <sup>75</sup>

Io ritengo che il principio, pur essendo geneticamente ricollegabile alla regola casistica dei *veteres*, approvata da Sabino e Celso, affondi le sue radici, più prossime, nell'enunciato celsino di D. 12.1.32, progressivamente consolidatosi nel periodo degli Antonini.

M'induce in tal senso il secondo brano, tratto dai *Libri Variarum lectionum*, il cui contenuto era costituito da appunti di lettura, con citazioni e brani tratti da opere di altri giuristi. <sup>76</sup> È ben possibile, a mio avviso, che Pomponio, nella versione originaria, abbia riferito, con specifico riguardo al binomio 'lucrum' – 'damnum', la soluzione prospettata da Celso nel brano oggi accolto in D. 12.1.32.

Un forte indizio mi sembra offerto, in tal senso, da un brano del libro 14 *ad Edictum* dello stesso Pomponio, in tema di *datio dotis*:

D. 23.3.6.2 (Pomp. 14 *ad ed.*): *Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam maiori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono et aequo non conveniat* <sup>77</sup> *aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damno sentire per alterius lucrum.*

Il tema del brano è ovviamente, del tutto diverso; tuttavia mi sembra di poter ravvisare nella stretta connessione, evidenziata da Pomponio, fra 'bonum – aequum' e 'lucrum – damnum', ancorché nell'ambito di un settore diverso dalla *condictio*, una traccia, non marginale, del ragionamento svolto da Celso in D. 12.1.32, tenuto conto, anche e soprattutto, del fatto che il 'bonum et aequum', celsino, concepito come essenza e fine dell'*ars iuris*, non può essere certo circoscritto al solo ambito della *condictio*.

Alla luce, appunto, del valore generale del *bonum et aequum* di Celso, esteso, come ho già detto (§ 3 e nt. 41), a tutto il diritto, unitariamente considerato, ritengo che debba valutato e inteso il senso dei segni 'natura' e 'iniuria' dei brani pomponiani. <sup>78</sup>

Con il primo segno Pomponio intendeva riferirsi, verosimilmente sulla scia di Celso, non già al *ius naturale*, in contrapposizione al diritto positivo (l'espressione 'iure naturae' del frammento D. 50.17.206 è da imputare, con ogni verosimiglianza, ai compilatori, che l'hanno inserita al posto dell'ablativo 'natura' della versione originaria, come prova il frammento D. 12.6.14), bensì ai fatti (*natura rerum*) e ai comportamenti (*natura hominum*) sottesi alle comuni relazioni economico-sociali.

Con il secondo segno intendeva alludere, invece, a comportamenti ed eventi incompatibili con i principi e i fini (*bonum et aequum*) dell'intero ordinamento giuridico.

Una terza traccia del pensiero di Celso può essere ravvisata, a mio avviso, in un breve frammento tratto dai *Libri Quaestionum* di Papiniano, che certifica, in modo netto ed

<sup>75</sup> R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 395.

<sup>76</sup> Sulle *Variae Lectiones* di Pomponio cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., di G. Nocera, Firenze 1968, 399 s.

<sup>77</sup> Secondo R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 395, nt. 18, «la forma 'conveniat' potrebbe suggerire che si tratti di una citazione di Sabino». Sul brano v. pure E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio II. Contesto e pensiero*, Milano 2001, 50 e nt. 81.

<sup>78</sup> In proposito rinvio a quanto ho precisato in P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 46 ss. e nt. 92.

esplicito, alla luce di una consolidata interpretazione giurisprudenziale (*consuevit*), il nesso funzionale intercorrente fra *condictio, bonum et aequum* e *iniusta locupletatio*:

D. 12.6.66 (Pap. 8 *quaest.*): *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.*

La sostanziale genuinità del testo, un tempo radicalmente sospettato,<sup>79</sup> oggi è generalmente riconosciuta.

I compilatori hanno inserito il brano nel titolo ‘*De condictioe indebiti*’ dei *Digesta*, ma nella versione originaria il brano doveva far parte di una trattazione casistica correlata alla sezione editale ‘*De rebus creditis: si certum petetur*’ (Ed. XVII. 95). Lenel, infatti, colloca il breve testo, con il numero 148, alla fine della rubrica ‘*De rebus creditis: si certum petetur*’ del libro VIII delle *Quaestiones*.<sup>80</sup>

In ultima analisi, l’affermazione di Papiniano doveva verosimilmente costituire la nota conclusiva di una trattazione casistica dedicata all’ambito applicativo della *condictio* extracontrattuale; nota conclusiva, specificamente rivolta ad additare, sulla scia di Celso, nel ‘*bonum et aequum*’ la connessione funzionale che intercorreva fra la *condictio* e la *iniusta locupletatio*.<sup>81</sup>

Ne consegue che l’affermazione ‘*quae introducta est*’ non può essere riferita alla genesi della *condictio* formulare, bensì alla definitiva stabilizzazione (*consuevit*) di un indirizzo interpretativo (che, muovendo dall’*opinio veterum*, approda al tempo di Papiniano), specificamente finalizzato a estendere l’impiego della *condictio* oltre l’originario ambito negoziale.

Il trinomio «*condictio, bonum et aequum, iniusta locupletatio*», con cui Papiniano enuclea ed enuncia il fondamento e l’obiettivo del *condicere* extracontrattuale costituisce, in definitiva, il risultato di un lungo percorso argomentativo della giurisprudenza classica in tema di *iniusta locupletatio*: percorso eminentemente casistico, che origina dalla regola dei *veteres*, e ha nel pensiero di Celso la sua svolta decisiva.

Le sintesi formulate da Paolo e Ulpiano nelle rispettive opere sistematiche, con specifico riguardo alla complessa materia del *condicere* restitutorio, contrattuale ed extracontrattuale, si limitarono a raccogliere e formalizzare, in funzione euristica, i diversi ambiti applicativi (*species condictioinum*: Ulp. D. 12.7.1 pr.),<sup>82</sup> alla luce della precedente casistica giurisprudenziale.

I commissari giustiniane, in sede di redazione del Digesto e del Codice, modificarono e integrarono<sup>83</sup> le *species* giurisprudenziali, trasformandole in rigide tipologie legislative (*mul-*

<sup>79</sup> Citazioni in R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 441 nt. 55; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 523 s.

<sup>80</sup> O. LENEL, *Palingenesia*, I. cit., *Papiniani Quaestiones lib. VIII*, c. 827.

<sup>81</sup> Mi sembrano condivisibili, in proposito, le seguenti considerazioni di B. CORTESE, ‘*Quod sine causa*’, cit., 91: «La *condictio* ha come matrice il *bonum et aequum*, dice il giurista; il che ci riallaccia all’*aequum est*’ di Pomponio. Ciò che si configura come *sine iusta causa* costituisce l’*iniuria* (secondo il *quod aequum est*): nel senso che la mancanza di giustificazione dell’attribuzione/acquisto viola i parametri di giustizia dell’ordinamento». È interessante, in tal senso, che i vecchi e i nuovi scoli dei Basilici configurino la *condictio* del frammento celsino D. 12.1.32 come ‘*condictio ex bono et aequo*’. V., in proposito, H. DE JONG, *A byzantine interpretation*, cit., 52 ss.

<sup>82</sup> Mi riferisco, in particolare, a D. 12.1.9 pr.-3 (Ulp. 26 *ad ed.*); D.12.7.1 pr.-3 (Ulp. 43 *ad Sab.*); D. 12.6.65 pr.-9 (Paul. 17 *ad Plaut.*).

<sup>83</sup> Le modifiche attengono soprattutto all’inserimento dei brani giurisprudenziali nei diversi titoli, pre-

tae conductiones), espressamente formalizzate nelle rubriche dei rispettivi Titoli,<sup>84</sup> sia pure con alcune differenze di formulazione e di ordine espositivo,<sup>85</sup> che contraddistinguono, per quanto attiene alla materia in esame, le due compilazioni.

Con specifico riguardo all'ordine espositivo, in questa sede assume notevole rilievo la seguente osservazione, svolta dall'*antecessor* Stefano nello scolio 'de conductione causa data' alla rubrica del primo Titolo del libro 24 dei Basilici, che mi sembra opportuno trascrivere, per comodità, nella versione latina di Heimbach:

Sch. a B. 24.1: *Conuenies erat, postquam de certi generali conductione, deque iureiurando velut accessionis loco actum est, ut nunc de conductione indebiti ageretur. Sed quoniam indebiti condictio eas, quae in speciales causas cadunt, conductiones significat, velut conductionem causa data causa non secuta, et ob turpem causam: quamlibet earum conductionum, si quis generali nomine appellare velit, recte conductionem indebiti appellabit: si vero speciali, tunc conductionem causa data, causa non secuta vel ob turpem causam dicere debet.*

Come si evince facilmente da una semplice lettura dello scolio, estratto dalle *Paragraphai* dello stesso Stefano, il maestro bizantino, commentando la distribuzione delle *multae conductiones* nei titoli dei *Digesta*, distingueva due gruppi di *conductiones*, riconducibili, rispettivamente, alla *condictio certi generalis*, che poteva sorgere da mutuo o da *stipulatio* (*condictio* contrattuale), e alla '*condictio indebiti generalis*' (*condictio* extracontrattuale, finalizzata alla restituzione di *iniustae locupletationes*), dalla quale discendevano le *conductiones speciales*: *indebiti* (in senso stretto),<sup>86</sup> *causa data causa non secuta*, *turpis vel iniusta causa*, *ex iniusta causa*, *sine causa*.

Orbene, mi sembra difficilmente contestabile che l'osservazione dell'*antecessor* presupponga e rifletta la sistematica dei *Digesta* in tema di *condictio* restitutoria, anche se non

scendendo dal loro effettivo contenuto. Così, ad esempio, il brano di Papiniano D. 12.6.66, sopra esaminato, è stato inserito nel titolo 'De conductione indebiti', anziché nel titolo 'De rebus creditis: si certum petatur' (D. 12.1). Altri esempi in B. CORTESE, 'Quod sine causa' cit., 34 ss. e nt. 96. Le integrazioni attengono, invece, alla *condictio ex lege* (D. 13.2; C. 4.9) e a quella *triticaria* (D. 13.3).

<sup>84</sup> Rubriche del Digesto: D. 12.1 'De rebus creditis, si certum petatur et de conductione'; D. 12.4 'De conductione causa data causa non secuta'; D. 12.5 'De conductione ob turpem vel iniustam causam'; D. 12.6 'De conductione indebiti'; D. 12.7 'De conductione sine causa'; D. 13.1 'De conductione furtiva'; D. 13.2 'De conductione ex lege'; D. 13.3 'De conductione triticaria'. Rubriche del Codice: C. 4.1 'De rebus creditis et de iure iurando'; C. 4.2 'Si certum petatur'; C. 4.5 'De conductione indebiti'; C. 4.6 'De conductione ob causam datorum'; C. 4.7 'De conductione ob turpem causam'; C. 4.8 'De conductione furtiva'; C. 4.9 'De conductione ex lege et sine causa vel iniusta causa'. Sulle rubriche del Digesto e del Codice, integrate da una Tavola sinottica, che comprende anche le Rubriche delle Novelle e dei Basilici, v. A. SACCOCCIO, *Si certum petatur*, cit., 564 ss.. Sulla valenza 'paranormativa' delle categorie giustinianee v. B. CORTESE, 'Quod sine causa', cit., 32 ss.

<sup>85</sup> Le principali diversità di formulazione attengono alla rubrica 'De rebus creditis' [D. 12.1: 'De rebus creditis, si certum petatur et de conductione'; C. 4.1: 'De rebus creditis et de iure iurando'; C. 4.2: 'Si certum petatur'] e alla collocazione delle *conductiones ex lege, sine causa* e *sine iusta causa* in un titolo unico nel Codice (C. 4.9). Il diverso ordine espositivo attiene soprattutto alla *condictio indebiti*, che, nel Digesto, è inserita nel Titolo D. 4.6, subito dopo la *condictio 'causa data, causa non secuta'* (D. 12.4) e la *condictio 'ob turpem vel iniustam causam'* (D. 12.5); e, nel Codice, subito dopo i titoli C. 4.1 e C. 4.2, e prima dei titoli C. 4.7-9).

<sup>86</sup> E' assai verosimile che l'*indebiti solutio* sia stata la prima fattispecie di '*iniusta locupletatio*' individuata dalla giurisprudenza romana. V., sopra, § 1, nt. 2.

possiamo escludere, sotto il profilo della forma espressiva, che le locuzioni ‘*condictio certi generalis*’ e ‘*condictio indebiti generalis*’ siano da attribuire al lessico del maestro bizantino.

La rubrica del primo Titolo, con cui inizia, nel quadro complessivo della *pars* ‘*De rebus*’, la *pars* ‘*de condictionibus*’ (D. 12.1-7; D. 13.1-3), così recita: ‘*De rebus creditis, si certum petetur et de condictione*’ (D. 12.1). L’elemento che caratterizza la formulazione della rubrica del Digesto rispetto a quelle dell’editto pretorio (Ed. XVII: ‘*De rebus creditis*’) e delle opere giurisprudenziali (‘*De rebus creditis, si certum petetur*’) è dato – come, peraltro, è stato già osservato in dottrina<sup>87</sup> – è dato proprio dalle parole ‘*et de condictione*’.

La radice storica di tale inserimento è da ricercare, a mio avviso, nell’impostazione e nella soluzione della fattispecie esaminata da Celso figlio nel celebre frammento D. 12.1.32 (sopra, § 3), in cui il giurista adrianeo distingue l’obbligazione di restituire, nascente da un rapporto contrattuale, *mutui causa*, fra le parti e tutelabile con l’*actio certae pecuniae* (o con la *condictio certae rei*), dall’obbligazione di restituire, scaturente, in conformità alla regola dei *veteres*, seguita dallo stesso Celso (D. 12.5.6), dal semplice pervenire di un *aliquid apud aliquem*, che giustificava la concessione, in base al *bonum et aequum*, di una *condictio* extracontrattuale, allo scopo di rimuovere una *iniusta locupletatio* da parte del convenuto. E non è certo un caso che i compilatori dei *Digesta* abbiano inserito nel Titolo I della *pars* ‘*de condictionibus*’ (D. 12.1) il frammento celsino D. 12.1.32, giacché il suo inserimento giustificava, da un lato l’aggiunta delle parole ‘*et de condictione*’ nella rubrica del Titolo, e fungeva, dall’altro, da premessa ai successivi Titoli concernenti gli impieghi extracontrattuali della *condictio*.

La *ratio* dell’inserimento del brano celsino nel Titolo in questione trova conferma nel fatto che due frammenti, D. 12.5.6 (cfr. § 2) e D. 12.4.3.6-8 (cfr. § 4), strettamente connessi al fr. D. 12.1.32, sono stati inseriti nei Titoli concernenti le diverse *species* della *condictio* extracontrattuale, e precisamente: D. 12.5.6 nel Titolo ‘*De condictione ob turpem vel iniustam causam*’ (D. 12.5); D. 12.4.3.6-8 nel Titolo ‘*De condictione causa data causa non secuta*’ (D. 1.4).

Si aggiunga, inoltre, che l’inserimento del brano celsino nel primo Titolo ‘*De condictionibus*’ trova pieno riscontro nei Basici, dove il testo in discussione è inserito, con il numero 32, nel Titolo I ‘*De rebus creditis, si certum sit et petatur et de condictione earum*’ (B. 23.1).

Ritengo, pertanto, di potere additare nella concezione celsina della ‘*condictio*’ l’effettiva matrice storica della ‘*condictio generalis*’, sottesa al sistema giustiniano delle *multae condictiones*,<sup>88</sup> strutturalmente bipolare, perché inglobava, al suo interno, il polo contrattuale (*condictio certi generalis*) e quello extracontrattuale (*condictio indebiti generalis*), proiezione, quest’ultimo, della *condictio Iuventiana*.

Ma c’è di più: i compilatori, a integrazione dell’assetto bipolare delle *condictiones*, vollero inserire, nel Titolo finale dei *Digesta* ‘*De diversis regulis iuris antiqui*’ (D. 50.17), il brano di Pomponio, escerpito dal nono libro delle *Variae Lectiones* D. 50.17.206), e parallelo a quello tratto dal ventunesimo libro *ad Sabinum* dello stesso giurista (D. 12.6.4), che i commissari giustiniani collocarono, invece, nel titolo ‘*De condictione indebiti*’.

<sup>87</sup> Cfr. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 564 s., con letteratura nella nt. 30.

<sup>88</sup> Secondo A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 565, i compilatori avrebbero operato «in adesione al diffuso orientamento che, da Gaio in poi, aveva frazionato in due settori il raggruppamento delle fattispecie tutelate con la *condictio*».

Entrambi i brani attestano, come ho già evidenziato, la consolidata affermazione, su base casistica, del principio dell'arricchimento ingiustificato, che nell'esperienza giuridica romana è legato, in larga misura, al *condicere* restitutorio.

Il motivo che indusse i compilatori a scegliere il brano delle *Variae Lectiones*, anziché quello del commentario *ad Sabinum*, per affermare, nel Titolo 50.17 dei *Digesta*, il principio dell'illegalità, *iure naturae*, di qualsiasi *locupletatio*, conseguita '*cum alterius detrimento et iniuria*',<sup>89</sup> può essere individuato, a parer mio, nella circostanza che Celso, verosimilmente citato – come ho già detto – nelle *Variae Lectiones*, aveva fatto ricorso, in casi particolari, al precipuo scopo di neutralizzare gli effetti di *iniustae locupletationes*, a rimedi diversi dalla *condictio*, come la *restituito in integrum*, nella fattispecie contemplata in D. 39.5.21.1 (cfr. § 5); circostanza questa, che, estendendo i confini della *iniusta locupletatio* oltre l'ambito restitutorio, suggerì, verosimilmente, ai compilatori l'idea d'inserire l'enunciato pomponiano, non esente da influssi celsini, nel Titolo '*De regulis iuris*', trasformandolo, con la sostituzione del sintagma '*iure naturae*' all'originario segno '*natura*', da regola casistica in regola legislativa generale.

Sotto questo profilo, la matrice storica del divieto di arricchimento ingiustificato può essere individuata, tenuto anche conto della sua intrinseca connessione con il canone pragmatico del *bonum et aequum*, nella concezione celsina del *ius*.

## 7. Riflessioni conclusive.

Al termine dell'esame esegetico dei difficili e controversi brani che attestano il punto di vista di Celso figlio in tema di *condictio* e di *iniusta locupletatio*, mi sembra opportuno integrare il discorso fin qui svolto con brevi riflessioni conclusive su due punti fondamentali del dibattito dottrinale:

- a) il legame fra arricchimento e *condictio*;
- b) il valore e i limiti delle norme e della dogmatica giuridica nell'impostazione e nella soluzione dei casi concreti.

A) Con riferimento al primo punto, ritengo di potere affermare – in piena sintonia, peraltro, con il filone della dottrina romanistica oggi prevalente – che il legame fra arricchimento e *condictio* non solo non era estraneo alla scienza giuridica romana, com'era stato per contro sostenuto dalla dottrina tradizionale e com'è stato anche di recente ribadito;<sup>90</sup> ma anzi costituisce addirittura l'oggetto di una delle più rilevanti costruzioni del pensiero giuridico romano, che si snoda, attraverso un lungo percorso di raffinate analisi casistiche, dai *veteres* all'età dei Severi, e ha nel pensiero di Celso figlio la sua svolta decisiva.

<sup>89</sup> Non a caso la civilistica italiana intorno alla metà del secolo scorso poneva, sulla scia di D. 50.17.206, fra le fonti di obbligazione non contrattuali da atto lecito l'arricchimento senza causa (indebito o ingiustificato). Cfr. A. TRABUCCHI, v. *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. dir.* 2, Milano 1958, 52; P. SCHLESSINGER, voce *Arricchimento (azione di)*, in *NNDI* 1, Milano 1958, 1004.

<sup>90</sup> Mi riferisco, in particolare, ad A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 435, secondo il quale «il legame fra arricchimento e *condictio* era probabilmente ancora ignoto a Giuliano . . . e forse venne posto come regola generale soltanto dai giustiniani in collegamento a D. 50.17.206 (Pomp., 9 *ex variis lectionibus*)». Ritengo, invece, che con specifico riferimento al punto di vista di Giuliano, i frammenti D. 12.1.23 e D. 19.1.30 pr. (sopra esaminati, § 6) depongono in senso contrario.

I commissari giustiniani si limitarono a modificare e ad ampliare le *species condictionum* – che erano state euristicamente formulate dai giuristi severiani, grazie alla plurisecolare analisi casistica svolta dai precedenti *iuris periti* –, trasformandole, al tempo stesso, in rigide categorie legali, integrate dal principio generale, che afferma solennemente l'illegittimità e l'ingiustizia, *iure naturae*, di qualsiasi arricchimento, conseguito con altrui danno (D. 50.17.206).

B) Per quanto attiene al secondo punto, le puntuali e acute considerazioni di Celso esorbitano dai limiti temporali che le avevano occasionate, e costituiscono ancor oggi un notevole messaggio scientifico, sul quale mi sembra necessario riflettere attentamente.

Celso era profondamente consapevole della necessità e dell'imprescindibilità delle disposizioni autoritative (*leges publicae populi Romani, senatus consulta*, editti pretori, costituzioni imperiali, *regulae iuris*)<sup>91</sup> e dei concetti elaborati dalla *scientia iuris*, nell'impostazione e nella soluzione dei singoli casi e, soprattutto, di quelli complessi e dibattuti.

Lo dimostra – per quanto attiene alle *leges publicae* e limitando qui il discorso ai testi sopra analizzati – la particolare attenzione rivolta alla *lex Cincia (lex imperfecta)* con riferimento al caso contemplato nel frammento D. 39.5.21.1 (v. § 5), perché, in quel caso, l'impiego e la piena osservanza del *modus legis Cinciae* si rivelava indispensabile per realizzare la certezza sostanziale del diritto, inscindibilmente legata ai fini propri dell'*ars iuris*: il *bonum et aequum*.

Con specifico riguardo al valore e ai limiti che il nostro giurista attribuiva, in sede diagnostica-valutativa dei singoli casi, ai concetti e, più in generale, alla dogmatica giuridica mi sembra emblematico l'iniziale dubbio manifestato da Celso nell'impostazione e nella soluzione della fattispecie contemplata in D. 12.1.32, in considerazione del fatto che un contratto può essere costituito soltanto *inter consentientes* (v. § 3); dubbio superato, però, dal nostro giurista dopo aver constatato che la rigorosa osservanza dei principi formulati dalla *scientia iuris* contrastavano fortemente, nel caso di specie, con il *bonum et aequum*.

Secondo Celso, le norme e i principi giuridici possono e anzi devono essere utilizzati, in chiave euristica, soltanto se e nella misura in cui concorrono a realizzare, con specifico riferimento alla fattispecie esaminata, il *bonum et aequum*.

Come ho già precisato nei §§ precedenti, secondo Celso è precipuo compito del giurista perseguire e realizzare, in conformità ai fini propri dell'*ars iuris*, un duplice equilibrio: a) il massimo raccordo possibile fra l'interesse comune e gli interessi dei singoli; b) il raccordo equilibrato fra i contrapposti interessi dei soggetti coinvolti nel caso esaminato.

La concreta realizzazione di questo duplice equilibrio può consentire, infatti, la sintesi di due diverse manifestazioni dell'esperienza giuridica, apparentemente inconciliabili: la certezza e la concretezza dell'ordinamento giuridico.

Diversamente operando, si può realizzare, nella migliore delle ipotesi, la certezza formale del diritto, ma si rischia di calpestare platealmente, al tempo stesso, la certezza sostanziale, che non può essere svincolata dai fini propri ed esclusivi dell'*ars iuris*.

Secondo Celso, l'errore sostanziale, che discende dalla violazione del *bonum et aequum* è ben più grave dell'errore concettuale che può discendere da una incoerente deduzione della '*decisio*' dai concetti giuridici. È esattamente questo, a mio avviso, il senso del famosissimo

<sup>91</sup> Sul punto rinvio alle considerazioni svolte in P. CERAMI, *La definizione celsina*, cit., 100 ss.

'dictum' celsino nel frammento D. 45.1.91.3: ' . . . *plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . . eratur*'.

Purtroppo, alcuni studiosi, analizzando e interpretando i testi celsini alla luce di astratti schemi logico-giuridici, non si accorgono che, in tal modo, stravolgono profondamente il Gedankengang (volendo adoperare qui un segno linguistico ossessivamente ricorrente in alcuni scritti romanistici) di Celso.

Certezza di fini e duttilità di mezzi:<sup>92</sup> mi sembra questo il messaggio giuridico di Celso figlio.

Soltanto il costante e tenace perseguimento dei fini dell'*ars iuris* (*bonum et aequum*) in tutte le sue manifestazioni (produzione, interpretazione, applicazione) può condurre all'effettiva realizzazione della certezza sostanziale del diritto, unitariamente inteso.

La certezza sostanziale, però, a differenza di quella formale, presuppone e postula necessariamente un uso flessibile, selettivo e ponderato dei mezzi: e, cioè, degli enunciati normativi, da un lato; e dei concetti e degli istituti giuridici, dall'altro.

<sup>92</sup> Il motto 'certezza di fini e duttilità di mezzi' costituì, com'è noto, la direttiva fondamentale della condotta politica di Camillo Benso, conte di Cavour.



PIETRO CERAMI  
(Università di Palermo)

*Iuris publici interpretatio e contentio de iure publico*  
(a proposito di alcune riflessioni di Alberto Burdese)

ABSTRACT

This essay concerns the periods and the characters (politicalness and discretion) of the *iuris publici interpretatio* in light of Alberto Burdese' thought, that the Author analyzes critically with particular regard to the asserted radical difference between the free interpretation of the political organs and the limited interpretation of the *iuris prudentes*, attached to the *antiquitatis memoria*.

PAROLE CHIAVE

*Ius publicum; interpretatio; contentio de iure publico; iuris publici scientia; historia; antiquitatis memoria; publici iuris auctoritas.*



*IURIS PUBLICI INTERPRETATIO  
E CONTENTIO DE IURE PUBLICO*  
(A PROPOSITO DI ALCUNE RIFLESSIONI  
DI ALBERTO BURDESE)\*

Sommario: 1. Premessa. 2.1. Periodi e caratteri della ‘*iuris publici interpretatio*’: politicità e discrezionalità; il punto di vista del Burdese: obiezioni. 2.2. Confutazione dell’asserita differenza fra l’interpretazione libera dei soggetti politici e l’interpretazione dei *publici iuris periti*, legata al ricordo del passato. 2.3. Autonomia del *ius publicum* e della relativa *interpretatio*: esame esegetico di Cic., *de orat.* 1.46.201; 1.60.256; *Brut.* 77.267. 2.4. Esame del rapporto fra *iuris publici interpretatio* e ricordo del passato; esegesi di Liv. 27.8.7-10. 2.5. Obiezioni sull’asserita mancanza di un fondamento giuridico per la giustificazione della prassi politica: esegesi di Cic., *de imp. Cn. Pomp.* 20.59-60 e riflessi sul discorso svolto da Cicerone in *de orat.* 1.46.201; il senso del sintagma ciceroniano ‘*publici iuris auctoritas*’. 3. L’interpretazione del *ius quod ad statum rei Romae spectat* fra dialettica politica degli organi del governo e delle parti sociali e dibattito tecnico-giuridico dei *prudentes iuris publici*; esame di Liv. 3.55.6-12; Fest., *de verb. sign.*, v. *Sacrosanctum* (L. 422.17); v. *Sacrae leges* (L. 422.23); Cic., *pro Balb.* 14.33. 4. Riflessioni finali sulle diverse conseguenze prodotte dall’avvento del principato sulla *contentio de iure publico* e sull’interpretazione dei *iuris publici prudentes*.

1. Premessa.

Nell’ambito della cospicua opera romanistica di Alberto Burdese, estesa alle *duae positiones* dello *studium iuris (publicum et privatum)*: Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.2), assumono notevole rilievo le sue puntuali e incisive riflessioni in tema d’interpretazione del diritto.<sup>1</sup>

\* Il testo riproduce sostanzialmente, con modifiche e integrazioni, il contenuto di una relazione svolta a Venezia, il 29 aprile 2016, in occasione di un ‘Convegno in ricordo del prof. Alberto Burdese’. La relazione sarà pubblicata negli Atti del Convegno.

<sup>1</sup> Il tema dell’interpretazione, che affiora in tutta l’opera scientifica, e non soltanto romanistica, del Burdese, è stato specifico oggetto di una serie di contributi: il saggio giovanile *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, pubblicato assieme a Marcello Gallo, in RISG 86, 1949, 356 ss., e i successivi scritti: *Note sull’interpretazione in diritto romano*, in BIDR 91, 1988, 181 ss. (= Digesto IV. Discipline privatistiche. Sez. civ., 10, Torino 1993, 1 ss. = *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 13 ss., da cui le successive citazioni); *Derecho romano e interpretación del derecho*, in SCDR 8, 1996, 13 ss.; *Diritto romano e interpretazione del diritto*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, I, Napoli 1997, 61 ss.; Rec. a A. GUZMÁN BRITO,

Parlo di ‘notevole rilievo’, perché l’interpretazione costituisce – come ha fondatamente affermato Burdese – il «fenomeno centrale della vita del diritto»,<sup>2</sup> in considerazione del fatto che il problema dell’interpretazione è strettamente «connesso con altri problemi di vasta portata, quali quelli delle cosiddette fonti di produzione del diritto, pubblico e privato, e in particolare, quanto alla giurisprudenza o scienza del diritto, ai metodi di pensiero da essa utilizzati nel procedere alla sua attività creativo-interpretativa di norme non scritte come di norme contenute in atti scritti promananti da organi autoritativi pubblici».<sup>3</sup>

Per quanto attiene, in particolare, all’emersione e al conseguente sviluppo dell’attività creativo-interpretativa di enunciati contenuti in testi normativi di organi istituzionali, l’evento storicamente decisivo può essere attendibilmente additato, sulla scia del Burdese – tanto nel settore del diritto privato (concernente la *singularum utilitas* e, quindi, i rapporti intersoggettivi), quanto in quello del diritto pubblico (concernente lo *status rei publicae* e, quindi, i rapporti organizzativi) –, nella *Lex Duodecim Tabularum*, configurata, non a caso, da Pomponio, nel suo ben noto e controverso *Liber singularis enchiridii*<sup>4</sup>, come matrice storica della *scientia interpretandi* (D. 1.2.2.6).

In proposito, Burdese ha affermato, in termini, a mio avviso, del tutto condivisibili, che «come le XII Tavole, così pure l’attività interpretativa che su queste si fonda non poté non riguardare anche l’ambito della organizzazione cittadina, in ciò trovando i suoi interpreti nei protagonisti stessi della vita politica, magistrati e senatori, prima che nel cerchio chiuso del collegio pontificale».<sup>5</sup>

Prescindendo, in questa sede, dall’interpretazione del *ius privatum*, mi soffermerò ora sulla *interpretatio* del *ius ‘quod ad statum rei Romanae spectat’*, con specifico riferimento all’età della *libera res publica*, allo scopo di enuclearne e puntualizzarne, nel quadro complessivo delle vicende politico-istituzionali di quella età, gli aspetti essenziali: caratteri e oggetto; soggetti, criteri e fasi storiche.

*Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, in *Roma e America. Diritto romano comune* X, 2000, 295 ss.

Strettamente correlato al tema dell’interpretazione è quello della certezza del diritto, anch’esso specifico oggetto di due scritti: Rec. a *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana. Atti del Convegno di Pavia del 26-27 aprile 1985*, Padova 1987, in SDHI 54, 1988, 420 ss.; *La certezza del diritto nell’esperienza di Roma antica*, in *Atti dell’Istituto Veneto di Scienze, Lettere e Arti*, CL, 1991-1992 (= *Miscellanea romanistica*, cit., I ss.).

<sup>2</sup> A. BURDESE, *Diritto romano e interpretazione*, cit., 65.

<sup>3</sup> Così A. BURDESE, *Note*, in *Miscellanea*, cit., 16.

<sup>4</sup> Sul problema critico dell’*Enchiridion* di Pomponio cfr., per tutti, M. BREONE, *Linee dell’Enchiridion di Pomponio*, Bari 1965 (= *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1984, 209 ss.). Adde B. ALBANESE, *D. 1.2.2.12 e il problema della sua attribuzione*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, IV, Milano 1978, 3 ss. (= *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, 1455 ss.), secondo il quale l’autore dei §§ D. 1.2.2 pr.-12 non sarebbe Pomponio, ma «un volenteroso, ma ancor *rudis*, uditore delle lezioni di Sesto Pomponio» (ID., *op. cit.*, 26).

<sup>5</sup> A. BURDESE, *Note*, cit., 19; v. pure ID., *Diritto romano e interpretazione*, cit., 65 s..

2.1. Periodi e caratteri della ‘*iuris publici interpretatio*’: politicità e discrezionalità; il punto di vista del Burdese: obiezioni.

Penso anch’io, al pari del Burdese, che l’interpretazione del diritto pubblico si differenzi da quella del diritto privato per la sua più spiccata politicità; politicità imputabile, a mio avviso, non già a specifiche direttive di politica del diritto – che potevano essere normalmente perseguite anche in sede d’interpretazione dei rapporti intersoggettivi –, bensì, come ho già chiarito altrove,<sup>6</sup> a tre fondamentali circostanze:

a) al fatto che la prima concerneva la materia politica e, segnatamente, l’assetto istituzionale della *res publica*;

b) al fatto che essa mirava a enucleare il regime politico e, quindi, i principi fondamentali e organizzativi dell’istituzione politica;

c) al fatto che la stessa era prevalentemente svolta, come ha fondatamente affermato Burdese, da organi costituzionali e soprattutto, mi sembra opportuno aggiungere, con specifico riguardo nell’assetto costituzionale dell’apogeo della *libera res publica*, dal senato, nel suo ruolo istituzionale di organo d’indirizzo politico e di coordinamento costituzionale.<sup>7</sup>

La più ampia discrezionalità connotava, invece, a parer mio, fino a tutta l’età classica, l’*interpretatio* sia del diritto che attiene ai rapporti intersoggettivi, quanto del *ius quod ad statum rei publicae spectat*.

Un diverso punto di vista è stato però espresso, in proposito, dal Burdese, il quale, con specifico riguardo all’interpretazione degli istituti di diritto pubblico, distingue fra il periodo compreso fra le XII Tavole e la crisi del 133 a.C., e il periodo successivo a tale crisi.

Per quanto attiene al primo periodo, Burdese, dopo un rapido cenno al dibattito ermeneutico suscitato dal precetto decemvirale ‘*quodcumque postremum populus iussisset id ius ratumque esto*’ (Liv. 7.17.12; 9.33.8-9; 9.34.6-7) e alla ben nota disputa fra i *iuris interpretes* in merito al carattere sacrosanto o meno delle magistrature plebee (Liv. 3.55.8-10), così sintetizza il proprio punto di vista: «Per quanto riguarda i principî del diritto pubblico, pur fissati in leggi, la loro interpretazione non poteva andare esente dall’influenza del perdurante conflitto fra patriziato e plebe, per cui l’interpretazione concretamente data dagli esponenti delle diverse fazioni politiche a principî legislativi come a prassi costituzionali continuava a presentarsi quale attività di interpretazione alquanto libera e sostanzialmente tesa, attraverso contrasti dialettici, ad una evoluzione di regime».<sup>8</sup>

Con riferimento al periodo successivo alla crisi del 133 a.C., il punto di vista del Burdese è il seguente: «La crisi delle istituzioni repubblicane apertasi con il tribunato di Tiberio Gracco del 133 a.C., vede, nel vivo del conflitto tra ottimati e popolari, contrapposte interpretazioni delle medesime, tradotte in immediata azione politica, da parte dei protagonisti del

<sup>6</sup> P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell’esperienza costituzionale romana*<sup>3</sup>, Torino 1996, 60 ss; ID., v. ‘*Giurisprudenza – Scienza giuridica nel diritto romano*’, in Digesto IV. Discipline privatistiche. Sez. civ., 9 (= *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in AUPA 43, 1995, 229 ss.); ID., in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino 2007, 40 ss.

<sup>7</sup> P. CERAMI, *Rapporti endogovernativi e coordinamento politico nel pensiero di Cicerone*, in F. SALERNO (a cura di), *Cicerone e la politica. Atti del Convegno di diritto romano*. Arpino, 29 gennaio 2004, Napoli 2004, 41 ss.; ID., in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo*, cit., 119 ss.

<sup>8</sup> A. BURDESE, *Note*, cit., 19.

conflitto stesso: vi fanno eco, almeno negli ultimi decenni del II secolo, gli scritti giuspubblicistici dovuti ancora a magistrati (a pontefici, quelli di diritto sacro), uomini politici essi pure piuttosto tecnici del diritto; solo nel secolo successivo, in un mutato clima culturale, si assiste ad una produzione letterario-scientifica in materie pubblicistiche dovuta a giuristi esperti di *ius, publicum* oltreché *privatum* (tra gli altri, Elio Tuberone, definito da Pomponio *doctissimus* in entrambi i due rami del *ius*: cfr. D. 1.2.2.46). Ma l'*interpretatio* del *ius publicum* (di *iuris interpretes* parla in proposito il già citato Liv. 3.55.8-10) non presentava ormai la stessa libertà di quella privatistica, mantenendosi legata al ricordo del passato (*publici iuris auctoritas* o *prudentia iuris publici* o *antiquitatis memoria* si trovano ad esempio collegate in Cic. *de orat.* 1.201 e 256; lo stesso Cic. *Brut.* 267 dice *iuris publici antiquitatisque nostrae bene peritus* Appio Claudio, suocero di Bruto), sul quale fondare la giustificazione delle esigenze della prassi politica, senza ricorrere a fondamenti razionali. Il mutamento politico-costituzionale avutosi con l'avvento del principato farà venir meno tale *scientia iuris publici*, dopo un iniziale suo conservarsi dovuto alla finzione augustea di restaurazione repubblicana (*peritissimus et privati iuris et publici* sarà ancora detto il giurista augusteo Tizio Aristone, da Plin. *ep.* 8.14.1).<sup>9</sup>

2.2. Confutazione dell'asserita differenza fra l'interpretazione libera dei soggetti politici e l'interpretazione dei *publici iuris periti*, legata al ricordo del passato.

Come si evince dai trascritti brani, Burdese distingue fra un primo periodo, caratterizzato da una interpretazione alquanto libera, e un secondo periodo caratterizzato, soprattutto nel I sec. a.C., da un'interpretazione scientifico-letteraria fondamentalmente legata al ricordo del passato, sul quale sarebbe stata fondata la giustificazione della prassi politica, senza possibilità alcuna di ricorrere a fondamenti razionali.

Orbene, concordo pienamente con il Burdese per quanto attiene alla distinzione, nell'ambito del diritto pubblico, di diversi tipi di attività interpretative, svolte rispettivamente, l'una dagli esponenti delle diverse forze politiche, nel corso delle frequenti, e spesso aspre, *contentiones* o *disceptationes de iure publico*; l'altra, depurata dall'immediatezza e dall'irruenza del dibattito politico, dai *periti iuris publici*, nel tipico significato scientifico e letterario dell'espressione. Non ritengo, però, di poter condividere le sue affermazioni circa l'asserita differenza fra l'interpretazione libera dei soggetti politici, tesa a un'evoluzione del regime, e l'interpretazione dei '*publici iuris periti*', fondamentalmente legata al ricordo del passato.

Ritengo, invece, che l'interpretazione degli istituti del diritto pubblico e, segnatamente, della prassi, delle *leges publicae* e dei principi costituzionali, sia stata costantemente caratterizzata, sino a tutta l'età classica, dalla più ampia libertà e che, in particolare, il ricordo e la valenza del passato non siano stati mai considerati come limiti invalicabili, neppure da parte dei *periti iuris publici*, da Marco Porcio Catone, definito da Quintiliano (*Inst. orat.* 12.11.23) '*summus imperator, sapiens orator, historiae conditor et iuris, rerum rusticarum peritissimus*', all'età varroniana-ciceroniana.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> A. BURDESE, *Note*, cit., 22 s.

<sup>10</sup> V., in proposito, M. BRETONE, *Tecniche*, cit., 13 ss.; P. CERAMI, *Costituzione e interpretazione dei principi costituzionali nel sistema istituzionale della «libera res publica»*, in «Cinquanta anni della costituzione

Basti pensare, in tal senso:

a) al punto di vista di Catone, in opposizione al parere della maggioranza dei *iuris interpretes*, circa il carattere sacrosanto delle magistrature plebee (cfr. oltre § 3);

b) al parere dei '*periti religionum iurisque publici*', i quali, con riferimento alle elezioni consolari del 176 a.C., sostennero che il *consul suffectus* non avrebbe potuto convocare legittimamente i comizi consolari, in assenza dei consoli ordinari, deceduti entrambi; parere verosimilmente formulato, come ho chiarito altrove, in base al coordinamento del principio '*par maiorve potestas*' con il principio '*auspicia ad patres redeunt*' (Liv. 41.18.16):<sup>11</sup> coordinamento che sottende e implica, ovviamente, l'autonomia e la discrezionalità dell'*iter* argomentativo rispetto ai precedenti e alla correlata prassi;

c) alle riflessioni di Marco Terenzio Varrone sulla distinzione fra *vocatio* e *prensio* (Gell., *N. A.* 13.12.6) e sul controverso tema della legittimità o meno della *in ius vocatio* dei magistrati forniti di semplice *potestas* (Gell., *N. A.* 13.13.4);

d) all'enunciato decemvirale '*quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esto*', oggetto di dispute interpretative non soltanto nell'ambito della dialettica politico-costituzionale fra gli organi di governo (cfr. oltre § 3), ma anche in quello della riflessione tecnico-professionale svolta da *iuris publici periti*, al fine di valutarne l'incidenza su due clausole, di norma inserite nelle deliberazioni legislative, al precipuo scopo di limitarne l'efficacia abrogativa nei confronti di precedenti disposizioni di *ius civile* o di *ius sacrum*. Mi riferisco alle notissime clausole: a) '*si quid ius non esset rogarier eius ea lege nihil rogatum*'; b) '*si quid sacri sancti est quod non iure sit rogatum eius hac lege nihil rogatur*'. Com'è possibile dedurre da diversi scritti di Cicerone,<sup>12</sup> e, in particolare, da un brano della *pro Balbo* 14.33, tali clausole, lungi dal sancire, com'è stato ripetutamente sostenuto, l'inderogabilità comiziale del *ius civile* e del *ius sacrum*, costituivano strumenti di autolimitazione del potere deliberativo dei comizi, inseriti al preciso scopo d'impedire che, in assenza di espresse clausole di salvaguardia, il principio decemvirale, univocamente richiamato da Cicerone, comportasse l'abrogazione implicita di disposizioni di *ius civile* o di *ius sacrum*: '*De quibus igitur etiamsi latum esset nequem civem reciperemus, tamen id esset quod postea populus iussisset, ratum neque quicquam illis verbis si quid sacrosanctum est esse exceptum videretur, de iis cum populus Romanus nihil umquam iusserit, quicquam audes dicere sacrosanctum fuisse?*';

e) alle considerazioni, lucidamente svolte da Cicerone (nella sua qualità, ampiamente riconosciuta, di *publici iuris peritus* e non di semplice senatore), nel corso della seduta senatoria del 4 febbraio 43 a.C., dedicata alla proposta di C. Pansa di onorare, con una statua, il senatore e giurista Servio Sulpicio Rufo, il quale era morto nel corso di un'ambasceria senatoria ad Antonio. L'Arpinate, confutando il parere di Publio Servilio, secondo il quale, '*more maiorum*', l'onore di una stata sarebbe spettato, soltanto a chi fosse stato ucciso con il ferro nell'espletamento di un'ambasceria, obiettò che non sarebbe stato ragionevole limitarsi

della repubblica italiana». *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da Luigi Labruna, Napoli 2006, 651 ss.; ID., in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo storico-giurisdizionale*, cit., 48 ss.

<sup>11</sup> Sul brano liviano v. P. CERAMI, *Costituzione e interpretazione*, cit., 653 s.

<sup>12</sup> Cic., *pro Caec.* 33.95; *de domo* 40.60; cfr. Val. Prob., *De not. iur.* 3.13. Secondo A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino 1972, 96, la norma decemvirale attribuita da Cicerone e Livio alle XII Tavole non dovrebbe essere presa alla lettera.

a richiamare pedissequamente condotte esemplari degli antenati, ma che sarebbe stato necessario individuare, con evidenti scopi additivi, l'intento sotteso alle condotte stesse:

*'Ego autem, patres conscripti, sic interpretor (si noti l'impiego del verbo in senso eminentemente tecnico-giuridico) sensisse maiores nostros ut causam mortis censuerint, non genus esse quaerendum. Etenim cui legatio ipsa morti fuisset, eius monumentum extare voluerunt, ut in bellis periculosis obirent homines legationis munus audacius. Non igitur exempla maiorum quaerenda, sed consilium est eorum, a quo ipsa exempla nata sunt explicandum'* (Phil. 9. 1. 3).<sup>13</sup>

La predetta interpretazione del *mos maiorum*, efficacemente sostenuta da Cicerone, nel corso della menzionata seduta, con obiettivi di tipo essenzialmente additivo, fu approvata dall'assemblea senatoria.

2.3. Autonomia del *ius publicum* e della relativa interpretatio: esame esegetico di Cic., *de orat.* 1.46.201; 1.60.256; *Brut.* 77.267.

Credo, inoltre, che nei due brani del *De oratore* e in quello del *Brutus*, citati da Burdese, Cicerone, parlando di *'publici iuris auctoritas'*, di *'prudentia iuris publici'* e di *'antiquitatis memoria'*, di *'iuris publici antiquitatisque nostrae peritia'*, non abbia voluto elencarle in funzione di un puro e semplice collegamento culturale, al solo scopo di porre in evidenza il nodo intrinseco che intercorrerebbe fra storia, antichità e *scientia iuris*,<sup>14</sup> bensì con il preciso e fondamentale obiettivo di proclamare l'autonomia delle discipline (*artes*) sottese alle locuzioni in questione, nella misura in cui esse erano contraddistinte dalla peculiarità dei rispettivi contenuti teorici e pratici, che ne delimitavano rigorosamente – come afferma Cicerone, nel proemio del secondo libro del *De oratore*, parlando in prima persona (2.1-2.5) – i confini, ad eccezione dell'eloquenza, che postulava, secondo l'Arpinate, una cultura universale, estesa ben oltre i confini della *dicendi doctrina*.<sup>15</sup>

Mi sembra, pertanto, essenziale procedere all'esame esegetico dei predetti brani:

Cic., *de orat.* 1.46.201: *Iam illa non longam orationem desiderant, quam ob rem existimem publica quoque iura, quae sunt propria civitatis atque imperii, tum monumenta rerum gestarum et vetustatis exempla oratori nota esse debere. Nam ut in rerum privatarum causis atque iudiciis depromenda saepe oratio est ex iure civili et idcirco, ut ante diximus oratori iuris civilis scientia necessaria est, sic in causis publicis iudiciorum, contionum, senatus omnis haec et antiquitatis memoria et publici iuris auctoritas et regendae rei publicae ratio ac scientia tamquam aliqua materies iis oratoribus, qui versantur in re publica, subiecta esse debent.*

<sup>13</sup> Sul punto cfr. P. CERAMI, *Prassi e convenzioni costituzionali nel sistema della libera res publica romana*, in AUPA 47, 2002, 130 ss.; ID., in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo*, cit., 104 ss.

<sup>14</sup> In dottrina, con specifico riferimento ai problemi costituzionali e, più in generale, pubblicistici, si è parlato, infatti, di «nodo intrinseco fra *historia* e *scientia iuris*». Così M. BRETONE, *Tecniche*, cit., 10.

<sup>15</sup> Cic., *de orat.* 2.1-2.5: *Illud autem est huius institutae scriptionis ac temporis neminem eloquentia non modo sine dicendi doctrina, sed ne sine omni quidem sapientia florere umquam et praestare potuisse. Etenim ceterae fere artes se ipsae per se tuentur singulae; bene dicere autem, quod est scienter et perite et ornate dicere, non habet definitam aliquam regionem, cuius terminis saepe teneatur.*

Cic., *De orat.* 1.60.256: *Reliqua vero etiam si adiuvant, historiam dico et prudentiam iuris publici et antiquitatis iter et exemplorum copiam, si quando opus erit, a viro optimo et istis rebus instructissimo familiari meo Congo mutuabor.*

Cic., *Brut.* 77.267: *Appius Claudius, socer tuus, conlega et familiaris meus: hic iam et satis studiosus et valde cum doctus tum etiam exercitatus orator et cum auguralis tum omnis publici iuris antiquatissime nostrae peritus fuit.*

I primi due brani s'innestano in una discussione sulla natura e sugli scopi dell'eloquenza (*ars dicendi*), svoltasi nel settembre del 91 a.C., durante i ludi romani, nella villa tuscolana dell'oratore Lucio Licinio Crasso, maestro di Cicerone. Parteciparono al dibattito lo stesso Crasso, l'oratore Marco Antonio e alcuni loro amici (Quinto Mucio Scevola l'Augure, Aurelio Cotta, Publio Sulpicio Rufo).

Crasso e Antonio sostennero, nel corso della discussione, due diverse e opposte tesi.

Secondo il primo, portavoce di Cicerone, l'esercizio dell'oratoria presupponeva e richiedeva una vasta cultura, estesa:

a) al diritto civile (*iuris civilis scientia*), per quanto concerneva l'attività che l'oratore doveva svolgere nell'espletamento del suo compito di patrocinatore dei propri clienti nelle *causae* forensi civili;

b) a tutti i comparti del diritto pubblico (*publica iura, quae sunt propria civitatis atque imperii*), unitariamente denotati – come preciserò, *ex professo*, in seguito [cfr. oltre, § 2.5] – con la locuzione '*publici iuris auctoritas*'; ai principi e alle regole in tema di gestione degli interessi pubblici (*regendae rei publicae ratio ac scientia*); alla storia (*monumenta rerum gestarum*); agli esempi e ai precedenti della tradizione antica (*antiquitatis memoria, vetustatis exempla*), per quanto concerneva l'impostazione e lo svolgimento delle orazioni forensi o giudiziarie, pronunciate in *causae* criminali, e di quelle politiche, pronunciate nel corso delle assemblee popolari (*contiones*) e delle sedute senatorie.

Per Marco Antonio, invece, sarebbe stato sufficiente che gli aspiranti oratori fossero capaci di usare parole gradevoli all'ascolto e di argomentare in modo convincente nel corso delle ordinarie cause forensi: *verbis ad udiendum iucundis et sententiis ad probandum accommodatis, uti possit in causis forensibus atque communibus*; e che fossero dotati altresì di buona voce, di abilità gestuale e di grazia: '*eumque esse praeterea instructum voce et actione et lepore quodam*' (*de orat.* 1.49.213). Ne consegue che per Antonio l'eloquenza costituiva, al pari delle '*ceterae fere artes*', che '*se ipsae per se tuentur singulae*' (cfr. *de orat.* 2.1.5, trascritto nella nt. 15), un'ars autonoma, con la conseguenza, esplicitamente evidenziata da lui stesso, a corollario del suo discorso nel brano sopra trascritto (*de orat.* 1.60.256), che, nel caso in cui egli, nell'esercizio dell'attività di oratore, avesse avuto bisogno di utilizzare argomenti di storia, di diritto pubblico e di antichità romane (*antiquitatis iter et exempla*), si sarebbe avvalso della consulenza del suo amico Giunio Congo Graccano,<sup>16</sup> espertissimo di diritto pubblico (oggetto dei suoi *Libri de potestatibus*), nonché di storia e di antichità romane (oggetto dei suoi *Commentarii*).<sup>17</sup>

<sup>16</sup> L'appellativo «Graccano» discendeva verosimilmente dalla sua amicizia con Caio Gracco; così, appunto, Plin. maior, *Nat. Hist.* 33.9.36.

<sup>17</sup> Varr., *de lingua lat.* 6.9.95 menziona espressamente i suddetti *Commentarii* a proposito delle formalità

Considerazioni non dissimili possono essere formulate con specifico riguardo al brano del *Brutus*, opera dialogica, consistente in una rassegna degli oratori romani, dalla genesi della *libera res publica* al 46 a.C., anno della sua stesura.

Nel brano Cicerone ricorda Appio Claudio (suocero di Bruto e fratello di Clodio, avversario di Cicerone, e di Clodia), il quale, in perfetta sintonia con l'inderogabile necessità, per l'oratore, di una cultura universale, vigorosamente propugnata da Crasso (*de orat.* 1.46.201) e da Cicerone (*de orat.* 2.2.5), si distinse non soltanto come oratore diligente, colto e ricco di esperienza, ma anche come esperto di diritto augurale (era stato, peraltro, collega di Cicerone nel collegio degli *Augures*) e, più in generale, di tutto il diritto pubblico, *civitatis atque imperii*.<sup>18</sup>

Mi sembra, pertanto, che, coordinando il brano del *Brutus* con i due brani del *De oratore* 1.46.201 e 1.60.256, si possa ragionevolmente affermare che il *ius publicum* e, conseguentemente, la sua *interpretatio*, erano pacificamente considerati, almeno al tempo di Cicerone, come specifici ed esclusivi campi dell'*ars publici iuris*, contraddistinta, in quanto disciplina autonoma, da precisi confini (*cuius terminis saepta teneatur. de orat.* 2.2.5); e, pertanto, nettamente diversa sia dall'oratoria, sia dalla storia generale e dalle antichità romane, fermo restando che il *publici iuris peritus*, in sede d'interpretazione di principi, regole e istituti di diritto pubblico, avrebbe potuto attingere ad altri settori disciplinari, e segnatamente, alla *historia* e all'*antiquitatis memoria*<sup>19</sup> o direttamente, qualora ne avesse posseduto una adeguata conoscenza personale, o indirettamente, tramite la consulenza dei rispettivi esperti.

2.4. Esame del rapporto fra *iuris publici interpretatio* e ricordo del passato: esegesi di Liv. 27.8.7-10.

Alla luce di questo primo risultato (autonomia del *ius publicum* e della relativa *interpretatio*), è ora possibile procedere all'esame del rapporto intercorrente fra '*iuris publici interpretatio*' e ricordo del passato, a prescindere dalla tipologia dei soggetti interpretanti, esponenti politici o *iuris periti*.

dell'*inlicium*: '*Hoc ipsum inlicium scriptum inveni in M. Iunii Commentariis*'. Sulla biografia di Giunio Congo Graccano e sui suoi *Libri de potestatibus* cfr. M. BRETONE, *Tecniche*, cit., 14 ss., 55 s.

<sup>18</sup> Il diritto pubblico comprendeva, già al tempo di Cicerone, diversi comparti normativi, ricollegabili, rispettivamente, alla materia dei *sacra et sacerdotes* e a quella dei *magistratus*. Dalla prima derivavano, oltre al *ius pontificium*, il *ius augurale* e il *ius fetiale*. Quest'ultimo costituiva il diritto sovranazionale romano, su cui v., da ultimo, DAL RI L., *Ius fetiale. As origines do direito internacional no universalismo romano*, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2011, 362. Dalla seconda, intendendo e assumendo qui il segno '*magistratus*' nell'ampia accezione di organi politico-costituzionali, derivano il *ius magistratum*, che concerneva l'insieme dei principi e delle regole relativi alle cariche laico-politiche (*honores*), che rientravano nel *cursum honorum* e a quelle dei governatori provinciali (proconsoli e propretori); e il complesso di norme, principi e regole che disciplinavano la composizione, le attribuzioni e lo svolgimento delle funzioni del senato (*ius senatorium*) e delle assemblee popolari. V., in proposito, P. CERAMI, *Potere*<sup>3</sup>, cit., 39 ss.

<sup>19</sup> Basti pensare, in tal senso, alla fattualità e alla storicità del costituzionalismo romano; al rilievo politico costituzionale degli *exempla* e delle singole personalità politico-militari; alla genesi e allo sviluppo delle *necessitudines*.

Orbene, che l'*interpretatio* dei *mores* e degli *instituta maiorum* abbia svolto a Roma un ruolo essenziale nella formazione e nello sviluppo dell'esperienza costituzionale della *res publica* è un dato incontestabile. Non a caso Catone il Censore poté, a suo tempo, orgogliosamente affermare che la *constitutio* della *civitas Romana*, a differenza delle *constitutiones* delle *ceterae civitates*, si era formata non '*uno tempore*', per opera di singole personalità politiche, '*legibus atque institutis suis*', ma '*rerum usu ac vetustate*', nel corso di parecchi secoli e generazioni: '*aliquot constituta saeculis et aetatibus*' (Cic., *de re publ.* 2.1.2-3).

Mi sembra, però, altrettanto incontestabile che la storicità delle strutture organizzative di Roma se, da un lato, sottende e implica il valore genetico ed euristico dei '*vetustatis exempla*', non consenta, dall'altro, di attribuire agli stessi una valenza vincolante e totalizzante.

Emblematico ed illuminante mi sembra, in tal senso, il seguente brano degli Annali di Tito Livio, concernente una '*contentio de iure publico*' fra il *flamen Dialis* C. Valerio Flacco e il pretore Publio Licinio Varo, circa il preteso diritto del ministro di Giove (il *flamen Dialis*, appunto) di partecipare alle sedute del senato, pur in assenza di una formale iscrizione degli stessi nelle liste senatorie:<sup>20</sup>

Liv. 27.8.7-10: «*Huis famae consensu flatus (C. Valerius Flaccus) ad iustam fiduciam sui rem intermissam per multos annos ob indegnitatem flaminum priorum reperivit, ut in senatum introiret. 8. Ingressum eum curiam cum P. Licinius praetor inde eduxisset, tribunos plebis appellavit. Flamen vetustum ius sacerdotii repetebat: datum id cum toga praetexta et sella curulli ei esse. 9. Praetor non exoletis vetustate annalium exemplis stare ius, sed recentissimae cuiusque consuetudinis usu volebat: nec patrum nec avorum memoria Dialectem quemquam id ius usurpasse. 10. Tribuni rem inertia flaminum oblitteratam ipsis, non sacerdotio damno fuisse cum aequum censuissent, ne ipso quidem contra tendente praetore, magno adsensu patrum plebisque flaminem in senatum introduxerunt, omnibus ita existimantibus magis sanctitate vitae quam sacerdotii iure eam rem flaminem obtinuisse*».

Valerio Flacco, nominato dal pontefice massimo P. Licinio Crasso, nel 209 a.C., flamine di Giove, fidando nella generale stima che gli aveva procurato il suo eccezionale impegno nella cura dei sacrifici e delle cerimonie religiose (Liv. 27.8.7), ritenne giustificato (verosimilmente nel 208 a.C.) avvalersi di una prerogativa da molto tempo caduta in desuetudine a causa dell'indegnità dei precedenti flamine: quella di partecipare alle sedute senatorie (*ius introeundi in senatum*). Introdottosi nella Curia, Flacco ne fu espulso immediatamente dal pretore Publio Licinio Varo.<sup>21</sup>

La *contentio de iure publico* che coinvolse i titolari di due uffici pubblici, la cui sfera d'azione attecchiva '*ad civitatis statum*' (Cic., *de leg.* 2.12.30), ancorché pertinente, rispettivamente, alla cura degli aspetti religiosi-sacrali e laico-politici della *gestio rei publicae*, era

<sup>20</sup> Del brano di Livio mi ero già occupato in alcuni miei precedenti scritti: P. CERAMI, *Breviter su Iul. 1.3.22 (Riflessioni sul trinomio lex, mos, consuetudo)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto*, cit., 130 s.; ID., *Prassi e convenzioni*, cit., 132 ss.; ID., in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale*, cit., 114 ss. Cfr., inoltre, L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212 -183 a.C.)*, Napoli 2008, 163 ss.

<sup>21</sup> L'identità del pretore non è sicura. V., in proposito L. FRANCHINI, *Aspetti*, cit., 179 ss., con ampio esame delle fonti e delle letterature.

essenzialmente incentrata su due diverse e opposte interpretazioni della prassi in tema di *'ius introendi in senatum'*. Il *flamen Dialis* addì il fondamento costituzionale della sua pretesa nella serie dei precedenti (*exemplis*)<sup>22</sup>, che si erano consolidati *'vetustate annalium'*. Il pretore, in considerazione del fatto che nessuno degli altri *Diales*, *'nec patrum nec avorum memoria'*, aveva reclamato più la prerogativa in questione, sostenne la tesi secondo cui la *recentissima consuetudo* avrebbe definitivamente travolto la prassi precedente.

Orbene, la soluzione prospettata dai tribuni (ai quali si era rivolto Flacco) e pienamente condivisa dal senato, dallo steso pretore e dall'opinione pubblica (*omnibus existimantibus*) – soluzione costituita dal conferimento a Flacco del *'ius introeundi in senatum'* –, appare ben distante dalle due opposte interpretazioni, giacché fu adottata e motivata *'intuitu personae'*, non già in base all'asserito (da Flacco) o confutato (dal pretore) *ius sacerdotii*, bensì in base alla preminente e determinante valutazione della probità della vita (*sanctitate vitae*) di Q. Valerio Flacco.

L'episodio attesta, in ultima analisi, che la prassi politico-costituzionale si risolveva e si concretava, nel sistema istituzionale della *libera res publica*, in regole descrittive e orientative, che erano reversibili, al pari delle *regulae* di diritto privato, e che non precludevano, ma anzi consentivano, l'adozione di soluzioni *ad hoc*,<sup>23</sup> sempre che queste ultime fossero giustificate da motivi di opportunità politica e sorrette dal generale consenso.<sup>24</sup>

In tal senso, assume un notevole rilievo, nell'ambito della dialettica politico-costituzionale dell'età repubblicana, il binomio reversibile sotteso alle locuzioni *'contentio'*, *'disceptatio de iure publico'*,<sup>25</sup> *'ius controversum'*,<sup>26</sup> da un lato, e *'consuetudinis usu stat ius'*, dall'altro. Si tratta di un binomio sostanzialmente equivalente e simmetrico a quello sotteso, nell'ambito del diritto privato, a locuzioni del tipo *'de iure contentio'*, *'de iure dissen-*

<sup>22</sup> *L'actus instituendi* coincide con l'*exemplum* di Numa Pompilio, il quale organizzò gli ordini sacerdotali e, in particolare, le funzioni dei tre flamini maggiori (*Dialis, Quirinalis, Martialis*). Cfr. Varr., *de lingua lat.* 7.3.45; Liv. 1.20.2-3; Plut., *Num. Pomp.* 7.9-10; 9-13.

<sup>23</sup> Così esplicitamente Cic., *de imp. Cn. Pomp.* 20.60: *'Non dicam (perché ritenuto superfluo) hoc loco maiores nostros ... semper ad novos casus temporum novorum consiliorum rationes accommodasse'*.

<sup>24</sup> Un caso di notevole risonanza, già presso i contemporanei, fu quello della *consecratio* del tempio della Concordia, celebrata nel 304 a.C. dall'edile Cn. Flavio, *summa invidia nobilium*, ma con l'unanime consenso popolare, che costrinse il pontefice massimo Cornelio Barbatto a dettare al celebrante le parole della formula (*verba praeire*), in contrasto con il *mos maiorum*: *'aedem Concordiae in area Volcani summa invidia nobilium dedicavit; coactusque consensu populi Cornelius Barbatas pontifex maximus verba praeire, cum more maiorum negaret nisi consulem vel imperatorem posse templum dedicare'* (Liv. 9.46.6). Sul punto v. L. FRANCHINI, *Aspetti*, cit., 190 ss. e ntt. 324 e 330, 294 e nt. 628.

<sup>25</sup> Cic., *pro Balbo* 28.64; Liv. 2.56.12; 3.32.7; 4.6.3; 4.30.15; 19.7.2; 31.9.5.8.

<sup>26</sup> Cfr. Liv. 3.55.3: *cum velut in controverso iure esset tenerentur patres plebi scitis, legem centuriatis comitiis tulere ut quod tributim plebes iussisset populum teneret* (a proposito delle dibattute questione se i patrizi fossero tenuti o meno ad osservare le deliberazioni della plebe). Sul punto P. CERAMI, *Il 'ius controversum' nello sguardo dei moderni*, in V. MAROTTA e E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*. Atti del Convegno Firenze 21-23 ottobre 2010. *Fra Oriente e Occidente*, Roma 2010, 400 ss.

tio',<sup>27</sup> e 'ius controversum',<sup>28</sup> da un lato, e 'ius receptum' e 'hoc iure utimur',<sup>29</sup> dall'altro, nel quale confluivano e s'integravano, al tempo stesso, tanto nell'ambito del diritto pubblico, quanto in quello del diritto privato, tradizione e innovazione;<sup>30</sup> certezza (intesa come aspirazione all'oggettività) e concretezza (intesa come aspirazione alla flessibilità) dell'ordinamento giuridico.

2.5. Obiezioni sull'asserita mancanza di fondamenti razionali per la giustificazione della prassi politica.

Ciò posto, mi sembra necessaria una breve riflessione sull'asserita mancanza di fondamenti razionali per la giustificazione della prassi politica.

Sotto questo profilo, giova richiamare l'attenzione su un brano dell'orazione ciceroniana 'De imperio Cn. Pompei', pronunciata nel 66 a.C. dinanzi al popolo a sostegno della *rogatio* del tribuno della plebe C. Manilio, volta ad attribuire il comando della guerra contro Mitridate e Tigrane a Gneo Pompeo, il quale aveva portato a termine vittoriosamente la guerra contro i pirati. Si tratta di un brano che assume, nell'ottica qui perseguita, una valenza generale, che esorbita dal caso specifico, nella misura in cui enuclea espressamente le fondamentali direttive perseguite dai *maiores* nella selezione, valutazione e utilizzazione della prassi politica:

Cic., *de imp. Cn. Pomp.* 20.59-60: '*Sed in hoc ipso vehementissime dissentio (a Q. Catulo), quod quo minus certa est hominum ac minus diuturna vita, hoc magis res publica, dum per deos immortalis licet, frui debet summi viri atque virtute. 60. At enim ne quid novi fiat contra exempla atque instituta maiorum. Non dicam hoc loco maiores nostros semper in pace consuetudini, in bello utilitati paruisse, semper ad novos casus temporum novorum consiliorum rationes accomodasse, . . . ; in ipso Cn. Pompeio in quo novi constitui nihil volt Q. Catulus quam multa sint nova summa Q. Catuli voluntate constituta recordamini.*

Nel trascritto brano, incentrato essenzialmente sulla complessa e articolata ambivalenza di 'tradizione' e 'innovazione', Cicerone confuta l'opinione di Catulo, secondo cui '*ne quid novi fiat contra exempla atque instituta maiorum*', alla stregua e alla luce di due rilevanti e fondamentali direttive, costantemente (*semper*) seguite dei *maiores* nell'impiego e nella valutazione degli *exempla* e degli *instituta* della consolidata tradizione politica e costituzionale:

<sup>27</sup> Cfr., ad es., Cic., *De orat.* 1.56.238; 1.48.183; Pomp. D. 1.2.2.5.

<sup>28</sup> V., in proposito, M. BREONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, CDV 2008, Roma 2008, 819 ss.

<sup>29</sup> Su altre equivalenti espressioni denotative del consenso generale v. M. BREONE, *Ius controversum*, cit., 829 ss.

<sup>30</sup> Giova precisare, in proposito, che le frequenti *contentiones de iure publico*, fra personalità politiche e/o gruppi sociali, e la loro faticosa composizione, prima dello scoppio della crisi politico-costituzionale del 133 a.C., con la tenace ricerca, caso per caso, di soluzioni condivise, idonee a realizzare la *concordia civium et potestatum*, provano che l'intima essenza della storicità dell'esperienza costituzionale romana era costituita dalla singolare e complessa ambivalenza – non certo o, almeno, non sempre lineare - di tradizione e innovazione.

a) l'osservanza, in tempi normali (intesi e assunti sotto il duplice profilo, esterno e interno), della *consuetudo*, affermatasi in conseguenza e per effetto della stabilizzazione di una lunga e costante serie di *exempla*;

b) l'esigenza, per motivi di pubblica utilità (*utilitati paruisse*), di approntare, in circostanze eccezionali (non soltanto belliche, come mi sembra di poter desumere dal sintagma '*semper ad novos casus temporum novorum*'),<sup>31</sup> soluzioni razionali (*consiliorum rationes*) coerenti con la specificità dei nuovi casi, imposti dai tempi nuovi e giustificati, in quanto tali, da speculari motivi di opportunità politica, atti a coagulare il più ampio consenso possibile.

Tenuto conto delle predette direttive, mi sembra ora agevole cogliere il senso profondo del discorso svolto in Cic., *de orat.* 1.46.201, nel punto in cui Crasso sostiene che l'oratore doveva conoscere, per una efficace impostazione delle sue orazioni giudiziarie (nei processi criminali) e politiche, non soltanto la storia e gli *exempla vetustatis*, ma anche, e soprattutto, la '*publici iuris auctoritas*' (comprendente gli *iura propria civitatis atque imperii*, e, cioè, l'ordinamento della *civitas Romana* e degli ordinamenti dei territori conquistati) e la '*ratio ac scientia regendae rei publicae*'.

Orbene, così argomentando, Cicerone intese evidenziare, per bocca di Crasso, la marcata differenza che intercorreva fra la '*publici iuris auctoritas*' e la '*ratio ac scientia regendae rei publicae*', da un lato; e la storia e la '*memoria antiquitatis*', dall'altro.

La storia e la *memoria antiquitatis* fornivano agli oratori, agli esperti di diritto pubblico e agli organi di governo soltanto un materiale grezzo, consistente in una serie di eventi e condotte (*exempla*, accordi, genesi e sviluppo delle *necessitudines*), che, nel loro insieme, costituivano un magma giuridico.

L'effettiva valenza tecnico-giuridica di questo magma era, infatti, necessariamente subordinata al filtro dell'interpretazione, strettamente legata sia alla dialettica politica degli organi di governo e dei gruppi sociali, sia alla perizia professionale di giuspubblicisti, più o meno politicamente orientati, come Sempronio Tudidano e Giunio Congo Graccano [quest'ultimo specificamente menzionato da Antonio nel brano, sopra trascritto, del *De oratore* (1.60.126)].

L'interpretazione politica, stabilizzandosi nel tempo, si concretava, a sua volta, in una serie di vere e proprie regole consuetudinarie, di tipo descrittivo e orientativo, che fungevano da parametri costituzionali, e cioè da 'criteri di valutazione' per accertare, in rapporto ai singoli casi, la legittimità rituale (intesa come conformità a modelli di azioni tipizzate) delle soluzioni da adottare, previo accertamento della convenienza politica degli stessi criteri e della loro idoneità a suscitare il più ampio consenso.

Conseguentemente, la *publici iuris auctoritas* e la *ratio ac scientia regendae rei publicae* si distinguono dall'*historia* e dall'*antiquitatis memoria* perché il loro oggetto non è costituito da

<sup>31</sup> Depone, in particolare, nel predetto senso il periodo finale '*in ipso . . . recordamini*', in cui Cicerone, dopo aver ricordato (nella parte non trascritta, compresa fra il verbo *accomodasse* e la frase finale) una serie di casi risolti in senso contrario alla tradizione - come l'affidamento a un unico generale della guerra punica e iberica; la distruzione di Cartagine e Numanzia, ad opera di Scipione; le guerre contro Giugurta e contro i Cimbri e i Teutoni, affidati a Mario -, evidenzia esplicitamente che allo stesso Pompeo erano stati già attribuiti, con il pieno assenso dello stesso Catulo, poteri eccezionali, quali il diritto di celebrare (*ex senatus consulto*) il trionfo quando era ancora un semplice *equus Romanus*, e, soprattutto, sempre *ex senatus consulto*, la *solutio a legibus* in materia di '*cursus honorum*' (*de imp. Cn. Pomp.* 21.62).

un puro e semplice magma giuridico, ma, rispettivamente, da un complesso di regole consuetudinarie sostanzialmente reversibili (*publici iuris auctoritas*), e da criteri logico-operativi (*ratio*) e cognizioni professionali (*scientia*),<sup>32</sup> predisposti e destinati alla cura degli interessi pubblici (*regendae rei publicae*).

Mi sembra ora opportuno, a chiarimento della predetta distinzione, procedere a una breve puntualizzazione del senso del sintagma ciceroniano '*publici iuris auctoritas*'. Adoperando il segno '*auctoritas*', Cicerone volle evidenziare, a parer mio, che il contenuto del diritto organizzativo della comunità politica romana [e, cioè, come dice Ulpiano (1 *inst.* D. 1.1.1.2), del *ius, quod ad statum rei Romanae spectat*] non era costituito da norme incondizionate e inderogabili, ma da regole descrittive e orientative, fondamentalmente reversibili, come ho già detto, che si limitavano, in quanto tali, a fornire agli uomini di governo e ai gruppi sociali modelli di azioni tipizzate, idonei a conferire legittimità rituale (*augere* = rafforzare) alle decisioni da adottare, dopo averne discrezionalmente ponderato la convenienza e la risonanza politica.

In questa sua specifica accezione, regolativa e rafforzativa, il termine *auctoritas* ricorre altresì in altri luoghi dell'opera ciceroniana per denotare la funzione e lo scopo di altri fattori di produzione giuridica (*viae iuris constituendi*, come dirà Pomponio, *l. s. ench.* D. 1.2.2.11): *leges publicae populi Romani*,<sup>33</sup> *senatus consulta* d'indirizzo politico-costituzionale,<sup>34</sup> editti magistratuali,<sup>35</sup> *sententiae et opiniones* di esperti (*periti*) di *ius publicum*<sup>36</sup> e/o di *ius privatum*.<sup>37</sup>

Orbene, limitando qui il discorso all'età della *libera res publica*, se l'*auctoritas iuris publici* riflette ed evoca, nell'esperienza politico-costituzionale di quel tempo, il diritto consolidato (*consuetudinis usu stat ius*), la *ratio* e la *scientia regendae rei publicae* costituiscono gli strumen-

<sup>32</sup> Non a caso, ad esempio, Cicerone nel *De senectute*, parlando di Q. Fabio Massimmo il Temporeggiatore (per bocca di Catone il censore), il quale aveva riconquistato, nel 209 a.C., Taranto, che era stata occupata dai Cartaginesi, distingue la sua ampia conoscenza (*notitia*) della antichità dalla sua cognizione tecnico-professionale (*scientia*) del diritto augurale: '*Multa in eo viro praeclara cognovi . . . , qui sermo, quae praecepta, quanta notitia antiquitatis, scientia iuris augurii!*' (*de senect.* 4.12). Egli, infatti, nel suo specifico ruolo professionale di augure aveva affermato che le cose gestite con ottimo auspicio servono alla salvezza dell'intera comunità politica, mentre le cose fatte contro la comunità politica sono gestite contro gli auspici: '*dicere ausus est optimis auspiciis ea geri quae pro rei publicae salute gererentur, quae contra rem publicam ferrentur contra auspicia ferri*' (*de senect.* 4.11).

<sup>33</sup> Cic., *de orat.* 1.44.194: *et docemur non infinitis concertationumque plenis disputationibus, sed auctoritate nutuque legum domitas habere libinidines*; 1.44.195: *bibliothecas mehercules omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontis et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare*.

<sup>34</sup> Cfr., ad es., Cic., *de leg.* 3.10.25: *ut auctoritati principum cederet*; 3.17.39: *auctoritas bonorum* (appartenenti al ceto senatorio) *retinetur*; in Verr.: II.5.171: *Senatores populi Romani, legum et iudiciorum et iuris auctores*. In senso equivalente v. Liv. 27.6.7: *ex auctoritate patrum ad plebem latum*; 42.27.5: *ex auctoritate senatus praetor adesse iuberet*. Per quanto attiene al potere d'indirizzo e di coordinamento politico-costituzionale del senato rinvio al mio contributo già citato sopra, nella nt. 7.

<sup>35</sup> Cic., *pro Caecina*, 22.63: *sententia atque auctoritas*, con riferimento all'*interdictum de vi armata*.

<sup>36</sup> Cic., *ad fam.* 6.1.5: *auctoritatibus nostris de iure publico disputari*.

<sup>37</sup> Cic., *pro Caecina* 23.63: *te dicere iuris consultorum auctoritati obtemperare non oportere*. in Verr. II.1.42.107: *auctoritate omnium qui consulebantur*.

ti essenziali del costante e progressivo adeguamento del diritto stabilizzato ‘*ad novos casus temporum novorum*’. Sta essenzialmente in ciò l’essenza della storicità e della fattualità della *consuetudo rei publicae*, nel periodo compreso dal crollo del *regnum* alla sua irreversibile crisi.

3. *L’interpretatio del ius quod ad statum rei Romanae spectat* fra dialettica politica degli organi di governo e delle parti sociali e dibattito tecnico-giuridico dei *prudentes iuris publici*.

La casistica politico-costituzionale, pur nella varietà degli assetti istituzionali succedutisi nel predetto arco temporale, conferma pienamente, a parer mio, i dati che ho ritenuto di poter desumere dal brano dei libri ‘*Ab urbe condita*’ di Tito Livio (27.8.7-10) e dai brani del ‘*De oratore*’ (1.46.201) e dell’orazione ‘*De imperio Cn. Pompei*’ (20.59-60) di Marco Tullio Cicerone.

Com’è noto, nell’arco temporale compreso fra il crollo del regno (509 a.C.) e la genesi del principato (27 a.C.), l’assetto istituzionale della comunità politica romana mutò notevolmente, passando dalla ‘*dominatio patriciorum*’ (Liv. 4.5.1), contraddistinta dalla totale monopolizzazione di tutte le leve del potere (militare, politico, religioso, economico) da parte di una ristretta cerchia di famiglie patrizie, e dalla conseguente e speculare emersione dell’ordinamento plebeo (509-367 a.C.), alla lenta e progressiva affermazione dell’ordinamento patrizio-plebeo, incentrato sul ceto politico-sociale della *nobilitas* senatoria (367-202 a.C.). Il successivo periodo, contraddistinto dalla definitiva stabilizzazione dell’ordinamento patrizio plebeo, rappresenta l’apogeo della *libera res publica* (202-133 a.C.), cui seguì, subito dopo, la sua lunga, drammatica e irreversibile crisi politico-istituzionale.

Nel corso del primo periodo le aspre *contentiones de iure publico* fra patrizi e plebei (guidati, rispettivamente, dai rappresentanti del governo oligarchico e dai tribuni plebei) si contraddistinsero per i diversi e opposti motivi addotti per giustificare o contestare la prassi politica.

Il patriziato e, in particolare, gli esponenti del governo oligarchico, identificando i propri interessi con quelli dell’intera comunità cittadina, addussero a giustificazione della prassi politica, il principio dell’*agere auspicio*, unanimemente considerato come requisito essenziale e imprescindibile per conferire legittimità rituale all’azione-potere (sotto il duplice profilo del fondamento e dell’esercizio). Alla luce di questo principio, ritenuto dal patriziato inscindibilmente connesso alla *dignitas generis* e alla *religio sacrorum*, gli esponenti del governo oligarchico sostennero che la gestione degli *auspicia populi Romani* spettasse solo ed esclusivamente ai patrizi, con la conseguente esclusione dei plebei da tutte cariche civili e religiose della *civitas*: ‘*quod nemo plebeium consulem fieri non oporteret*’ (Liv. 4.6.2; cfr. pure Cic., *de domo sua* 14.38).

I plebei, per contro, pur ammettendo senza obiezione alcuna, il valore legittimante dell’*agere auspicio*, contestarono energicamente la pretesa del patriziato di gestire in via esclusiva gli *auspicia populi Romani*, come se i plebei fossero stati invisibili agli dei immortali: ‘*quod auspicari, tamquam invisibilibus, negarentur posse*’ (Liv. 4.6.3).

Orbene, nel quadro generale di questo primo periodo assumono particolare rilievo le notissime leggi *Valeriae Horatiae* del 449 a.C., assai dibattute in dottrina.

Preso atto, dopo la parentesi del decemvirato legislativo (451-450), della difficoltà di realizzare la parità politica fra patrizi e plebei, in conseguenza e per effetto del fallito tentativo di mutare, per la seconda volta, la ‘*forma civitatis*’ (Liv. 3.33.1), Lucio Valerio e Marco Orazio si limitarono opportunamente a formalizzare e a razionalizzare la dualità degli ordinamenti,

patrizio e plebeo, con tre distinte ma complementari leggi: ‘*de plebiscitis*’,<sup>38</sup> ‘*de provocatione*’<sup>39</sup> e ‘*de tribunicia potestate*’.

In questa sede mi occuperò specificamente soltanto di quest’ultima legge, per due importanti ordini di motivi, che incidono notevolmente sul tema qui affrontato: a) anzitutto, perché il suo enunciato provocò subito un vivace dibattito ermeneutico, protrattosi fino al tempo di Tito Livio, al quale presero parte anche giureconsulti esperti di diritto pubblico;<sup>40</sup> b) in secondo luogo, perché le fonti in materia, non si limitano alla semplice menzione degli opposti orientamenti, ma offrono anche alcuni interessanti spunti per tentare di risalire alle ragioni sottese alle contrapposte argomentazioni ermeneutiche.

Le fonti principali sono le seguenti:

Liv. 3.55.6-12: *Et cum plebem hinc provocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmasset, ipsis quoque tribunis, ut sacrosancti viderentur, cuius rei prope iam memoria aboleverat, relatis quibusdam ex magno intervallo caerimoniis renovarunt, 7. et cum religione inviolatos eos, tum lege etiam fecerunt, sancendo ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret. 8. Hac lege iuris interpretes negant quemquam sacrosanctum esse, sed eum qui eorum cui nocuerit sacrum sanciri; 9. itaque aedilem prendi ducique a maioribus magistratibus, quod, etsi non iure fiat – noceri enim ei cui hac lege non liceat – tamen argumentum esse non haberi pro sacrosancto aedilem; 10. tribunos vetere iure iurando plebis, cum primum eam potestatem creavit, sacrosanctos esse. 11. Fuere qui interpretarentur eadem hac Horatia lege consulibus quoque et praetoribus, quia iisdem auspiciis quibus consules crearentur, cautum esse: iudicem enim consulem appellari. 12. Quae refellitur interpretatio, quod iis temporibus nondum consulem iudicem sed praetorem appellari mos fuerit.*

Fest., *de verb. sign.*, v. *Sacrosanctum* (L., 422. 17): *Sacrosanctum dicitur, quod iure iurando interposito est institutum, si quis id violasset, ut morte poenas penderet. Cuius generis sunt tribuni plebis aedilesve eiusdem ordinis; quod adfirmat M. Cato, in ea, quam scripsit, aediles plebis sacrosanctos esse.*

Fest., *de verb. sign.*, v. *Sacrae leges* (L., 422. 23): *Sacrae leges sunt, quibus sanctum est, qui[c]quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque. Sunt qui esse dicant sacratas, quas plebes iurata in monte Sacro sciverit.*<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Sulla *lex Valeria Horatia de plebiscitis*, la cui storicità è stata, a torto, contestata, rinvio a quanto ho precisato nel mio contributo ‘*Il ius controversum*’ cit., 400 ss. (già citato sopra, nella nota 26), 400 ss.

<sup>39</sup> Sulla *lex Valeria Horatia de provocatione* e sul rapporto con la *lex Valeria* del 509 e della *lex Valeria* del 300 a.C. v., in particolare, C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, 16 ss., con ampia analisi della letteratura.

<sup>40</sup> S. MAZZARINO, *Intorno ai rapporti fra annalistica e diritto: problemi di esegesi e di critica testuale*, in *La critica del diritto. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto* I, Firenze 1971, 442, ravvisò nell’opinione dei *iuris interpretes*, intorno all’enunciato della legge Valeria Orazia, addirittura l’«esempio classico dell’interpretazione giuridica nell’ambito del diritto pubblico»; affermazione, questa, condivisa da F. SINI, *Interpretazioni giurisprudenziali in tema di inviolabilità tribunicia (A proposito di Liv. 3.55.6-12)*, in *Ius antiquum* I, 1996, 87 e nt. 42.

<sup>41</sup> Cfr. Liv. 2.33.3: *Sunt qui duos tantum in Sacro monte creatos tribunos esse dicant, ibique sacratam legem*

Cic., *pro Balbo* 14.33: *Primum enim sacrosanctum esse nihil potest, nisi quod populus plebesse sanxerit; deinde sanctiones sacrosanctae sunt aut genere ipso et obtestatione legis aut consecratione poenae, quum caput eius qui contra facit, consecratur.*

Dei trascritti testi ho avuto già modo di occuparmi analiticamente in altra sede.<sup>42</sup>

In questa sede mi limiterò, pertanto, a una breve puntualizzazione delle argomentazioni addotte a sostegno dei due opposti indirizzi ermeneutici, uno dei quali è attribuito, da Livio, ad anonimi *'iuris interpretes'*; sintagma, questo, che ritengo che possa essere plausibilmente imputato all'attività tecnico-professionale svolta da *'iuris prudentes'*.<sup>43</sup>

Gli indirizzi in questione sono costituiti da due diverse e opposte argomentazioni ermeneutiche, sostenute rispettivamente dai *iuris interpretes*, menzionati da Livio, e da Catone il censore, menzionato dal lessicografo Festo nella voce *'sacrosanctum'* del suo *'De significazione verborum'*.

Livio, dopo un breve cenno al contenuto delle prime due leggi, che erano state approvate dai comizi centuriati (Liv. 3.55.3), in seguito alle trattative intercorse fra il senato e la plebe (Liv. 3.53-54), ritenne opportuno evidenziare che l'obiettivo fondamentale della *lex Valeria Horatia de tribunicia potestate* era stato essenzialmente quello di riaffermare l'inviolabilità dei tribuni della plebe, che era stata sancita, per la prima volta, unilateralmente dalla plebe sul monte Sacro, nel 494 a.C. (Fest. 422.23; Liv. 2.33.1-2; 3.55.10), con una deliberazione (plebiscito) rafforzata e garantita con una *sanctio sacrosancta* (cfr. Cic., *pro Balbo* 14.33), che si risolveva nell'impiego di un rito di tipo magico-religioso (*caerimonia*), culminante nel *ius iurandum*, con il quale s'invocava la volontà divina a tutela dell'oggetto del rito giurato e le cui conseguenze erano costituite, appunto, dalla qualifica di *sacrosanctus* per la persona contemplata nella decisione giurata e dalla *sacratio capitis* dell'offensore. Specificamente Livio, richiamando l'attenzione sulla *renovatio* dei riti (*caerimoniis revovarunt*), dei quali si era quasi spento il ricordo, intese porre in evidenza, a mio avviso, che la *lex Valeria Horatia* del 449, al pari della *lex sacrata plebea* del 494, era stata adottata con l'impiego delle medesime formalità rituali (*ius iurandum* e *sacratio capitis eius qui contra fecit*),<sup>44</sup> come peraltro attesta il lemma di Festo (L. 422.17): *'Sacrosanctum dicitur, quod iure iurando interposito est institutum, si quis id violasset, ut morte poenas penderet'*.

*latam*. V. pure Dion. Halic. 6.89.1-4, che parla espressamente di accordi fra senato e plebe, seguiti da un plebiscito rafforzato dal *ius iurandum* del concilio plebeo.

<sup>42</sup> P. CERAMI, *Potere*<sup>3</sup>, cit., 117 ss., 123 s. (per le due *species* di *sanctio sacrosancta* di cui parla Cicerone nella *pro Balbo*, 14.33); ID., in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo*, cit., 305 ss. In proposito, v. ora L. GAROFALO, *Studi sulla sacertas*, collana *L'arte del diritto*, Padova 2005, 53 ss, con ampia analisi delle fonti e della letteratura.

<sup>43</sup> Così pure B. ALBANESE, *'Sacer esto'*, in BIDR 91, 1988 (pubbl. 1992), 163, (= *Scritti giuridici*, III, Torino 2006, 21), secondo cui Livio espresse il proprio punto di vista «anche sulla base di trattazioni giurisprudenziali»; adde C. MASI DORIA, *Spretum imperium*, Napoli 2000, 244 e nt. 120; L. GAROFALO, *Studi*, cit., 56, e nt. 18.

<sup>44</sup> Sotto questo profilo, tenuto conto della *renovatio caerimoniatarum* del 494 a.C. (comprensiva del *ius iurandum* e della *sacratio capitis*, come attesta il plurale), esplicitamente evidenziata da Livio, non mi sembra fondata l'affermazione di P. MAROTTOLI, *Leges sacratae*, Roma 1979, 89 nt. 4, secondo il quale «la connessione di *lex sacrata* e *ius iurandum*» condurrebbe a «un esito impraticabile: la coesistenza, nel pensiero classico, di due tipi di *lex sacrata*». Diversamente R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 487 ss., secondo cui le fonti forniscono due diverse nozioni di *lex sacrata*, collegate rispettivamente al *ius iurandum* e alla *essecratio*.

In conseguenza e per effetto della *renovatio caerimoniarum*, dal 449 a.C. in poi, i tribuni furono considerati inviolabili non soltanto in base all'originaria deliberazione giurata della plebe, che aveva vincolato anche i patrizi in forza dei condivisi valori sacrali (*religione*), ma anche in base ad una *lex sacrata* dell'intero *populus Romanus* (Cic., *pro Balbo* 14. 33; cfr. pure *de off.* 3.31.111), approvata anch'essa con l'impiego delle originarie formalità rituali.

Ristabilita così la *concordia civium et potestatum* fra patrizi e plebei, a distanza di molte generazioni, forse fra il III e il II secolo a.C., e, quindi, nel quadro istituzionale dell'ordinamento patrizio-plebeo, che si era affermato gradualmente, in seguito all'accordo politico del 367 a.C. (*lex Licinia Sextia de consule plebeio*), la *lex Valeria Horatia de tribunicia potestate* suscitò contrasti interpretativi (*ius controversum*) fra gli esperti di diritto pubblico di diverso orientamento politico.

Le divergenze interpretative riguardarono essenzialmente il punto dell'enunciato in cui si sanciva *'ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familiam ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret'*.<sup>45</sup>

A commento dell'enunciato, Livio ritenne opportuno riferire le divergenti opinioni di due gruppi di giuristi, riconducibili entrambi, a parer mio, al ceto politico della *nobilitas*.

In base al punto di vista di un primo gruppo, ancora diffuso al tempo dello stesso Livio (come attesta il presente *'negant'*),<sup>46</sup> nessun magistrato plebeo sarebbe stato inviolabile ai sensi dell'enunciato della *lex Valeria Horatia*, la quale si sarebbe limitata a considerare *sacer* chi avesse recato offesa ai tribuni, agli edili e ai *iudices decemviri*, collegio magistratuale «ancor oggi misterioso». <sup>47</sup> Soltanto i tribuni della plebe sarebbero stati sacrosanti e, quindi, inviolabili, ma non già in forza della *lex* del 449, bensì in forza del *'vetus ius iurandum plebis'* del 494 a.C.

Si tratta, a parer mio, di un'interpretazione strumentale e contorta;<sup>48</sup> strumentale, nella misura in cui appare palesemente ispirata all'obiettivo sotteso all'affermazione introdotta dall'*itaque*: *'aedilem prendi ducique a maioribus magistratibus'*;<sup>49</sup> contorta, nella misura in cui minimizza l'antinomia logico-concettuale fra l'affermazione *'prendi ducique'* e l'ammissione

<sup>45</sup> Il ruolo fondamentale svolto dal predetto enunciato nel dibattito fra i *'iuris interpretes'* è stato evidenziato anche da O. LICANDRO, *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati durante l'esercizio delle funzioni*, Torino 1999, 122, secondo il quale la *lex Valeria Horatia de tribunicia potestate* avrebbe sancito soltanto «la sacertà di colui che avesse recato offesa ai magistrati plebei».

<sup>46</sup> Così, in particolare, B. ALBANESE, *'Sacer esto'*, cit., 163 nt. 45, seguito da L. GAROFALO, *Studi*, cit., 56 e nt. 30.

<sup>47</sup> L'espressione è di L. GAROFALO, *Studi*, cit., 67 e ntt. 61-62, con letteratura.

<sup>48</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* II.1<sup>3</sup>, Leipzig 1887, 486 nt. 2, ravvisò nell'affermazione dei *iuris publici interpretes* un cattivo ragionamento (schlechter argumentation), da cui scaturì la prassi della tarda repubblica. Diversamente S. MAZZARINO, *Intorno ai rapporti*, cit., 443 ss., secondo il quale l'opinione dei *iuris interpretes* sarebbe stata fondata all'analisi etimologico - grammaticale (*sacro sanctus = iure iurando*) e sulla prassi in forza della quale *licebat 'aedilem prendi ducique a maioribus magistratibus'*. Ritengo, per contro, che la prassi in questione si sia formata proprio in conseguenza e per effetto della stabilizzazione (*consuetudinis usu*, argomentando da Liv. 27.8.9) della *'sententia'* dei menzionati *iuris interpretes*, politicamente legati all'ideologia della classe dirigente, e ancora prevalente al tempo di Livio.

<sup>49</sup> V., in proposito, L. GAROFALO, *Studi*, cit., 58 ss., con letteratura.

‘*noceri enim ei cui hac lege non liceat*’;<sup>50</sup> antinomia incontestabile anche nel caso in cui si voglia assumere l’illiceità derivante dalla violazione di un enunciato della *lex populi Romani* come un residuo della illiceità che scaturiva dalla violazione di un precetto religioso.<sup>51</sup>

Un punto diverso, ma pur sempre ancorato agli interessi del ceto dominante, era stato prospettato da un secondo gruppo di giuristi, che sostenne, traendo spunto dal termine ‘*iudices*’, adoperato nell’enunciato della legge del 449 a.C., che anche i consoli e i pretori sarebbero stati *sacrosancti* (inviolabili)<sup>52</sup>: i consoli, perché ‘*consulem iudicem appellari*’; i pretori, perché ‘*iisdem auspiciis quibus consules crearentur*’ (§ 11 del brano liviano). Siffatta opinione non ebbe però successo, perché – come evidenzia Livio, verosimilmente sulla scia di obiezioni formulate dalla dottrina giuridica e antiquaria – il console, al tempo della legge del 449 a.C., non era usualmente chiamato *iudex*, ma *praetor*.<sup>53</sup>

Un’interpretazione del tutto diversa e forse diametralmente opposta a quelle prospettate dai due gruppi di giuristi, politicamente vicini al ceto dirigente, fu formulata da Marco Catone il Censore – in un’orazione composta fra la fine del III e gli inizi del II secolo a.C. –,<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Anche per L. GAROFALO, *Studi*, cit., 58, il ragionamento dei ‘*iuris interpretes*’ «non brilla certo per perspicuità», pur concedendo che «nondimeno è di elevato interesse per gli elementi che intreccia».

<sup>51</sup> V., in proposito, P. CERAMI, *Potere*<sup>3</sup>, cit., 125 e nt. 37.

<sup>52</sup> È assai verosimile che la tesi dell’inviolabilità dei consoli e dei pretori sia stata formulata da giuristi vicini al ceto dominante allo scopo di sottrarli a misure coercitive (come la *ductio in vincula*) dei tribuni della plebe. Un primo caso, sia pure eccezionale, risale al 471 a.C., a proposito dello scontro fra il console Appio e il tribuno Velerone, autore del plebiscito sulla elezione dei tribuni da parte del *concilium plebis* (Liv. 2.56.13: *ardens igitur ira tribunus viatorem mittit ad consulem, consul lictorem ad tribunum*). Un secondo caso risale al 431 a.C., quando i tribuni, su iniziativa del senato (Liv. 4,26.8), costrinsero i consoli a nominare un dittatore per far fronte all’insurrezione degli Equi e dei Volsci: ‘*si adversus consensum amplissimi ordinis ultra tendant, in vincla se duci eos iussuros*’ (Liv. 4.26.9). Su questi risalenti episodi v. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II<sup>2</sup>, Napoli 1973, 247 e nt. 97, per il quale «se le notizie sono attendibili e non sono anticipazioni della più recente attività dei tribuni, bisognerà sempre considerare i casi come puramente eccezionali». Un altro episodio risale al 402 a.C., allorché i tribuni della plebe minacciarono i tribuni militari con potestà consolare Sergio e Virginio, affermando che avrebbero disposto la loro incarcerazione qualora non si fossero sottomessi all’autorità del senato: ‘*nisi in auctoritate senatus essent, se in vincla eos duci iussuros esse*’ (Liv. 5.9.4).

A notevole distanza di tempo, nel 151 a.C., i consoli L. Licinio Lucullo e A. Postumio Albino furono gettati in carcere dai tribuni della plebe: ‘*L. Licinius Lucullus A. Postumius Albinus. coss cum dilectum severe agerent nec quemquam gratia dimitterent, ab tribunis pl., qui pro amicis suis vacationem impetrare non poterant, in carcerem coniecti sunt*’ (Liv. per. 48.16). Sul precedente di quest’ultimo caso, nel 138 a.C., il tribuno della plebe Gaio Curiazio fece gettare in carcere i consoli Decimo Bruto e Publio Scipione: ‘*Decimum Brutum et P. Scipionem consules ... homo omnium infimus et sordidissimus tribunus plebis C. Curiatius in vincula coniecit*’ (Cic., *de leg.* 3.9.20). In proposito v. S. MAZZARINO, *Sul tribunato della plebe nella storiografia romana*, in «*Helikon*». *Rivista di tradizione e cultura classica dell’Università di Messina* XI-XII, Roma, L’Erma di Bretschneider, 1971-1972, 104, 106 ss.

<sup>53</sup> In effetti, la ragione fondamentale dell’obsolescenza della tesi in questione è da rintracciare, come ha fondatamente osservato L. GAROFALO, *Studi*, cit., 68 s., nel fatto che soltanto dopo il 123 a.C. (con la legge epigrafica delle *Tabulae Bembinae*) i magistrati maggiori o detentori di *imperium*, furono immuni da persecuzioni criminali, intentate contro di loro.

<sup>54</sup> La data è incerta. Sui tentativi di datazione v. F. SINI, *Interpretazioni*, cit., 89 nt. 51; L. GAROFALO, *Studi*, cit., 70 nt. 78. Si aggiunga, inoltre, che non conosciamo, come ha osservato S. MAZZARINO, *Intorno ai rapporti*, cit., 444, la trattazione svolta, a suo tempo, dallo stesso Catone nelle sue ‘*Origines*’, con specifico riferimento agli eventi del 494 e del 449 a.C.

come possiamo desumere dalla glossa ‘*sacrosanctum*’, sopra trascritta, del lessicografo Sesto Pomponio Festo.

La glossa prova, a mio avviso, che Catone – il quale fu un *homo novus*, come annota Plutarco (*Cato maior* 1.2) e come lo stesso Catone si definì con esclusivo riguardo alle cariche pubbliche e alla fama, ma non anche alle azioni e alle virtù degli antenati, e che, fra l’altro, gestì nel 199 a.C. l’edilità plebea: dato, questo, non certo trascurabile –, sostenne appunto, alla luce delle formalità rituali (e, cioè, il *ius iurandum* e la *sacratio capitis*), coinvolte nella *renovatio caerimoniarum* del 449 a.C., l’inviolabilità degli edili della plebe, in aggiunta a quella dei tribuni, che era stata sanzionata, per la prima volta, con il *vetus ius iurandum plebis* del 494 a.C. e che era stata successivamente rafforzata con la *renovatio* del 449.

Affermando l’inviolabilità dei tribuni e degli edili della plebe Catone intese, in definitiva, opporsi tanto ai *iuris interpretes* che negavano la qualità di sacrosanti agli edili plebei, quanto al gruppo degli *interpretes* che avevano tentato di attribuire la stessa qualità a consoli e pretori.

Il dibattito suscitato dalla *lex Valeria Horatia de tribunicia potestate* conferma pienamente la fondatezza dell’affermazione del Burdese circa il rilievo assunto, dopo la *lex XII Tabularum*, anche nel settore del diritto pubblico, dagli enunciati contenuti in atti autoritativi di organi istituzionali ai fini dell’emersione e dello sviluppo dell’attività ermeneutica dei giuristi in senso tecnico-professionale, accanto all’interpretazione sostenuta, nel corso delle frequenti e talvolta aspre *contentiones de iure publico*, dagli stessi organi di governo e dalle forze politiche a quest’ultimi collegate.

Parlo di ‘atti autoritativi’, anziché di ‘atti normativi’, perché sono convinto che nel settore del *ius publicum*, anche le *leges publicae*, al pari dei ‘*mores maiorum*’ e degli stessi principi organizzativi (quale, ad esempio, il principio ‘*ne eum ipsum creari qui comitia haberet*’),<sup>55</sup> abbiano conservato a lungo il valore di ‘regole del caso’ e, quindi, di semplici precedenti, che potevano ben consolidarsi ‘*consuetudinis usu*’ – come ho già evidenziato a proposito dell’episodio contemplato nel brano di Livio 27.8.9 –, ma che non precludevamo certo e anzi consentivano l’adozione di soluzioni ‘*ad hoc*’, purché fossero giustificate e avallate da motivi di opportunità politica e dal generale consenso. Ne sono prova, in particolare, le accese ‘*contentiones de iure publico*’, fra magistrati patrizi e tribuni della plebe, nel corso delle elezioni consolari del 355 e del 352 a.C. e delle elezioni censorie del 310 a.C., rispettivamente sulla configurabilità o meno della *lex Licinia Sextia de consule plebeio* (del 367 a.C.), e della *lex Aemilia de censura* (del 434 a.C.) come precedenti, anche e soprattutto alla luce del precetto decemvirale ‘*quodcumque postremum populus iussisset, di ius ratumque esto*’ (XII Tab. 12.5). Su questo punto, però, non mi resta che rinviare alle considerazioni da me svolte in altra sede.<sup>56</sup>

Sulla graduale formazione dell’ordinamento patrizio-plebeo, in seguito alla *lex Licinia Sextia de consule plebeo*, e sulla sua definitiva stabilizzazione nel periodo dell’apogeo, incise notevolmente la progressiva affermazione di una ritualità laica, incentrata sull’*utilitas communis omnium*, accanto all’originaria ritualità di tipo magico-religioso, incentrata sull’*agere auspicato*,

<sup>55</sup> Sul predetto principio, sulla connessa casistica e sulle ‘*rationes*’ adottate nel corso delle correlate *disceptationes*, v. P. CERAMI, *Sulla eleggibilità del presidente dei comizi elettorali*, in *Sudi per Giovanni Nicosia*, II, Milano 2007, 368 ss.

<sup>56</sup> P. CERAMI, *Potere*<sup>3</sup>, cit., 129 ss.; ID., in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo*, cit., 310 ss.

con immediati riflessi sull'*interpretatio* del *ius quod ad statum rei Romanae spectat*. In questa cornice storica, infatti, le frequenti controversie, insorte fra gli organi costituzionali e/o le correlate forze politico-sociali, vertevano non soltanto sull'interpretazione dei profili soggettivi e oggettivi dell'*agere auspicato*, ma anche, e soprattutto, sulla diversa interpretazione dell'*utilitas* (Liv. 4.4.1-4). Le forze conservatrici (patrizi, prima; ottimati, poi) interpretavano l'*utilitas* alla stregua del passato, escludendo che l'agire contro i *mores* e gli *instituta maiorum* potesse conciliarsi con l'interesse dell'intera comunità: orientamento, questo, ribadito, nel 66 a.C., da Catullo, nel corso della discussione concernente la *rogatio* del tribuno della plebe C. Manilio, volta a conferire, come ho già ricordato (§ 2.5), il comando della guerra contro Mitridate e Tigrane a Pompeo: '*ne quid novi fiat, contra exempla atque instituta maiorum*' (Cic., *de imp. Cn. Pomp.* 20.60). Le forze innovatrici (plebei, prima; popolari, poi) interpretavano invece l'*utilitas* in senso dinamico, in funzione delle circostanze e delle esigenze economico-sociali della comunità politica, unitariamente intesa ('*unam civitatem facere*': Liv. 4.5.5).

#### 4. Riflessioni finali.

In definitiva, il coordinamento fra i vari poteri costituzionali e le correlate forze sociali, in assenza di una capillare disciplina normativa dei rispettivi rapporti, si attuava concretamente e dinamicamente, caso per caso, nella misura in cui ciascun potere riusciva a opporsi o riteneva di doversi adeguare agli altri poteri, al fine di realizzare l'*utilitas communis omnium*, su cui era istituzionalmente incentrata la funzione ordinante della *concordia*, tanto a livello dei poteri costituzionali (*concordia potestatum*), quanto a livello dei gruppi sociali (*concordia civium*).<sup>57</sup>

Come affermò Cicerone, in piena crisi della *libera res publica*, nell'orazione *pro Balbo* del 56 a.C., e con specifico riguardo al tema della concessione della cittadinanza romana a benemeriti della *res publica*, il *contendere de re publica* '*tam diu sapiens est, quamdiu aut proficit aliquid aut, si non proficit, non obest civitati*' (*pro Balbo* 27.60). La nefasta conseguenza del superamento di tali limiti comportò fatalmente la surrogazione della funzione dissolvente della *discordia civium et potestatum* all'originaria funzione ordinante della *concordia civium et potestatum*.

La drammatica *contentio de iure publico* del 133 a.C. fra il tribuno della plebe Tiberio Gracco, il suo collega Marco Ottavio e le correlate forze sociali (ottimati o popolari), caparbiamente e spregiudicatamente condotta da entrambe le parti con modalità eversive (*abrogatio* del collega, iterazione del tribunato, *senatus consultum ultimum*, *evocatio*),<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Sul binomio 'ritualità magico-religiosa' – 'ritualità laica' e sulla '*concordia civium et potestatum*', intesa e assunta come elemento ordinante del sistema costituzionale della *libera res publica*, rinvio a quanto ho precisato in *Potere ed ordinamento* cit., 116 ss., 169 ss. V., da ultimo, R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', I, Padova 2012, 359 ss.

<sup>58</sup> Sul tema dell'*abrogatio*, assai dibattuto in dottrina, rinvio al mio contributo «*Abrogatio magistratum*», in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, I, Napoli, 1984, 349 ss.. Sul problema della costituzionalità dell'iterazione del tribunato, del *senatus consultum ultimum* e dell'*evocatio* (utilizzata su iniziativa del pontefice massimo Scipione Nasica), v. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione*, II, cit., 468 ss.; P. CERAMI, in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo*, cit., 100 e nt. 91, 152; ID., P. CERAMI, A. CORBINO, A. METRO, G. PURPURA, *Roma e il diritto. Percorsi costituzionali, produzione normativa, assetti, memorie e tradizione del pensiero fondante dell'esperienza giuridica occidentale*, Napoli 2010, 97 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico*, cit., 124 s., il quale, con riferimento all'*evocatio*, afferma a ragione che «è difficile dire quale giustificazione legalitaria potesse presentare tal gesto di violenza, se non forse una pretesa di sacertà, richiedente un sacrificio rituale, ravvisata da Nasica, nella sua qualità di pontefice massimo, a carico del tribuno».

segnò l'inizio della lunga e irreversibile crisi della *libera res publica*, con la conseguente erosione della fondamentale funzione ordinante della *concordia*: circostanza, questa, lucidamente colta da Polibio a conclusione del suo *excursus* sui diversi sistemi costituzionali del suo tempo, oggetto specifico del sesto libro delle Storie, che consiste appunto in una disamina comparata dei principali sistemi. Polibio, infatti, dopo aver esposto gli eventi politico-militari sino alla disfatta di Canne, aveva ritenuto di potere individuare la causa della travolgente conquista romana di gran parte del mondo abitato nel corso di poco più di un cinquantennio (221-168 a.C.) nell'assetto costituzionale della *res publica romana*, contraddistinto dalla compartecipazione all'esercizio del potere politico di tutte le *partes rei publicae*: magistrati, tribuni della plebe compresi, senato, assemblee popolari (*hist.* 6.11-17). Gli eventi del 133 a.C., che lo turbarono profondamente, evidenziarono purtroppo i limiti strutturali dell'enfaticizzata 'formula consociativa' della *res publica*<sup>59</sup> e suggerirono allo storico la pessimistica affermazione (che costituisce, a mio avviso, un'annotazione postuma rispetto alla originaria stesura), formulata a conclusione della sua dissertazione sullo Stato dei romani (*hist.* 6.8.57.1-13): «Che tutte le cose esistenti contengano in sé elementi di distruzione e di mutamento, non c'è quasi bisogno di dirlo; la necessità imposta dalla natura è sufficiente a garantirlo» (*hist.* 6.57.1).

Agli inizi del 45 a.C., alla vigilia del definitivo crollo del sistema istituzionale della *libera res publica*, Cicerone, scrivendo all'amico Aulo Torquato, affermò amaramente che ormai la dialettica politica e il dibattito costituzionale non si svolgevano più con la forza della persuasione e l'autorevolezza delle argomentazioni tecnico-giuridiche, ma con la forza brutta delle spade e dei giavellotti: '*sero enim nos iis armis adversari videbam quae multo ante confirmata per nosmet ipsos erant, dolebamque pilis et gladiis, non consiliis neque auctoritatibus nostris de iure publico disceptari*' (Cic., *ad fam.* 6.1.5).

Con l'avvento del principato, l'attività interpretativa, che era stata fondamentale svolta, nell'assetto istituzionale dell'apogeo della *libera res publica*, dagli organi di governo e dalle *partes rei publicae* (*disceptatio de iure publico*), cessò quasi del tutto, già al tempo di Augusto. I principi fondamentali del '*novus status rei publicae*' divennero infatti, come disse incisivamente Tacito, '*arcana imperii*'.<sup>60</sup> Alla funzione ordinante della *concordia civium et potestatum*, travolta dalla *discordia* del lungo periodo della crisi, subentrò così la funzione ordinante dell'*auctoritas principis*, che si esplicava attraverso una complessa attività di promozione, direzione, controllo e integrazione dell'ordinamento centrale e degli ordinamenti periferici, in forza della quale spettava al *princeps Romanorum et universorum*, formulare il proprio determinante parere su ciò che dovesse essere ritenuto conforme all'interesse pubblico: '*dicere quid de re publica censeat*' (Tac., *ann.* 3.55.1).

<sup>59</sup> L'espressione '*consociata forma rei publicae*' ricorre espressamente in Tacito (*ann.* 4.33.1), in un *excursus* sulle '*formae rei publicae*', per denotare una forma mista di governo, che è più facile lodarla che attuarla, e che, in ogni caso, non può essere durevole: '*Nam cunctas nationes et urbes populus aut primores aut singuli regunt: delecta ex iis et consociata rei publicae forma laudari facilius quam evenire, vel si evenit, haud diuturna esse potest*'.

<sup>60</sup> Tac., *ann.* 2.36.1: '*Nam Augustus inter alia dominationis arcana, . . . seposuit Aegyptum*'. V. pure *ann.* 2.36.1, a proposito di un parere fornito da Asinio Gallo a Tiberio (16 d.C.), allo scopo di insinuarsi al vertice del potere e saggiare gli *arcana imperii*: '*Haud dubium erat eam sententiam altius penetrare et arcana imperii temptari*'; *hist.* 1.4: '*evulgato imperii arcario posse principem alibi quam Romae fieri*' (dopo la morte di Nerone).

Rimase invece attiva, a mio avviso, la ‘*scientia iuris publici*’, precisamente, l’interpretazione ‘dottrinale’, che fu caratterizzata, sino al periodo degli Antonini, dal preminente interesse per gli aspetti più spiccatamente costituzionalistici del *ius publicum*, come attestano, in particolare:

a) l’impegno volto a definire e a classificare le istituzioni del *vetus* e del *novus status rei publicae* da parte di Ateio Capitone, con riferimento, in particolare, alla *lex rogata*, intesa come parametro di ‘enunciati normativi’ (Gell., *N. A.* 10.20.2-3), alla cui stregua Gaio commisurò l’efficacia normativa dei senatoconsulti e delle costituzioni imperiali, considerati appunto come atti aventi ‘*legis vicem*’ (Gai 1. 4-5)];<sup>61</sup>

b) l’analisi svolta da Sabino nei *Memorialia*, con particolare riguardo all’ambito magistratuale e a quello dei *sacra* e dei *sacerdotes*;<sup>62</sup>

c) il contributo di Labeone in tema di *prensio* e *vocatio* (Gell., *N. A.* 13.12.4), nonché in materia di *sacerdotes* e *sacra*, specifico oggetto dei suoi *Commentarii de iure pontificio*;<sup>63</sup>

d) le riflessioni di Proculo con specifico riferimento all’interpretazione della clausola ‘*alterius populi maiestatem comiter conservare*’, normalmente inserita nei *foedera* fra Roma e altri popoli (8 *epist.* D. 49.15.7.1);

e) la perizia giuspubblicistica di Tito Aristone, ammirato da Plinio il Giovane per la sua autorità e la sua ponderazione, cauta e dignitosa (*epist.* 1.22: *quanta auctoritas, quam pressa et decora cunctatio*),<sup>64</sup> *cui semper fuit curae sic iura publica ut privata, sic antiqua ut recentia, sic rara ut adsidua, tractare* (*epist.* 8.14.10): doti, queste, che indussero Plinio a rivolgersi frequentemente ad Aristone per ottenerne il parere su diversi argomenti di diritto pubblico e, segnatamente, di diritto senatorio, quasi del tutto obliato, al suo tempo, a causa della ‘*priorum temporum servitus*’ (*epist.* 8.14.2);

f) la costruzione, abbozzata di Sesto Pomponio, nel suo notissimo e dibattuto *Liber singularis enchiridii*, di un sistema costituzionale unitario, coniugando e coordinando fonti, principi e istituti della *libera res publica* con quelli del *novus status rei publicae*, il cui assetto si affermò gradualmente in conseguenza e per effetto degli eventi del 27 e del 23 a.C. (D. 1.2.2 pr.- 47<sup>65</sup>).

<sup>61</sup> Non è meno rilevante il punto di vista di Ateio Capitone con riferimento al *ius senatus habendi* del *praefectus urbi*, giustificato con l’analogo potere del tribuno della plebe (Gell., *Noct. Att.* 14.8.2), e all’impossibilità di votare un senatoconsulto ‘*non discessione facta*’ (Gell., *Noct. Att.* 14.7.13).

<sup>62</sup> I pochi frammenti dell’opera (cfr. E.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, Lipsia 1898), provano l’impianto fondamentalmente pubblicistico-sacrale dello scritto di Sabino. Sul punto v. B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, II., in AUPA 43, 1995, 123 ss. (= *Scritti*, III, cit., 769 ss., con letteratura, nt. 3). Mi sembrano particolarmente rilevanti, sotto il profilo ermeneutico, le riflessioni di Sabino in tema di trionfo (Plin., *Nat. Hist.* 7.93.135; 15.38.126), ovazione (Gell., *Noct. Att.* 5.6.27) e corona civica (Gell., *Noct. Att.* 5.6.13). Cfr., in proposito, A. PETRUCCI, *Il trionfo nella storia costituzionale romana dagli inizi della repubblica ad Augusto*, Milano 1996, 253 ss.

<sup>63</sup> Cfr., E.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae*, cit., 74 ss..

<sup>64</sup> Sull’epistola pliniana v., in particolare, A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona 1990, 7 ss., con letteratura.

<sup>65</sup> L’*Enchiridion* di Pomponio rappresenta l’esempio più cospicuo della tendenza della giurisprudenza giuspubblicistica dell’età degli Antonini a coniugare e a coordinare principi e istituti della *libera res publica*, da un lato, e principi e istituti del *novus status rei publicae*, dall’altro. V, in proposito, P. CERAMI, in P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo*, cit., 13 nt. 20, 22 s., 54 s., 272 ss.

<sup>66</sup> Per un quadro d’insieme della *scientia iuris publici* dell’età del principato v. M. BRETONE, *Tecniche*, cit., 21 ss., con letteratura, 57 ss.; P. CERAMI, *Potere*<sup>3</sup>, cit., 72 ss.

Per quanto attiene, invece, al periodo compreso fra i Severi e Diocleziano, l'interesse della dottrina giuspubblicistica, piuttosto marginale per quanto attiene agli aspetti costituzionalistici del *ius publicum*, si sviluppò notevolmente, com'è ben noto, nel settore criminale, sostanziale e processuale; e, soprattutto, in quello dell'amministrazione provinciale. In quest'ultimo campo assumono notevole rilievo, a titolo di semplice esempio, i *Libri de officio proconsulis* di Ulpiano, programmaticamente finalizzati alla costruzione di un «sistema comune di diritto amministrativo provinciale».<sup>67</sup>

Con specifico riguardo, appunto, agli aspetti ermeneutici dei *Libri de officio proconsulis* del giurista severiano, mi sembra particolarmente interessante un brano del libro VIII (Ulp. 8 *de off. proc.* D .48.18.1.27), nel quale Ulpiano, con l'evidente intento di fornire istruzioni ai governatori provinciali, traendo spunto da una singolare e problematica fattispecie di revisione della sentenza penale, impostata e risolta dal governatore della provincia d'Africa, Voconio Sassa Fido, ma integralmente approvata da Marco Aurelio e Lucio Vero, formulò il principio, secondo cui, in sede di accertamento della responsabilità penale, non sempre si deve accordare fiducia a coloro che confessano contro se stessi o per paura o per qualche altra ragione.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Così F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze 1968, 440.

<sup>68</sup> In proposito, v. P. CERAMI, *La revisione della sentenza penale fra officium proconsulis e auctoritas principis*, in *Legal Roots* 4, 2015, 185 ss.



ALICE CHERCHI  
(Università di Cagliari)

Riflessioni sulla condizione giuridica  
delle *metallariae* nel tardo impero.  
A proposito di C. 11.7(6).7

ABSTRACT

The essay examines the legal status of *metallariae* in the later Roman Empire, starting from the references to *metallariae* preserved in C. 11.7(6).7. After overviewing the solutions of the Severian age regarding *damnatae ad metalla*, the research compares the regulation imposed by C. 11.7(6).7 with the regulation about *metallarii* contained in CTh. 10.19.15. Finally, the research shows that probably Justinian's compilers, in C. 11.7(6).7, expressly equalized *metallariae* and *metallarii* to avoid doubts and elusive interpretations regarding the law previously in force.

PAROLE CHIAVE

*Metallariae; metallarii; damnatae ad metalla; Codex repetitae praelectionis; Codex Theodosianus.*



# RIFLESSIONI SULLA CONDIZIONE GIURIDICA DELLE *METALLARIAE* NEL TARDO IMPERO. A PROPOSITO DI C. 11.7(6).7

Sommario: 1. La menzione delle *metallariae* in C. 11.7(6).7. 2. Il regime elaborato in epoca severiana nei confronti delle *damnatae ad metalla*. 3. Confronto tra C. 11.7(6).7 e CTh.10.19.15. 4. Osservazioni conclusive.

1. La menzione delle *metallariae* in C. 11.7(6).7. Nel panorama degli studi recenti dedicati a diversi aspetti della disciplina riguardante i minatori nel periodo classico e tardoantico,<sup>1</sup> è possibile cogliere un rinnovato interesse<sup>2</sup> nei confronti dell'elaborazione classica del regime relativo alle donne che lavoravano in miniera, in quanto *damnatae ad metalla*.

In riferimento al periodo tardoantico, tuttavia, la condizione giuridica delle donne impiegate in miniera non risulta avere suscitato un analogo interesse in dottrina, probabilmente in ragione dell'esiguità delle fonti a noi giunte. Se, in effetti, la scarsità delle testimonianze in materia non può essere negata, dal momento che soltanto la costituzione imperiale conservata in C. 11.7(6).7, risalente al 424 d.C., contiene un'espressa menzione delle *metallariae*,<sup>3</sup> va altresì sottolineato che le ragioni alla base di tale menzione non sembrano avere finora ricevuto sufficiente attenzione da parte degli studiosi.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Si tratta di S. DORE, *La damnatio ad metalla degli antichi cristiani: miniere o cave di pietra?*, in *ArcheoArte* 1, 2010, 77 ss.; C. FREU, *Le statut du metallarius dans le Code Théodosien*, in S. CROGIEZ-PÉTREQUIN, P. JAILLETTE (éds.), *Société, économie, administration dans le Code Théodosien*, Villeneuve d'Ascq 2012, 427 ss.; A. CHERCHI, *Profili tributari del regime dei metallarii nel IV secolo d.C.*, in *RGDR iustel* 24, 2015, 1 ss.; M.V. SANNA, *Mulieres ad metalla damnatae*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per A. Corbino* 6, Tricase 2016, 473 ss. Sebbene tali ricerche approfondiscano profili differenti del regime concernente il lavoro in miniera, il filo conduttore che le lega può essere individuato nell'attenzione nei confronti della disciplina applicabile ai soggetti a cui era demandato lo svolgimento, tanto forzoso che – almeno formalmente – libero, dell'attività estrattiva.

<sup>2</sup> Interesse che emerge, in particolare, dalla recente indagine di M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 473 ss.

<sup>3</sup> Diversamente dalla costituzione conservata in CTh. 10.19.15, su cui *infra* § 3, che può essere considerata il provvedimento trasmesso dal *Codex Theodosianus* la cui rielaborazione ha portato, in larghissima misura, alla versione del testo normativo conservato in C. 11.7(6).7.

<sup>4</sup> Ciò appare ancora più singolare se si considera il cospicuo numero di studi che, sin dalla fine dell'Ottocento, si sono occupati della condizione giuridica dei *metallarii* nel diritto romano tardoantico, attraverso riflessioni dedicate alle *leges* riguardanti costoro all'interno del titolo *de metallis et metallariis* del *Codex Theodosianus* (CTh. 10.19). Le suddette *leges*, infatti, paiono rivestire un rilievo notevole all'interno

Questa constatazione rende opportuno dedicare qualche riflessione al contenuto del suddetto provvedimento imperiale, al fine di tentare di comprendere quali siano le ragioni da

dell'impianto del suddetto titolo, non soltanto perché, sotto il profilo numerico, le costituzioni che riguardano direttamente o indirettamente i *metallarii* sono otto su quindici (CTh. 10.19.3, 4, 5, 6, 7, 9, 12 e 15), ma soprattutto perché esse conservano disposizioni che, intervenendo su aspetti diversi della disciplina dedicata ai *metallarii*, andarono progressivamente ad incidere sul loro *status* giuridico. Tali rilievi hanno indotto la dottrina degli ultimi due secoli a formulare varie ipotesi, anche nell'ambito di studi di più ampio respiro, sulle modalità mediante le quali il regime conservato in CTh. 10.19 andò a modificare la condizione giuridica dei *metallarii*. Anche se l'esame più approfondito di quelle costituzioni del titolo CTh. 10.19 che rilevano ai fini della presente indagine verrà condotto *infra* ntt. 11, 12 e 13 e § 3, possiamo sin d'ora porre in evidenza che le conclusioni a cui sono giunti gli studi di maggiore importanza sullo *status* giuridico dei *metallarii* possono essere riunite, seppur con alcune differenze di minor rilievo al loro interno, in tre gruppi. Da un lato, 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, 506 ss., in part. 512 s. (= *Le régime des mines à l'époque romaine et au Moyen Age d'après les Tables d'Aljustrel*, Paris 1908, 62 ss., in part. 68 s.); E. SCHÖNBAUER, *Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts*, München 1929, 147 ss., e U. TÄCKHOLM, *Studien über den Bergbau der römischen Kaiserzeit*, Uppsala 1937, 149 ss., hanno sostenuto che i *metallarii* fossero sì concessionari del diritto di cercare ed estrarre il *metallum* dai fondi pubblici, ma che il loro *status libertatis* sarebbe stato fortemente compromesso da quelle disposizioni – di cui CTh. 10.19.15 (su cui *infra* § 3) rappresenterebbe la testimonianza più significativa – che li avrebbero vincolati in perpetuo alla professione ed ai luoghi in cui questa si svolgeva, in virtù di un processo simile a quello avvenuto nei confronti dei coloni agricoli. Sul punto, si sono espressi anche J.-P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains depuis les origines jusqu'à la chute de l'Empire d'Occident*, 2, Louvain 1896, 281 ss.; A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire 284-602. A Social, Economic and Administrative Survey*, 2, Oxford 1964, 838 s.; F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, 2, Bari 1971, 151 ss. e 228 s., e J.L. MURGA, *Los "corporati obnoxii", una esclavitud legal*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano 1983, 545 ss., in part. 550 e 582, i quali hanno inquadrato la disciplina anzidetta nella più ampia cornice del regime relativo alle corporazioni professionali del medesimo periodo, regime che obbligava i membri delle suddette corporazioni, pur formalmente liberi, a restarne parte in perpetuo. Una posizione più articolata è stata assunta da J. BURIAN, *Arbeitsbedingungen und Klassenkampf in römischen Erzbergwerken der Kaiserzeit*, in ZfG 5, 1957, 1198 ss.; Id., *Canon metallicus*, in R. STIEHL, H.E. STIER (Hrsg.), *Beiträge zur Alten Geschichte und deren Nachleben, Festschrift für F. Altheim zum 6.10.1968*, 2, Berlin 1970, 91 ss., e S. MROZEK, *Zur Lage der Bergarbeiter im spätrömischen Reich*, in V. BEŠEVLEV, W. SEYFARTH (Hrsg.), *Die Rolle der Plebs im spätrömischen Reich, Görlitzer Eirene-Tagung 10.-14.10.1967*, 2, Berlin 1969, 61 ss., ad avviso dei quali la disciplina conservata in CTh. 10.19 farebbe in realtà riferimento a due diverse categorie di *metallarii*: l'una formata da soggetti liberi, mentre l'altra da soggetti solo formalmente liberi, ma nella sostanza schiavi, poiché vincolati alla loro condizione e gravati da pesanti obblighi di natura tributaria. Le ricerche successivamente sviluppate in particolare da C. DOMERGUE, *Les mines de la péninsule Ibérique dans l'Antiquité romaine*, Rome 1990, 309 ss.; P. LEPORE, *CTh. 10.19.7: un esempio di collaborazione tra Valentiniano I e Valente*, in *Index* 26, 1998, 199 ss. (= *Riflessioni sui rapporti burocratico-legislativi tra Oriente ed Occidente nel tardo impero romano*, Roma 2012, 151 ss.), e F. SALERNO, «*Ad metalla*». *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, 111 ss., hanno posto in evidenza che tale condizione si determinò progressivamente, attraverso il susseguirsi di disposizioni – in particolare quelle contenute in CTh. 10.19.5, 6, 7 e 9 – che avrebbero limitato sempre di più la libertà dei *metallarii*, fino a giungere al regime contenuto in CTh. 10.19.15, che la avrebbe in sostanza annullata. In questo senso, si è espresso, più di recente, anche D.V. PIACENTE, *Sul titolo 10.19 del Codice Teodosiano (de metallis et metallariis)*, in STCL 45, 2009, 153 ss., in part. 176 s., che ha altresì posto a confronto la versione della costituzione del 424 d.C. conservata in CTh. 10.19.15 con quella conservata in C. 11.7(6).7, mentre C. FREU, *Le statut*, cit., 427 ss., in part. 443, è giunta a sostenere che, seppur con alcune importanti limitazioni, i *metallarii* rimasero, anche nella seconda metà del IV secolo d.C., imprenditori minerari liberi.

cui deriva l'unica menzione delle minatrici di cui è rimasta traccia nella legislazione imperiale tardoantica conservata nel *Codex repetitae praelectionis* e nel *Codex Theodosianus*.<sup>5</sup>

Al fine di raggiungere lo scopo che ci siamo posti, bisogna anzitutto procedere alla lettura di

C. 11.7(6).7 (Imp. Theodosius A. Maximino Comiti Sacrarum Largitionum): *Metallarii sive metallariae, qui quaeve ea regione deserta, ex qua videntur oriundi vel oriundae, ad externa migraverint, indubitanter sine ulla temporis praescriptione ad propriae originis stirpem laremque una cum sua subole revocentur, et quos domus nostrae secreta retineant. sciant autem nullum exinde praeiudicium fisco esse generandum, etiamsi is, quem metallicum esse constituerit, privatis censibus suum nomen indiderit*. D. V id. Iul. Constantinopoli Victore VC. Cons. [a. 424].

La costituzione, emessa l'11 luglio 424 a Costantinopoli ed indirizzata dalla cancelleria di Teodosio II al *comes sacrarum largitionum*<sup>6</sup> d'Oriente *Maximinus*,<sup>7</sup> sancisce che i minatori e le minatrici che avessero abbandonato la regione di cui erano originari, per migrare in altre zone, avrebbero dovuto essere ricondotti, insieme alla loro prole, alla regione – da intendersi presumibilmente anche come condizione – di origine,<sup>8</sup> senza che potessero avvalersi di nessuna *temporis praescriptio*, anche laddove si fossero nascosti nei possedimenti imperiali. La *lex* specifica, poi, che il fisco non avrebbe dovuto subire alcun pregiudizio da tali comportamenti, neanche nel caso in cui qualcuno, di cui fosse comprovata la condizione di *metallicus*,<sup>9</sup> avesse iscritto il suo nome nei censi privati.

<sup>5</sup> Ciò risulta da R. MAYR, *Vocabularium Codicis Iustiniani, pars prior (pars latina)*, Pragae 1923, 1150; *ThLL*, s.v. *metallarius*, 8, Lipsiae 1936-1956, 869; AE. FORCELLINI, *LTL*, s.v. *metallarius*, 3, Patavii 1940, 233, nonché dalla circostanza che il lemma *metallaria* non sia annoverato in O. GRADENWITZ (Hergestellt unter der Leitung von), *Heidelberger Index zum Theodosianus*<sup>2</sup>, Berlin 1929, 138.

<sup>6</sup> Nell'ambito delle competenze di tale alto funzionario, risulta ormai pacifico in dottrina che rientrasse, nel periodo di riferimento, anche la competenza generale sulle miniere, come ricordato, tra gli altri, anche all'interno della manualistica, da J.-P. WALTZING, *Étude*, cit., 237; U. TÄCKHOLM, *Studien*, cit., 145; A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire*, 1, cit., 427, il quale circoscrive però tale competenza alle miniere d'oro e d'argento, F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*<sup>2</sup>, 5, Napoli 1975, 265; G. NEGRI, *Diritto minerario romano*, I, *Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano 1984, 138 s., nt. 65; R. DELMAIRE, *Largesses sacrées et res privata. L'aerarium impérial et son administration du IV<sup>e</sup> au VI<sup>e</sup> siècle*, Rome 1989, 422; M. TALAMANCA (sotto la direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*<sup>2</sup>, Milano 1990, 566; C. DOMERGUE, *Les mines*, cit., 311; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*<sup>12</sup>, Napoli, 1998, 544; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 206.

<sup>7</sup> J.R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, 2, Cambridge 1980, 741 s., segnala che *Maximinus* rivestì tale carica tra il 23 agosto del 423 ed il 24 maggio del 425 d.C.

<sup>8</sup> Alla luce del senso complessivo della nostra costituzione, che non soltanto obbliga i *metallarii* fuggiti a tornare alla regione di origine, ma estende tale obbligo al caso in cui questi avessero mutato la loro condizione iscrivendosi nei censi privati, pare potersi interpretare in tal senso l'endiadi *stirpem laremque*.

<sup>9</sup> Per quanto il lemma *metallicus* si ritrovi utilizzato nelle fonti più con la funzione di aggettivo che con quella di sostantivo, come ricordato da F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 111 s., nel nostro testo esso appare impiegato come sinonimo di *metallarius*, nell'ambito del più ampio significato, segnalato dal *ThLL*, s.v. *metallicus*, 8, Lipsiae 1936-1956, 870, di *metallicus* nel senso di «*is, qui in metallo laborat vel qui metallo obnoxius est*». Si può inoltre notare che il lemma *metallicus* pare utilizzato nel senso generico di minatore nella definizione della condanna *in ministerium metallicorum*, cioè ai lavori accessori in miniera, che, come vedremo *infra* § 2, poteva essere comminata nei confronti delle donne.

Già da una prima lettura del provvedimento conservato in C. 11.7(6).7 sembra cogliersi la volontà imperiale di chiarire che il regime relativo ai minatori che fossero fuggiti dalla regione in cui erano registrati come *metallarii* si dovesse applicare anche alle minatrici che avessero posto in essere la medesima condotta. Ciò emerge dall'*incipit* della costituzione, che non solo si apre menzionando in chiave alternativa i *metallarii* e le *metallariae*, ma prosegue in questo senso nella successiva proposizione relativa, introdotta da *qui quaeve*, nonché dal riferimento alla regione di origine, che viene espresso tanto al maschile che al femminile (*oriundi vel oriundae*).

L'inciso concernente coloro che si fossero nascosti nei possedimenti imperiali (*et quos... retineant*) risulta invece espresso soltanto al maschile: tale particolarità potrebbe ricollegarsi alla provenienza, già segnalata dal Krüger,<sup>10</sup> di tale segmento di testo da una parte della disposizione conservata in CTh. 10.19.5,<sup>11</sup> volta a ritrovare i *metallarii* nascosti anche nelle *domus* imperiali,<sup>12</sup> la cui datazione si colloca, stando ai risultati a cui è giunta la riflessione

<sup>10</sup> P. KRÜGER, *Codex Iustinianus. Editio Maior*, 2, Berolini 1877, 956, nt. 1.

<sup>11</sup> Il testo di tale costituzione, a noi pervenuto soltanto nel *Codex Theodosianus*, se non per il segmento conservato in C. 11.7(6).7 già segnalato, è il seguente: CTh. 10.19.5 (369? 370? 372? Apr. 30) Impppp. Val(entini)anus, Valens et Gr(ati)anus AAA. Fortunatiano Com(iti) R(erum) P(rivatarum). *Nullam partem Romani orbis credidimus relinquendam, ex qua non metallarii, qui incolunt latebras, producantur, et quos domus nostrae secreta retinent. Et in comprehendendis eis investigatores eorum rectores congruis auxiliis prosequantur.* Dat. prid. kal. Mai. Antiochiae Valentiniano NB. P. et Victore Cons. Su cui *infra* ntt. 12 e 13.

<sup>12</sup> La suindicata finalità emerge anzitutto dalla circostanza che il provvedimento risulti indirizzato dalla cancelleria di Valente al *comes rerum privatarum* d'Oriente Fortunaziano: è infatti noto che tra le competenze del *comes rerum privatarum* rientrava l'amministrazione della *domus divina*, che veniva probabilmente svolta attraverso i *comites domorum* a lui sottoposti, come evidenziato da A. MASI, *Ricerche sulla «res privata» del princeps*, Milano 1971, 95 ss.; R. DELMAIRE, *Largesses*, cit., 423; P. VOCI, *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo impero*, Padova 1989, 30 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 205 s. La costituzione conservata in CTh. 10.19.5 ordina infatti al suddetto destinatario di non permettere ai *metallarii* di continuare a nascondersi in nessuna zona dell'*orbis Romanus*, ma di rintracciare costoro, anche qualora si fossero nascosti nei possedimenti imperiali. La *lex* si chiude (*et in comprehendendis...prosequantur*) con una disposizione che impone ai *rectores* delle province coinvolte dalle ricerche di garantire agli *investigatores* l'assistenza idonea (*congruis auxiliis*) al raggiungimento dell'obiettivo indicato in precedenza. La menzione della *domus* imperiale, quale possibile nascondiglio dei *metallarii* fuggitivi, sembrerebbe infatti doversi interpretare, anche alla luce delle considerazioni di P. VOCI, *Nuovi studi*, cit., 30 ss., in senso ampio, come riferito alle *domus* ed alle proprietà terriere della corona. Che la costituzione mirasse a scovare i minatori fuggiti dalla regione di origine, di cui si erano perse le tracce, si coglie dal riferimento ai *metallarii, qui incolunt latebras*, in quanto, in base alle indicazioni del *ThLL*, s.v. *latebra*, 7.2, Lipsiae 1956-1970, 992 ss., in part. 994, il lemma *latebra* avrebbe assunto il significato *de loco latendi e de statu latendi* anche in altre costituzioni del *Codex Theodosianus* datate tra il 365 ed il 399 d.C. Per quanto riguarda poi i problemi connessi al campo di applicazione della nostra costituzione, si veda l'approfondimento di P. LEPORE, *CTh. 10.19.7*, cit., 151 ss., in ordine al rapporto tra le disposizioni conservate in CTh. 10.19.5 e quelle contenute in CTh. 10.19.7: infatti, quest'ultima costituzione avrebbe inteso fronteggiare il problema della fuga dei minatori in Occidente. Se, dopo questa breve analisi, torniamo ora a riportare il contenuto di CTh. 10.19.5 con quello di C. 11.7(6).7, in cui di esso si conserva soltanto il segmento *et quos...retineant*, possiamo notare che, mentre il testo di CTh. 10.19.5, pur imponendo di scovare anche i minatori nascosti nei possedimenti imperiali, non precisa quali conseguenze giuridiche avrebbe avuto l'individuazione di costoro, il testo complessivo conservato nel *Codex repetitae praelectionis*, in seguito all'inserzione del riferimento ai *metallarii* nascosti nei possedimenti imperiali, risulta imporre in maniera esplicita che anche costoro venissero ricondotti *ad propriae originis stirpem laremque una cum sua subole*.

della dottrina,<sup>13</sup> tra il 369 ed il 372. Il restante contenuto precettivo di C. 11.7(6),7 appare invece il risultato della rielaborazione giustiniana della disciplina conservata in CTh. 10.19.15 del 424 d.C.<sup>14</sup>

I dati appena posti in rilievo inducono quindi a considerare verosimile che la diversa origine del riferimento *et quos domus nostrae secreta retineant* abbia indotto i Compilatori giustiniani ad aggiungere tale parte di testo senza alcuna modifica di rilievo rispetto alla let-

<sup>13</sup> Già I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, 3, Lipsiae 1738, 522, aveva infatti ipotizzato che la costituzione non fosse stata *data* ad Antiochia, ma ivi soltanto *reddita* o *proposita*; poi TH. MOMMSEN, P.M. MEYER, *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, 1, Berolini 1905, 558, nell'apparato critico relativo a CTh. 10.19.5, evidenziavano la possibile inesattezza della *subscriptio* a noi giunta, in quanto, alla data in essa indicata, Valente si trovava probabilmente a Marciopolis e non ad Antiochia. In tal senso anche O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit einer Prosopographie der Christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart 1919 (ristampa 1984), 71 s., il quale aveva altresì posto in rilievo in ID., s.v. *Fortunatianus* (4), in PWRE, 7.1, Stuttgart 1910, 44, che il destinatario della costituzione, Fortunaziano, nell'aprile del 369 non doveva essere ancora succeduto al suo predecessore nella carica di *comes rerum privatarum*. Da questi dati l'Autore è giunto ad ipotizzare che Valente si fosse recato ad Antiochia nel 370 e che in tale anno avesse emesso la costituzione, anziché nel 369. In senso in parte diverso, cfr. F. PERGAMI (a c. di), *La legislazione di Valentiniano e Valente (364-375)*, Milano 1993, 448 e 491, secondo il quale, sia perché Fortunaziano entrò probabilmente in carica dopo il dicembre del 369 d.C., sia perché pare difficile che alla fine del mese di aprile del 370 d.C. venisse ancora indicato, nella *subscriptio*, l'anno del postconsolato dei consoli precedenti, la costituzione sarebbe stata emanata qualche mese prima dell'aprile del 370 d.C. ed in seguito pubblicata nei giorni indicati nella *subscriptio*. Ad avviso di P. LEPORE, *CTh. 10.19.7*, cit., 175 s., si potrebbe ipotizzare una diversa datazione in base all'indicazione del destinatario dell'*epistula* imperiale conservata in CTh. 10.19.5: questo infatti, in linea di principio, sarebbe dovuto essere il *comes sacrarum largitionum* – il quale, come ricordato *supra* nt. 6, aveva competenza generale sulle miniere –, sebbene si possa comunque comprendere dalle disposizioni contenute nella costituzione, ed in particolare dall'ordine di scovare anche i *metallarii* nascosti nei possedimenti imperiali, il motivo della diversa indicazione del *comes rerum privatarum*. In ragione di tali riflessioni, lo Studioso ha ritenuto verosimile che in precedenza fosse stata emanata un'altra costituzione, destinata al *comes sacrarum largitionum* d'Oriente, ma non inserita nel *Codex Theodosianus*, di contenuto sostanzialmente analogo a quella contenuta in CTh. 10.19.5. Questa costituzione precedente sarebbe però stata priva del segmento di testo che a noi interessa più da vicino, cioè *et quos domus nostrae secreta retinent*: esso sarebbe stato aggiunto in un secondo momento e ciò avrebbe determinato la necessità della collaborazione del *comes rerum privatarum*, a cui sarebbe stata inviata la disposizione risultante dall'integrazione; pertanto, solo la seconda costituzione, emanata ad Antiochia il 30 aprile del 370 d.C., sarebbe stata inserita nel *Codex Theodosianus* in CTh. 10.19.5, poiché comprensiva della disciplina precedente. Di recente, è forse riuscito a fare luce sull'intrico problema di datazione qui descritto S. SCHMIDT-HOFNER, *Reagieren und Gestalten. Der Regierungsstil des spätrömischen Kaisers am Beispiel der Gesetzgebung Valentinians I*, München 2008, 216 ss.; ID., *Die Regesten der Kaiser Valentinian und Valens in den Jahren 364 bis 375 n. Chr.*, in ZSS 125, 2008, 498 ss., in part. 544 ss., il quale ha individuato alcuni indizi che rendono plausibile che Valente non fosse andato ad Antiochia nel 370 d.C., ma nel 371 d.C. Inoltre, dalle date indicate nelle *subscriptioes* di altre *leges* emesse negli stessi anni, così come dalla testimonianza di Zosimo conservata in Zos. 4.13.2, si potrebbe dedurre, secondo l'Autore, che Valente fosse rimasto fino al maggio del 371 d.C. a Costantinopoli e si fosse recato ad Ankara a luglio e ad Antiochia alla fine di ottobre del 371 o nell'aprile del 372 d.C. Di conseguenza, la costituzione conservata in CTh. 10.19.5 sarebbe stata emessa il 30 aprile del 372 d.C.; tale ultima ipotesi, che pare più verosimile delle altre perché fondata su un numero maggiore di testimonianze, assume un certo rilievo in ordine al rapporto tra la costituzione conservata in CTh. 10.19.5 e quella conservata in CTh. 10.19.7 – su cui *supra* nt. 12 –, poiché prospetta una maggiore vicinanza cronologica tra le due *leges*.

<sup>14</sup> Riportata *infra* § 3.

tera di CTh. 10.19.5,<sup>15</sup> e soprattutto senza alcun espresso riferimento alle *metallariae*, anche perché, dalla parte iniziale di C. 11.7(6).7, sarebbe risultato in maniera del tutto chiara che le disposizioni ivi contenute si sarebbero dovute applicare anche a queste ultime.

Che si trattasse di precetti inderogabili pare peraltro emergere dalla formulazione a noi pervenuta degli stessi: si pensi all'utilizzo dell'avverbio *indubitanter*, che sembra alludere alla necessità di ricondurre senza indugio i *metallarii* e le *metallariae* alla regione di origine, così come alla precisazione che il decorso del tempo non avrebbe potuto in alcun modo sanare la condizione dei minatori fuggiaschi (*sine ulla temporis praescriptione*),<sup>16</sup> nonché al successivo riferimento – anche se espresso soltanto al maschile – alla necessaria applicazione di tale regime qualora costoro si fossero nascosti nei possedimenti imperiali.

La parte finale di C. 11.7(6).7 (*sciant...indiderit*) pare poi introdurre una norma di chiusura a salvaguardia delle ragioni del fisco, norma che consente di meglio cogliere lo scopo fiscale che permea l'intera *lex*.<sup>17</sup> Dispone infatti che il fisco non avrebbe dovuto subire alcun

<sup>15</sup> Il confronto con il testo di CTh. 10.19.5, riportato alla nt. 11, permette infatti di rilevare che l'inciso *et quos domus nostrae secreta retinent* conservato in tale costituzione è stato lasciato praticamente invariato in C. 11.7(6).7, se non per l'utilizzo del congiuntivo *retineant* in luogo dell'indicativo *retinent*.

<sup>16</sup> Dal momento che, a partire dalle osservazioni di J.-B. MISPOULET, *Le regime*, cit., 69, si è ritenuto in dottrina che l'elaborazione della disciplina che andò cristallizzandosi nei confronti dei *metallarii* nel periodo tardoantico, di cui C. 11.7(6).7 rappresenterebbe il punto di arrivo, abbia seguito un *iter* paragonabile a quella che si elaborò nei confronti dei coloni agricoli, il riferimento all'impossibilità per i *metallarii* fuggiti dalla regione di origine di avvalersi di una *temporis praescriptio* potrebbe ricollegarsi alla volontà della cancelleria imperiale di evitare che i *metallarii* fuggiti potessero sostenere la cessazione della loro condizione in virtù del decorso di un lungo periodo di tempo dall'abbandono della regione di origine. È noto, infatti, come sottolineato, per citare solo parte della dottrina più recente, da A.J.B. SIRKS, *Reconsidering the Roman Colonate*, in ZSS 110, 1993, 331 ss., in part. 354 ss.; J.-M. CARRIÉ, "Colonato del Basso Impero": la resistenza di un mito, in E. LO CASCIO (a cura di), *Terre, proprietari e contadini dell'impero romano. Dall'affitto agrario al colonato tardoantico*, Roma 1997, 75 ss., in part. 122 ss.; G. GILIBERTI, *Servi della terra. Ricerche per una storia del colonato*, Torino 1999, 112 s., che una siffatta possibilità era stata concessa, probabilmente in seguito alla presa di coscienza delle difficoltà di arginare il fenomeno delle fughe dei coloni dai fondi di origine, ai *coloni originales* e *inquilini* che si fossero allontanati dal fondo di origine per un periodo di trent'anni, nel caso fossero uomini, o di venti, nel caso fossero donne, in virtù del combinato disposto delle *leges* conservate in CTh. 12.19.2 del 400 d.C. e in CTh. 5.18.1 del 419 d.C. In seguito, intervenne in materia la *lex Anastasiana* (C. 11.48(47).19), risalente forse al 500 d.C., di cui è giunta notizia attraverso B. 55.1.19 (= C. 11.48(47).19) e Syn. Maior Γ, 6, in relazione alla quale si è sostenuto, anche in base al sunto del contenuto della stessa che si ritrova in C. 11.48(47).23.1 – su cui brevemente *infra* nt. 76 –, che avesse fissato a trent'anni il lasso di tempo necessario affinché il colono fuggito da un fondo potesse vincolarsi al fondo in cui si era trasferito e recidere così il legame con il fondo di origine. Come posto in evidenza da F. BOTTA, *Commento a Ed. XXV*, in F. GORIA e F. SITZIA (a cura di), *Edicta praefectorum praetorio* (Cdrom), Cagliari 2013, 93 ss., e ID., "De his qui suscipiunt alienos agricolos". Intorno a edict. praef. praet. XXV, in C. CICERO e P. PERLINGIERI (a cura di), *Liber amicorum per B. Troisi*, Napoli 2016 (in corso di stampa), al quale si rimanda per una più approfondita analisi del contenuto delle suddette fonti e di quelle di epoca giustiniana in materia, nonché per ulteriori ragguagli bibliografici, il disposto della *lex Anastasiana* avrebbe poi ricevuto attuazione mediante l'editto di Zotico degli anni 511-512 d.C., conservato in Ed. XXV, in quanto esso si mostra volto a precisare le conseguenze sanzionatorie nei confronti di chi avesse accolto sul proprio fondo il colono fuggito da altro fondo.

<sup>17</sup> Il suddetto scopo fiscale emerge infatti non soltanto da una lettura complessiva delle disposizioni contenute in C. 11.7(6).7 ma dall'intero titolo C. 11.7(6), *de metallariis et metallis et procuratoribus*

pregiudizio *exinde*, cioè, presumibilmente, dall'allontanamento dei *metallarii* dalla loro regione di origine. Questa affermazione, insieme al riferimento, immediatamente successivo, all'eventuale iscrizione nei censi privati da parte dei *metallarii* fuggiti, sembra implicare che, in nessun caso, il fisco avrebbe dovuto sopportare il danno derivante dal mancato versamento dei tributi dovuti da tali *metallarii*,<sup>18</sup> anche laddove questi avessero mutato la loro

*metallorum* del *Codex repetitae praelectionis*, inserito a sua volta nel libro C. 11, il quale, come segnalato da A.M. GIOMARO, *Il Codex Repetitae Praelectionis. Contributo allo studio dello schema delle raccolte normative da Teodosio a Giustiniano*, Mursia 2001, 214 e 468, deriva in larghissima misura – si tratta, nello specifico, di sei costituzioni su sette, dato che la costituzione conservata in C. 11.7(6).4 riporta il contenuto di CTh. 1.32.5 – dal titolo CTh. 10.19, *de metallis et metallariis*, del *Codex Theodosianus*, parte a sua volta del libro CTh. 10, in relazione al quale I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, cit., 405, osservava che «*totus est de iure fisci deque, rebus fiscalibus*». La scelta delle suddette *sedes materiae* appare ricollegata allo scopo di assicurare al fisco la regolare acquisizione dei proventi dell'attività mineraria, sia in senso materiale, ossia il *metallum* effettivamente estratto, sia in senso pecuniario, cioè i proventi derivanti dalla riscossione dei tributi dovuti da coloro che esercitavano tale attività, presumibilmente in base ad una preventiva concessione. A proposito poi dello schema predisposto dai Compilatori giustiniani nella redazione del titolo C. 11.7(6) ed ai rapporti tra tale titolo e CTh. 10.19, che contiene invece quindici costituzioni, possiamo segnalare che le *leges* teodosiane selezionate dai Compilatori giustiniani – a parte quella conservata in C.11.7(6).7 che andiamo esaminando – si presentano praticamente invariate rispetto alla loro versione teodosiana, tranne che per la piccola integrazione (*quae Graece χρύσαμμος appellatur*) inserita in C. 11.7(6).1, rispetto al testo di CTh. 10.19.3, su cui cfr. P. KRÜGER, *Codex*, cit., 955 s.

<sup>18</sup> Che i *metallarii* fossero obbligati a corrispondere al fisco un tributo per l'esercizio dell'attività mineraria sui fondi pubblici o imperiali, anche nel periodo giustiniano, risulta infatti in maniera abbastanza chiara dalla circostanza che i Compilatori giustiniani abbiano inserito nel titolo C. 11.7(6) tutte e tre le costituzioni del titolo CTh. 10.19, cioè CTh. 10.19.3, 4 e 12, che disciplinano l'ammontare e le modalità di versamento dei tributi dovuti dai *metallarii* (o *aurileguli*). Sebbene, come sottolineato *supra* nt. 17, l'intero titolo C. 11.7(6) appaia finalizzato ad assicurare al fisco non soltanto lo svolgimento continuativo dell'attività mineraria, ma altresì la regolare acquisizione dei tributi ad essa collegati, vale la pena di rammentare il contenuto di quelle costituzioni che definiscono espressamente gli obblighi tributari in capo ai *metallarii*. Si tratta, in particolare, di C. 11.7(6).1 [= CTh. 10.19.3] (Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Cresconium Comitem Metallorum): *Perpensa deliberatione duximus sancendum, ut, quicumque exercitium metallorum vellet adfluere, is labore proprio et sibi et rei publicae commoda compararet. Itaque si qui sponte confluerint, eos laudabilitas tua octonos scripulos in balluca, quae Graece χρύσαμμος appellatur, cogat exsolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, fisco potissimum distrabant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipiant*. Dat. III id. Dec. Parisiis Valentiniano et Valente AA. Cons. [a. 365], C. 11.7(6).2 [= CTh. 10.19.4] Idem AA. ad Germanianum Comitem Sacrarum Largitionum. *Ob metallicum canonem, in quo propria consuetudo retinenda est, quattuordecim uncias ballucae pro singulis libris constat inferri*. Dat. VI id. Ian. Romae Lupicino et Iovino Cons. [a. 367], e C. 11.7(6).5 [= CTh. 10.19.12] Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Romulo Com. S. L. *Per annos singulos septeni per hominem scripuli largitionibus inferantur ab aurilegulis, non solum in Pontica dioecesi, verum etiam in Asiana*. Dat. XI kal. Mart. Costantinopoli Arcad(io) A. II et Rufino Cons. [a. 392], dei cui antecedenti teodosiani, rimasti praticamente invariati nel *Codex repetitae praelectionis*, mi sono occupata in A. CHERCHI, *Profili*, cit., 1 ss., in part. 7 ss., a cui mi permetto di rimandare anche in ordine alla letteratura citata. Pare tuttavia rilevante evidenziare in questa sede che, dal confronto tra le disposizioni conservate in C. 11.7(6).1 e 2, sembra potersi evincere che la prima *lex* presupponesse che i *metallarii* sarebbero stati obbligati a versare gli otto scripuli, soltanto laddove l'attività di ricerca avesse consentito loro di reperire l'oro, e che invece la *lex* conservata in C. 11.7(6).2 si rivolgesse a soggetti che svolgevano un'attività estrattiva avviata, i quali sarebbero stati presumibilmente obbligati al versamento di un tributo più elevato a titolo di *canon metallicus*, calcolato in quattordici unce in *balluca* per ogni libbra di materiale estratto. Inoltre, il sistema di esazione

condizione facendosi registrare nei censi privati.<sup>19</sup> Sotto il profilo che a noi interessa più da vicino, tutto il segmento finale della costituzione si mostra, come quello che immediatamente lo precede, meno preciso della parte iniziale della stessa, poiché non contiene un espresso riferimento alle *metallariae*. Il che potrebbe forse ricollegarsi, come per la parte di testo precedente (*et quos...retineant*), alla circostanza che l'obbligo di applicare le norme sancite dalla costituzione anche alle minatrici fosse comunque emerso con sufficiente chiarezza nella prima parte della *lex*.

Come si vede, già da una prima lettura della costituzione inserita dai Compilatori giustinianeî in C. 11.7(6).7 sorgono diversi dubbi su quali fossero le esigenze alla base della formulazione del testo a noi giunto, in particolare perché, come già sottolineato, la menzione delle *metallariae* in esso conservata rappresenta un *hapax* all'interno della legislazione mineraria tardoantica.<sup>20</sup> Ciò rende anzitutto opportuno, dato che alcuni studiosi hanno sostenuto la sostanziale sovrapposibilità delle condizioni di lavoro dei *metallarii* a quella dei *damnati ad metalla*,<sup>21</sup> procedere alla ricognizione della riflessione sviluppata, anche sulla base di interventi imperiali, dai giuristi del principato in ordine alle *damnatae ad metalla*, al fine di comprendere come l'impiego della manodopera femminile nell'esercizio dell'attività estrattiva fosse un fenomeno risalente nel tempo, nonché la rilevanza assunta da alcune

del canone presupposto dalla costituzione contenuta in C. 11.7(6).5 appare calcolato, a differenza delle costituzioni appena esaminate, non già sul materiale effettivamente estratto, ma sul numero dei minatori che il *metallarius* o *aurilegulus* tenuto al versamento del tributo aveva alle sue dipendenze. Se ciò rende verosimile, da un lato, come posto in rilievo da C. FREU, *Le statut*, cit., 442 s., che i *metallarii* tenuti al tributo svolgessero l'attività mineraria in forma imprenditoriale, attraverso un'organizzazione articolata del lavoro, che comportava l'impiego di altri *metallarii*, induce a considerare altresì plausibile che i *metallarii* tenuti al tributo si rifacessero sui loro dipendenti qualora la quantità di materiale estratto non consentisse loro di pagare quanto dovuto al fisco. Di conseguenza, il criterio di computo del tributo adottato in C. 11.7(6).5 avrebbe potuto determinare una riduzione del salario dei minatori impiegati da colui che era obbligato nei confronti del fisco: tale criterio, in ultima analisi, essendo slegato dalla quantità del materiale effettivamente rivenuto, avrebbe fatto ricadere il rischio derivante dall'esito incerto dell'attività mineraria sui *metallarii* e i loro dipendenti e non sul fisco. Queste considerazioni inducono a comprendere ancora meglio quali potevano essere le motivazioni delle fughe dei *metallarii* dalle regioni in cui erano tenuti a svolgere l'attività estrattiva, a cui C. 11.7(6).7 tenta di porre rimedio.

<sup>19</sup> Tale precisazione sembra riferirsi a quei *metallarii*, fuggiti dalla regione di origine, che fossero stati impiegati su fondi privati come coloni, poiché, in seguito al successivo impiego, i suddetti *metallarii* avrebbero potuto essere iscritti nei censi privati: ciò avrebbe comportato che non fossero più 'del tutto irrintracciabili' per il fisco. La circostanza che la nostra costituzione faccia riferimento anche a quest'ultima evenienza, specificando che in tale ipotesi *nullum exinde praeiudicium fisco esse generandum*, induce pertanto a presumere che, nella prospettiva dell'autorità imperiale, fosse più rilevante l'interesse a che costoro tornassero a svolgere l'attività mineraria, rispetto a quello di incamerare gli introiti collegati alla loro iscrizione nei censi privati. Su tale problematica, cfr. *infra* § 3.

<sup>20</sup> Cfr. *supra* nt. 5.

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. J.-P. WALTZING, *Étude*, cit., 235 s., il quale riconduce il progressivo peggioramento della condizione giuridica dei *metallarii* nel corso del IV secolo d.C. alla crisi dell'industria mineraria, così come alla diminuzione della manodopera servile in essa impiegata. Di conseguenza, l'assenza della libertà di movimento dei *metallarii*, così come della possibilità di sottrarsi alla loro condizione, li avrebbe nella sostanza equiparati ai *damnati ad metalla*, sebbene lo *status* dei *metallarii* sia rimasto, almeno formalmente, libero. Per una rassegna delle altre opinioni sostenute dalla dottrina sul punto, cfr. *supra* nt. 4.

specifiche problematiche relative al lavoro forzato delle donne in miniera a cui si dedicò la riflessione della giurisprudenza severiana.

Per tentare di capire poi a quali esigenze si possano ricollegare i riferimenti alle *metallariae* contenuti in C. 11.7(6).7 sarà indispensabile confrontare tale disciplina con quella conservata nel *Codex Theodosianus* che ne rappresenta il principale antecedente normativo.<sup>22</sup> Si tratta, nello specifico, della costituzione trādita in CTh. 10.19.15, che, per quanto non menzioni le *metallariae*, conserva una versione più estesa del provvedimento emesso dalla cancelleria di Teodosio II.<sup>23</sup> La circostanza che le statuizioni relative ai *metallarii* trasmesse dal *Codex Theodosianus* in CTh. 10.19.15, verosimilmente in vigore dal 424 d.C., risultino in seguito recepite, seppur con le rilevanti modifiche che vedremo,<sup>24</sup> nel *Codex repetitae praelectionis*, consente di formulare fin d'ora alcune considerazioni di cui dovremo tenere conto nel prosieguo della nostra indagine.

La suddetta circostanza, infatti, induce a considerare verosimile che il provvedimento normativo del 424 d.C. fosse stato recepito anche nel primo *Codex* giustiniano e a ritenere altresì plausibile, dato che nel testo a noi giunto in CTh. 10.19.15 non compare alcuna menzione delle *metallariae*, che i riferimenti alle minatrici presenti in C. 11.7(6).7 siano riconducibili alla mano dei Compilatori giustiniani. Alla luce di queste considerazioni, appare ancor più utile, ai fini della presente indagine, procedere al confronto tra il regime conservato in C. 11.7(6).7 e quello conservato in CTh. 10.19.15, in modo da individuare, se possibile, alcuni aspetti problematici della disciplina contenuta nel *Codex Theodosianus* che potrebbero avere indotto i Compilatori giustiniani a fare espresso riferimento alle *metallariae* nella costituzione tramandata in C. 11.7(6).7.

2. Il regime elaborato in epoca severiana nei confronti delle *damnatae ad metalla*. Nonostante varie testimonianze archeologiche ed epigrafiche testimonino l'impiego delle donne nell'esercizio dell'attività mineraria nel corso del principato,<sup>25</sup> le informazioni provenienti dalle fonti giuridiche sul regime loro applicabile risalgono all'epoca severiana e concernono, in particolare, le donne che venivano impiegate in miniera forzosamente, in seguito a condanna *ad metalla*.<sup>26</sup> Sebbene su alcuni importanti profili della loro condizione abbia fatto

<sup>22</sup> Abbiamo infatti già sottolineato che il testo conservato in C. 11.7(6).7 contiene anche un breve segmento (*quos...retineant*) proveniente da CTh. 10.19.5, su cui cfr. *supra* ntt. 11, 12 e 13.

<sup>23</sup> Anche se non si può escludere, alla luce dei fondamentali studi di E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo, Atti del II Congresso internazionale della SISR*, Firenze 1971, 821 ss. (= *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, 6, Napoli 1993, 3 ss.), che i Compilatori teodosiani abbiano apportato qualche modifica al testo originale del provvedimento.

<sup>24</sup> Cfr. *infra* § 3.

<sup>25</sup> Si rimanda, al riguardo, alle iscrizioni in cui sono riportati nomi di donne che lavoravano in miniera individuate da 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)*, 2, Madrid 1989, 119 ss., in part. 129 (= *España romana*, Madrid 1996, 55 ss., in part. 65), il quale segnala altresì che l'impiego della manodopera femminile in miniera pare attestato anche dalle tavole di Vipasca, in quanto, nel § *Balinei fruendi* della *lex metalli Vipascensis* (Vip. I) si fa riferimento, nel regolamentare l'uso dei bagni, anche all'utilizzo degli stessi da parte delle donne.

<sup>26</sup> Come è noto, si trattava di una pena molto dura, annoverata da Callistrato, in D. 48.19.28pr. (Call.

chiarezza un recente studio della Sanna,<sup>27</sup> può essere di un certo interesse, ai fini della presente indagine, prendere brevemente in considerazione alcune fonti di rilievo in ordine alle concrete mansioni che potevano essere svolte dalle *damnatae ad metalla*.

Per meglio comprendere il contenuto dei frammenti che ci accingiamo a passare in rassegna, occorre partire dall'opinione<sup>28</sup> secondo la quale, in epoca classica, nell'ambito della generale

6 de cogn.), tra le pene capitali: nel descrivere i *gradus poenarum*, il giurista definisce la *poena metalli* come *proxima morti*, in quanto essa era in grado di porre gravemente a repentaglio la vita del condannato. Su tale *poena*, nell'ambito dell'ampia letteratura, si vedano le indagini di U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 373 ss., nel quale bibliografia precedente, Id., *La condizione di servo della pena*, in *Studi in onore di F. Virgilio nel 40. anno d'insegnamento*, Roma 1935, 41 ss.; U. ZILLETTI, *In tema di servitus poenae (note di diritto penale tardo classico)*, in SDHI 34, 1968, 32 ss.; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli 1998, 116; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano 1998, 250 ss.; F. SALERNO, «Ad metalla», cit., 37 ss.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli 2010, 15 ss., su cui cfr. E. DOVERE, *I servi "senza più speranza di vita" dell'età del Principato*, in *Rivista di diritto romano* 12, 2012, 1 ss., e B. SANTALUCIA, *Servi della pena*, in *Index* 40, 2012, 686 ss. Dalle suddette indagini si evince, sebbene non manchino divergenze di opinioni sulle specifiche ipotesi di datazione, la condivisione di massima dell'ipotesi di TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, rist. Leipzig 1899, 947 s., secondo il quale l'origine della *poena metalli* dovrebbe ricondursi al primo principato, dal momento che l'utilizzo della medesima si sarebbe affermato nella *cognitio extra ordinem*. Tuttavia, la recente indagine di D. DI OTTAVIO, *Octo genera poenarum (a margine di August., civ. Dei 21.11 e Isid., etym. 5.27.1 ss.)*, in AUPA 57, 2014, 124 ss., ricordata anche da M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 474 ss., è giunta ad ipotizzare, attraverso l'analisi di alcune fonti non tenute in adeguata considerazione finora, che l'origine di *poenae* come la condanna alle *latomiae*, cioè al lavoro nelle cave di pietra, possa essere ricondotta all'ultima età monarchica e, più nello specifico, ad «un'innovazione di natura "legislativa"» di Tarquinio il Superbo. Inoltre, con particolare riferimento alle conseguenze che la condanna *ad metalla* avrebbe determinato sul corpo del condannato, cfr. F. PULITANÒ, *La morte in anticipo dei condannati in attesa di esecuzione*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, 1, Ospedaletto 2015, 249 ss., in part. 256 ss.

<sup>27</sup> L'indagine di M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 473 ss., in part. 493 ss., infatti, dopo avere preso in esame le soluzioni giurisprudenziali di epoca severiana relative alle *damnatae ad metalla*, si concentra sugli effetti della *poena metalli* e, in particolare, sulla possibilità di considerare i condannati, seppur *servi poenae*, come *servi fisci*, almeno a determinati fini. Una siffatta possibilità appare avvalorata dalla soluzione proposta da Pomponio nel frammento conservato in D. 49.15.6 (Pomp. 1 *ex var. lect.*), che riguarda una donna condannata *in opus salinarum*, catturata, mentre scontava la pena, da *latrunculi exterarum gentis*, alienata *iure commercii* e poi *redempta* dal centurione *Cocceius Firmus*, anche se, come ricordato dall'Autrice, non sono mancate ipotesi della dottrina più datata che hanno considerato interpolato il riferimento al centurione. Il giurista specifica che, una volta rientrata nel territorio romano, la donna avrebbe dovuto continuare a scontare la pena, ma che il centurione avrebbe avuto diritto al rimborso dal fisco del prezzo pagato. Tale soluzione sembrerebbe testimoniare che, nonostante la cattura da parte dei *latrunculi exterarum gentis* non fosse considerata una *captio ab hostibus* (e non avrebbe perciò comportato la perdita della libertà della donna e l'operatività del *postliminium* nei suoi confronti), il fisco sarebbe stato tenuto a rimborsare il prezzo, come nel caso di *redemptio ab hostibus*. Quest'ultima conseguenza può considerarsi espressione dell'interesse del fisco a riavere il *damnatus*, affinché questi continuasse ad espriare la condanna; dato che nel caso specifico il condannato era una donna, il suddetto frammento pare dunque presupporre la rilevanza dell'interesse dal fisco alla continuazione dei lavori forzati anche con riguardo alle *damnatae ad metalla*.

<sup>28</sup> Opinione ormai condivisa, almeno nella sua impostazione di massima, da V. GIUFFRÈ, *La repressione*, cit., 125; B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 250 s., e da F. SALERNO, «Ad metalla», cit., 43 ss., il quale, oltre a raggruppare le diverse opinioni a cui è giunta la dottrina precedente, individua le fonti di maggiore rilevanza in ordine all'esistenza dei tre *gradus* di condanna in D. 48.19.28pr. (Call. 6 de cogn.), D. 48.19.8.4-6 (Ulp. 9 de off. proc.), D. 48.19.10.1 (Macer 2 de publ. iud.) e D. 48.19.22 (Mod.

*poena metalli*, che comportava, se perpetua, la *servitus poenae* del condannato,<sup>29</sup> sussistevano probabilmente diversi *gradus*. Il più severo era rappresentato dalla *damnatio ad metalla*, cioè la condanna ai lavori forzati nelle miniere, vi era poi la più leggera *damnatio in opus metalli*, ossia la condanna ai servizi nelle miniere, e l'ancor meno gravosa *damnatio in ministerium metallicorum*, che avrebbe comportato l'adibizione del reo a lavori accessori, meno pericolosi, in quanto di ausilio nei confronti dei minatori direttamente impegnati nell'esercizio dell'attività estrattiva.<sup>30</sup>

Tale distinzione parrebbe presupposta in

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

1 *diff.*), in relazione alla *damnatio ad metalla*, D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*), D. 50.13.5.3 (Call. 1 *de cogn.*), D. 48.19.8.6-7 (Ulp. 9 *de off. proc.*) e C. 9.47.9 (Imp. Alexander A. Demetrisiano), con riguardo alla *damnatio in opus metalli*, Coll. 11.7.2, PS. 5.18.1 e ancora C. 9.47.9, a proposito della *damnatio in ministerium metallicorum*. Nello specifico, su quali fossero gli elementi distintivi tra i diversi *gradus*, la dottrina si è orientata in modi diversi: da un lato, si può rammentare l'ipotesi prospettata da U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., 379 ss., seguito da A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, 139, per il quale la differenza tra i *gradus* sarebbe da ricollegare alla diversa origine della *damnatio ad metalla* da quella in *opus metalli*, in quanto la prima sarebbe nata come pena ai lavori forzati nelle miniere di Cesare, e non pubbliche, ed avrebbe perciò comportato che il condannato fosse «servo di Cesare prima, poi servo della sua stessa pena», mentre la seconda sarebbe stata una sottospecie dell'*opus publicum* e non avrebbe pertanto determinato le medesime conseguenze della prima per il reo. Tuttavia, «avvenuta l'evoluzione del *fiscus, metallum e opus metalli* si assimilarono», con la conseguenza che anche l'*opus* produsse l'effetto della servitù della pena. Di un certo rilievo appare anche l'opinione di F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, from the Julio-Claudians to Costantine*, in PBSR 52, 1984, 124 ss., in part. 139, ripresa da A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994, 141 s., ad avviso del quale la differenza tra i primi due *gradus* sarebbe consistita nel diverso peso delle catene, mentre il *ministerium metallicorum* sarebbe stato, in sostanza, il *gradus* comminato nei confronti delle donne, nonché quella di V. NERI, *I marginali nell'Occidente tardo antico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana*, Bari 1998, 476, il quale, oltre a sottolineare il diverso peso delle catene per i condannati, ha osservato che, nonostante le conseguenze del *metallum* e dell'*opus metalli* sullo *status* del condannato fossero identiche, la maggiore gravità della prima emergerebbe dalle più severe conseguenze previste nei confronti di coloro che fossero fuggiti dal *metallum* rispetto a coloro che si fossero sottratti con la fuga all'*opus metalli*. Nella sostanza concordi con l'opinione del Salerno, anche A. McCLINTOCK, *Servi*, cit., 45, e M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 478 ss.

<sup>29</sup> Tra le ricerche specificamente dedicate alla *servitus poenae* ed agli effetti della stessa, cfr. U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., 373 ss.; ID., *La condizione*, cit., 41 ss.; G. DONATUTI, *La schiavitù per condanna*, in BIDR 42, 1934, 219 ss.; U. ZILLETTI, *In tema*, cit., 32 ss.; A. McCLINTOCK, *Servi*, cit., 61 ss., nonché T. BEGGIO, *Brevi considerazioni in tema di 'servitus poenae'*, in LR 1, 2012, 299 ss., il quale ha di recente sottolineato la necessità di rileggere le conclusioni a cui è giunta la dottrina precedente alla luce dell'importante testimonianza conservata nell'*aes Italicense* o cd. *senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis*. Ad ogni modo, per quel che concerne gli effetti della condanna ai lavori forzati in miniera, possiamo qui rammentare che la dottrina citata è giunta a ritenere che essa, comportando la *servitus poenae*, avrebbe altresì comportato per il condannato la *capitis deminutio maxima* (e, dunque, la perdita della cd. capacità giuridica): di conseguenza, il suo matrimonio si sarebbe sciolto, il suo patrimonio sarebbe passato al fisco, con riserva di una quota per i figli, ed avrebbe perso la *testamenti factio* attiva e passiva. Sul punto, cfr. *infra* nt. 33.

<sup>30</sup> Per l'individuazione delle principali fonti da cui emergerebbe la differenza tra i suddetti *gradus*, cfr. *supra* nt. 28.

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

Nel frammento,<sup>31</sup> estratto dal sesto libro del trattato *de cognitionibus* di Callistrato, il giurista cita un rescritto di Adriano tramite il quale, dopo avere sancito che nessuno dovesse essere condannato *ad tempus in opus metalli*, il *princeps* aveva stabilito che, qualora ciò si fosse verificato,<sup>32</sup> il condannato *ad tempus* non sarebbe stato considerato *damnatus in metallum* e, pertanto, non avrebbe perso la libertà.<sup>33</sup> Di conseguenza, conclude il giureconsulto,<sup>34</sup> le donne condannate *hoc modo*, cioè *in opus metalli ad tempus*, avrebbero partorito figli liberi: questa soluzione sarebbe, ad avviso del Salerno,<sup>35</sup> espressione di un atteggiamento di favore nei confronti delle donne condannate, anche se essa, a ben riflettere, sembra derivare dall'applicazione dei principi generali, per cui la donna, essendo libera, avrebbe partorito figli liberi.

Al proposito, si può infatti osservare che la soluzione per cui la condanna *in opus metalli*, se temporanea, non avrebbe comportato la perdita della libertà per il reo era stata già espressa nel rescritto di Adriano riportato dal giurista con riguardo ai condannati di sesso maschile. Il giurista dunque sembra porsi il problema, non risolto *expressis verbis* dal rescritto

<sup>31</sup> In relazione al testo del quale risulta superata l'ipotesi di interpolazione prospettata dal Mommsen in TH. MOMMSEN, P. KRÜGER, *Digesta Iustiniani Augusti. Editio Maior*, 2, Berolini 1870, 852, che aveva sostenuto la necessità di correggere il segmento di testo *quamdiu etiam hi, qui in perpetuum opus damnantur in quam perdunt...*, ipotesi accolta in parte da U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., 381 e nt. 59, ad avviso del quale il medesimo segmento rappresenterebbe un glossema, ma non andrebbe corretto come proposto dal Mommsen, perché tale correzione sarebbe smentita dal corrispondente luogo dei Basilici (B. 50.51.26). Ad ogni modo, sul punto, paiono ormai accolte le considerazioni di U. ZILLETTI, *In tema*, cit., 51 s. e nt. 58, che ha sostenuto che non vi sarebbero ragioni serie per ritenere il frammento interpolato.

<sup>32</sup> Per V. NERI, *I marginali*, cit., 475, la circostanza che il rescritto di Adriano avesse comunque preso in considerazione l'ipotesi della condanna *in opus metalli ad tempus* deriverebbe dalla diffusione della prassi di comminare la condanna per determinati periodi di tempo, prassi di cui il rescritto testimonierebbe «la prima accettazione a livello ufficiale».

<sup>33</sup> Come segnalato da ultima da M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 478, la soluzione adrianea ricordata nel frammento non consente di negare che, in linea generale, la condanna *ad metalla*, se comminata in perpetuo, determinasse la *servitus poenae* e la perdita della libertà, in quanto tale conseguenza risulta, in particolare, dai frammenti conservati in D. 28.1.8.4 (Gai. 17 *ad ed. prov.*) e in D. 48.19.8.4 (Ulp. 9 *de off. proc.*). Ciononostante, appare verosimile che, nella prassi giudiziaria, potessero essere irrogate condanne *ad metalla* temporanee, alla luce di quanto affermato anche in due frammenti di Modestino, ossia D. 48.19.22 (Mod. 1 *diff.*): *In metallum damnati si valetudine aut aetatis infirmitate inutiles operi faciundo deprehendantur, ex rescripto divi Pii a praeside dimitti poterunt, qui aestimabit de his dimittendis, si modo vel cognatos vel adfines habeant et non minus decem annis poenae suae functi fuerint* e D. 48.19.23 (Mod. 8 *reg.*): *Sine praefinito tempore in metallum dato imperitia dantis decennii tempora praefinita videntur*. Essi paiono infatti testimoniare che il periodo di dieci anni fosse, per lo meno nella prassi, considerato il limite massimo della *damnatio*, dal momento che nel primo frammento si afferma che i governatori avevano la facoltà di liberare, per motivi di salute o anzianità, i condannati che avessero scontato almeno dieci anni di pena, e nel secondo si precisa che, laddove non fosse stata stabilita una diversa durata della pena *in metallum*, questa si sarebbe considerata di dieci anni.

<sup>34</sup> L'ultima parte del frammento (*proinde...pariunt*) sembrerebbe infatti una conclusione del giurista.

<sup>35</sup> F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 100.

citato, di applicare tale soluzione al caso in cui i soggetti condannati a tempo *in opus metalli* fossero donne e, nello specifico, in ordine ad un'evenienza strettamente connessa al sesso delle condannate, cioè l'aver figli, forse in ragione della rilevanza assunta in concreto dalla questione.<sup>36</sup> Di conseguenza, nonostante la soluzione del giurista permetta in effetti di riscontrare un'attenzione rispetto alla suddetta evenienza, non pare che essa possa considerarsi necessariamente espressione di un particolare *favor* nei confronti delle donne condannate.

Un'altra testimonianza di un certo interesse riguardo alle *damnatae ad metalla* è conservata in

D. 48.23.4 (Paul. 17 *quaest.*): *In metallum damnata mulier eum quem prius conceperat edidit, deinde a principe restituta est. humanius dicitur etiam cognationis iura huic restituta videri.*

Il breve frammento a noi giunto, tratto dal diciassettesimo libro delle *quaestiones* di Paolo, è stato ritenuto interpolato nel suo ultimo segmento,<sup>37</sup> anche se alcuni esponenti della dottrina recente, pur senza disconoscere del tutto la possibilità che in esso sia stata sintetizzata una discussione che nel testo originario sarebbe stata più ampia, forse perché non più significativa per i Compilatori giustiniani,<sup>38</sup> paiono considerarlo in linea di massima affidabile.<sup>39</sup> Le discussioni su di esso hanno riguardato, soprattutto, la ricostruzione della fattispecie presa in esame da Paolo e, in particolare, la natura globale o parziale della *restitutio*, così come la *ratio*, che viene espressamente individuata nell'*humanitas*, della soluzione da lui prospettata.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Si possono rammentare, al riguardo, le considerazioni di R. BONINI, *I "libri de cognitionibus", di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, Milano 1964, 155 e 177, sull'opera di Callistrato da cui il nostro frammento risulta estratto, opera che, in ragione di una serie di fattori, pare mostrare che «il minor grado di affinamento della tecnica più propriamente giuridica, sia, in certo modo, compensato dalla presenza di interessi notevolmente più ampi, in quanto estesi anche a fenomeni di vita giuridica locale, e che la maggior mancanza di stratificati diaframmi dogmatici consenta una maggior considerazione di rapporti economico-sociali destinati ad essere rivestiti delle forme giuridiche».

<sup>37</sup> Hanno infatti considerato interpolato il segmento *humanius...videri*, a partire dai sospetti esposti da H. KRÜGER, *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes*, in ZSS 19, 1898, 6 ss., in part. 35 ss., E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-dogmatica)*, in BIDR 33, 1923, 63 ss., poi integrato con una Postilla, in ID., *Conceptus pro iam nato habetur (Postilla)*, in AG 99, 1928, 151 ss. (= *Studi di diritto romano*, 1, Milano 1933, 3 ss., in part. 32 s., da cui leggo), e G. DONATUTI, *La schiavitù*, cit., 235.

<sup>38</sup> In tal senso, cfr. A. McCLINTOCK, *Servi*, cit., 109, la quale, sulla scorta di U. ZILLETTI, *Note sulla restitutio in integrum damnatorum*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 2, Torino 1968, 35 ss., in part. 69 e nt. 106, ha ritenuto plausibile che l'*etiam* contenuto nell'ultimo segmento di testo possa denotare l'esistenza di una più ampia trattazione nel testo paolino, che sarebbe stata sunteggiata dai Compilatori giustiniani.

<sup>39</sup> Così, A. PALMA, *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, 87 s.; V. NERI, *I marginali*, cit., 483; F. SALERNO, *«Ad metalla»*, cit., 100, e M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 480 ss.

<sup>40</sup> La discussione sviluppatasi in dottrina deriva, in particolare, dalle osservazioni di U. ZILLETTI, *Note*, cit., 69 e nt. 106, il quale ha posto in rilievo che i Compilatori non avrebbero compreso, intervenendo sul testo, che, se la *restitutio in integrum damnatorum* aveva effetti globali, non vi era la necessità di fare riferimento all'*humanitas* per riconoscere i *iura cognationis* alla donna. In senso conforme si è espressa A. McCLINTOCK, *Servi*, cit., 109, che ha altresì evidenziato che la conclusione dello Zilletti sarebbe avvalorata dal frammento contenuto in D. 38.17.2.3 (Ulp. 13 *ad Sab.*), dal quale sarebbe possibile dedurre che,

In merito al profilo che a noi interessa in questa sede, si può osservare che l'oggetto della disamina del giurista pare essere il caso di una *damnata ad metalla* che, avendo concepito un figlio prima della condanna, lo avesse partorito durante la medesima e fosse stata poi *restituta* in seguito ad un provvedimento del *princeps*, del quale non viene però specificato il motivo: in tal caso, afferma Paolo, alla donna sarebbero stati restituiti, *humanius*, anche i *iura cognationis*. Il Salerno,<sup>41</sup> al riguardo, ha osservato che il provvedimento imperiale ricordato da Paolo sarebbe stato «volto a *restituere* la libertà alla donna se, mentre sconta la pena dei lavori forzati, partorisce un figlio concepito prima della condanna», anche se più di recente la Sanna<sup>42</sup> ha evidenziato che, in base al testo del frammento a noi giunto, non pare possibile ricavare che l'intervento fosse volto a restituire la libertà alla donna in ragione del fatto che questa avesse partorito durante la condanna un figlio concepito in precedenza, ma soltanto che, se un figlio fosse stato concepito prima della condanna, partorito durante la medesima, e in seguito fosse intervenuta la *restitutio a principe*, *humanius* sarebbero stati restituiti alla madre anche i *iura cognationis*.

Si deve comunque riconoscere<sup>43</sup> che il provvedimento imperiale menzionato dal giurista, così come la soluzione da lui adottata, sembra denotare una certa attenzione nei confronti della specifica situazione concernente la *mulier in metallum damnata*. Nel contempo, va altresì notato che, diversamente dal frammento di Callistrato esaminato in precedenza, in D. 48.23.4 non viene fatta alcuna allusione alla possibilità che la donna venisse condannata ad una pena di grado più leggero all'interno della generale condanna *ad metalla*, sebbene ciò paia ricollegarsi alla circostanza che l'interesse del giurista fosse focalizzato sulla specifica ipotesi da lui presa in esame.<sup>44</sup> D'altro canto, alla base dell'assenza della suddetta allusione potrebbe esserci la circostanza che l'irrogazione di pene più leggere previste nell'ambito della *poena metalli* nei confronti delle donne fosse una mera possibilità data al giudice, che avrebbe potuto decidere in tal senso, nell'ambito della sua discrezionalità, in ragione di quelle che erano le qualità personali del reo.<sup>45</sup>

nell'ipotesi di *restitutio* ad effetti globali, non ci sarebbero stati dubbi sul riconoscimento dei *iura cognationis* né ci sarebbe stato bisogno di fare ricorso all'*humanitas*: ciò dimostrerebbe, però ad avviso dell'Autrice, che Paolo in D. 48.23.4 stava prendendo in considerazione il caso di una *restitutio* con effetti parziali. Sulla questione è di recente tornata M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 480 s., la quale ha ritenuto plausibile, dato che nel testo di Paolo non è rimasta traccia della possibilità che il giurista stesse ragionando su una *restitutio* con effetti parziali, che la soluzione di Ulpiano contenuta in D. 38.17.2.3 divergesse da quella di Paolo, sotto il profilo del ricorso all'*humanitas*, perché il riconoscimento dei *iura cognationis* nel caso di *restitutio* globale si era nel frattempo consolidato. Tale ipotesi pare altresì avvalorata dalla precedente opinione di A. PALMA, *Humanior interpretatio*, cit., 87 s., il quale, oltre a ritenere che la soluzione di Paolo facesse perno su una *communis opinio*, ha osservato che essa «è ritenuta più conforme all'umanità, in nome di quel *favor* che ispira Paolo nella valutazione dei rapporti familiari».

<sup>41</sup> F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 100.

<sup>42</sup> M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 480 s., la cui opinione è descritta anche *supra* nt. 40.

<sup>43</sup> Come osservato da V. NERI, *I marginali*, cit., 483, e F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 100.

<sup>44</sup> Specifica ipotesi da cui pare potersi dedurre che, in assenza di *restitutio*, i *iura cognationis* in capo alla *mulier* non vi sarebbero stati: soltanto dal provvedimento restitutorio sarebbe dunque derivata, per usare le parole di V. NERI, *I marginali*, cit., 483, «una preoccupazione di *humanitas*» che induceva a restituire alla donna «i suoi diritti di madre».

<sup>45</sup> Così, U. ZILLETI, *In tema*, cit, 53, ad avviso del quale la condanna *ad tempus* dell'*opus metalli* sarebbe stata irrogata nel periodo postadrianeo «preferibilmente» nei confronti delle donne, nonché V. NERI, *I*

Che nel medesimo periodo fosse possibile condannare le donne a svolgere in miniera attività più leggere rispetto all'attività estrattiva vera e propria sembra infatti attestato da

D. 48.19.8.8 (Ulp. 9 *de off. proc.*): *In ministerium metallicorum feminae in perpetuum vel ad tempus damnari solent. simili modo et in salinas. et si quidem in perpetuum fuerint damnatae, quasi servae poenae constituuntur: si vero ad tempus damnantur, retinent civitatem.*

La soluzione esposta da Ulpiano nel nono libro *de officio proconsulis*, sospettata in passato in alcune sue parti,<sup>46</sup> ma considerata genuina dalla dottrina più recente,<sup>47</sup> si apre chiarendo che le donne venivano solitamente condannate *in ministerium metallicorum in perpetuum o ad tempus*, per poi affermare che lo stesso regime si sarebbe applicato nel caso di una loro condanna *in salinas*. Precisa quindi che nel caso di condanna *in perpetuum*, le *feminae* sarebbero state *quasi servae poenae*,<sup>48</sup> mentre, se condannate *ad tempus*, avrebbero mantenuto la cittadinanza, il che induce a presumere che avrebbero mantenuto anche la libertà.

*marginali*, cit., 483, il quale osserva che la scelta della della modalità della *poena metalli* sarebbe spettata al *iudex* «che poteva tenere conto della inadeguatezza femminile alla pesantezza del lavoro estrattivo, ma non aveva alcun obbligo di farlo». Così anche F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 96, che ritiene particolarmente significativo, al proposito, il frammento conservato in D. 48.19.8.8 (Ulp. 9 *de off. proc.*), sul quale ci soffermeremo a breve, e A. McCLINTOCK, *Servi*, cit., 72, che ha ritenuto che la *damnatio in ministerium metallicorum* fosse probabilmente il tipo di pena inflitto alle donne.

<sup>46</sup> Il frammento è stato ritenuto interpolato da U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., 381; ID., *La condizione*, cit., 74 ss., con particolare riferimento alla parte finale *si...civitatem*, in quanto la prospettazione del problema della perdita della cittadinanza per la *damnata* non sarebbe stata del tutto consona al modo di ragionare del giurista severiano. Nell'ordine di idee di Ulpiano, infatti, sarebbe stata chiara la distinzione tra pena capitale, che avrebbe comportato la perdita della cittadinanza, e condanne *extra ordinem*, da cui conseguiva la *servitus poenae* e, quindi, la perdita della libertà. L'ultimo segmento del testo a noi giunto deriverebbe dunque dalla sovrapposizione tra gli effetti della pena capitale e quelli della *servitus poenae*, sovrapposizione che, ad avviso dell'Autore, non sarebbe stata prospettata dal giurista ma dai Compilatori giustiniani. Più cauti, ma comunque a favore dell'origine compilatoria di parte dell'ultimo segmento del testo, A. DELL'ORO, *I libri*, cit., 194, nt. 356, e U. ZILLETI, *In tema*, cit., 52 e nt. 61: a loro modo di vedere il testo del giurista avrebbe originariamente contenuto il lemma *libertatem* in luogo di *civitatem*.

<sup>47</sup> Paiono considerare il testo genuino V. NERI, *I marginali*, cit., 483; F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 51 s. e 101; A. McCLINTOCK, *Servi*, cit., 73, e M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 484 s.

<sup>48</sup> Il significato dell'espressione *quasi servae poenae* appare abbastanza problematico: per F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 50 s., presupporrebbe comunque che la condanna *in ministerium metallicorum*, se *in perpetuum*, avrebbe determinato la *servitus poenae* del condannato, come risulta anche da D. 48.19.36 (Herm. 1 *iuris epit.*): *In metallum, sed et in ministerium metallicorum damnati servi efficiuntur, sed poenae*, in cui però Ermogeniano appare più deciso di Ulpiano, che mitiga invece la sua affermazione «con il ricorso all'avverbio 'quasi' e considerando necessaria una condanna 'in perpetuum'». Ad avviso del Salerno, pertanto, l'elemento comune dei gradi della *poena metalli* risiederebbe nell'effetto della condanna sul *damnatus*, dato che, in caso di condanna perpetua, sarebbe diventato *servus poenae* sia nel caso di condanna *ad metalla* che in quelli delle più leggere condanne in *opus metalli* o *in ministerium metallicorum*. D'altro canto, però, tra gli effetti dei *gradus* di condanna sembra potersi ravvisare un'importante differenza, sottolineata già da V. NERI, *I marginali*, cit., 483, nel caso in cui la condanna *in ministerium metallicorum* fosse stata *ad tempus*, perché il condannato avrebbe conservato i diritti civili, mentre nell'ipotesi di condanna *ad tempus in opus metalli* o *in metallum* avrebbe conservato soltanto la libertà. In ragione di tale differenza, il Salerno, op. cit., 53, ha quindi concluso che, a ben riflettere, lo *status* del condannato *ad metalla* era forse determinato più dalla durata della condanna, che dal *gradus* della stessa.

L'incipit del frammento (*in ministerium...solent*), che a noi interessa in particolar modo, pare anch'esso presentare, per quanto sotto un profilo diverso da quello visto poc'anzi, una notevole differenza rispetto a quanto affermato da Callistrato in D. 48.19.28.6 – cioè che, in base al rescritto di Adriano, nessuno avrebbe dovuto subire una condanna temporanea *in opus metalli* –, dal momento che sembra presupporre l'esistenza della prassi,<sup>49</sup> o comunque della tendenza consolidata, di applicare alle donne la condanna *in ministerium metallicorum*, tanto in maniera definitiva che *ad tempus*. Ciò induce a pensare che, all'epoca di Ulpiano, il rescritto di Adriano menzionato da Callistrato fosse stato superato dalla prassi giudiziaria, anche perché già lo stesso Callistrato ammetteva comunque la possibilità di condannare le *mulieres in opus metalli ad tempus*,<sup>50</sup> sebbene, in base a tale considerazione, non si possa arrivare a ritenere che la condanna *in ministerium metallicorum* fosse riservata alle donne.<sup>51</sup>

Di rilievo, in relazione all'approfondimento che andiamo conducendo, appare infine la testimonianza di

C. 9.47.9 (Imp. Alexander A. Demetriano): *Si matrem tuam decurionis filiam fuisse probatum fuerit, apparebit eam non oportuisse in ministerium metallicorum nec in opus metalli dari.*

Il rescritto emesso dalla cancelleria di Alessandro Severo,<sup>52</sup> probabilmente in risposta ad un quesito posto da Demetriano con riguardo alla madre, giunge a considerare non opportuna la condanna di quest'ultima *in ministerium metallicorum nec in opus metalli*, in quanto figlia di un decurione. Tale soluzione, che sembra presupporre che alla donna si potessero applicare le gradazioni meno pesanti della *poena metalli*, dato che concentra l'attenzione proprio su tale possibilità (*in ministerium metallicorum nec in opus metalli*), si mostra imperniata sulla circostanza che la *mulier* fosse figlia di un decurione, circostanza che induce la cancelleria a non irrogare nei suoi confronti né la condanna ai servizi alle miniere né quella ai lavori accessori in miniera.<sup>53</sup> Di conseguenza, la soluzione proveniente dalla cancelleria di Alessandro Severo pare fornire un'ulteriore informazione rispetto a quanto affermato da Ulpiano nel frammento che abbiamo appena visto: essa infatti, nel decidere se infliggere la pena, ed eventualmente quale *gradus* questa dovesse avere, mostra di considerare rilevante

<sup>49</sup> Dall'utilizzo del verbo *solent* da parte del giurista V. NERI, *I marginali*, cit., 483, deduce l'esistenza di una consuetudine; per F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 97, poi, la circostanza che si fosse soliti irrogare la condanna *in ministerium metallicorum* implicherebbe, soprattutto se letta in relazione al rescritto conservato in C. 9.47.9 (e, in particolare, alla formulazione della frase *apparebit...oportuisse* in esso utilizzata), che «nella prassi delle corti giudicanti, avrebbe potuto farsi strada, senza mai giungere a principio codificato, la considerazione della condizione femminile».

<sup>50</sup> Cfr. *supra* § 2.

<sup>51</sup> È rimasta infatti isolata in dottrina, se non per la condivisione da parte di A. LOVATO, *Il carcere*, cit, 141, la posizione di MILLAR, *Condemnation*, cit., 139, il quale aveva sostenuto che la condanna *in ministerium metallicorum* venisse inflitta soltanto alle donne.

<sup>52</sup> Sulla datazione del rescritto cfr. T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers<sup>2</sup>, With a Palingenesia of Third-Century Imperial Rescripts*, Oxford 1994, 132 nt. 801, che la colloca nel 224 d.C., per la precisione «before 24 Aug 224».

<sup>53</sup> Così F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 98 ss.; V. NERI, *I marginali*, cit., 482; M.V. SANNA, *Mulieres*, cit., 12, nt. 34.

anche l'elevato *status* sociale della donna, tanto che, in virtù di quest'ultimo, si orienta nel senso di non infliggerle neanche i *gradus* più leggeri della condanna *ad metalla*.<sup>54</sup>

Se passiamo ora a fare il punto su quanto è emerso, ai fini dell'indagine intrapresa, dalla breve ricognizione prospettata, possiamo porre in evidenza che le fonti fin qui passate in rassegna paiono mostrare che, durante il principato, alle donne potesse essere irrogata, *pro modo sexus*, una condanna di carattere più lieve tra quelle previste nell'ambito della *damnatio ad metalla*,<sup>55</sup> ma che tale possibilità rientrasse nel quadro della più ampia discrezionalità del giudice, che si affermò nell'ambito della repressione *extra ordinem*, di tenere conto, nella determinazione della pena, delle caratteristiche personali del condannato.

A ben riflettere, inoltre, l'impiego delle donne in attività meno pericolose come quelle che paiono caratterizzare le condanne *in opus metalli* e *in ministerium metallicorum* potrebbe connettersi anche con la circostanza che queste, per le loro caratteristiche fisiche, non sarebbero state in grado di assicurare alle miniere adeguata produttività, qualora fossero state impiegate in attività così pesanti da comprometterne l'integrità fisica. Il che induce a ritenere plausibile, in ultima analisi, che l'irrogazione della *poena metalli* potesse calibrarsi nel modo appena descritto, non soltanto in ragione di una particolare attenzione nei confronti delle condannate di sesso femminile, che poteva probabilmente assumere rilievo insieme ad altre qualità del reo, ma soprattutto allo scopo di consentire che le donne fornissero all'attività estrattiva un apporto adeguato alle loro caratteristiche fisiche, in modo che la suddetta attività, essenziale per gli interessi imperiali, venisse svolta senza intralci e nella maniera che ne avrebbe consentito la maggiore produttività.

3. Confronto tra C. 11.7(6).7 e CTh. 10.19.15. Se quanto è emerso finora ci porta a tenere in considerazione che le donne, nel periodo del principato, laddove condannate *ad metalla*, avrebbero potuto subire, in ragione del sesso, le più tenui condanne *in opus metalli* o *in ministerium metallicorum*, anche temporanee, ed essere perciò adibite a svolgere lavori di servizio ed accessori nei confronti di coloro che svolgevano l'attività estrattiva vera e pro-

<sup>54</sup> Ad avviso di F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 98 s., il rescritto sarebbe, al tempo stesso, conservatore ed innovatore. Conservatore perché espressione della tendenza, in atto già dal II secolo d.C., a dare rilevanza, nel sistema delle pene, così come in altri settori della vita pubblica, ai privilegi collegati ai requisiti censitari dei soggetti coinvolti, anche se in epoca severiana la distinzione tra *honestiores* e *humiliores* non era probabilmente definita in maniera netta. Per altro verso, poi, potrebbe considerarsi un intervento innovatore perché avrebbe combinato la rilevanza dell'appartenenza sociale con quella della condizione femminile, sebbene, come parrebbe risultare dalle fonti qui esaminate, le due peculiarità del rescritto individuate dall'Autore, possano essere entrambe ricondotte allo stesso fenomeno, ossia alla più attenta considerazione da parte del giudice di quelle che erano le caratteristiche personali del condannato.

<sup>55</sup> In questo senso, in particolare, le conclusioni di F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 98 ss., in relazione alle quali rileva altresì segnalare, come evidenziato da F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «*Ad metalla*». *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, in *Iura* 2003 [pubbl. 2006], 295 ss., in part. 300, che il consolidarsi della suddetta discrezionalità in capo al giudice induce a considerare tendenzialmente superato il contenuto del rescritto di Adriano riportato in D. 48.19.28.6. L'ipotizzata "regola" adrianea della perpetuità della *poena metalli*, infatti, mal si concilierebbe anche con quanto affermato in D. 48.19.23 (Mod. 8 *reg.*), riportato *supra* nt. 33, e nella costituzione di Costantino conservata in CTh. 1.5.3, con cui l'Imperatore impose una condanna *in metallum* di durata biennale per chi, di condizione umilissima, si fosse reso *inprobis oppugnator* di una sentenza, determinando così «la divaricazione tra perpetuità e *poena metalli*».

pria, non possiamo esimerci dal constatare che il riferimento alle *metallariae* presente in C. 11.7(6).7 è apparso, sin da una prima analisi, volto a perseguire uno scopo diverso.<sup>56</sup> Esso, infatti, è sembrato finalizzato a porre le minatrici sullo stesso piano dei minatori, in modo che fosse assicurato loro lo stesso trattamento giuridico di questi ultimi.<sup>57</sup>

Come già anticipato, per comprendere le ragioni della disciplina elaborata dai Compilatori giustiniane ed inserita in C. 11.7(6).7, con particolare riferimento alla menzione delle *metallariae*, vale la pena di confrontare quest'ultima con la costituzione che viene considerata il suo principale<sup>58</sup> antecedente all'interno del *Codex Theodosianus*. Prima di procedere

<sup>56</sup> Cfr. *supra* § 1.

<sup>57</sup> Inoltre, per C. DUPONT, *Le Droit Criminel dans les Constitutions de Constantin. Les peines*, Lille 1955, 30 ss., in part. 31, la condizione femminile avrebbe perso totalmente rilievo, in ordine alla decisione del *gradus* della *damnatio ad metalla*, in epoca costantiniana, alla luce del contenuto della nota costituzione di Costantino conservata in CTh. 12.1.6 (che dovrebbe essere datata 319 d.C. in base alla *scriptio* a noi giunta, ma è stata ritenuta del 318 da O. SEECK, *Regesten*, cit., 166) ed inserita, con alcune modifiche, anche in C. 5.5.3, di cui si riporta qui di seguito la parte rilevante ai fini della presente indagine. CTh. 12.1.6 (319 Iul. 1) (Imp. Constantinus A. Patroclo): *Nulla praeditos dignitate ad sordida descendere conubia servularum etsi videtur indignum, minime tamen legibus prohibetur; sed neque conubium cum personis potest esse servilibus et ex huiusmodi contubernio servi nascuntur. Praecipimus itaque, ne decuriones in gremia potentissimarum domorum libidine ducente fugiant. Si enim decurio clam actoribus atque procuratoribus nescientibus alienae fuerit servae coniunctus, et mulierem in metallum trudi per sententiam iudicis iubemus et ipsum decurionem in insulam deportari [...].* Dat. kal. Iul. Aquil(eiae) Constantino A. V et Licinio Conss. Come sottolineato dal medesimo Dupont, in ID., *La Réglementation Économique dans les Constitutions de Constantin*, Lille 1963, 16 ss., in part. 18, Costantino, dopo avere sancito che l'unione matrimoniale tra gli uomini liberi *nulla dignitate praediti* e le schiave avrebbe dato luogo a *contubernium* e non a *conubium*, avrebbe creato una «infractio nouvelle», punendo l'unione tra un decurione e una schiava altrui, in particolare laddove il padrone di costei fosse stato un *potentior*, come precisato da P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I: Il IV secolo. Prima parte*, in *Iura* 29, 1978, 17 ss., in part. 27 s., a cui si rimanda anche per ulteriori ragguagli bibliografici. Sotto il profilo che a noi interessa, la costituzione dispone poi che alla schiava che avesse contratto un'unione di tal fatta avrebbe dovuto applicarsi la condanna *in metallum* (*et mulierem in metallum trudi per sententiam iudicis iubemus*): tale disposizione sarebbe quindi testimonianza, ad avviso di C. DUPONT, *Le Droit*, cit., 31, che, da Costantino in poi, «le sexe du condamné est sans importance. La femme comme l'homme est exposée au *metallum*». Tuttavia, l'illustre Autore non manca di rilevare, nella trattazione successiva, che, in base a quanto disposto in CTh. 1.5.3, CTh. 4.8.8 e C. 6.1.3, il medesimo Costantino avrebbe invece mostrato, nell'infliggere la *damnatio ad metalla*, notevole attenzione alle condizioni sociali e personali dei condannati. Sul punto, rilevano inoltre le considerazioni di V. NERI, *I marginali*, cit., 483, ad avviso del quale la soluzione costantiniana sarebbe un caso isolato che non proverebbe che i gradi della condanna delle donne *in opus metalli* o *in ministerium metallicorum* non fossero più applicabili, ma soltanto che il giudice poteva decidere di irrogare le suddette condanne meno gravose nei confronti delle donne, ma non era obbligato in tal senso. Se quanto osservato dal Neri appare in effetti condivisibile, sulla questione paiono altresì rilevanti le osservazioni di F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., 101, dal momento che l'ipotesi formulata dal Dupont non tiene forse in adeguata considerazione la circostanza che la *lex* di Costantino si riferisca ad una schiava e non una donna libera: tale dato, infatti, se letto alla luce del fatto che probabilmente, anche in epoca severiana, il problema di applicare i *gradus* più leggeri nei confronti delle *damnatae* si pose in relazione alle donne libere, induce a non poter escludere che una discrezionalità del genere in capo al giudice abbia continuato a sussistere anche dopo la costituzione conservata in CTh. 12.1.6.

<sup>58</sup> Insieme al breve segmento ripreso da CTh. 10.19.5, riguardante i *metallarii* che si erano nascosti nei possedimenti imperiali (*quos...retineant*), indicato in precedenza. Sul contenuto di tale costituzione cfr. *supra* § 1, ntt. 11, 12 e 13.

alla lettura del suddetto provvedimento, conservato in CTh. 10.19.15, rileva tenere a mente qualche dato di ordine sistematico ad esso relativo che consente di cogliere affinità e differenze rispetto alla logica che pare essere alla base dell'inserzione, avvenuta a circa un secolo di distanza, di C. 11.7(6).7 nel *Codex repetitae praelectionis*.

Entrambe le versioni del provvedimento emesso dalla cancelleria di Teodosio II risultano infatti *leges* finali dei rispettivi titoli, *de metallis et metallariis* (CTh. 10.19) del Codice Teodosiano e *de metallariis et metallis et procuratoribus metallorum* (C. 11.7(6)) del Codice giustiniano: rappresentano non solo le ultime norme sotto il profilo cronologico dei rispettivi titoli, ma anche le *leges* di chiusura della disciplina sulle miniere in essi contenuta. Esse, dunque, paiono destinate a fissare per il futuro le disposizioni da applicare ai *metallarii*, in modo da vincolarli perpetuamente al proprio mestiere ed ai luoghi in cui esso si svolgeva e fronteggiare nel contempo il problema delle loro fughe dai suddetti luoghi.<sup>59</sup>

Tuttavia, mentre il regime conservato in CTh. 10.19.15 si pone a conclusione di un titolo che conserva un gruppo abbastanza nutrito di costituzioni che riguardano direttamente o indirettamente i *metallarii*, nel titolo dedicato alle miniere del *Codex repetitae praelectionis* la costituzione contenuta in C. 11.7(6).7 risulta essere l'unica dedicata alla condizione dei *metallarii*.<sup>60</sup> Ciò consente quindi di presumere che i Compilatori giustiniani, nel selezionare le costituzioni del titolo *de metallis et metallariis* del *Codex Theodosianus* da inserire nel Codice che andavano elaborando, abbiano ritenuto opportuno, con riguardo al regime concernente i *metallarii*, attingere precipuamente dalla normazione contenuta in CTh. 10.19.15 o dalla versione di essa probabilmente già inserita nel primo Codice giustiniano,<sup>61</sup> in quanto tale normazione aveva una rilevanza preminente rispetto alle altre, quale punto di arrivo della legislazione anteriore.

Fatte queste osservazioni di carattere sistematico, per proseguire nell'indagine intrapresa, non resta che leggere il testo di

CTh. 10.19.15pr. (424 Iul. 11) (Imp. Theod(osius) A. Maximino Com(iti) S(acrarum) L(argitionum)): *Metallarii, qui ea regione deserta, ex qua videntur oriundi, ad externa migrarunt, indubitanter ad propriae originis stirpem laremque revocentur. Eorum autem earumque progenies, qui ex domibus privatorum eligere maluerunt consortia nuptiarum, aequa inter fiscum meum et parentes suos lance dividatur, ita ut, qui singulorum tantummodo filiorum probabuntur esse genitores, ex integro unicus fisco affectibus cedant: in posterum cunctis metallariorum conditionem necessario secuturis, quicumque ex ipsis et ex quocumque fuerint latere procreati. 1. Qui vero metallica loca praedictae obnoxia functioni emisse perhibentur, isdem procul dubio, quae auctores eorum implere consueverant, muniis subiacebunt. Nam de his, qui ad census annonarios transierunt, observandum est, ut illi, qui ante quinquennium tantummodo nexibus privatorum videntur*

<sup>59</sup> La circostanza che, dopo circa un secolo dall'inclusione di CTh. 10.19.15 nel *Codex Theodosianus*, i Compilatori giustiniani abbiano inserito il suddetto provvedimento in C. 11.7(6).7 – seppur rielaborandolo ed integrandolo, come abbiamo visto *supra* § 1 e nt. 11, 12 e 13, con il disposto di CTh. 10.19.5 – induce infatti a presumere che il problema della fuga dei *metallarii* dalle regioni di origine non fosse ancora del tutto risolto nella prima metà del VI secolo d.C.

<sup>60</sup> Per ulteriori ragguagli di carattere generale sui titoli CTh. 10.19 e C. 11.7(6), cfr. *supra* nt. 17.

<sup>61</sup> Al proposito, cfr. *supra* § 1 in fine.

*impliciti, sine dubio ad originem propriam redire cogantur, ex aequo cum publicis fundis eorum subole dividenda et unico filio metallariorum origini vindicando, omni tamen ceteris in futurum huiusmodi licentia arte praeclusa. Quod si quis postea illud quod nunc prohibetur fecerit, sciatur nullum exinde praeiudicium fisco esse generandum, etiamsi is, quem metallicum esse constabit, privatis censibus suum nomen indiderit.* Dat. V id. Iul. Constantinop(oli) Victore V. C. Cons.

La versione della costituzione emessa l'11 luglio 424 dalla cancelleria di Teodosio II conservata in CTh. 10.19.15pr. si apre con una disposizione (*metallarii...revocentur*) che coincide in larga misura con quella di apertura C. 11.7(6).7, dal momento che prescrive che i *metallarii*<sup>62</sup> che abbandonarono<sup>63</sup> la regione di origine avrebbero dovuto *indubitanter*<sup>64</sup> esservi ricondotti.<sup>65</sup> Essa però non contiene, a differenza del testo pervenuto in C. 11.7(6).7, alcun riferimento alle *metallariae*, né all'impossibilità di applicare una *temporis praescriptio* in favore dei *metallarii* e delle *metallariae* fuggiti dalla regione d'origine. Si può inoltre notare che in CTh. 10.19.15pr. non vi è alcuna espressa indicazione in ordine all'obbligo di costoro di rientrare nella regione di origine insieme alla loro prole, mentre C. 11.7(6).7, come abbiamo già visto, contiene la specificazione *una cum sua subole revocentur*. Ebbene, alla luce del prosieguo del testo di CTh. 10.19.15pr., ciò pare derivare alla circostanza che le disposizioni iniziali in esso contenute fossero focalizzate a risolvere, dapprima in via transitoria, il problema dei figli nati dalle unioni in cui un solo soggetto fosse metallario.<sup>66</sup>

Il testo tradito in CTh. 10.19.15pr. prosegue infatti con un'articolata disamina, di cui non è rimasta traccia nella versione giustiniana contenuta in C. 11.7(6).7, relativa ai figli nati dalle unioni tra *metallarii* e soggetti non appartenenti alla medesima condizione. Il segmento del provvedimento dedicato ai figli nati da tali unioni miste si apre con l'indicazione *eorum autem earumque progenies*, che appare significativa ai nostri fini, in quanto consente di comprendere che, nelle intenzioni dei Compilatori teodosiani, la disposizione avrebbe riguardato sia i figli

<sup>62</sup> I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, cit., 531, precisa che questi erano probabilmente «*metallarii seu metallici publicorum, seu fiscalium metallorum*», come pare confermato anche dal prosieguo di CTh. 10.19.15pr., in cui i figli nati dalle unioni miste che sarebbero stati necessariamente *metallarii* vengono definiti figli spettanti al fisco (*aequa inter fiscum meum et parentes suos lance dividatur, ita ut, qui singulorum tantummodo filiorum probabuntur esse genitores, ex integro unicis fisco affectibus cedant...*).

<sup>63</sup> Si può notare l'utilizzo, in CTh. 10.19.15, del perfetto indicativo in forma contratta *migrarunt*, mentre in C. 11.7(6).7 troviamo il medesimo verbo coniugato al perfetto congiuntivo (*migraverint*), presumibilmente in seguito alla modifica operata in tal senso dai Compilatori giustiniani.

<sup>64</sup> Stando all'opinione di T. HONORÉ, *The Making of the Theodosian Code*, in ZSS 103, 1986, 133 ss., in part. 180 e nt. 102, l'inserzione dell'avverbio *indubitanter* nel testo di CTh. 10.19.15pr., conservato anche dai Compilatori giustiniani in C. 11.7(6).7, sarebbe da ricondursi, così come in CTh. 11.1.33, ad un intervento di Sallustio, «a powerful figure», *quaestor* negli anni 423 e 424 d.C.

<sup>65</sup> Ciò pare implicare, come osservato *supra* § 1 e nt. 8, anche il ritorno alla condizione di origine.

<sup>66</sup> Dal regime destinato a cristallizzarsi nel tempo nei confronti dei figli di tali unioni, su cui ci soffermeremo a breve, emerge inoltre che questi sarebbero stati comunque tutti *metallarii*: ciò permette di dedurre che i Compilatori giustiniani abbiano inserito la precisazione *una cum sua subole revocentur*, in C. 11.7(6).7, al fine di predisporre un testo normativo il più possibile chiaro sul punto, facendo quindi riferimento al regime cristallizzato nel frattempo nei confronti degli stessi, il quale, dato che stabiliva che anche i figli delle unioni miste sarebbero stati tutti *metallarii*, faceva perno sulla regola per cui comunque i figli dei *metallarii* sarebbero stati *metallarii*.

dei *metallarii* sia quelli delle *metallariae* che si fossero uniti con soggetti non *metallarii*. Tale precisazione potrebbe altresì ricollegarsi alla consapevolezza dei Compilatori teodosiani della complessità della disciplina elaborata con riguardo ai figli, complessità che avrebbe potuto favorire interpretazioni elusive della stessa, quali, ad esempio, la pretesa di applicare il regime per i figli nati dalle unioni miste soltanto a quelli nati da *metallarii* uomini.<sup>67</sup>

Il che potrebbe inoltre indurre ad ipotizzare che, nella logica dei Compilatori teodosiani, anche la precedente disciplina tratteggiata in CTh. 10.19.15pr. dovesse applicarsi tanto ai *metallarii* che alle *metallariae*, ma che la minore complessità dell'enunciato normativo non avesse richiesto un chiarimento sul punto. La suddetta ipotesi, per quanto congetturale, potrebbe forse trarre conforto dalla circostanza che in tutte le altre costituzioni del titolo CTh. 10.19 del Codice Teodosiano direttamente riferite ai *metallarii* non compaia alcun riferimento alle *metallariae*,<sup>68</sup> come se le cancellerie imperiali da cui le medesime costituzioni erano state emesse o i Compilatori teodosiani, qualora ne avessero modificato il testo in tal senso,<sup>69</sup> ne avessero presupposto l'applicabilità alle *metallariae*.

La prosecuzione della *lex* conservata in CTh. 10.19.15pr. presenta infatti un testo di non facile comprensione, anzitutto per il modo in cui è redatto: da esso pare si possa evincere in primo luogo che i figli di quei *metallarii* e di quelle *metallariae* che avessero contratto *consortia nuptiarum*<sup>70</sup> con soggetti privati (*ex domibus privatorum*), sarebbero spettati in parti uguali al fisco ed ai loro genitori (*aequa inter fiscum meum et parentes suos lance dividatur*)<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Ad esempio, si sarebbe potuta sostenere, al riguardo, l'applicabilità della regola *matrem sequatur agnatio*, su cui *infra* nt. 75, anche se presumibilmente già superata, tanto che, poco oltre, nel tratteggiare la disciplina destinata ad operare *in posterum*, la *lex* precisa che i figli *ex quocumque fuerint latere procreati* sarebbero stati *metallarii*.

<sup>68</sup> Si tratta di *leges* che riportano direttamente il lemma *metallarii* o che usano espressioni sinonimiche per individuare questi ultimi: oltre a CTh. 10.19.5, riportata *supra* nt. 11, si possono rammentare CTh. 10.19.6 (369 Iun. 4) (Imppp. Val(entini)anus, Valens et Gr(ati)anus AAA. ad Probum P(raefectum) P(raetori)o): *Si qua navis metallarium... pro singulis hominibus [...]*; CTh. 10.19.7 (370? 373? Mart. 19) (Idem AAA. ad Probum P(raefectum) P(raetori)o): *... eos, qui ibidem auri metallum vago errore sectantur... sed ut singulos potius regredi ad solum genitale compellant... qui latebram huiusmodi hominibus post haec interdicta praebuerit*; CTh. 10.19.9 (378 Aug. 15) (Imppp. Valens, Gr(ati)anus et Val(entini)anus ad Vindicianum V(irum) C(larissimum) Vic(ari)um): *... metallarios praecipimus admoneri... ita ut, si aurileguli transfretare temptassent, a cui devono aggiungersi CTh. 10.19.3 e 12, riportate *supra* nt. 18.*

<sup>69</sup> Ciò risulta però difficile da verificare, dal momento che le costituzioni del titolo CTh. 10.19, pervenute attraverso il *Codex Vaticanus Reginae* 886 e – senza variazioni di rilievo – dai cd. ‘frammenti Corsiniani’ del *Codex Theodosianus*, editi da M. CARVALE, *Frammenti del Codex Theodosianus conservati presso la Biblioteca dell'Accademia Nazionale dei Lincei e presso lo Staatsarchiv di Zurigo*, in *Studi in onore di M. Talamanca*, 1, Napoli 2001, 433 ss., non risultano riportate in altre fonti coeve o successive alla loro emanazione. Sul punto, cfr. J.M. COMA FORT, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 66 ss.

<sup>70</sup> Come posto in evidenza da G. DE BONFILS, *Legislazione ed ebrei nel IV secolo. Il divieto dei matrimoni misti*, in BIDR 90, 1987, 389 ss., in part. 409 e nt. 68, e ID., *La 'terminologia matrimoniale' di Costanzo II. Uso e adattamento politico*, in LABEO 42, 1996, 254 ss., in part. 257 e nt. 17, 259 e nt. 21, il lemma *consortium* non avrebbe il significato tecnico di matrimonio, così come in altri contesti della normazione teodosiana – indicati dall'Autore alla nt. 64 del primo scritto e alla nt. 17 del secondo –, ma sarebbe utilizzato nel senso generico di unione.

<sup>71</sup> Così si orienta anche D.V. PIACENTE, *Sul titolo*, cit., 177 e nt. 125, ad avviso del quale «l'espressione *lance dividatur* indica proprio l'esatta divisione con la lancia, come era in uso presso i Romani di epoca arcaica».

e che, di conseguenza, il figlio spettante al fisco sarebbe obbligatoriamente stato *metallarius*, mentre quello spettante ai *parentes* sarebbe stato libero dal vincolo. Viene poi stabilito (*ita ut, qui...genitores*), con riguardo ai *genitores* che si trovassero nella situazione in precedenza indicata – il che rende presumibile che la cancelleria alludesse sia agli uomini sia alle donne –,<sup>72</sup> che, qualora avessero avuto un solo figlio, avrebbero dovuto cederlo al fisco: di conseguenza, questo sarebbe stato *metallarius* e non libero dal vincolo.

La norma precisa infine che, *in posterum*, cioè dopo l'entrata in vigore della costituzione, tutti i figli dei *metallarii* (*ex ipsis*) sarebbero stati necessariamente *metallarii*, anche se nati *ex quocumque latere*, cioè, verosimilmente, da padre o madre *metallarii* e un soggetto non metallario.<sup>73</sup> La circostanza che questa parte della *lex* disponga per il futuro sembra fare emergere che il suddetto regime fosse destinato a cristallizzarsi nel tempo e che la regola enunciata in precedenza, per cui soltanto un figlio ogni due, se nato da unioni miste, sarebbe stato metallario, fosse una disposizione transitoria. Ciò avrebbe forse indotto i Compilatori giustinianeî ad espungerla, a circa un secolo di distanza, dal testo di C. 11.7(6).7 e ad espungere anche, perché ormai consolidatasi nel tempo, la precisazione in base alla quale tutti i figli dei *metallarii* e delle unioni miste sarebbero stati *metallarii*.<sup>74</sup>

Ad ogni modo, il regime destinato ad operare *in posterum*, secondo il disposto di CTh. 10.19.15, sembra imporre un vincolo talmente stringente nei confronti dei discendenti dei *metallarii* o di coloro che avessero soltanto il padre o la madre *metallarii* da avere indotto il Täckholm<sup>75</sup> a sostenere che i *metallarii* si trovassero, in buona sostanza, in una condizione

<sup>72</sup> Ciò pare dovuto al fatto che fosse stata già chiarita in precedenza l'intenzione di applicare la disposizione sia ai *metallarii* sia alle *metallariae*.

<sup>73</sup> L'indicazione *ex quocumque latere* sembra infatti potersi intendere come riferita sia al lato paterno sia al lato materno.

<sup>74</sup> Così, L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, Parte generale, Cortona 1933, 199 e nt. 2, 271 e nt. 2, il quale annovera l'omissione in C. 11.7(6).7 della lunga parte di testo da *eorum autem a artem praeclusa* contenuta in CTh. 10.19.15 alla circostanza che si trattasse di disposizioni dettate *in praeteritum*: la suddetta omissione sarebbe da annoverare tra quei casi in cui, nel *Codex repetitae praelectionis*, «talvolta accade che l'opportunità di riprodurre l'originale in forma più breve si combini con quella di eliminarvi le notizie storiche». In tal senso, più di recente, anche D.V. PIACENTE, *Sul titolo*, cit., 177.

<sup>75</sup> Ad avviso di U. TÄCKHOLM, *Studien*, cit., 155 s., ciò deriverebbe dalla circostanza che mentre i figli dei *metallarii* sarebbero stati soggetti al suddetto vincolo, secondo il regime definitivo fissato da CTh. 10.19.15pr., quantunque nati da unioni miste, la medesima conseguenza non si sarebbe necessariamente verificata per i figli degli altri collegiati, in base al contenuto della *lex* conservata in CTh. 14.7.1 [=Brev.14.1.1] (397 Mai. 24) (Impp. Arcad(ius) et Honor(ius) AA. Graccho Cons(ulari) Campaniae): *De retrahendis collegiis vel collegiatis iudices competentes dabunt operam, ut ad proprias civitates eos, qui longius abierunt, retrahi iubeant cum omnibus, quae eorum erunt, ne desiderio rerum suarum loco originario non valeant adineri. De quorum agnatione haec forma servabitur, ut, ubi non est aequale coniugium, matrem sequatur agnatio, ubi vero iustum erit, patri cedat ingenua successio*. Dat. VIII kalend. Iun. Med(iolano) Caesario et Att(ico) Conss. Interpretatio: Collegiati, si de civitatibus suis forte discesserint, ad civitatis suae officia cum rebus suis vel ad loca, unde discesserunt, revocentur: de quorum filiis haec servanda condicio est, ut, si de colona vel ancilla nascuntur, matrem sequatur agnatio; si vero de ingenua et collegiato, collegiati nascuntur. Tale costituzione, alla luce della lettura di A.J.B. SIRKS, *Sulpicius Severus' letter to Salvius*, in BIDR 85, 1982, 143 ss., in part. 163 e nt. 64, a cui si rinvia per ulteriore bibliografia, dopo avere stabilito che i collegiati, allontanatisi dalle loro *civitates*, avrebbero dovuto rientrarvi con tutti i loro beni, avrebbe chiarito che i figli di questi, se nati

giuridica peggiore di quella degli altri corporati e collegiati, condizione che indurrebbe a non ricomprenderli tra questi ultimi, ma a considerarli «eine besondere Arbeiterkategorie», più vicina a quella dei coloni agricoli. Al proposito però, per quanto certi aspetti della disciplina appena emersa con riguardo ai *metallarii* appaiano in effetti accomunabili ad alcune disposizioni riguardanti il colonato,<sup>76</sup> deve parimenti rammentarsi che le soluzioni adottate

da un'unione tra un collegiato ed un'ancilla o *colona originalis*, poiché *non est aequale coniugium*, avrebbero seguito la condizione giuridica della madre (*matrem sequatur agnatio*), mentre, nel caso contrario, quella del padre. Pertanto, nel caso in cui la madre non fosse una collegiata, ma fosse una *colona vel ancilla*, i figli sarebbero risultati estranei al collegio. Tuttavia, lo stesso U. TÄCKHOLM, *op. cit.*, 156, riconosce che tale regime andò peggiorando, in virtù dell'emanazione nel 400 d.C., ancora nella parte occidentale nell'impero, delle disposizioni conservate in CTh. 12.19.1 (400 Iun. 29) (Imppp. Arc(adius) et Hon(orius) AA. Vincentio P(raefecto) P(raetorio) Gall(iarum)): *Destitutae ministeriis civitates splendorem, quo pridem nituerant, amiserunt: plurimi siquidem collegiati cultum urbium deserentes agrestem vitam secuti in secreta sese et devia contulerunt. Sed talia ingenia huiusmodi auctoritate destruimus, ut, ubicumque terrarum repperiti fuerint, ad officia sua sine ullius nisu exceptionis revocentur. De eorum vero filiis, qui tamen intra hos proxime quadraginta annos docebuntur fuisse suscepti, haec forma servabitur, ut inter civitatem et eos, quorum inquilinas vel colonas vel ancillas duxerint, dividantur, ita ut in ulteriorem gradum missa successio nullam calumniam perhorrescat*. Et cetera. Dat. III kal. Iul. Med(iolano) Stilichone et Aureliano VV. CC. Conss. La seconda parte di tale costituzione (*de eorum...perhorrescat*), esaminata incidentalmente da A.J.B. SIRKS, *Sulpicius*, cit., 164 e nt. 65, e G. DE BONFILS, *Legislazione*, cit., 419, mostrerebbe, come evidenziato dall'Autore citato da ultimo, la volontà di Onorio di applicare «la regola dell'attrazione» per tutti gli addetti alle manifatture statali. La *lex*, dopo avere sancito che i collegiati delle corporazioni cittadine che avessero abbandonato la loro condizione sarebbero dovuti tornare *sine ullius nisu exceptionis* (indicazione questa che rimanda al *sine ulla temporis praescriptione* di C. 11.7.(6).7, su cui *supra* nt. 16), ai loro precedenti uffici, stabilisce che i loro figli, nati nei quarant'anni precedenti, sarebbero stati ripartiti tra la *civitas* ed il proprietario della terra di riferimento della madre, *inquilina, colona* o *ancilla*, diventando uno su due collegiati. In effetti, il regime definitivo fissato da CTh. 10.19.15pr. – e poi, come vedremo, anche dal § 1 della medesima *lex* –, per cui tutti i figli nati dalle unioni miste sarebbero stati obbligatoriamente *metallarii*, potrebbe apparire in prima battuta, come sostenuto dal Täckholm, più severo di quello relativo ai figli dei collegiati delle corporazioni cittadine. Tuttavia, a ben riflettere, dalla seconda parte di CTh. 12.19.1, pare potersi cogliere che anche la disciplina relativa ai figli nati dalle unioni miste dei collegiati avesse carattere transitorio, in quanto applicabile ai figli nati nei quarant'anni precedenti. Di conseguenza, dato che tale *lex* faceva verosimilmente parte di un provvedimento più ampio di cui alcune disposizioni sono state inserite in altri luoghi del *Codex Theodosianus* e del *Codex repetitae praelectionis*, segnalati da P. KRÜGER, *Codex*, cit., 984, ad C. 11.48.13, il regime definitivo in materia, a noi non pervenuto, potrebbe avere avuto un indirizzo diverso rispetto a quello transitorio appena descritto. Dal momento che tale rilievo suggerisce di limitare il confronto ai due regimi transitori, può essere sottolineato al riguardo che la circostanza che la disciplina transitoria relativa ai figli delle unioni miste dei collegiati faccia riferimento ai figli nati nei quarant'anni precedenti, mentre quella transitoria in ordine alle unioni miste dei *metallarii* a quelli nati nei cinque anni precedenti, induce a notare la maggiore estensione del lasso di tempo di applicazione – e dunque la maggiore severità – della disciplina transitoria relativa ai collegiati. Questa considerazione rende pertanto più opportuno procedere al confronto tra la disciplina relativa alle unioni miste e alla prole nata da esse tra un soggetto metallario ed uno non metallario con il regime definitivo fissato per altre categorie professionali, su cui cfr. *infra* nt. 77.

<sup>76</sup> Nell'ambito della vastissima bibliografia relativa al colonato, possiamo fare rinvio, in ordine alla problematica di nostro interesse, alle indagini di M. BIANCHINI, *Sul regime delle unioni fra liberi e adscripticii nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 5, Milano 1984, 59 ss., in part. 62 ss.; EAD., *Conditio dei genitori e status dei figli. Riflessioni su Nov. Iust. 38.6*, in *Diritto e società nel mondo romano. 1. Un incontro di studio*. Pavia 21 aprile 1988, Como 1988, 181 ss., in part. 19 (ora entrambe in EAD., *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, 419 ss., in part. 420 ss., e 492 ss., in part.

in CTh. 10.19.15pr. in ordine alle unioni miste, così come ai figli nati dalle stesse, sembrano presentare punti di contatto non trascurabili con la disciplina predisposta, ancor prima o grossomodo in concomitanza del 424 d.C., nei confronti di altri soggetti appartenenti a categorie professionali che svolgevano un servizio di rilevanza pubblica.<sup>77</sup>

500), le quali, sebbene focalizzate sulla disciplina novellare in materia, passano in rassegna le fonti del *Codex Theodosianus* e del *Codex repetitae praelectionis* sulle unioni tra coloni e soggetti non appartenenti alla medesima condizione. L'Autrice, alla nt. 2 del primo scritto citato, sottolinea inoltre che «sulla posizione dei figli non sembra incidere in modo particolare la differenza, pur giuridicamente rilevante, tra colono libero e colono *adscripticius*, in quanto in ambedue i casi la preoccupazione del legislatore tardo-imperiale è quella di assicurare la consistenza della forza lavoro impiegata in agricoltura», per poi esaminare, anche se incidentalmente, la legislazione giustiniana conservata in C. 11.48(47).21, 22 e 23. Sulla base di tale rilievo e del taglio che caratterizza la presente indagine, non è possibile in questa sede affrontare le complesse problematiche connesse ai diversi statuti del coloni nella legislazione tardoantica, in relazione alle quali si rimanda alla letteratura citata *supra* alla nt. 16. Possiamo altresì ricordare che, come posto in rilievo, *ex multis*, da J.-M. CARRIÉ, «Colonato», Roma 1997, 75 ss., in part. 122 ss.; G. GILIBERTI, *Servi*, cit., 110 s., e più di recente da F. BOTTA, *Commento a Ed. XXV*, cit., 94 s., e Id., «De his», cit., (in corso di stampa), le summenzionate costituzioni, emesse tra il 529 ed il 534, intervennero probabilmente a precisare alcuni aspetti della disciplina della *lex Anastasiana* (C. 11.48(47).19), su cui *supra* ancora nt. 16, anche con riguardo ai figli dei coloni. Al proposito, paiono degne di nota le disposizioni conservate in C. 11.48(47).22.3-4 e C. 11.48(47).23.1, del 530 e del 531 d.C., in quanto stabilirono che i figli dei coloni, divenuti tali perché rimasti per almeno trent'anni nel fondo, sebbene non avessero svolto l'attività paterna, avrebbero comunque acquisito la condizione del padre – nel senso che sarebbero stati vincolati al fondo e non lo avrebbero potuto abbandonare –, e che i figli, di entrambi i sessi, una volta che fosse diventato colono il genitore nel modo suddetto, *deberent coloniariae esse condicionis an tantummodo genitor eorum*, a prescindere dal tempo da loro trascorso nel fondo. La disciplina che abbiamo qui brevemente ripercorso, quindi, sembra permettere di evidenziare, con M. BIANCHINI, *Sul regime*, cit., 423, che soprattutto in epoca giustiniana si tese progressivamente ad attribuire ai figli la condizione di coloni dei genitori «senza tenere conto dell'eventuale diverso *status* di uno dei genitori». Ciononostante, in relazione all'opinione di U. TÄCKHOLM, *Studien*, cit., 155 s., riportata nel testo, si può sin d'ora osservare che, come vedremo *infra* nt. 77, la suddetta tendenza sembra manifestarsi, in un'epoca più vicina alla data di emanazione della costituzione conservata in CTh. 10.19.15, anche con riferimento ad altre categorie professionali.

<sup>77</sup> È stato infatti posto in luce in dottrina che, con riguardo ad alcune altre categorie professionali incaricate di svolgere un servizio pubblico, era stata predisposta una disciplina – conservata, in particolare, in CTh. 10.20 (*de murilegulis et gynaeceariis et monetariis et bastagariis*) – per molti versi sovrapponibile a quella prevista dalla nostra costituzione. Nell'ambito dell'ampia letteratura sul punto, cfr. *amplius* J.-P. WALTZING, *Étude*, cit., 281 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *Storia*, cit., 149 ss., in part. 152 s. e nt. 63; J.L. MURGA, *Los "corporati obnoxii"*, cit., 545 ss., in part. 575 ss.; M. BIANCHINI, *Sul regime*, cit., 423 s. e nt. 13; G. DE BONFILS, *Legislazione*, cit., 416 ss.; R. DELMAIRE, *Largesses*, cit., 443 ss. Al proposito, appare significativa la *lex* del 371 d.C., conservata in CTh. 10.20.5 (371 Iun. 28) (Imppp. Val(entini)anus, Valens et Gr(at)ianus AAA. Filematio C(omiti) S(acrarum) L(argitionum)): *Si quis uxorem de familiis conchylegularum acceperit, sciat condicioni eorundem se esse nectendum*. Dat. IIII kal. Iul. Trev(iris) Gr(at)iano A. II et Probo Cons., la quale dispose che l'uomo non appartenente alla condizione di *conchylegulus* che si fosse unito con una *uxor* proveniente da una famiglia di *conchyleguli* avrebbe assunto la condizione della famiglia di lei: di conseguenza, i figli sarebbero stati *conchyleguli*. Una disposizione analoga si ritrova in CTh. 10.20.15 del 425 d.C. (*Iti, qui ex filiabus murilegularum et alienae originis patribus sunt vel fuerint procreati, iura maternae condicionis agnoscant*). La conseguenza della trasmissione ai figli del vincolo alla condizione dei genitori, di cui soltanto uno appartenesse ad una particolare categoria professionale di rilevanza pubblica, pare ancora attestata, come posto in evidenza da M. BIANCHINI, *Sul regime*, cit., 423, nt. 13, nelle costituzioni conservate in C. 11.68.4, C. 11.69.1pr., CTh. 14.3.14, CTh. 14.4.8pr., oltre che in CTh. 10.20.15, emesse tra il 367

Il § 1 di CTh. 10.19.15 dispone poi, nella sua prima parte (*qui... subiacebunt*), che coloro che avevano acquistato i *metallica loca*, destinati obbligatoriamente alla funzione stabilita (*metallica loca praedictae obnoxia functioni*), cioè all'attività mineraria, sarebbero stati tenuti, senza alcun dubbio, ai medesimi obblighi tributari a cui erano tenuti coloro che avevano trasmesso loro i suddetti *loca* (*auctores eorum implere consueverant*).<sup>78</sup> Il testo normativo prosegue (*nam de his... praeclusa*) prescrivendo che coloro che fossero passati ai censiannonari – verosimilmente si tratta, come ricordato dal Pharr,<sup>79</sup> di *metallarii* che, una volta fuggiti, erano riusciti a farsi registrare come coloni presso proprietà private – avrebbero dovuto *sine dubio*, se non era ancora decorso un quinquennio dalla loro registrazione, essere ricondotti alla propria *origo*, dividere i loro figli in parti uguali con il fisco<sup>80</sup> e, laddove avessero avuto soltanto un figlio, destinarlo necessariamente alla professione di metallario (*et unico filio metallariorum origini vindicando*).

ed il 408 d.C., e destinate ad applicarsi, le prime due, ai *coloni dominici o tamiaci* e le altre ai *pistores* e ai *suarii*. Particolarmente significativa ai nostri fini appare poi la costituzione, successiva di soli tre anni a quella conservata in CTh. 10.19.15, conservata in CTh. 10.20.17 (427 Mart. 23) (Imp. Theod(osius) et Val(entini)anus AA. Valerio Com(iti) S(acrarum) L(argitionum)): *Placet, si conchyliolegulum filiae condicionis alienae nubserint viris, qui ex ipsis fuerint procreati ab eo tempore nexum maternae adscribitionis agnoscant, ex quo promulgatam super hoc cognoverint legem. De his vero, quos ante eam natos esse constiterit, huiusmodi forma seruetur, ut, sive conchyliolegulum seu adscriptorum progenies fuerit colonorum, paternam tantum condicionem sequantur. Si qui vero post legem aut patre conchyliolegulo geniti probabuntur aut matre, memoratae adscribitioni obnoxios se esse non ambigant*. Dat. X kal. April. Constantinop(oli) Hierio et Ardabure Cons. Tale *lex*, infatti, sembra imporre per il futuro l'acquisto della condizione di *conchyleguli* ai nati dall'unione tra la figlia di un *conchylegulus* ed un uomo di diversa condizione: anche nel caso inverso i figli sarebbero stati comunque *conchyleguli*. La medesima costituzione pare invece imporre ai nati prima della sua emanazione la condizione di *conchyleguli* soltanto laddove il padre fosse stato un *conchylegulus* e, dal segmento di testo *sive conchyliolegulum seu adscriptorum progenies fuerit colonorum*, sembrerebbe che tale conseguenza si sarebbe applicata anche ai *coloni adscripti*. Quanto fin qui sottolineato suggerisce pertanto di considerare la disposizione conservata in CTh. 10.19.15pr., pur senza disconoscerne la peculiarità, espressione di una tendenza pressoché generalizzata, nella seconda metà del IV secolo d.C., con riguardo a diverse categorie professionali a cui era demandato lo svolgimento di un servizio pubblico.

<sup>78</sup> Tale disposizione ha indotto anzitutto J.-P. WALTZING, *Étude*, cit., 281, a sostenere che anche i beni di cui erano titolari i *metallarii* fossero vincolati al loro servizio. Sul punto, più di recente C. FREU, *Le statut*, cit., 441, con la quale sembra si possa concordare nell'osservare che «les *metallarii* doivent alors trouver un remplaçant s'ils veulent quitter leur concession» e nel concludere che questi ultimi continuarono, nonostante le disposizioni conservate in CTh. 10.19.15, ad essere formalmente liberi, in quanto concessionari del diritto di svolgere l'attività mineraria nei *loca metallica*.

<sup>79</sup> Sul punto, C. PHARR, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions. A Translation with a Commentary, Glossary and Bibliography*, in collaboration with T.S. Davidson and M.B. Pharr, Princeton 1952, 285, nt. 34, precisa, infatti, a proposito del riferimento ai *census annonarii* presente nel testo, che si dovette trattare di «the property or tax lists of private landholders who must pay their taxes in kind (*annona*)», in quanto «the fugitive miners thus became the coloni of such private landholders», facendo evidentemente leva sulle considerazioni di I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, cit., 532, ad avviso del quale, il suddetto riferimento presupporrebbe che i *metallarii* fuggiti fossero diventati *adscripticii* privati.

<sup>80</sup> Sembra doversi interpretare in tal senso l'indicazione *ex aequo cum publicis fundis eorum subole dividenda*, che denota lo stringente vincolo giuridico, nonché la rilevanza pubblica del medesimo, che si sarebbe instaurato anche tra il *metallarius* – figlio di un metallario fuggito, iscritti nei censiannonari e ricondotto alla condizione di origine – ed il fondo pubblico in cui questi era obbligato a svolgere la sua attività.

Tuttavia, la parte successiva del testo (*omni...praeclusa*) precisa che la suddetta disciplina, definita *licentia*, non sarebbe stata applicabile *in futurum*, il che consente di comprendere che anch'essa avesse carattere transitorio, in quanto si sarebbe applicata soltanto nei confronti dei *metallarii* che fossero passati ai censiannonari nei cinque anni precedenti all'entrata in vigore della costituzione e non dopo. Da tale specificazione sembra potersi ulteriormente dedurre che i *metallarii* passati ai censi privati da più di cinque anni non avrebbero dovuto sottostare alle suddette regole e, pertanto, la condizione da loro acquisita dopo la fuga si sarebbe in qualche modo sanata, se fossero stati iscritti nei censiannonari per un periodo di tempo maggiore rispetto ai cinque anni precedenti all'entrata in vigore di CTh. 10.19.15.<sup>81</sup>

La *lex* conservata in CTh. 10.19.15.1 si conclude con una prescrizione (*quod...indiderit*) che risulta riprodotta,<sup>82</sup> nella sostanza, a conclusione di C. 11.7(6).7, probabilmente perché destinata ad assolvere la funzione di clausola di salvaguardia delle ragioni del fisco. Essa dispone infatti che se in futuro taluno avesse contravvenuto alle prescrizioni appena introdotte (*si quis postea illud quod nunc prohibetur fecerit*), non avrebbe dovuto comunque arrecare alcun pregiudizio al fisco, anche laddove avesse iscritto il suo nome nei censi privati.<sup>83</sup> La circostanza che, in relazione al § 1 di CTh. 10.19.15, i Compilatori giustiniani abbiano scelto di riprodurre soltanto la suddetta parte del testo, destinata ad operare per il futuro, induce, ancora una volta, a ritenere plausibile che costoro abbiano inteso eliminare dal testo di C. 11.7(6).7 il regime transitorio contenuto nella versione teodosiana della costituzione, in quanto del tutto superato.<sup>84</sup>

Se torniamo al problema da cui siamo partiti, nel tentativo d'individuare quali fossero le ragioni che abbiano indotto i Compilatori giustiniani ad introdurre in C. 11.7(6).7 la menzione delle donne minatrici e a precisare in diversi punti della disposizione<sup>85</sup> l'applicabilità della stessa nei loro confronti, al pari degli uomini, dobbiamo anzitutto porre in evidenza che la possibilità di applicare la disciplina tratteggiata in ordine ai *metallarii* anche alle *metallariae* è persa già potersi evincere dalla disposizione – in particolare dalla precisazione *eorum autem earumque progenies* – conservata in CTh. 10.19.15, anche se in maniera meno chiara.

L'analisi fin qui condotta ha però posto in luce la particolare complessità del regime conservato in CTh. 10.19.15, complessità che permette di ipotizzare che, dopo la sua entrata in

<sup>81</sup> Ciò implica che avrebbero definitivamente mantenuto la condizione giuridica assunta dopo la fuga e la registrazione nei censiannonari: anche a questa conseguenza potrebbe ricollegarsi l'inserzione, in C. 11.7(6).6, ascrivibile ai Compilatori giustiniani, della puntualizzazione *indubitanter sine ulla temporis praescriptione ad propriae originis stirpem laremque una cum sua subole revocentur*, sulla quale non può neanche escludersi la verosimiglianza dell'ipotesi già stata prospettata *supra* nt. 16.

<sup>82</sup> Sebbene nella versione più concisa *sciunt autem nullum exinde praeiudicium fisco esse generandum, etiamsi is, quem metallicum esse constiterit, privatis censibus suum nomen indiderit*, nella quale, non essendo stato riportato il segmento che invece si trova in CTh. 10.19.15.1, *quod si quis postea illud quod nunc prohibetur fecerit*, il verbo *sciunt* risulta al plurale e non al singolare, verbo a cui si è aggiunto l'avverbio *autem*, non presente invece nella versione teodosiana, verosimilmente al fine di una migliore coordinamento tra tale disposizione e quelle precedenti. Per il testo completo di C. 11.7(6).7 cfr. *supra* § 1.

<sup>83</sup> Sul punto, cfr. *supra* nt. 19.

<sup>84</sup> Al proposito, cfr. le osservazioni di L. CHIAZZESE, *Confronti*, cit., 199 e nt. 2, 271 e nt. 2, riportate *supra* nt. 74.

<sup>85</sup> Indicati *supra* § 1.

vigore, fossero sorti problemi applicativi, anche con specifico riguardo alla possibilità di applicare il suddetto regime alle minatrici, tanto in ragione dell'oggettiva difficile intelleggibilità delle norme, quanto a causa di interpretazioni volutamente elusive di esse. Una simile ipotesi risulta ancor più verosimile laddove si tenga conto che, in altri luoghi della legislazione del *Codex repetitae praelectionis* e di quella novellare, si riscontrano vari interventi della cancelleria giustiniana volti ad arginare l'elusione di costituzioni precedenti attraverso procedimenti interpretativi capziosi sorti nella prassi.<sup>86</sup>

Particolarmente rilevante, al proposito, poiché mostra alcuni profili di analogia con le problematiche che andiamo esaminando, il caso in cui Giustiniano, in seguito alla riforma della disciplina relativa alla legittimazione dei figli naturali introdotta mediante C. 5.27.10,<sup>87</sup> che si riferiva genericamente ai figli (*liberi*), si preoccupò di specificare, dopo neanche un anno, nella *lex* conservata in C. 5.27.11, che la suddetta riforma si sarebbe dovuta applicare non soltanto ai figli maschi concepiti anteriormente e nati posteriormente al matrimonio, ma anche alle figlie femmine, per evitare che queste venissero escluse dal campo di applicazione della prima *lex*.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Come posto in risalto da F. SITZIA, *Novella 19: fra problemi di tecnica legislativa e cavilli della prassi*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 2, Napoli 1997, 319 ss., in part. 322; Id., *Norme imperiali e interpretazioni della prassi*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale di Napoli della Società Italiana di Storia del Diritto*, 18-19 ottobre 2001, Napoli 2003, 277 ss., in part. 285 ss.

<sup>87</sup> Cfr., in particolare, C. 5.27.10pr. (Imp. Iustinianus A. Demostheni PP): *Cum quis a muliere libera et cuius matrimonium non est legibus interdictum cuiusque consuetudine gaudebat aliquos liberos habuerit, minime dotalibus instrumentis compositis, postea autem ex eadem adfectione etiam ad nuptialia pervenerit instrumenta et alios iterum ex eodem matrimonio liberos procreaverit, ne posteriores liberi, qui post dotem editi sunt, sibi omne paternum patrimonium vindicare audeant quasi iusti et in potestate effecti, fratres suos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paterna repellentes, huiusmodi iniquitatem non esse ferendam censemus. 1. Cum enim adfectio prioris subolis et ad dotalia instrumenta efficienda et ad posteriorem filiorum edendam progeniem praestitit occasionem, quomodo non est iniquissimum ipsam stirpem secundae posteritatis quasi iniustam excludere, cum gratias agere fratribus suis posteriores debeant, quorum beneficio ipsi sunt iusti filii et nomen et ordinem subsecuti. 2. Neque enim verisimile est eum, qui postea vel donationem vel dotem conscripsit, et ab initio talem adfectionem circa mulierem non habuisse, quae eam dignam esse uxoris nomine faciebat. [...]* D. XV k. Oct. Chalcedone Decio VC. Cons. [a. 529], da cui sarebbe comunque già possibile dedurre, ad avviso di F. SITZIA, *Novella 19*, cit., 332 ss., la reale finalità della riforma del legislatore, sebbene il testo della costituzione avrebbe potuto, in effetti, essere formulato sin dall'inizio in maniera più precisa.

<sup>88</sup> Ciò emerge, in maniera abbastanza chiara, dal testo di C. 5.27.11pr. (Idem A. Iuliano PP): *Nuper legem conscripsimus, per quam iussimus, si quis mulierem in suo contubernio collocaverit non ab initio adfectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conubium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero adfectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit filiosque vel filias habuerit, non solum secundos liberos qui post dotem editi sunt iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt. [...]* 3. *Licet enim hoc quod speratum est ad effectum non pervenit, nihil anterioribus liberis fortuitus casus derogare concedatur: et multo magis, si quis mulierem, quam in contubernio suo habuerat, praegnantem fecerit, postea autem adhuc gravida muliere constituta dotalia fecerit instrumenta et puer vel puella editus vel edita sit, iusta patri suboles nascatur et in potestate efficiatur et heres ei existat morienti sive ab intestato sive ex testamento. satis enim absurdum est, si filii post dotem progeniti et anterioribus liberis adiutorium adferant, ipsum puerum vel puellam sibi opitulari non posse.* D. XV k. April. Constantinopoli Lampadio et Oresta VV. CC. Cons. [a. 530], dal momento che, come sottolineato da F.

Resta ora da chiedersi, anche se in via di mera ipotesi, quali potessero essere in concreto le interpretazioni elusive o i dubbi interpretativi sorti in merito alla disciplina contenuta in CTh. 10.19.15 che avrebbero indotto i Compilatori giustinianeî a chiarire espressamente l'applicabilità del provvedimento imperiale alle donne. Si potrebbe pensare anzitutto, come già ipotizzato in precedenza, che nella prassi si fosse sviluppata un'interpretazione che escludeva le *metallariae* fuggite dalla regione di origine dall'obbligo di ritornare in essa e svolgere ivi l'attività mineraria.

Al riguardo, però, può essere forse utile rammentare che nel testo a noi pervenuto in C. 11.7(6).7,<sup>89</sup> sebbene molto più conciso di CTh. 10.19.15, oltre al suddetto riferimento alle *metallariae*, i Compilatori giustinianeî sembrano avere inserito due ulteriori precisazioni: quella che i minatori e le minatrici fuggiti sarebbero dovuti tornare alla regione d'origine senza potersi avvalere di nessuna *temporis praescriptio* e che lo avrebbero dovuto fare *una cum sua subole*, cioè con la loro discendenza, la quale avrebbe quindi obbligatoriamente acquisito la condizione metallaria. Alla luce di queste ulteriori precisazioni, il riferimento alle *metallariae* potrebbe presupporre che nella prassi si tentasse di eludere, o non risultasse comunque del tutto chiara, l'applicazione della disciplina definitiva conservata in CTh. 10.19.15, anche sostenendo la possibilità di applicare alle minatrici i più favorevoli regimi transitori, nonostante i divieti imposti in tal senso sia nel *principium* sia nel § 1 della suddetta *lex*.<sup>90</sup>

4. Osservazioni conclusive. Nel tirare le fila dell'indagine fin qui condotta, si deve anzitutto porre in evidenza che i riferimenti alle *metallariae* conservati in C. 11.7(6).7, da ascrivere con tutta verosimiglianza alla mano dei Compilatori giustinianeî, sono parsi derivare dalla finalità di garantire che la disciplina imposta nei confronti dei *metallarii* di sesso maschile fosse applicata anche alle minatrici. Per quanto tale finalità sia emersa anche dall'esame di CTh. 10.19.15, che rappresenta<sup>91</sup> la versione del medesimo provvedimento imperiale trasmessa nel *Codex Theodosianus*, l'analisi di quest'ultima disciplina ha altresì consentito di ipotizzare che essa avesse fatto sorgere dubbi applicativi ed interpretazioni capziose, da cui sarebbe derivata la determinazione dei Compilatori giustinianeî di sgomberare il campo da possibili equivoci.<sup>92</sup>

Pertanto, la condizione giuridica delle *metallariae* che la *lex* conservata in C. 11.7(6).7 ha consentito di tratteggiare appare del tutto sovrapponibile a quella dei minatori di sesso

SITZIA, *Novella 19*, cit., 334, «si afferma espressamente che la norma troverà applicazione sia se nasca un figlio maschio (*puer*) sia che nasca una figlia femmina (*puella*)».

<sup>89</sup> Riportato *supra* § 1.

<sup>90</sup> Si potrebbe per esempio pensare, in via del tutto congetturale, che nella prassi si fosse giunti a sostenere che le *metallariae* fuggite non fossero obbligate a tornare all'*origo* come i *metallarii* di sesso maschile, oppure che ai figli delle *metallariae* nati da un'unione con un non metallario si dovesse continuare ad applicare il regime transitorio per cui questi non sarebbero stati tutti *metallarii*, ma soltanto uno ogni due. Parimenti, potrebbe essere stato posto in dubbio che le figlie femmine dei *metallarii* fuggiti soggiacessero all'obbligo di diventare *metallariae* come i figli maschi, che quelle nate da unioni miste fossero necessariamente *metallariae* oppure che, se il primo di più figli era una femmina, questa dovesse essere *metallaria*, così come, nel caso di un'unica figlia, che questa fosse obbligatoriamente metallaria perché femmina.

<sup>91</sup> Insieme al breve segmento di testo tratto da CTh. 10.19.5, su cui *supra* ntt. 11, 12 e 13.

<sup>92</sup> Cfr. *supra* § 3.

maschile: esse, pur formalmente libere, non avrebbero potuto abbandonare la loro condizione né la regione in cui erano tenute a svolgere l'attività estrattiva e, qualora fossero fuggite e fossero poi state scoperte, sarebbero state tenute a tornare all'*origo* con la loro prole, anche laddove si fossero nascoste nei possedimenti imperiali. Il vincolo nei confronti della condizione metallaria si sarebbe poi trasmesso a tutti i figli delle *metallariae*, anche laddove questi fossero nati dall'unione delle minatrici con soggetti che non fossero *metallarii*.<sup>93</sup>

La suddetta disciplina può forse essere considerata per alcuni versi più gravosa di quella che è emersa dalle soluzioni dei giuristi del principato nei confronti delle *damnatae ad metalla*,<sup>94</sup> sebbene queste ultime sarebbero state obbligate a svolgere l'attività estrattiva in seguito ad una *damnatio*, dunque, presumibilmente, per un comportamento criminoso da loro posto in essere. Dalle soluzioni dei giuristi classici è infatti parsa emergere la possibilità di considerare, nella determinazione della pena, le caratteristiche soggettive dei condannati, da cui sarebbe derivata altresì la possibilità di infliggere alle donne, in ragione del sesso, le più tenui condanne, anche temporanee, *in opus metalli* o *in ministerium metallicorum*; nel caso di condanna *ad tempus*, inoltre, la donna condannata non avrebbe perso la libertà e perciò i suoi figli sarebbero nati liberi.

Per quanto non si possa del tutto escludere<sup>95</sup> che, anche nel periodo tardoantico, le minatrici potessero essere di fatto adibite a svolgere compiti più leggeri dell'attività estrattiva in senso stretto, dal regime conservato in C. 11.7(6).11 è parso risultare, da un lato, che la condizione delle *metallariae* sarebbe stata necessariamente perpetua e, dall'altro lato, che la loro prole, per quanto libera sotto il profilo formale, sarebbe stata comunque vincolata alla professione di metallario ed ai luoghi in cui essa si esplicava. Le considerazioni suesposte consentono tuttavia di porre in evidenza, in conclusione, che la gravosa condizione giuridica delle *metallariae* fin qui emersa era probabilmente collegata alla rilevanza del numero delle donne impiegate in concreto nei lavori in miniera, così come all'attenta considerazione dell'apporto che queste ultime avrebbero potuto fornire allo svolgimento dell'attività estrattiva e al sostentamento delle finanze imperiali, non soltanto con il loro lavoro, ma anche mediante la procreazione di altri *metallarii* e *metallariae*.

<sup>93</sup> Cfr. *supra* § 3.

<sup>94</sup> Cfr. *supra* § 2.

<sup>95</sup> Anche se ciò non risulta testimoniato in modo esplicito dalle fonti tardoantiche a noi giunte, non si può escludere che in questo periodo le minatrici venissero di fatto preposte alle attività ritenute di volta in volta congeniali alle loro caratteristiche fisiche.



GIUSEPPE FALCONE  
(Università di Palermo)

A proposito di Paul. 29 *ad ed.* – D. 13.6.17.3  
(*officium, beneficium, commodare*)

ABSTRACT

The article deals with the significance and role of the references to *officium* and *beneficium* in D. 13.6.17.3, concerning the commentary of Paulus to the *iudicium contrarium commodati*. In this text '*officium*' expresses ethic dutifulness tout court; and the key-point of Paulus' reasoning consists in underlining the coexistence of an ethical and a juridical dimension within the legal operation of *commodare*. In the light of the comparison between this and some other texts of the same Paulus (D. 17.1.1.4; 39.4.21; 43.1.2.1), it seems possible to suggest – as trace for a specific, future investigation – a peculiar attention of this jurist for ethical perspectives connected to legal institutions.

PAROLE CHIAVE

Paolo; *officium*; *beneficium*; *commodatum*; *iudicium commodati contrarium*; etica e diritto.



## A PROPOSITO DI PAUL. 29 AD ED. – D. 13.6.17.3 (OFFICIUM, BENEFICIUM, COMMODARE)\*

1. In connessione con il proprio commento all'editto concernente l'*actio commodati contraria* e al fine di chiarire e giustificare l'ambito di applicazione di questo strumento processuale,<sup>1</sup> Paolo compie una interessante apertura di respiro teorico nella quale, con riferimento al contratto di comodato, la prospettiva dell'operazione giuridica (*commodare; obligatio; negotium*) incrocia quella della dimensione etica (*officium; beneficium*):

D. 13.6.17.3 (Paul. 29 ad ed.) *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere incohavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile dicendum est.*

Il brano è stato studiato in un fondamentale saggio di Dieter Nörr sotto la specifica angolazione dei rapporti tra etica e diritto.<sup>2</sup> E dal medesimo punto di vista è stato considerato

\* I contenuti delle pagine che seguono sono stati in parte esposti nella Relazione '*Presenze del non-giuridico nella riflessione dei prudentes. Gli orizzonti dell'officium*', che ho presentato al Convegno internazionale "*Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis al progetto Scriptores iuris romani*", svoltosi all'Università di Roma "La Sapienza" nei giorni 14-15 ottobre 2016. Il testo apparirà anche nel volume dei relativi *Acti*.

<sup>1</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig 1889, 1022 riferisce il testo paolino (n. 446) oggetto del presente studio al commento al titolo editale '*Commodati vel contra*' (EP. 98). In particolare, l'*actio commodati contraria*, esplicitamente menzionata in chiusura di D. 16.3.17.3 (ma v. a., al suo interno, i cenni '*invicem propositae sunt actiones*' e '*mutuas ... actionesque civiles*'), compare già in D. 16.3.17.1 '*Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae*'.

<sup>2</sup> D. NÖRR, *Ethik und Recht in Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D.13.6.17.3*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 267 ss.

anche in altre ricerche negli ultimi decenni.<sup>3</sup> Nonostante l'attenzione ripetutamente dedicata, ritengo che il duplice riferimento ivi contenuto all'*officium* meriti di essere nuovamente esaminato, insieme con il richiamo al *beneficium* e con il rapporto instaurato dal giurista con l'operazione giuridica-comodato.

2. La fonte, un tempo giudicata pesantemente alterata e talvolta quasi integralmente di fattura postclassica o giustiniana,<sup>4</sup> viene oggi generalmente ritenuta, quanto alla sostanza, nel complesso affidabile,<sup>5</sup> pur se qua e là singoli appunti sono tuttora mossi soprattutto sul piano formale. In ragione di ciò, conviene compiere una autonoma valutazione critica del dato testuale.<sup>6</sup>

Non vi è motivo, a mio avviso, di sostituire le parole '*inter dandum accipiendumque*' con '*inter dantem accipientemque*'.<sup>7</sup> Queste parole possono ben essere mantenute, sol che si riconosca che la costruzione '*inter*' + gerundio esprime una prospettiva temporale e precisamente il senso di 'durante', 'nel momento in cui', in conformità del resto a due altri passaggi del discorso impostati anch'essi in chiave temporale: '*cum id fecit, id est postquam commodavit...*' e '*ut appareat, quod principio beneficium ac voluntatis fuerat...*'. In siffatta prospettiva, però, esse vanno intese non come "tra il momento del dare e il momento del ricevere indietro"<sup>8</sup> (in questo caso, si sarebbe dovuto incontrare '*recipiendumque*'), bensì come indicanti il momento dell'incontro tra il *dare* da parte del comodante e l'*accipere* da parte del comodatario, che

<sup>3</sup> A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini (Atti del seminario di San Marino, 12-14 gennaio 1995)*, Torino 1996, 163 s.; G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", Torino 2003, 177 ss.; T. RUNDEL, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Munster 2005, 189 ss.; G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, in A. Corbino - M. Humbert - G. Negri (cur.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 738 ss.

<sup>4</sup> Oltre al solito *Index Interpolationum*, può consultarsi la segnalazione critica di varie diagnosi di alterazione compiuta, in tempi recenti, da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, 41 ss. e note vivi.

<sup>5</sup> Con l'eccezione di J. PARICIO, *La pretendida formula «in ius» del comodato en el Edicto pretorio*, in RIDA 29, 1982, 241, il quale considera l'intero testo gravemente sconnesso e inaffidabile. Anche I. CREMADDES UGARTE, *El officium en el derecho privado romano. Notas para su estudio*, Salamanca 1988, 106 considera il testo "muy interpolado" (nel quadro, peraltro, di un'analisi dello stesso alquanto disinvolta).

<sup>6</sup> Senza, però, che sia necessario soffermarsi appositamente su recise e apodittiche condanne delle parti del testo nelle quali si menzionano l'*officium* e il *beneficium* in quanto "inutili", "prolisse", "ampollose" (così, G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in RISG 28, 1899, 214 nt. 104 = *Scritti giuridici*, I, Cortona 1930, 258 nt. 1; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Firenze 1908, 17 nt. 2; E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., 18 nt. 3). Come vedremo, sono invece proprio le notazioni che coinvolgono l'*officium* e il *beneficium* a costituire i perni del complessivo ragionamento di Paolo.

<sup>7</sup> '*Inter dantem accipientemque*' si legge nella *vulgata*; ed è soluzione accolta da FR. EISELE, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in ZSS 30, 1909, 113 e nt. 1 e da E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculiani e sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 18, e giudicata "möglichlicherweise richtige" da D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 269 nt. 3.

<sup>8</sup> Così J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 595 nt. 7.

perfeziona il contratto. Paolo, in sostanza, indica il rapporto obbligatorio che il comodante assume (*suscepta obligatio*) nel momento in cui, essendosi deciso a *commodare*, avviene la saldatura, propria di un *obligatio re contracta*, dei due elementi del *dare* e dell'*accipere* tra le parti.

Parimenti, ritengo possa assumersi l'integrale genuinità della motivazione '*Geritur enim – praestationes actionesque civiles*'.<sup>9</sup> Invero, se il richiamo alla bilateralità al livello di compimento dell'operazione giuridica (*geritur negotium invicem*) si contrappone alla unilateralità della *voluntas* di concedere (o meno) un *beneficium*, la sottolineatura della bilateralità al livello degli effetti obbligatori (*invicem propositae sunt actiones; converti in mutuas praestationes actionesque civiles*) ben si giustifica con la circostanza che il discorso è parte di un commento al *iudicium contrarium* spettante al comodatario nei confronti del comodante.<sup>10</sup> Analogamente l'uso in sé dei termini '*praestationes*' e '*actiones civiles*' può ben attribuirsi a Paolo,<sup>11</sup> in quanto ottimamente si raccorda alla peculiare impostazione complessiva del discorso, diretto, come si vedrà appositamente, a coordinare prospettiva etica (*officium, beneficium*) e dimensione giuridica: da un lato, '*praestationes*' concorre a sottolineare il subentrato rapporto obbligatorio recante con sé veri e propri doveri giuridici (*praestationes*, appunto);<sup>12</sup> dall'altro lato, la menzione di *actiones civiles* doveva avere il compito di segnalare l'esistenza di strumenti di tutela di diritto positivo (della *civitas*) in aggiunta all' "impedimento" (avverso una richiesta intempestiva) proveniente dall'*officium* (*infra*, § 5).<sup>13</sup>

<sup>9</sup> All'interno di questo tratto, invece, i riferimenti alla bilateralità di effetti sono ritenuti rimaneggiati da P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 327 (= ID., *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in AUPA 43, 1995, 317).

<sup>10</sup> Del resto, anche da un punto di vista generale, non è necessario impegnarsi a giustificare un preteso "errore" commesso da Paolo nel presentare il comodato (come anche il mandato) quale operazione da cui derivano effetti obbligatori per entrambe le parti, pensando, come possibile scusante, al fatto che, come per la compravendita e per la locazione, anche per il comodato esisteva una formula *in ius ex fide bona* (utilizzabile come *iudicium contrarium*): in tal senso, G. SCHERILLO, v. '*Comodato (dir. rom.)*', in *Enc. dir.* 7, 1960, 992 (richiamato da G. FINAZZI, *Ricerche*, cit., 42 nt. 54). In realtà, la tradizionale caratterizzazione di comodato e mandato come contratti 'bilaterali imperfetti', con l'avvertenza che solo eventualmente scaturiscono obblighi anche per il comodante e il mandante, è più una esigenza dei moderni interpreti: basti considerare la naturalezza, per dir così, con la quale si esprime Gai 3.155 '*... contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*'.

<sup>11</sup> Diversamente, considera le parole '*actiones civiles*' di fattura compilatoria (oltre a E. BETTI, *loc. cit.*) A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, in *SDHI* 19, 1953, 189; F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, Milano 1954, 90 e nt. 63; M. KASER, *Oportere und ius civile*, in *ZSS* 83, 1966, 32 nt. 149. Ancora ultimamente, P. ZANNINI, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in *Φιλία. Studi per G. Franciosi*, IV, Napoli 2007, 2869 s. afferma che il richiamo alle *actiones civiles* può destare "qualche sospetto".

<sup>12</sup> Altri riscontro di '*praestationes*' dai libri *ad edictum* di Paolo sono in D. 10.3.1 e in 19.4.1.

<sup>13</sup> A suo tempo, B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', in AUPA 7, 1918, 94, aveva intuito che la qualifica '*civiles*' alludeva al fatto che si trattava di uno strumento del diritto positivo in contrapposizione alla dimensione non giuridica dell'*officium*; ma attribuiva siffatto significato della qualifica (come, del resto, l'intero tratto '*Cum autem id fecit – consummare*!') ai compilatori giustiniane. Non mi pare che possa accogliersi la diversa spiegazione (del mantenimento) della designazione '*civiles*' proposta da G. FINAZZI, *Ricerche*, cit., 43 e nt. 59 in relazione al fatto che l'unica *formula commodati contraria* era verisimilmente quella in *ius*, onde la qualifica sarebbe stata impiegata per precisare che non si trattava di *actiones honorariae*: invero, è difficile immaginare che Paolo, nel precisare specificamente che comodante e comodatario sono esposti

Quanto alla menzione, nella parte centrale, del *mandatum* – ‘*voluntatis est enim mandatum suscipere, necessitatis consummare*’ – credo che debba escludersi la possibilità, pur autorevolmente prospettata,<sup>14</sup> che detta menzione si ponga in continuità rispetto alle frasi, subito precedenti, sull’*absentis negotia gerere* (‘*ut accidit – coepisset*’), le quali farebbero riferimento, secondo questa lettura, alla gestione compiuta dietro apposito incarico.<sup>15</sup> Invero, mentre il *suscipere mandatum* si determina, notoriamente, con il semplice consenso, il giurista insiste appositamente, nelle notazioni che precedono, su un avvenuto inizio di attività: ‘*negotia gerere incohavit*’, ‘*si is non coepisset*’. Tali notazioni, cioè, non sono state congegnate in relazione al *mandatum*, bensì in relazione alla *negotiorum gestio* spontaneamente intrapresa. Dunque, il cenno al *mandatum* costituisce una novità rispetto al discorso fin lì compiuto. Ebbene, per giustificare la presenza di questa novità si profilano due possibili soluzioni. O si accede alla recente ipotesi, secondo cui il testo originario sarebbe stato ‘*voluntatis est [enim] <etiam> suscipere mandatum, necessitatis consummare*’;<sup>16</sup> oppure immaginiamo che sia caduto, nella trasmissione del testo, un tratto, anche assai breve, nel quale il confronto veniva esteso alla figura del *mandatum*:<sup>17</sup> soluzione, quest’ultima, che mi parrebbe avere il vantaggio di preparare un cenno che, anche con la predetta emendazione [*enim*] <*etiam*>, resterebbe un po’ troppo brusco ed isolato.

È incerta la genuinità della frase ‘*aut etiam sciens vitiosa commodaveris*’. L’origine insitica è stata sostenuta in tempi non vicini,<sup>18</sup> per la sostanza, in quanto non si tratta, a differenza degli altri due esempi ai quali la fattispecie è accostata (...*si pugillares commodasti, ... importune repetendo; si ... tigna commodasti, deinde protraxisti*), di un caso di anticipata richiesta di restituzione, come ci saremmo attesi giusta la cornice dell’intero svolgimento paolino (‘*Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre...*’); e per la forma, in ragione del tempo ‘*commodaveris*’, diverso dal ‘*commodasti*’ usato a proposito dei due esempi ai quali questo è accostato. Mentre il rilievo formale è agevolmente superabile, giacché l’uso di ‘*commodaveris*’ può giustificarsi come

ad azioni reciproche, non tenesse in mente che il primo aveva a disposizione anche un’*actio commodati in factum*. D’altra parte, la spiegazione in questione si fonda esplicitamente (cfr. nt. 59 *in fine*) sul presupposto che la locuzione ‘*actiones civiles*’ facesse riferimento alle *formulae*; sennonché, nel loro diretto ed apposito contrapporsi al *beneficium* e alla *nuda voluntas*, le *actiones* dovevano essere verosimilmente richiamate da Paolo quali strumenti processuali considerati complessivamente e dall’esterno, non già in relazione allo specifico profilo della loro *conceptio verborum*.

<sup>14</sup> Da D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 269 nt. 6.

<sup>15</sup> Lo studioso tedesco richiama, in proposito, Gaio in D. 44.7.5pr. ‘*Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati...*’.

<sup>16</sup> È quanto propone G. FINAZZI, *Ricerche*, cit., 41 e 44, richiamandosi alla versione B. 716-21 ‘*καὶ τὴν ἐντολὴν ἐκούσιως μὲν ὑποδέχεται τις, ἐξ ἀνάγκης δὲ πληροῖ*’ (trad. Heimbach: *Etiam mandatum sponte quis suscipit, necessario autem implet*). Va, comunque, segnalato, che la versione dei Basilici è, nel suo complesso, ben distante da quella del Digesto, essendo frutto di un radicale sfrondatamento del discorso paolino: cfr. *infra*, § 5 su nt. 56 (nella quale è trascritto l’intero testo).

<sup>17</sup> Potrebbe pensarsi – giusto a titolo di esempio – ad un passaggio stringato ed essenziale del tipo “lo stesso deve dirsi *si quis mandatum suscepisset*” (magari caduto per errore indotto dal precedente omoteleuto ‘*coepisset*’).

<sup>18</sup> Da K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, Leipzig 1924, 37 s.; F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in ZSS 71, 1954, 130; G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, 105 s.

espressivo del fatto che la natura *vitiosa* delle travi sarebbe emersa solo in un secondo momento rispetto all'avvenuto *commodare*, l'autonomia della fattispecie solleva, in effetti, qualche perplessità. A meno che non si pensi ad un voluto allargamento di orizzonte contenutistico da parte dello stesso Paolo, diretto ad accomunare ipotesi nelle quali il comodatario subisce un danno e ha, perciò, il diritto ad ottenere il risarcimento attraverso *iudicium contrarium*.<sup>19</sup>

Infine, mi pare che avesse senz'altro ragione F. Schwarz<sup>20</sup> – il solo studioso, a quanto mi consta, ad aver notato e tentato di risolvere il problema – nel considerare l' *'etiam'* della frase conclusiva *'Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile dicendum est'* come spia del fatto che, nel testo originario,<sup>21</sup> compariva subito prima il riferimento ad un'altra risposta processuale sanzionatrice del comportamento del comodante, risposta rispetto alla quale il *iudicium contrarium* poteva essere indicato quale strumento ulteriore: “per queste ipotesi è da dire che è utilizzabile anche il *iudicium contrarium*”. Segnatamente, lo studioso tedesco pensava alla menzione di una *denegatio actionis* a fronte della richiesta processuale prematura del comodante. Potremmo, forse, come congettura non necessariamente alternativa, immaginare un richiamo alla *retentio* (cfr. Pomponio in D. 13.7.8pr. *'...non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo...'*). L'omissione, in ogni caso, potrebbe forse esser stata determinata, più che da una svista di un amanuense, da una voluta semplificazione, da parte dei compilatori, di un discorso che aveva come direttrice tematica principale la presenza di *'actiones'* (... *invicem propositae sunt actiones...; ...converti in mutuas praestationes actionesque civiles*).

3. Nel complessivo ragionamento di Paolo l'elemento-*officium*, sul quale intendo in modo apposito soffermarmi in questa occasione, compare due volte: nella frase iniziale, là dove si afferma che dare in comodato è questione di *voluntas* e di *officium*, anziché di *necessitas*;<sup>22</sup> e nel rilievo secondo cui la richiesta intempestiva di restituzione della cosa data in comodato è impedita non solamente dall'*officium* ma anche dall'*obligatio*.

Ci troviamo di fronte ad un impiego del termine *'officium'* con il massimo grado possibile di astrazione concettuale. Esso è qui assunto, al pari di *'voluntas'* e di *'necessitas'*, come categoria astratta, allude all'idea stessa di dovere morale in opposizione all'obbligatorietà *'giuridica'*.

<sup>19</sup> Così, esplicitamente, F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 388; ma questo ragionamento deve ritenersi implicito presso la generalità degli studiosi, i quali negli ultimi decenni non hanno più formulato alcun rilievo su questa parte del testo. È, peraltro, il caso di precisare che, quand'anche si optasse per un'origine insitica della prospettazione di questa fattispecie, non ne deriverebbe un carattere spurio anche della frase *'adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet'*. Il verbo *'decipi'*, infatti, può benissimo indicare – oltre che l'essere raggirati per il fatto che il comodante ha scientemente consegnato travi difettose – anche l'essere ingannati già per il fatto che comodante ha, dapprima, dando in comodato, mostrato disponibilità a consentire l'uso della cosa e poi, invece, chiede indietro la cosa anzitempo. D'altra parte, l'immagine di un *beneficium* che (anziché soccorrere) “trae in inganno” è utilizzata anche in un'altra occasione dallo stesso Paolo: D. 46.5.8pr. (Pap. 5 *quaest.*) *PAULUS notat: qui sub conditione institutus est, adgnita bonorum possessione, cogitur substituto in diem cavere longiorem: praetor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum et potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit.*

<sup>20</sup> F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., 130.

<sup>21</sup> Testo che, peraltro, Schwarz (*loc. cit.*) considerava esso stesso come “ein nachklassischer Traktat”.

<sup>22</sup> Già la Glossa notava che la correlazione *'magis ... quam'* è qui adottata “*elective, non comparative*”.

A questo proposito, avverto una volta per tutte che mi esprimo, in relazione all'*officium*, in termini di dovere 'morale'<sup>23</sup> adottando l'aggettivo (al riparo dalla mutevolezza che può aver segnato la nozione di morale attraverso la storia) in aderenza al senso restituito dalle stesse fonti romane, e precisamente in aderenza alla qualificazione, da Cicerone in poi (*de fato* 1),<sup>24</sup> come 'moralis' della *philosophia* che si occupa dei *mores*, vale a dire dei comportamenti in quanto obiettivizzazioni esterne di *virtutes* e cioè di predisposizioni e sollecitazioni interiori.<sup>25</sup> E segnalo altresì che, proprio con riguardo agli orizzonti dell'*officium*, la consapevolezza di una opposizione tra sfera morale e sfera giuridica in relazione a due diversi tipi di doverosità – già attestata, nella cultura romana, dall'elaborazione senecana in materia di *beneficia*<sup>26</sup> – apparteneva, al tempo di

<sup>23</sup> Secondo un'aggettivazione, del resto, tradizionalmente utilizzata *sic et simpliciter* in dottrina: da F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, 14 ss., a D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., *passim*, a G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., *passim*.

<sup>24</sup> '... quia pertinet ad mores, quos ethos illi vocant, nos eam partem philosophiae de moribus appellare solemus, sed decet augescentem linguam latinam nominare moralem'.

<sup>25</sup> Cfr., ad es., Cic., *acad.* 1.34 'pars philosophiae, quae posita est in virtute et in moribus'; *de orat.* 1.10.42 '... nihil te de bonis rebus in vita, nihil de malis, nihil de animi permotionibus, nihil de hominum moribus, nihil de ratione vitae didicisse' (il riferimento alla filosofia morale è rivelato dal cenno subito precedente, a Socrate); *de orat.* 1.19.85 'de dis immortalibus, de disciplina iuventutis, de iustitia, de patientia, de temperantia, de modo rerum omnium, ceteraque, sine quibus civitates aut esse aut bene morata esse non possent'; 1.19.86 'de aequitate, de iustitia, de fide, de frangendis cupiditatibus, de conformandis hominum moribus'. Quanto a Seneca – autore del quale mi appresto a considerare, nella nt. seguente, alcune prese di posizione – basterà richiamare *epist.* 71.4-7, in cui la menzione della *philosophia* concernente i *mores* è coordinato alle *virtutes* e all'*honestum*.

<sup>26</sup> Un motivo che ricorre nel *De beneficiis*, infatti, è la contrapposizione tra *beneficium* e operazione giuridica (*creditum*, per lo più) dal punto di vista della doverosità che inerisce, dal lato passivo, alle due figure. Esiste un dovere di restituzione dei *beneficia*, per il quale è questione di '*officium reddendi*' (*ben.* 1.3.8; 1.4.6; 2.32.1; 4.21.3; 5.22.1; 5.25.6; 7.22.1; 7.26.3; 7.28.1; v. a. *epist.* 81.6 e 25) e per il quale Seneca (come già Cicerone, Sallustio, Cesare, Livio) adotta la stessa terminologia dei rapporti obbligatori: '*debere*', '*obligari*', '*obstringere*'. Ma si tratta di una doverosità che, pur avvertita come stringente, lo stesso Seneca nettamente rappresenta come diversa e contrapposta rispetto alla doverosità giuridica, propria del *creditum*: l'osservanza di quest'ultima è ricondotta all'esistenza di meccanismi processuali (cfr. *ben.* 3.7.1-3, trascritto *infra*, in nt. 50; 3.14.2; 7.23.3), e perciò è una '*res necessaria*' e non volontaria (*infra*, nt. 50 *in fine*), l'osservanza dell'*officium reddendi* è, invece, rimessa all'*arbitrium* dei beneficiati (3.7.1) sì come indirizzato e sollecitato da spinte interiori quali la *fides* e il *pudor* (1.2.4; 3.1.4; 3.14.2; 5.23.1; 7.28.3; 7.29.2; v. a. *epist.* 81.12 *in fine*). Sui dati qui assai sommariamente riassunti rinvio all'apposita disamina di G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", cit., 75 ss.

È ingiustificata la sottovalutazione dei due profili che emergono dalla predetta elaborazione senecana – e cioè: l'opposizione 'cogenza processuale - incoercibilità' in ordine ai due tipi di doverosità e la rilevanza dell'interiorità e della scelta individuale indirizzata dalle *virtutes* – recentemente compiuta da R. FIORI, *Vir bonus. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 180 ss. (il quale, in tal modo, esclude recisamente la possibilità di scorgere, ancora in relazione al primo Principato, finanche solo una coscienza della separatezza tra diritto e morale: cfr. p. 141 ss.).

Quanto al primo profilo, scrive Fiori (p. 188 s.): «il discrimine tra *beneficium* e *creditum* – meglio: tra *officium* e *debitum* – non è tanto nel *cogere* in quanto strumento coercitivo predisposto dall'ordinamento positivo, quanto nell'essere il primo indirizzato alla costituzione di una relazione duratura tra le parti, anche al di là del *referre gratiam*, e il secondo finalizzato invece al mero soddisfacimento di un'esigenza economica. Il *cogere*, in altre parole, diviene rilevante non nel senso che la coazione sia la caratteristica della 'giuridicità' e dunque del *creditum*, ma nel senso che nel rapporto di credito [...] non si instaura quel rapporto di recipro-

Paolo, anche alla riflessione giurisprudenziale, come mostra il seguente brano in tema di

ca *amicitia* che invece il *beneficium* mira a costituire». Sennonché, il perseguimento, tramite la pratica dei *beneficia*, di un «valore di legame» (p. 188) è considerato dallo stesso Seneca un aspetto non già prevalente e caratterizzante la dicotomia tra le due figure, bensì ulteriore rispetto alla questione del tipo di doverosità che discende dall'aver ricevuto (a titolo di *beneficium* o a titolo di *creditum*) e come attinente ad un ambito distinto e particolare (*altera pars*) della propria teorizzazione, indicato con le parole *'quomodo se gerere homines in accipiendis beneficiis debeant'* (*ben.* 2.18.1): è in questo contesto che Seneca, premessa la regola (§ 2) *'non ab omnibus accipiendum'* e avvertendo che, piuttosto *'eligendum est, a quo beneficium accipiam; et quidem diligentius quaerendus beneficii quam pecuniae creditor'* (§ 5), spiega l'esigenza di maggior cura nella scelta di colui a cui chiedere un *beneficium* con la circostanza che lo scambio di *beneficia* determina il sorgere di una relazione duratura e di *amicitia*.

Quanto al secondo profilo, Fiori (p. 189) afferma che la virtù che appositamente indirizza all'osservanza dell'*officium*, e cioè il *pudor*, è non già una "spinta interiore" (come l'avevo considerata in *"Obligatio est iuris vinculum"*, cit., 81), bensì «un meccanismo del tutto eteronomo, nel senso che indica [...] un atteggiamento dello spirito formato in relazione al sistema di valori espressi dall'etica di gruppo». Ora, non vi è dubbio che, come ha rilevato questo studioso, «i *beneficia* [...] appartengono a un codice di comportamenti su cui si regge l'intera società romana» (p. 187). Per parte mia, aggiungo che è parimenti indubbio che la pratica degli *officia* si collega inscindibilmente a quel fenomeno diffuso e totalizzante che consiste nel controllo collettivo dei comportamenti dei singoli in quanto riflessi di qualità e atteggiamenti interiori (rinvio a G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana*, in AUPA 54, 2010-2011, spec. 90 s.), controllo avvertito come assai condizionante (lo rilevava già F. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., 15). In questo medesimo sfondo, del resto, si iscrive il fatto stesso che virtù specifica che veglia sull'osservanza dell'*officium* è il *pudor*: si tratta, infatti, del sentimento del ritegno, della predisposizione interiore ad avvertire il peso del controllo sociale e del giudizio collettivo di disapprovazione per la mancata osservanza dell'*officium*. Tuttavia – ecco il punto che mi divide dallo studioso romano – il ritegno è, in sé, un sentimento o atteggiamento dello spirito e per ciò stesso il suo intervento in funzione dell'osservanza dell'*officium* è da considerare come spinta e sollecitazione interiori ad attuare, con i comportamenti, i valori condivisi e 'codificati' dal corpo sociale. In altri termini: il controllo sociale e il giudizio di approvazione/disapprovazione sono, sì, fattori esterni rispetto all'agire dell'individuo, ma il tenere o meno in considerazione tale controllo, il preoccuparsi o meno di tale giudizio (e quindi l'orientare o meno il proprio comportamento nel senso dell'osservanza dell'*officium*) dipendono dal possesso o meno del *pudor* da parte dell'individuo e dal grado di incidenza con cui questa virtù ne sollecita e indirizza la volontà. Tant'è che è lo stesso Seneca a parlare in proposito, più volte, di *'conscientia'*: *'bona'*, se si è determinata per l'osservanza dell'*officium* del *reddere gratiam*, *'mala'* in caso contrario. In *ben.* 3.1.4, ad es., egli afferma che un *beneficium* non restituito è rimasto prigioniero *'in mala conscientia'*, *'in malis pectoribus'*. E in un articolato contesto unitario (*ben.* 4.21.3ss.) egli utilizza, per il caso opposto di restituzione del *beneficium*, ripetutamente come equipollenti e scambiabili i sintagmi *'bona conscientia'*, *'voluntas bona'* e *'bona fides'* (il riferimento è alla virtù-*fides* che ha dispiegato la sua capacità di indurre all'adempimento). Conviene riferire distesamente questo secondo riscontro. In *ben.* 4.21.3 Seneca afferma che, come per ogni virtù, anche nel caso del *'gratum esse'* (cfr. 4.19 in fine: *'Quid est autem honestius, quam gratum esse? Huius virtutis materia tam late patet quam vita'*), ogni valutazione concerne l'animo (*'Nam ut omnium aliarum virtutum, ita huius ad animum tota aestimatio redit'*). Pertanto (§ 4), come l'uomo eloquente resta tale anche se tace, come l'uomo forte resta tale anche se sta con le mani nella cintola, così è grato anche (semplicemente) chi vuole esserlo e ha non ha altro testimone della sua volontà che se stesso (*'ita gratus est etiam qui vult tantum nec habet voluntatis suae ullum alium quam se testem'*). Di più (§ 5), talvolta è grato anche colui che appare all'opinione comune ingrato: allora, costui che altro segue se non la sua coscienza? (*'Hic quid aliud sequitur quam ipsam conscientiam?'*). E costui (§ 6), anche se sottoposto a supplizi, mai arriverà a dire: "Che cosa ho voluto? A che mi giova ora la *bona voluntas*?" (*'Quid mihi volui? Quid nunc mihi prodest bona voluntas?'*). Questa domanda retorica sfocia, subito dopo, in una considerazione nella quale è stabilita una equipollenza tra *'bona voluntas-bona conscientia-bona fides'*, la quale mostra come la *fides* che presiede, come il *pudor*, all'adempimento dell'*officium*, è intesa come attivata e realizzata

fedecommissi, accolto dai compilatori delle Istituzioni di Giustiniano:

I. 2.23.1. *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut etiam praetor proprius crearetur, qui <de> fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium [appellabant] <appellamus>.*

Il giurista classico autore del testo escerpito<sup>27</sup> illustra uno sviluppo storico: da una fase iniziale, nella quale i *fideicommissa* erano ‘*infirma*’ giacché si reggevano non su un *vinculum iuris* bensì esclusivamente sul *pudor* dei soggetti *rogati* (‘...*nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur*’) – i quali, dunque, se non lo avessero voluto, non avrebbero potuti esser costretti ad adempiere –, ad una progressiva escogitazione di forme di tutela processuale della volontà del disponente sempre più stabili ed apposite. Il giurista, cioè, istituisce una contrapposizione tra mera rilevanza del *pudor* e “situazione vincolante sul piano del diritto” (tradurrei così ‘*vinculum iuris*’)<sup>28</sup> in quanto realizzante una costrizione all’adempimento in forza di strumenti processuali. Che ad esser contrapposta alla dimensione giuridica (*vinculum iuris*) sia l’*officium*<sup>29</sup> può ritenersi sicuro in ragione del riferimento al *pudor*. Al riguardo, oltre ad un’affermazione come quella (già) di Plauto (*Trin.*, 697), che “ricordarsi del proprio *officium* costituisce l’*honor* dell’*homo pudicus*”, possono addursi la coppia concettuale ‘*pudens et officiosus*’ di alcuni luoghi ciceroniani<sup>30</sup> e i ripetuti accostamenti senecani tra il *pudor* e l’*officium* di restituzione del *beneficium*,<sup>31</sup> ma soprattutto, può addursi un brano del *De fini-*

dalla *conscientia*. Richiamo l’intero passaggio: «Se anche la *bona fides* vede applicata a sé le torture, non discende dal suo fastigio e sovrasta la pena. [...] Il soggetto non sentirà questa voce: “a che mi giova ora la *bona voluntas*?” Essa giova anche nella tortura, anche nel fuoco: anche se il fuoco si avvicini alle singole membra e circondi a poco a poco il corpo vivo e lo stesso cuore pieno di *bona conscientia* si sciolga goccia a goccia: il fuoco piacerà a colui del quale esso fa rilucere la *bona fides*». Nel medesimo ordine di idee cfr. anche *ben. 5.25.5* ‘*Paucis a n i m u s s u i r e c t o r o p t i m u s ; p r o x i m i s u n t , q u i a d m o n i t i i n v i a m r e d e u n t*’; 6 ‘*Inest interim animis v o l u n t a s b o n a , s e d t o r p e t m o d o d e l i c i i s a c s i t u , m o d o o f f i c i i i n s c i t i a*’.

Ribadita, dunque, la pregnante sussistenza dei due profili nel modello senecano, l’opposizione tra doverosità dell’*officium* e doverosità discendente dal *creditum* va, per ciò, letta come espressione della coscienza di una separatezza tra ‘diritto’ e ‘morale’ (nel senso precisato nel testo).

<sup>27</sup> A mio avviso, Gaio nelle *Res cottidianae*: cfr. G. FALCONE, “*Obligatio est iuris vinculum*”, cit., 50 ss. e spec. 60 ss. (v.a. 100 ss.). Ivi, 50 nt. 133 le ragioni delle lievi emendazioni del testo proposte.

<sup>28</sup> Per questa interpretazione cfr. G. FALCONE, “*Obligatio est iuris vinculum*”, cit., 101 nt. 283.

<sup>29</sup> Come ha ben visto G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 215.

<sup>30</sup> Cic., *fam.* 13.21.2; *pro Roscio com.* 6.18.

<sup>31</sup> *Supra*, nt. 25.

*bus bonorum et malorum* (2.18.58-59)<sup>32</sup> in cui Cicerone proprio con riferimento all'adempimento di una *rogatio* fedecommissaria parla esplicitamente di '*officium sequi*', ricondotto alla sollecitazione di *virtutes* (*humanitas, probitas, aequitas, fides, iustitia*), e – si badi – adduce tale *officium sequi* quale esempio di condotta non coercibile dall'ordinamento giuridico positivo (§ 2.17.57).<sup>33</sup> Nello sfondo di questa tradizione concettuale, peraltro, è notevole che il giurista, pur proponendosi di spiegare la denominazione '*fideicommissum*' ('*et ideo fideicommissa appellata sunt, quia...*'), abbia menzionato non già la *fides*, come ci saremmo aspettati in una prospettiva etimologizzante, bensì, per l'appunto, il *pudor*.

Tornando al discorso di Paolo, può osservarsi che la portata generalissima e per dir così 'categoriale' del termine *officium* è la stessa che questo giurista ha adottato allorché, al fine di giustificare la gratuità del *mandatum*, ha indicato il fondamento, storico e dogmatico al contempo,<sup>34</sup> di questo contratto:

D. 17.1.1.4 (Paul. 32 *ad ed.*) *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium vero est officio merces: interueniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.*

Un testo, quest'ultimo, nel quale si noterà il duplice ricorso all'idea di *officium* in quanto tale: una prima volta, in coppia e sullo stesso piano della figura e del valore in sé dell'*amicitia* ('*originem ex officio atque amicitia trahit*'); una seconda volta, allorché il giurista osserva che l'elemento-*merces* è contrario alla figura in sé dell'*officium* ('*contrarium vero est officio merces*').

Questi due brani paolini costituiscono le attestazioni di '*officium*' aventi più alto livello di astrazione nella documentazione giurisprudenziale pervenutaci: astrazione superiore non solo, ovviamente, rispetto agli impieghi del termine nel senso concreto di compito, incarico, servizio, singolo dovere specifico o complesso di doveri, ruolo, ma anche rispetto ad impieghi di ampia portata, quali '*ex officio amicitiae gerere*' (lo stesso Paolo, D. 42.5.23, in tema

<sup>32</sup> Cic., *fin.* 2.18.58. *Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit [...] nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu quidem reddes; ipse Epicurus fortasse redderet, ut Sex. Peducaeus, Sex. F., is qui hunc nostrum reliquit efficiem et humanitatis et probitatis suae filium, cum doctus, tum omnium vir optimus et iustissimus, cum sciret nemo eum rogatum a C. Plotio, equite Romano splendido, Nursino, ultero ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum exposuit hereditatemque reddidit. Sed ego ex te quaero, quoniam idem tu certe fecisses, nonne intellegas eo maiorem vim esse naturae, quod ipsi vos, qui omnia ad vestrum commodum et, ut ipsi dicitis, ad voluptatem referatis, tamen ea faciatis e quibus appareat non voluptatem vos, sed officium sequi, plusque rectam naturam quam rationem pravam valere. 59. [...] Perspicuum est [...], nisi aequitas, fides, iustitia profiscantur a natura, et si omnia haec ad utilitatem referantur, vir bonus non posse reperiri; deque his rebus satis multa in nostris de re publica libris sunt dicta a Laelio.*

<sup>33</sup> Il discorso svolto in *fin.* 2.18.58-59 costituisce, infatti, l'esplicazione a titolo paradigmatico delle affermazioni che l'Arpinate compie subito prima, in chiusura del § 57, e che vertono sull'impossibilità di sanzionare determinati comportamenti. In particolare, nelle battute conclusive del § 57 Cicerone elogia la retta condotta del potente Pompeo, il quale, se avesse voluto, '*esse ... iniquus poterat in punere*', ed esclama '*Quam multa vero iniuste fieri possunt, quae nemo possit reprehendere!*'. Sulla testimonianza ciceroniana cfr. G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", cit., 93 ss.

<sup>34</sup> Per la presenza di entrambe le finalità si esprime G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano 1974, 244.

di *negotium* di impubere) o ‘*ex officio pietatis facere*’ (Marciano, in D. 5.2.2, in tema di testamento), ‘*ex officio pietatis dare*’ (Ulpiano, in D. 25.3.5.17, in tema di alimenti): impieghi che sono, invece, circostanziati dall’indicazione di un preciso referente (*amicitia, pietas*).<sup>35</sup>

Nel testo sul *iudicium contrarium commodati*, in sostanza, ‘*officium*’ esprime la doverosità etica tout court. Una significativa corrispondenza – senza che la suggestione del confronto si traduca in ipotesi di ascendenza culturale o, addirittura, di specifico prestito – si registra con l’impiego del termine in due importanti passaggi del *De officiis* ciceroniano:

Cic., *off.* 1.10.31. *Sed incidunt saepe tempora, cum ea, quae maxime videntur digna esse iusto homine, eoque quem virum bonum dicimus, commutantur fiuntque contraria, ut reddere depositum, facere promissum quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem, ea migrare interdum et non servare fit iustum. Referrī enim decet ad ea, quae posui principio fundamenta iustitiae, primum ut ne cui noceatur, deinde ut communi utilitati serviatur. 32. Potest enim accidere promissum aliquod et conventum, ut id effici sit inutile vel ei, cui promissum sit, vel ei, qui promiserit ... Nec promissa igitur servanda sunt ea, quae sint iis, quibus promiseris, inutilia, nec si plus tibi noceant, quam illi prosint cui promiseris, c o n t r a o f f i c i u m e s t maius anteponi minori, ut, si constitueris cuiquam te advocatum in rem praesentem esse venturum atque interim graviter aegrotare filius coeperit, n o n s i t c o n t r a o f f i c i u m non facere quod dixeris, magisque ille, cui promissum sit, a b o f f i c i o d i s c e d a t, si se destitutum queratur. Iam illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? Quae quidem pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus;*

Cic., *off.* 3.25.95. ... *Ergo et promissa non facienda non numquam neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum s i t, o f f i c i u m n o n r e d d e r e. Quid? Si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo: facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima. Sic multa, quae honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta: facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta.*

Il significato e la peculiare prospettiva sono affini: sia in Cicerone che in Paolo l’*officium* è l’astratta doverosità alla quale rapportare l’adozione (e la valutazione) di comportamenti. Cicerone dice di un determinato comportamento che “è *contra officium*” o che il suo autore “*ab officio discedit*”,<sup>36</sup> di un altro comportamento, all’opposto, che “è *officium*”; il giurista

<sup>35</sup> Ad un livello ancor meno generale si colloca l’*officio pietatis fungi* di Papiniano, in D. 10.2.57pr. (*Arbitro quoque accepto fratres communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur...*) e il celsino *‘officium fidei praestandae’* riferito da Ulpiano in D. 24.1.5.15 (*‘Si quis rogatus sit praecepta certa quantitate uxori suae hereditatem restituere et is sine deductione restituerit, Celsus libro decimo digestorum scripsit magis pleniore officio fidei praestandae functum maritum quam donasse uideri ...’*), che allude all’adempimento di uno specifico dovere o compito (*officio fungi*), quello di *‘praestare fidem’* eseguendo un fedecommesso. Diversamente, per la medesima fattispecie dell’adempimento di una *rogatio* fedecommissaria, Cicerone (*fin.* 2.18.58-59) parlava, in prospettiva astratta, di *‘officium sequi’* tout court: cfr. *supra*, nt. 31.

<sup>36</sup> Analoga concettualizzazione si trova in *off.* 1.14.43 *‘...id autem tantum abest ab officio, ut nihil magis officio possit esse contrarium’*.

severiano afferma che l'*officium* “impedisce” l’intempestiva pretesa di restituzione del comodante.

Mette conto precisare che, all’interno del materiale giurisprudenziale giunto fino a noi, i due testi di Paolo, quello sul *iudicium commodati contrarium* e quello sulla gratuità del *mandatum*, sono i soli nei quali si trovi utilizzato il termine ‘*officium*’ in relazione al dovere in quanto tale.<sup>37</sup> Come pure, va segnalato che soltanto in un testo dello stesso Paolo è attestato un impiego della forma avverbiale ‘*officiose*’.<sup>38</sup> Questi due dati possono costituire, certo, frutto di una coincidenza, imputabile ad una mera casualità della documentazione superstita. Ma fa riflettere il fatto che Paolo è, ancora, il giurista che, di fronte all’*interdictum* ‘*De homine libero exhibendo*’, esperibile da *quivis de populo* per il caso di uomo libero trattenuto da qualcuno *dolo malo* e perciò indicato da Ulpiano come proposto dal pretore *tuendae libertatis causa*, ha escogitato, invece, l’inquadramento quale strumento ‘*officii tuendi causa*’,<sup>39</sup> avendo considerato, cioè, quale interesse da tutelare l’*officium*, e precisamente il dovere di solidarietà nell’umana convivenza.<sup>40</sup> Pur con la predetta consapevolezza circa una eventuale

<sup>37</sup> Non ritengo, infatti, che possa addursi, come ulteriore riscontro di un valore generalissimo di ‘*officium*’, anche D. 21.1.31.14 (Pedio-Ulpiano) ‘*Quod in procuratore diximus, idem et in tutore et curatore dicendum erit ceterisque, qui ex officio pro aliis interveniunt: et ita Pedius ait*’. G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 246 interpreta il testo nel senso che Pedio «ricorre al concetto di *officium* per giustificare la ratio di ogni intervento spontaneo (spaziatura mia) nella cura d’interessi altrui». Senonché – a parte il fatto che i testi addotti a sostegno (D. 3.1.1.5; 4.5.5.2; 4.5.6; 5.1.12.2; 16.1.1.1; 16.1.2.1; 50.17.2pr.) non sono, in realtà, conducenti, giacché in essi si parla di *officia* o di *officium* nel senso più concreto di ‘compiti’ (-o), ‘incarichi’ (-o) –, solleva riserve la circostanza che, al posto di parole quali, ad es., ‘*e i s q u e, qui ex officio ... interveniunt*’, il giurista scrive ‘*c e t e r i s q u e qui ex officio ... interveniunt*’. Questo dato, invero, rende preferibile una lettura secondo la quale Pedio alludeva “ai restanti soggetti” che intervengono anch’essi, come il *procurator* e il *curator*, non già spontaneamente, bensì in base ad un ruolo, o incarico, affidato loro (‘*ex officio*’): penserei, ad es., al *cognitor*, ma anche alle figure del *curator prodigi* e del *curator furiosus* (Pedio e Ulpiano, cioè, menzionando esplicitamente il *curator* accanto al *tutor*, potrebbero aver pensato, primariamente, alla figura più importante, quella del *curator* dei minori di venticinque anni).

<sup>38</sup> D. 34.9.21 (Paul. 5 *sent.*) ‘*Portiones quoque eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt: omnes enim heredes vel eos qui loco heredis sunt o f f i c i o s e agere circa defuncti vindictam convenit*’.

<sup>39</sup> D. 43.1.2.1 (Paul. 63 *ad ed.*) ‘*Interdicta autem competunt uel hominum causa uel diuini iuris aut de religione, sicut est ‘ne quid in loco sacro fiat’ uel ‘quod factum est restitatur’ et de mortuo inferendo uel sepulchro aedificando. hominum causa competunt uel ad publicam utilitatem pertinentia uel sui iuris tuendi causa uel o f f i c i i t u e n d i c a u s a uel rei familiaris. publicae utilitatis causa competit interdictum ‘ut uia publica uti liceat’ et ‘flumine publico’ et ‘ne quid fiat in uia publica’: iuris sui tuendi causa de liberis exhibendis, item de libertis exhibendo: o f f i c i i c a u s a de homine libero exhibendo: reliqua interdicta rei familiaris causa dantur*’. A suo tempo, la complessiva classificazione degli interdetti conservata in questo frammento fu ritenuta di origine postclassica da A. BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, in ZSS 36, 1915, 160; di recente, invece, il testo è stato assunto, implicitamente, come classico da G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova 2001, 49 ss. e da R. SCEVOLA, ‘*Utilitas publica*’. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova 2012, 159 ss.

<sup>40</sup> C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile*, III, Torino 1915, 52: interdetti «impetrati non per un proprio interesse in senso stretto, ma bensì per un interesse di umanità»; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918, 108: gli interdetti *officii tuendi gratia* «hanno il loro fondamento in uno squisito senso di solidarietà umana e civile»; più di recente, F. CANCELLI, v. ‘*Ufficio (dir. rom.)*’, in *Enc. dir.* 45, 1992, 608: “umana solidarietà”.

accidentalità dei primi due dati, si affaccia l'ipotesi che ci troviamo di fronte ad una serie di indizi di una precipua attenzione e valorizzazione da parte di Paolo, forse più spinta che in altri giuristi, della prospettiva etica dell'*officium* in quanto tale.

4. Si è autorevolmente sostenuto<sup>41</sup> che, a fronte della fissazione, da parte di Paolo, di una dicotomia tra *officium* e doveri giuridici, una differente linea di pensiero, magari sabiniana, ricondurrebbe all'*officium* anche gli obblighi giuridici. Lo mostrerebbero i seguenti brani (il primo e il terzo in tema di mandato, il secondo in tema di mandato e deposito):

D. 17.1.36.2 (Iav. 7 ex Cass.) ...*propius est, ut cum huiusmodi incommodis mandatum suscipi possit praestari quae officium et in partibus emendis perinde atque in toto debeat ab eo, qui tale mandatum sua sponte susceperit;*

D. 47.2.62(61).5 (Afric. 8 quaest.) ....*multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse;*

D. 17.1.27.2 (Gai. 9 ad ed. prov.) *Qui mandatum susceperit, si potest id explere, desere pro missum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit, alterius opera utatur ...*<sup>42</sup>

Su questa linea interpretativa si è detto che, diversamente che per il giurista severiano, per Giavoleno, Africano e Gaio «l'*officium* non è estraneo al piano dei doveri giuridici e ad essi contrapposto, ma coincide con l'obbligo giuridico».<sup>43</sup>

In realtà, un raffronto in questi termini e la conseguente individuazione di differenti linee di pensiero non è proponibile.

Intanto, perché Paolo, da una parte, gli altri tre giuristi, dall'altra, ragionano con accezioni diverse del termine *officium*. Il giurista severiano, come si è appena sottolineato, opera con il concetto di dovere morale in quanto tale; gli altri, con il valore più concreto di compito, incarico, specifico dovere assunto. Lo dimostrano il contesto delle affermazioni e l'uso delle aggettivazioni '*officium suum*', '*id officium*', '*promissum officium*'.<sup>44</sup> In secon-

<sup>41</sup> D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 275.

<sup>42</sup> Sullo stesso piano si colloca, dello stesso giurista, il testo di Gai 4.83: ...*nec interest, praesens an absens cognitor detur. sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.*

<sup>43</sup> G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 739 s.

<sup>44</sup> In sostanza, '*officium*', nei brani dei tre giuristi, si pone nella prospettiva più concreta nella quale, ad es., si situa anche il noto brano dell'orazione ciceroniana *pro Roscio amer.* (§ 111) che costituisce la testimonianza-principe del collegamento tra *mandatum*, *fides* e *amicitia* e nella quale si parla di '*mutua officia*' (espressione che bene, di recente, G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 762, ha inteso nel senso concreto di "servigi reciproci"): '*In privatis rebus, si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quaestus aut commodi causa, verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo, propterea quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in iis operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat*

do luogo, in quanto completamente distinte sono le prospettive e le finalità dei discorsi: per Paolo, diversamente che per i tre giuristi, non si tratta di indicare comportamenti, prestazioni, doveri ai quali è chiamato un soggetto ‘*obligatus*’ in base a un contratto, ma si tratta di segnalare la rispondenza della decisione di *commodare* ad una generale doverosità etica e, nel seguito del discorso, di stigmatizzare come contrario a tale doverosità un comportamento del comodante. Tant’è che lo stesso Paolo, quando si riferisce, come i tre giuristi, al contenuto di un dovere contrattuale, non esita ad utilizzare lui stesso, dal medesimo punto di vista concreto, la medesima terminologia ‘*officium praestare*’ usata da Giavoleno in tema di *mandatum*:

D. 19.5.5.4 (Paul. 5 *quaest.*) ... *si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, uel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificaui et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo interuenisse uidetur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamuis enim et impendia sequantur, tamen m u t u u m o f f i c i u m p r a e s t a m u s et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possuum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem) ...*

5. L’*officium* quale dovere morale si esplica, nella concreta fattispecie considerata da Paolo, nel prestare aiuto ad altri attraverso la concessione di un *beneficium*.<sup>45</sup>

Questo termine compare ben tre volte nel discorso, e in tre punti-chiave. Una prima volta, per precisare che, nella fase della formazione dell’accordo, la determinazione di limiti e durata del godimento della *res* spetta a chi ‘*beneficium tribuit*’, cioè al comodante; una seconda volta, allorché il giurista spiega che ciò che all’inizio della trattativa era stata questione di *beneficium* e di semplice volontà, in seguito alla formazione del vincolo obbligatorio si trasforma (*conuertere*) in un rapporto di prestazioni e azioni reciproche; una terza volta, nella notazione moraleggiante ‘*adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet*’. Ma l’idea del *beneficium* va anche colta in filigrana tra le righe del discorso svolto nella parte centrale del testo, là dove Paolo compie un confronto con la posizione del gestore di un affare dell’assente: le parole ‘*ut accidit in eo...*’ riassumono la notazione precedente circa la conversione di una iniziativa volontaria benefica in un rapporto di prestazioni e azioni reciproche, con la conseguenza che il gestore non può abbandonare l’affare intrapreso *impune*. E lo stesso deve dirsi per l’ulteriore<sup>46</sup> riferimento al *mandatum*, l’accettazione del quale (*suscipere*) è, evidentemente, considerata da Paolo alla stregua di un *beneficium*.

*omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum m u t u i s o f f i c i i s g u b e r n e t u r. 112. Quid recipis mandatum, si aut neglecturus aut ad tuum commodum conuersurus es? Cur mihi te offers ac meis commodis officio simulato officis et obstas? Recede de medio; per alium transigam. S u s c i p i s o n u s o f f i c i i q u o d t e p u t a s s u s t i n e r e p o s s e; q u o d m a x i m e v i d e t u r g r a u e i i s q u i m i n i m e i p s l e u e s s u n t. Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. Nam neque mandat quisquam fere, nisi amico; neque credit, nisi ei quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis simul et amicitiam dissolvere et fallere eum qui laesus non esset, nisi credidisset.*

<sup>45</sup> Cfr. G. NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, in *Derecho romano de obligaciones*, cit., 671: «senso meramente etico della solidarietà».

<sup>46</sup> Cfr., infatti, *supra* § 2 su ntt. 14-17.

Sia l'*officium* che il *beneficium* vengono da Paolo collegati all'elemento-*voluntas*. Si considerino, al riguardo, l'*incipit* del testo '*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit*' e la formulazione '*... quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat...*'. Il senso di questo collegamento consiste in ciò, che dare in comodato è frutto di una determinazione volontaria, rispondente ad un sentimento del dovere di solidarietà, e non già costretta da una *necessitas*, da un (preesistente) obbligo; ed è *beneficium* in quanto azione volontaria benefica, emanazione di quel dovere, caratterizzata dalla gratuità della concessione.<sup>47</sup> Solo una volta che il comodante '*beneficium tribuit*', vale a dire una volta che, avendo preso la decisione di *commodare*, conclude il contratto, subentra la *necessitas*, e cioè l'obbligatorietà di prestazioni giuridiche, tale in forza dell'esistenza di azioni a sanzione del mancato adempimento delle stesse: con riguardo al comodante, subentra, in particolare, l'obbligo di consentire al comodatario il godimento della cosa nei tempi e nei modi stabiliti (astendosi, in particolare, da una richiesta anticipata di restituzione della cosa). Ciò vale anche per il rapporto tra la volontarietà della gestione degli affari di un assente rispetto alla *necessitas* di portarli a compimento una volta (liberamente) intrapresi e per la volontarietà dell'accettazione di un incarico (*suscipere mandatum*) e cioè della conclusione di un contratto di *mandatum*, rispetto alla *necessitas* di adempimento del *mandatum* stesso.

È stato opportunamente osservato<sup>48</sup> che questo tipo di ragionamento ben si presta ad essere valutato come riflessione squisitamente tecnico-giuridica, analoga ad altre compiute dai *prudentes* – tra i quali lo stesso Paolo in D. 17.1.22.11 (32 *ad ed.*) '*sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet*'<sup>49</sup> –, senza che essa abbia ad alimentarsi di prestiti culturali di qualsivoglia matrice e, in particolare, di un preteso collegamento con il contrappunto fissato da Seneca nel *De beneficiis* tra adempimento vo-

<sup>47</sup> Si ricordi, del resto, il collegamento tra gratuità e *officium* (di cui il *beneficium-commodare* è, appunto, manifestazione) scolpito dallo stesso Paolo in D. 17.1.1.4 (*supra*, § 3).

<sup>48</sup> Da G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 739 s.

<sup>49</sup> La notazione costituisce cornice di un discorso sulla possibilità di *renuntiare* da parte del mandatario. A questo testo G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, cit., 739 aggiunge la notazione di Giavoleno in D. 17.1.36.2 (lav. 7 *ex Cass.*) '*... propius est, ut cum huiusmodi incommodis mandatum suscipi possit praestarique officium et in partibus emendis perinde atque in toto debeat ab eo, qui tale mandatum suscipit*'. Ma può citarsi anche la notazione di Gaio in D. 34.5.7.1 (Gai. 1 *fideicom.*) '*Cum quidam pluribus heredibus institutis unius fidei commisisset, ut, cum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quae ad eum pervenisset: verissimum est utile esse fideicommissum. nec enim in arbitrio eius qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat: pluri enim in enim interest, utrum in potestate eius, quem testator obligare cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat*' (su questo brano cfr. G. FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", cit., 103 nt. 286).

Si pone, invece, in una prospettiva differente, e dunque non ritengo (diversamente da D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 273 s.) che possa addursi tra i possibili precedenti ("Vorbildern") dell'opposizione paolina '*voluntas - necessitas*', la seguente presa di posizione di Labeone, riferita dallo stesso Paolo in D. 3.5.18.2 (Paul. 9 *ad ed.*): '*Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili ...*'.

lontario dei *beneficia* e adempimento indotto dall'esistenza di uno strumento processuale, che rende l'adempimento stesso come '*res necessaria*' (*ben.* 3.7.1-3).<sup>50</sup> Nello stesso orizzonte puramente tecnico-giuridico, aggiungo, ottimamente si giustifica anche il fatto che Paolo proietta l'obbligatorietà-*necessitas* nell'esperibilità di *actiones* ('*invicem propositae sunt actiones*'; '*praestationes actionesque civiles*'): anziché apparire come eco della '*res necessaria*' senecana, il dato trova la spiegazione più naturale nella circostanza che oggetto apposito del commento del giurista è proprio l'ambito di applicazione di un'azione, il *iudicium commodati contrarium*. Del resto, anche la raffigurazione del *commodare* in termini di *beneficium* era radicata all'interno dello stesso ambiente giurisprudenziale, come mostra un brano del commento all'editto provinciale di Gaio che assume il comodatario *sic et simpliciter* come '*beneficii debitor*'.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Sen., *ben.* 3.7.1. ... *pars optima beneficium perit, si actio sicut certae pecuniae aut ex conducto et locato datur. Hoc enim in illo speciosissimum est, quod dedimus vel perdituri, quod totum permisimus accipientium arbitrio; si appello, si ad iudicem voco, incipit non beneficium esse, sed creditum. 2. Deinde cum res honestissima sit referre gratiam, desinit esse honesta, si necessaria est; non magis enim laudabit quisquam gratum hominem quam eum, qui depositum reddidit aut, quod debebat, citra iudicem solvit. 3. Ita duas res, quibus in vita humana nihil pulchrius est, corrumpimus, gratum hominem et beneficium; quid enim aut in hoc magnificum est, si beneficium non dat, sed commodat, aut in illo, qui reddit, non quia vult, sed quia necesse est? Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.*

Per apprezzare compiutamente questa testimonianza è opportuno, da un lato, tener conto del fatto che il '*referre gratiam*' è, di per sé, qualificato '*res honestissima*' in conformità alla considerazione del *gratum esse* come *virtus* rispetto alla quale "nulla è più *honestum*" (*ben.* 4.19.4 in fine: '*Quid est autem honestius, quam gratum esse? Huius virtutis materia tam late patet quam vita*'; v. a. *ben.* 1.4.4: '*honestissima contentio*' in relazione al *se grate gerere*; e *ben.* 4.6.3: la coincidenza tra *gratum esse* e *honestum* è quanto di più rilucente e avvertito in modo unanime); dall'altro lato, che l'affermazione che tale res '*desinit esse honesta, si necessaria est*' va accostata ad un assunto come quello limpidamente espresso da Seneca nell'*epistula* 66, e segnatamente nel § 16 '*nihil honestum est quod ab invito, quod a coacto fit; omne honestum voluntarium est. [...] Non potest honestum esse quod non est liberum; nam quod timet servit*' e nel § 17 '*...Omne honestum iniussum incoactumque est*'.

Il collegamento tra l'impianto del discorso di Paolo e l'elaborazione di Seneca era stato sostenuto, per la prima volta, da D. NÖRR, *Ethik und Recht*, cit., 270 ss., seguito da A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista?*, cit., 163 e da me stesso ("*Obligatio est iuris vinculum*", 177 ss.).

<sup>51</sup> D. 47.2.55.1 (Gai 13 *ad ed. prov.*) '*Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et bene facere sibi acquirere. unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donec*'. Gaio dà notizia di un responso, secondo il quale chi ha dato in comodato una cosa altrui avuta in comodato risponde per furto; e dopo aver chiosato che, alla luce di detto responso, commette furto anche colui che converte in proprio lucro l'*usus* di una cosa altrui, supera l'ipotetica obiezione (legata, evidentemente, alla gratuità del comodato) che, in questo caso, non vi sarebbe un *facere sui lucri causa*, osservando che un tipo di *lucrum* consiste nel fare largizioni con mezzi altrui e nell'acquisire a sé un *beneficii debitor*. Il fatto che Gaio adotti quest'ultima locuzione senza alcuna esplicitazione rivela che erano diffuse e radicate nella società e nella cultura romane tanto la rappresentazione del *comodatum* come *beneficium* quanto la circostanza che il destinatario di un *beneficium* era *adstrictus* da un dovere di ricambiare, stringente al punto da poter essere senz'altro qualificato '*debitor*' (cfr., del resto, già Petron., *Satyr.* 126 '*Sive ergo nobis vendis quod peto, mercator paratus est, sive [...] commodas, effice ut beneficium debeam*'). Sul testo di Gaio rinvio a G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", cit., 133.

Con l'occasione, mette conto notare che, se il dare in comodato è inteso come un *largiri* in ragione

È degna di nota la circostanza che, pur se l'elemento-chiave del ragionamento paolino è il contrappunto tra la libera formazione della volontà di *commodare* e la necessità di comportamenti una volta che il contratto è concluso ('*suscepta obligatio*'; '*geritur negotium*') e pur se, in quest'ottica, il giurista sottolinea con forza la vicenda del subentrare del vincolo e della coercibilità del rapporto obbligatorio ('*quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat converti in praestationes actionesque civiles*'), l'*officium* con la sua doverosità morale continua ad essere avvertito come presente e come esercitante un ruolo: non più, adesso, sollecitatore di un comportamento (il *commodare*), bensì impeditore di una condotta contraria allo spirito di solidarietà e *beneficentia* (la prematura richiesta della cosa comodata): '*non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio*'. Anzi, a ben guardare, l'articolazione interna di questa affermazione rivela che la persistente presenza ed operatività dell'*officium* viene come data per scontata, come una base certa rispetto alla quale la portata ostatica dell'intervenuta *obligatio* costituisce aggiunta di una prospettiva ulteriore. In altri termini, per Paolo la dimensione morale dell'*officium* non viene sostituita dalla conclusione dell'operazione giuridica: nella sua rappresentazione del regime del comodato, la dimensione giuridica convive con una sottostante dimensione morale.

Anche la parte finale del testo dà conto di siffatta coesistenza. Infatti, dopo che si chiude il confronto con la *negotiorum gestio* e con il *mandatum*,<sup>52</sup> i concreti esempi di comportamento del comodante sono presentati sotto lo schema concettuale '*non recte facies*', il cui significato è "non ti comporterai correttamente" da un punto di vista morale. Il senso è lo stesso riconoscibile in altri testi giurisprudenziali, tra i quali basterà richiamare, ad esempio, quello in cui Ulpiano qualifica come '*non recte facere*' e, poco dopo, come '*facinus*' la condotta della concubina che, dopo essere stata tale con il patrono, cominci ad esserlo anche con il figlio o con il nipote (25.7.1.3).<sup>53</sup> Tant'è che Paolo fa sfociare la diagnosi '*non recte facies*' direttamente nella notazione di stampo parenetico<sup>54</sup> '*adiuvare quippe nos, non decipi benefi-*

del suo carattere gratuito, la rappresentazione di questo *largiri* come *beneficium* serve a Gaio, anziché a rimarcare tale gratuità, a giustificare, all'opposto, l'idea che dare in comodato è configurabile come fonte di *lucrum*, in ragione, appunto, del dovere di ricambiare. A quest'ultimo proposito può addursi anche un brano di Ulpiano (D. 5.3.25.11 – Ulp. 15 *ad ed.*), ove il donante (e Gaio, in chiusura, accostava la donazione al comodato) viene presentato, per il fatto stesso di donare, quale autore di un '*sibi aliquem naturaliter obligare*' (pur negandosi, rispetto alla specifica questione affrontata, che ciò configuri un arricchimento per il donante): '*Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in toto damnum adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt ... Nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt...*'.

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, § 2 su ntt. 14-17.

<sup>53</sup> D. 25.7.1.3: *Si qua in patroni fuit concubinato, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est.* Per altri impieghi nella medesima prospettiva cfr. D. 7.1.13.8 (Ulp. 18 *ad Sab.*) '*... si balineum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus vel inter diaetas amoenas, non recte nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit, ut publice lavet*'; D. 50.16.73 (Ulp. 80 *ad ed.*) '*Haec verba in stipulatione posita eam rem recte restitui fructus continent: recte enim verbum pro viri boni arbitrio est*'; D. 1.16.4.4 (Ulp. 1 *de off. procons.*) '*Recte et ordine faciet, si edictum decessori suo miserit significetque, qua die fines sit ingressurus*'; nonché D. 36.1.65.10 (Gai. 2 *fideicom.*) '*Si vero nominis ferendi condicio est, quam praetor exigit, recte quidem facturus videtur, si eam expleverit: nihil enim male est, honesti hominis nomen adsumere ...*'.

<sup>54</sup> «Il finale è un omaggio alla morale quasi parenetico»: così F. CANCELLI, v. *Ufficio*, cit., 613.

*cio oportet*. In sostanza, con perfetta corrispondenza rispetto alla correlazione iniziale ‘*non officium tantum, sed et suscepta obligatio*’ (ove l’*obligatio* è esplicitata in termini di *negotium* e questo, a sua volta, in termini di *praestationes* e *actio nes* reciproche), anche nella parte conclusiva viene indicata la contrarietà all’*officium* (‘*non recte facies*’) e la coesistente reazione processuale, del diritto positivo: ‘*contrarium iudicium utile dicendum est*’.<sup>55</sup>

Non saprei se l’accostamento alle figure della *negotiorum gestio* e del *mandatum* implichi che anche con riguardo a queste vicende Paolo si rappresentasse siffatta coesistenza tra momento etico e prospettiva giuridica (se, cioè, per il giurista “*officium impedit*” anche l’abbandono dell’affare intrapreso o dell’incarico assunto) o se tale accostamento fosse stato pensato da Paolo come circoscritto alla distinzione tra *nuda voluntas* e subentrata *necessitas*. In ogni caso, già da solo il complessivo discorso relativo al comodato testimonia un’enfaticizzazione del profilo etico nella messa a fuoco – si badi –, non già della (semplice) configurazione dogmatica di un contratto, bensì del concreto regime giuridico dello stesso e dei relativi strumenti di tutela proposti nell’editto pretorio. Ove si consideri che nella corrispondente versione dei Basilici (B. 13.1.17), pur mancando del tutto qualsiasi riferimento all’*officium* (e al *beneficium*), il discorso mantiene una incisiva nettezza sul piano tecnico-giuridico,<sup>56</sup> ancor più risalta la peculiare opzione argomentativa e l’intera linea direttrice assunte da Paolo e cioè l’aver proiettato l’illustrazione del funzionamento del *iudicium contrarium commodati* nella prospettiva della coesistenza fra dimensione giuridica e dimensione morale. Potrebbe trattarsi – insieme con gli elementi più su richiamati (§ 3): l’uso in sé di ‘*officium*’ in funzione ‘categoriale’ (in questo brano come in D. 17.1.1.4), l’*hapax legomenon* del riscontro di ‘*officiose*’ e la considerazione dell’*officium* quale interesse tutelato dall’*interdictum De homine libero exhibendum* – di un’ulteriore traccia nel senso di una ipotizzabile precipua attenzione di questo giurista<sup>57</sup> per gli orizzonti della doverosità morale dell’*officium* nell’analisi degli istituti giuridici.

<sup>55</sup> Il riferimento al *iudicium contrarium*, come si è detto (*supra*, § 2), nell’originale classico dovette esser preceduto, con ogni verosimiglianza, dalla menzione di una ulteriore reazione giuridica al comportamento riprovevole del mandante.

<sup>56</sup> B. 716-15 ‘Ο κίχρων ὀφείλει, εἴτι βούλεται, συμφωνεῖν ἐν ἀρχῇ μεθὸ γὰρ χρήσει, οὐ δύναται πρὸ καιροῦ ἀφαιρεῖσθαι τὸ χρησθέν.’ Ἴσως γὰρ ἐχρησάς μοι πτυχτὴν εἰς τὸ ἐν αὐτῇ προσγράψαι μοι τὸν χρεώστην μου, ἢ ξύλαι εἰς ὑπόρθωσιν. Εἰ δὲ καὶ ἐν εἰδήσει αὐτὰ ἐπίψογα παράσχης, ἐνέχη τῇ κατὰ τῶν ἐν χρήσει λαμβανόντων ἀγωγῇ. Καὶ ὁ ἀρξάμενος γὰρ τὰ τοῦ ἀπόντος διοικεῖν οὐκ ἀζημίως αὐτὰ καταλιμπάνει· εἰ μὴ γὰρ αὐτὸς διώκησεν, ἴσως ἂν ἕτερος διώκησε. καὶ τὴν ἐντολὴν ἐκουσίως μὲν ὑποδέχεται τις, ἐξ ἀνάγκης δὲ πληροῦ (trad. Heimbach: *Qui commodat, ab initio, si velit, pacisci debet: postquam enim commodavit, ante tempus definitum auferre rem commodatam non potest: fortasse enim pugillares mihi commodasti, ut in eis debitor meus mihi caveret, vel tigna ad fulcimentum. Nam et si sciens ea vitiosa commodaveris, commodati actione teneris. Nam et qui absentis negotia gerere incohavit, impune ea non deserit: nisi enim ille gessisset, alius fortasse gesturus erat. Etiam mandatum sponte quis suscipit, necessario autem implet*). La vistosa scarnificazione del testo di Paolo si deve al fatto che, conformemente alla normale provenienza delle versioni greche dei frammenti del Digesto raccolte nei Basilici, anche questo testo dovette derivare dalla *summa* dell’Anonimo (cfr., per tutti, J.H.A. LOKIN - N. VAN DER WAL, *Historiae iuris graeci-romani delineatio*, Groningen 1985, 82).

<sup>57</sup> Quanto al giurista classico – a mio avviso, come detto, Gaio – autore del testo conservato in I. 2.23.1 sul riconoscimento giuridico dei fedecommessi (*supra*, § 3), il fatto che costui ha impostato il proprio discorso in chiave di contrapposizione tra due fasi storiche non consente di sapere se il ‘*t a n t u m pudore ... continebantur*’ comporti che, con riguardo al più maturo regime dell’istituto, ormai corredato da tutela processuale, anche egli, come Paolo rispetto al comodato, si rappresentasse una coesistenza tra le due dimensioni, quella del *pudor/officium* e quella giuridica.

Il mio intervento – programmaticamente circoscritto alla presenza dell'*officium* nello svolgimento di D. 13.6.17.3 – si ferma qui; con l'auspicio di potere, in una futura ricerca apposita, allargare il campo di indagine verificando la sussistenza di eventuali segni e profili ulteriori di una sensibilità e attenzione di Paolo per le prospettive etiche collegate (o collegabili) al fenomeno giuridico.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Cfr. intanto, per qualche riflessione sul punto, A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista?*, cit., 162 ss.

ROSSELLA LAURENDI  
(Università di Genova)

Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano.  
I *collegia iuuenum* tra documentazione epigrafica  
e giurisprudenza: Callistrato *de cognitionibus* D. 48.19.28.3.

ABSTRACT

This paper propose a possible exegesis of a much discussed *excerptum* of Callistratus' *de cognitionibus*, known through D. 48.19.28.3, in which the *iuris peritus* examines *poenae* reserved to the subjects, '*qui uolgo se iuuenes appellant*', guilty of sedition and tumult. It was paid special attention to the codicological problems, especially in reference to the word *turbolentibus*.

PAROLE CHIAVE

*Collegia iuuenum*; Callistrato; *Littera Florentina*; *poenae*.



RIFLESSIONI SUL FENOMENO ASSOCIATIVO  
IN DIRITTO ROMANO. I *COLLEGIA IUVENVM* TRA  
DOCUMENTAZIONE EPIGRAFICA E GIURISPRUDENZA:  
CALLISTRATO *DE COGNITIONIBVS* D. 48.19.28.3.

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. D. 48.19.28.3 (Callistr. 6 *de cogn.*): comportamenti sediziosi e turbolenti di 'quidam, qui uolgo se iuuenes appellant'. 3. La lezione 'turbulentibus adclationibus popularium' tradita dalla *Littera Florentina*. Vecchie e nuove possibilità di emendamento: *turbulentis* e *turbulentius*. 4. La gradazione di ammonimenti e pene per i reati di sedizione e tumulto da parte di 'qui uolgo se iuuenes appellant'. 5. I *iuuenes* come autonoma categoria di soggetti punibili accanto agli *honestiores* e agli *humiliores*. 6. Esegisi di 'uolgo se iuuenes appellant' nel senso di autodefinizione convenzionale di 'iuuenis' quale *gradus aetatis*. 7. Esegisi di 'uolgo se iuuenes appellant' come autodefinizione di un'associazione lecita, ma non riconosciuta *ex senatus consulto* o *ex permisso principis*.

1. Premessa.

Nell'ambito del fenomeno associativo che caratterizza il mondo romano, l'istituzione dei *collegia iuuenum* assume un ruolo del tutto particolare: nonostante tali *collegia* siano ampiamente attestati in tutto l'impero, moltissimi sono i dubbi sugli aspetti sociali inerenti alle loro funzioni, così come ben poco chiare ne appaiono ancora le origini e la struttura giuridica.<sup>1</sup> A tale riguardo, nella vastità della letteratura scientifica è di fatto possibile individuare posizioni talvolta discordanti<sup>2</sup>. Se, infatti, secondo alcuni i *collegia iuuenum* ebbero un

<sup>1</sup> Cfr. in tal senso J.P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains depuis les origines jusqu'à la chute de l'Empire d'Occident*, I, Louvain 1895, 47; F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, Bari 1971, 21; ID., *Il fenomeno associativo nel mondo romano. Dai Collegi della Repubblica alle Corporazioni del Basso Impero*, Roma 1981, 17; M.A. LEVI, *Iscrizioni relative a collegia dell'età imperiale*, in *Athenaeum* 41, 1963, 384.

<sup>2</sup> Sui *collegia iuuenum* fra tutti TH. MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis Romanorum. Accedit inscriptio Lanuvina*, Kiliae 1843, 83; J. P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations* cit., 38 s. e 123 ss.; ID., *ibidem*, IV, Louvain 1900, 216 ss.; A. FLOSS, *De collegiis iuuenum. Quaestiones epigraphicae*, Erlangen-Bonn 1897; H. DEMOULIN, *Les Collegia iuuenum dans l'Empire romain*, Louvain 1897; M. ROSTOWZEW, *Étude sur les plombs antiques*, in *Rev. Numismatique* IV s., 2, 1898, 271 e 457; ID., *Tesserarum urbis Romae et suburbis plumbearum Sylloge*, S. Petroburgi 1903; ID., *Römische Bleitesserae*, in *Klio* 3, 1905, 62 ss.; C. BARBAGALLO, *Lo Stato e l'istruzione pubblica nell'impero romano*, Catania 1911, 23; R. EGGER, *Eine Darstellung des lusus iuuenalis*, in *Jahreshefte d. Österr. Archaeol. Instituts* 1915, 115; A. PIGANIOL, *Recherches sur les jeux romains*, Strasbourg 1923; M. DELLA CORTE, *Juventus*, Arpino 1924; L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der*

carattere prettamente religioso,<sup>3</sup> di contro parte della dottrina ritiene che tali associazioni romane siano sorte, a imitazione dell'*ephebeia* greca,<sup>4</sup> con funzione paramilitare o premilitare,<sup>5</sup> riflettendo la precisa volontà da parte dell'autorità di creare una gioventù di rango senatorio ed equestre quale espressione del buon governo imperiale, che costituisse il nucleo della futura dirigenza politica, strettamente legata alla figura del *princeps* e della sua famiglia.<sup>6</sup> Queste associazioni avrebbero assunto un ruolo fondamentale all'interno dell'ideologia e della propaganda imperiale:<sup>7</sup> i *iuuenes*, similmente agli *Augustales*, avrebbero inciso fortemente nella politica di esaltazione e nel culto degli imperatori divinizzati; le esibizioni nei *ludi iuuenum*<sup>8</sup> o *iuuenalia*, descritti dalle fonti, offrirebbero per tutta l'età giulio-claudia un'idea della vitalità del fenomeno, perdurante almeno fino all'età antonina e severiana, e, nonostante la crisi economica e l'anarchia militare del III secolo, attestato ancora nei primi decenni del

*juristischen Person*, I, München 1933, 304 s.; M. SAN NICOLÒ, *Aegyptisches Vereinswesen zur Zeit der Pro-lomäer und Römer*, München 1933, 31 ss.; M. JACZYŃSKA, *L'organisation intérieure des collegia iuuenum au temps du Haut-Empire romain*, in *Gesellschaft und Recht in griechisch-römischen Antikertum*, II, Berlin 1969; M. JACZYŃSKA, *Le caratteristiche delle associazioni della gioventù romana (collegia iuuenum)*, in *Atti Ist. Venet.* 134, 1975-1976, 359 ss.; P. GINESTET, *Les organisations de la jeunesse dans l'Occident Romain*, Bruxelles 1991, con ampia e dettagliata bibliografia. Cfr. inoltre gli altri Autori cit. di seguito.

<sup>3</sup> Cfr. P. SANGRISO, *I collegi professionali e la loro valenza economica: il caso dei figli*, in *SCO* 55, 2009, 93 nt. 9.

<sup>4</sup> ROSTOWZEW, *Tesserarum* cit., 122 ss.; ID. *The Social and Economic History of the Roman Empire*, Oxford 1957; C.A. FORBES, *Neoi. A Contribution to the Study of Greek Associations*, Middletown 1933, *passim*. *Contra*: M. JACZYŃSKA, *L'organisation intérieure des collegia iuuenum* cit., 107 e nt. 128; EAD., *Les organisations de la jeunesse et l'aristocratie municipale au temps de l'Empire romain*, in *Recherches sur les structures sociales de l'antiquité classique*, Paris 1970, 273; S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*». *Osservazioni in margine a D. 48.19.28.3*, in *SDHI* 66, 2000, 201 ss. *passim*.

<sup>5</sup> Cic., *pro Cael.* 11: *Nobis quidem olim annus erat unus ad cohendum brachium toga constitutus, et ut exercitatione ludoque campestri tunicati uteremur, eademque erat, si statim mereri stipendia coeperamus, castrensis ratio ac militaris*, preso a esempio da una parte della dottrina per dimostrare l'esistenza di associazioni per addestrare militarmente la *iuuentus*, fornisce in realtà notizie sul sistema educativo riservato ai giovani, che, accanto alla retorica, prevedeva l'istruzione militare con finalità pedagogiche piuttosto che ideologiche.

<sup>6</sup> Per alcuni autori le prime organizzazioni di *iuuenes* sarebbero sorte già in età repubblicana: cfr. A. ROSENBERG, *Nochmals aedilis lustralis und die sacra von Tusculum*, in *Hermes* 49, 1914, 268 ss.; Z. ZMIGRYDER-KONOPKA, *A propos de CIL IX 5699*, in *Eos* 31, 1928, 558 ss.

<sup>7</sup> Sulle differenti prese di posizione, cfr. già M. ROSTOWZEW, *Römische Bleitesserae* cit., 62 ss.

<sup>8</sup> Vedi Suet., *Caes.* 39: *Circensibus, spatio circi ab utraque parte producto et in gyrum euripo addito, quadrigas bigasque et equos desultorios agitauerunt nobilissimi iuuenes*. Id., *Aug.* 43: *In circo aurigas cursoresque et confectores ferarum, et nonnumquam ex nobilissima iuuentute, produxit*. WALTZING, *Étude historique sur les corporations* cit., 47 ss., ritiene che tra gli scopi dei *collegia iuuenum*, stando a quanto riferito da Tac., *Ann.* 14.15, vi fosse anche l'organizzazione dei *ludi* riformati per volontà di Nerone. L'Autore riferisce l'ipotesi che tali organizzazioni avessero anche funzioni di polizia urbana, sostituendosi così alle *cohortes uigilum*. Il rapporto tra *collegia iuuenum* e i *ludi iuuenum* è in realtà testimoniato da numerose epigrafi, fra le quali è degna di nota, in particolare, una proveniente da Anagni, datata tra fine II secolo e inizio III (CIL X, 5928): *P(ublio) Vegellio P(ublilii) f(ilio) Pub(lilia) tribu) Primo / eq(uiti) R(omano), Ilvir(o), q(uaestori) al(i)m(en)torum), cur(atori) pec(uniae) / annon(ariae), q(uaestori) aerar(ii) arcae pul(b)licae), cur(atori) r(e)i p(ublicae) Trebanorum, ex(emplis) munific(ientiae) suae optime meren(ti), collegi(i) iuuenum patrono dignissimo / ob nouatum ab eo lusus [sic!] iuuenum, quod [sic!] uetustate temporum / fuerat obliteratum, ob quam hon(oris) huius oblationem die natalis sui eidem collegio V kal(endas) Oct(obres).*

IV secolo<sup>9</sup>. Ma la presunta mancanza di documentazione sull'esistenza di *collegia iuuenum* a Roma<sup>10</sup> ha indotto anche l'ipotesi secondo cui questi sarebbero stati più che altro «mezzi di romanizzazione, ausiliari per l'educazione “alla romana” della gioventù municipale, e non occorrevano a Roma, dove questo tipo di educazione ha tradizioni che le fonti ci illustrano, e, d'altronde, è probabile che per la parte militare vi provvedessero anche (se non altro promuovendo *ludi*) i *seviri equitum Romanorum*».<sup>11</sup>

Le fonti, che permettono di ricostruire la complessa vicenda relativa a tali *collegia*, sono numerose e di varia natura, prevalentemente epigrafiche e letterarie,<sup>12</sup> anche se in esse non mancano riferimenti *stricto sensu* giuridici. Disponiamo, tuttavia, specificamente anche di qualche passo della giurisprudenza: in particolare un frammento, tratto dal libro VI *de cognitionibus* di Callistrato, ha suscitato in seno alla dottrina riflessioni meritevoli di una rinnovata attenzione, poiché possono indurre a chiarire alcune esegesi testuali controverse, arricchendo comunque le conoscenze sulla complessa vicenda giuridica, sociale e politica, che vede protagonisti i membri di tali associazioni.

2. D. 48.19.28.3 (Callistr. 6 *de cogn.*): comportamenti sediziosi e turbolenti di ‘*quidam, qui uolgo se iuuenes appellant*’.

Nota attraverso D. 48.19.28.3, il frammento callistrato esamina le misure coercitive da applicare nei confronti di determinati soggetti, che avessero assunto un comportamento sedizioso e facinoroso.

<sup>9</sup> Cfr. P. GINESTET, *Les organisations* cit., 187-188.

<sup>10</sup> A Roma si hanno, oltre ad alcune tessere plumbee e bronzee recanti i nomi di *magistri iuuenum*, tre testimonianze epigrafiche, che rimandano inequivocabilmente al mondo dei *iuuenes* e alle relative corporazioni. CIL VI, 26 = ILS 7303: *Fabius Demetrius et Caecilius / Philon aedem cum sigillo / Apollinis iuuenibus Oecianis do(ono) d(ederunt) d(e)d(icauerunt)*, menziona solo i *iuuenes Oeciani*, ma in un'epigrafe acquistata dal Museo Lateranense, edita nel 1926 da Marrucchi, si legge chiaramente (si riporta il testo corretto da S. PANCIERA, *Regiones, vici e iuventus*, in Arch. Class. 22, 1970, 151-163 = Id., *Epigrafi, epigrafia, epigrafisti. Scritti vari editi e inediti (1956-2005) con note complementari e indici*, Roma 2006, 178-179, donde si cita): *Herculi August(o) sacrum. / C. Istimennius Felix, quinquennalis perpetuus, / collegio iuuenum Racilianensium / dignissimis sua pecunia d(ono) d(edit)*. Degna di nota è un'altra epigrafe, edita da PANCIERA, *Regiones, vici* cit., 173 ss., attestante l'esistenza del sostantivo *coniuuenes*, di cui non pare esservi altra testimonianza, ma che, sulla base del carattere generale del documento, si ritiene stia a indicare quasi certamente «i componenti di un sodalizio e precisamente di un *collegium* (*corpus, ordo, sodalicium, studium, thiasus*) *iuuenum*». Tali attestazioni hanno indotto Panciera a ritenere che a Roma sia esistita, oltre ad una *iuventus* aristocratica partecipe di alcune cerimonie, come il *lusus Troiae* o ancora la *transuectio equitum*, una *iuventus* meno esclusiva, i cui collegi, facenti capo a *uici* o *regiones* della città – come appunto i *iuuenes Oeciani* o quelli *Racilianenses* sembrano testimoniare – sarebbero stati ideati per frazionare l'attività ludica giovanile, che invece nelle altre località, infinitamente meno vaste rispetto all'Urbe, aveva una configurazione unitaria. «*Regiones* e *vici*, entità ben definite, con una propria struttura organizzativa, poterono fungere da elementi catalizzatori».

<sup>11</sup> M.A. LEVI, *Iscrizioni relative a collegia* cit., 390.

<sup>12</sup> Cfr. J.P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations* cit., IV, 216 ss.; M. ROSTOWZEW, *Römische Bleitesserae* cit., 62 ss., con aggiornamenti in M. JACZTYNOWSKA, *Les organisations des iuuenes* cit. 265 ss. ed EAD., *Le caratteristiche delle associazioni* cit., 363 ss.

D. 48.19.28.3 (Callistr. 6 cogn.): *Solent quidam, qui uolgo se iuuenes appellant, in quibusdam ciuitatibus turbulenti <bu><sup>13</sup> se adclamationibus popularium accommodare. qui si amplius nihil admiserint nec ante sint a praeside admoniti, fustibus caesi dimittuntur aut etiam spectaculis eis interdicitur. quod si ita correcti in eisdem deprehendantur, exilio puniendi sunt, nonnumquam capite plectendi, scilicet cum saepius seditiose et turbulente se gesserint et aliquotiens adprehensi tractati clementius in eadem temeritate propositi perseuerauerint.*

Dunque, accade solitamente che taluni, ‘*qui uolgo se iuuenes appellant*’, in alcune città si facciano trascinare dalle turbolente *adclamationes* dei *populares*. Se questi “cosiddetti giovani” non abbiano commesso niente di più grave – s’intende dell’essere stati scalmanati seguendo la folla – né siano stati mai prima d’allora ammoniti dal governatore (della provincia) – non abbiano cioè precedenti penali d’ordine pubblico e siano sorpresi a delinquere per la prima volta – allora vengono sottoposti alla bastonatura, ma subito dopo rimessi in libertà, oppure s’interdice loro anche la partecipazione agli spettacoli. Se però, pur essendo stati sottoposti a tali misure, siano nuovamente colti in flagranza degli stessi reati, vanno puniti con l’esilio, e in qualche caso andranno colpiti con la pena capitale, quando cioè si siano sempre più spesso comportati in modo sedizioso e turbolento, e, benché trattati con maggior clemenza nei casi precedenti in cui erano stati arrestati, pure abbiano perseverato negli stessi temerari comportamenti.

Tralasciando per il momento la problematica inerente alla qualificazione e ai risvolti giuridici del comportamento rilevante dal punto di vista penale<sup>14</sup>, la questione che più importa, ai nostri fini, è ora l’identificazione di coloro ‘*qui uolgo se iuuenes appellant*’ con i membri dei *collegia iuuenum*.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Si riporta, al momento, la lezione *turbulentis* dell’edizione Mommsen – Krüger, anche se nel proseguimento del testo si prenderà in considerazione la possibilità di ripristinare quella tramandata dalla *Littera Florentina: turbulentibus* o di emendarla nell’avverbio *turbulentius*. Il brano finale, *scilicet cum saepius seditiose et turbulente se gesserint et aliquotiens adprehensi tractati clementius in eadem temeritate propositi perseuerauerint*, è sospettato come glossa da U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 224 s.; fortemente scettico sul punto R. BONINI, I “*libri de cognitionibus*” di Callistrato. *Ricerche sull’elaborazione giurisprudenziale della “cognitio extra ordinem”*, Milano 1963, 101 nt. 68., il quale ritiene, *loc. cit.* nt. 67, che il giureconsulto «voglia riferirsi ad aspetti degenerativi dell’attività di associazioni giovanili del tipo dei *collegia iuuenum*».

<sup>14</sup> È sufficiente per il momento rifarsi alla spiegazione di S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*» cit., 207, secondo cui «non ci troviamo di fronte ad un comportamento che configuri un *crimen* associativo vero e proprio che in quest’epoca, sulla falsariga del *crimen sodalitorium*, colpiva quei sodalizi i quali, pur non rientrando fra le figure di collegi preventivamente autorizzati e *lege Iulia*, si costituivano ugualmente senza la necessaria *permissio* del senato o dell’imperatore».

<sup>15</sup> In tal senso M. DELLA CORTE, *Juventus* cit., 37; G.C. PICARD, *Civitas Mactaritana*, in *Karthago*, 8, 1957, 79 nt. 264; F. JACQUES, *Humbles et notables. La place des humiliores dans les colleges de jeunes et leur rôle dans la révolte africaine de 238*, in *Ant. Afr.* 15, 1980, 230; da ultima M. CORBIER, *Iuuenis, Iuuenes, Iuuentus*, in *IAH* 4, 2012, 19, ma su cui v. *infra*. In particolare il Della Corte ha posto in relazione il passo di Callistrato con Tac., *Ann.* 14.17: *Sub idem tempus leui initio atrox caedes orta inter colonos Nucerinis Pompeianosque gladiatorio spectaculo, quod Liuineius Regulus, quem motum senatu rettuli, edebat. quippe oppidana lasciua in uicem incessentes probra, dein saxa, postremo ferrum sumpsere, ualidiore Pompeianorum plebe, apud quos spectaculum edebatur. ergo deportati sunt in urbem multi e Nucerinis trunco per uulnera corpore, ac plerique liberorum aut parentum mortes deflebant. cuius rei iudicium princeps senatus, senatus consilibus permisit. et rur-*

Va preliminarmente chiarito che l'espressione 'se appellanti' non è un errore di Callistrato per appellanti, come alcuni hanno creduto:<sup>16</sup> che il giurista volesse alludere all'autoreferenzialità di 'coloro che da se stessi si chiamano abitualmente giovani', mi sembra infatti dimostrato da un passo di Aulo Gellio, dove 'quei giovani che chiamavano se stessi stoici' (*iuuenes, qui se Stoicos appellabant*), non mostravano le virtù prescritte da quella filosofia ed erano dunque stoici solo a chiacchiere (appunto: 'chiamavano da se stessi').<sup>17</sup> Il confronto fra Gellio e Callistrato ci dà dunque la certezza che il giurista di origine orientale non sbaglia nello scrivere in latino, ma intende proprio indicare 'coloro che da sé usano autodefinirsi uolgo giovani'.

Accertato che l'espressione non è erranea, va detto che non è mancato chi ha sensatamente e acutamente dubitato della corrispondenza fra 'qui uolgo se iuuenes appellant' e i membri dei *collegia iuuenum*, ritenendo che l'espressione si riferisca a soggetti i quali, in maniera del tutto impropria, definiscono se stessi *iuuenes* e che di conseguenza «in realtà non lo sono»,<sup>18</sup> almeno nel senso di appartenenti al sodalizio. Le argomentazioni sono certo sottili e in alcuni punti senza dubbio ragionevoli, ma non sempre ritenute in dottrina del tutto provate. Infatti, il presupposto per cui è sembrato a Maria Vanzetti «difficile ritenere che il frammento del Digesto si riferisca a pene previste per degli *iuuenes* che volessero sfruttare la fama acquistata nelle arene dei circhi con lo scopo di affermare il proprio potere o quello del gruppo di cui facevano parte»,<sup>19</sup> consiste nella previsione della *fastigatio* (bastonatura) quale pena correttiva, pena che – rileva l'Autrice – non era usualmente applicata nei confronti degli *honestiores*, al cui rango avrebbero dovuto appartenere i membri dei *collegia iuuenum*, ritenuti in genere i giovani più nobili della città.<sup>20</sup>

*sus re ad patres relata, prohibiti publice in decem annos eius modi coetu Pompeiani collegiaeque, quae contra leges instituerant, dissoluta; Liuineius et qui alii seditionem conciuerant exilio multati sunt.* Lo studioso, sulla base di alcune presunte analogie fra i due testi crede di poter individuare nel brano tacitano un riferimento ai *collegia iuuenum*. *Contra*, con una puntuale critica, M. VANZETTI, «*Iuuenes* turbolenti», in *Labeo* 20, 1974.1, 81-82 e S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*» cit., 210-211, il quale rileva che il passo non fa riferimento tanto ai *ludi iuuenum*, quanto agli spettacoli gladiatori, occasioni queste, che ben si prestavano a tumulti di massa.

<sup>16</sup> F. JACQUES, *Humbles et notables* cit., 220: «Si l'on se souvient que Callistrate est un grec qui écrit un latin peu aisé, il est possible d'admettre que 'se appellanti' est mis pour 'appellanti'. Le juriste aurait évité d'écrire seulement "soient *iuuenes* ..." pour empêcher une possible confusion avec la classe d'âge des *iuuenes*».

<sup>17</sup> Gell., *Noct. Att.* I.2.6: *Has ille inanes glorias cum flaret iamque omnes finem cuperent uerbisque eius defetigati pertaeduissent, tum Herodes Graeca, uti plurimus ei mos fuit, oratione utens «permitte», inquit, «philosophorum amplissime, quoniam respondere nos tibi, quos uocas idiotas, non quimus, recitari ex libro, quid de huiusmodi magniloquentia uestra senserit dixeritque Epictetus, Stoicorum maximus», iussitque proferri dissertationum Epicteti digestarum ab Arriano primum librum, in quo ille uenerandus senex iuuenes, qui se Stoicos appellabant, neque frugis neque operae probae, sed theorematum tantum nugilibus et puerilium isagogarum commentationibus deblaterantes obiurgatione iusta incessiuit.*

<sup>18</sup> M. VANZETTI, «*Iuuenes* turbolenti» cit., 79. Tesi già ipotizzata da J. GAGÉ, *Les organisations de «iuuenes» en Italie et en Afrique du début du IIIe siècle au «Bellum Aquileiense»* (238 ap. J.-C.), in *Historia* 1970, 243, per il quale i personaggi di cui riferisce Callistrato «usurpaient un peu le rôle toléré chez les associations de jeunesse».

<sup>19</sup> M. VANZETTI, «*Iuuenes* turbolenti» cit., 80.

<sup>20</sup> M. VANZETTI, «*Iuuenes* turbolenti» cit., 80 e nt. 12. Cfr. G.C. PICARD, *Civitas Mactaritana* cit., 79 nt. 264; P. GINESTET, *Les organisations de la jeunesse* cit., 34, che sottolinea come «ainsi, par le rang social, le *Collegium Iuuenum* était-il le plus aristocratique de tous ceux de la cité».

Bisogna a tal proposito fare una precisazione, *prima facie* non di poco conto: da una serie di dati a disposizione emerge che, rispetto alle associazioni di età augustea, i *collegia iuuenum* presenti nei *municipia* e nelle provincie, databili tra il II e il III secolo, provengono da un'estrazione socio-economica tutt'altro che elitaria; in quell'epoca, infatti, oltre ai membri di autorevoli famiglie del decurionato, entravano a far parte delle corporazioni giovanili anche i plebei, i liberti e persino gli schiavi,<sup>21</sup> segno evidente di una «*évolution générale du recrutement durant le Haut Empire*».<sup>22</sup> Nel complesso le riflessioni esposte dalla Vanzetti non sono assolutamente da rigettare *a priori*, fermo restando che, alla luce dei dati epigrafici e dei rilievi mossi dalla dottrina, necessitano certamente di maggiori prove.

Si deve, infatti, prendere atto dell'interessante rilievo, di carattere prettamente formale, per cui l'espressione '*qui uolgo se iuuenes appellant*' «si adatta molto male a persone che portavano quel titolo ufficialmente, per lunga consuetudine».<sup>23</sup> Del resto anche la tesi, secondo cui le pene previste nel passo di Callistrato «riguardassero membri di gruppi irregolari e di fazioni sportive, i quali con gli antichi sodalizi avessero in comune ben poco – il nome, che si attribuivano con fini forse di imitazione, o forse anche di irrisione, e l'attività agonistica nelle arene» – è tutt'altro che banale, e offre sicuramente una valida alternativa all'opinione, secondo la quale le norme riferite in D. 48.19.28.3 rappresentavano i timori del governo nei confronti delle organizzazioni ufficiali di *iuuenes* che, da gruppi nati per difendere il potere imperiale, sarebbero divenuti con il tempo strumenti di contestazione politica nelle mani dell'opposizione aristocratica;<sup>24</sup> o alla tesi espressa da Picard,<sup>25</sup> per il quale il frammento di Callistrato, che in realtà non fa menzione alcuna di una specifica normativa imperiale relativa ai *iuuenes*, sarebbe prova della politica di Settimio Severo, tesa a frantumare quei *collegia iuuenum*, riottosi ad accettare misure egualitarie e repressive; o ancora all'idea di Jacques, e anche di Ginestet, secondo cui nel frammento, che farebbe riferimento non soltanto ai *iuuenes collegiati*, ma più in generale a tutte le organizzazioni di *iuuenes*, ivi compresi i *neoi* orientali, non è possibile intravedere una politica imperiale ostile a tali organizzazioni, quanto piuttosto un'attitudine a reprimere quegli eccessi, che potevano avere protagonisti alcuni *iuuenes* in città tradizionalmente agitate.<sup>26</sup> Riflessioni tuttavia ragionevoli, dicevo,

<sup>21</sup> CIL XIV, 2113; CIL IX, 3578. Cfr. F. JACQUES, *Humbles et notables* cit., 217-230, il quale ritiene che «les personnages mis en cause dans ce texte ne sont pas des *honestiores*», e che «l'ensemble des mesures répressive décrite par Callistrate est incompatible avec l'idée traditionnelle d'un recrutement des *iuuenes* dans la jeunesse dorée des cités». È chiaro che la prospettiva con cui lo studioso guarda al testo di Callistrato è diametralmente opposta rispetto a quella della Vanzetti; se la fustigazione è da questa ritenuta prova del fatto che i *iuuenes turboletes* non siano i sodali dei *collegia iuuenum*, ma i membri di gruppi non ufficiali, per Jacques invece «l'application des *fustes* aux *iuuenes* perturbateurs est donc encadrée par des développements du même juriste sur le caractère bas de cette peine. Il faut bien admettre que, dans l'esprit de Callistrate, les *iuuenes* sont, au moins dans leur grande majorité, des *tenuiores* puisqu'ils sont pris comme typiquement justiciables de cette peine» (*loc. cit.*, 221).

<sup>22</sup> F. JACQUES, *Humbles et notables* cit., 230; P. GINESTET, *Les organisations* cit., 186.

<sup>23</sup> M. VANZETTI, «*Iuuenes*» *turbolenti* cit., 79.

<sup>24</sup> In questo senso DELLA CORTE, *Iuventus* cit., *passim*; M. ROSTOWZEW, *Römische Bleitesserae* cit., 90; H.L. MARROU, *Storia dell'educazione nell'antichità*, Roma 1950, 394.

<sup>25</sup> G.C. PICARD, *Civitas Mactaritana* cit., 93 ss.

<sup>26</sup> F. JACQUES, *Humbles et notables* cit., 220. Cfr. ID. *Le privilège de liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident romain (161-244)*, Roma 1984, 385 nt. 24, che, in riferimento al

tali da indurre Randazzo a ritornare sul tema, elaborando una serie di originali e articolate considerazioni. Lo studioso, propenso anche lui a ritenere i *iuuenes* di Callistrato gruppi di giovani sediziosi, che indebitamente e impropriamente usavano tale altisonante appellativo, si pone alcuni interrogativi: è «sicuro che nell'impero esista una tipologia istituzionale di collegi identificabile con l'espressione *collegia iuuenum*? E questi *collegia* o '*sodalicia*' o '*corpora*' *iuuenum* sono davvero diversi da quelli cui si riferisce Callistrato?».<sup>27</sup>

La risposta, come vedremo alla fine, offre una nuova e interessante prospettiva d'indagine sul fenomeno dei cosiddetti *collegia iuuenum*, e merita dunque un'attenta analisi.

L'impianto argomentativo di Randazzo ha inizio con la lettura di un passo escerpito, anche questa volta, dal *de cognitionibus* di Callistrato, dove il giurista riferisce che *quibusdam collegiis uel corporibus, quibus ius coeundi lege permissum est, immunitas tribuitur: scilicet eis collegiis uel corporibus, in quibus artificii sui causa unusquisque adsumitur, ut fabrorum corpus est et si qua eandem rationem originis habent, id est idcirco instituta sunt, ut necessariam operam publicis utilitatibus exhiberent. nec omnibus promiscue, qui adsumpti sunt in his collegiis, immunitas datur, sed artificibus dumtaxat. nec ab omni aetate allegi possunt, ut diuo Pio placuit, qui reprobauit prolixae uel inbecillae admodum aetatis homines. sed ne quidem eos, qui augeant facultates et munera ciuitatum sustinere possunt, priuilegiis, quae tenuioribus per collegia distributis concessa sunt, uti posse plurifariam constitutum est*.<sup>28</sup>

Il giureconsulto, sulle cui origini orientali la dottrina è ormai unanime<sup>29</sup>, riferisce che a tutti quei *corpora* e *collegia* che riceverono il *ius coeundi ex lege, tribuitur immunitas*. Si ritiene ormai concordemente che la *lex*<sup>30</sup> di cui si fa menzione sia la *lex Iulia de collegiis*,<sup>31</sup> ovvero quella disposizione, sulla cui struttura, datazione, e attribuzione vige ancora incertezza,<sup>32</sup> che

ruolo svolto dal popolo durante le procedure elettorali, chiarisce come nel testo di Callistrato «ne s'agit pas d'élections, mais de troubles qui peuvent naître lors de spectacles. On comprend mieux comment, à la suite de meneurs, peut être suscitée una *postulatio populi* capable de déboucher éventuellement sur l'émeute». Anche P. GINESTET, *Les organisations* cit. 186-187.

<sup>27</sup> S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*» cit., 208.

<sup>28</sup> D. 50.6.6.12 (Callistr. 1 *de cogn.*).

<sup>29</sup> Su Callistrato cfr. R. BONINI, I «*libri de cognitionibus*» di Callistrato. cit. *passim*; A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968, 240; M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in G.A. ARCHI (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.)* (Atti di un incontro tra storia e giuristi, Firenze 2-4 maggio 1974), Milano 1976, 146-159; V. MAROTTA, *I giuristi romani come «intelletuali»: la cultura di Callistrato*, in Ostraka 2, 1992, 287-293.

<sup>30</sup> Il DE ROBERTIS, *Il fenomeno associativo* cit., 151 nt. 1, si poneva l'interrogativo se il termine fosse da riferirsi a particolari *senatusconsulta*, volti all'autorizzazione per la costituzione dei *collegia*, o piuttosto alla *lex Iulia*. Se ne mostra assolutamente certo S. RANDAZZO, *Senatus consultum quo illicita collegia arcentur* (D. 47.22.1.1), in BIDR 94-95, 1991-92, 70, il quale ritiene, di contro, poco credibile la confusione di una legge e di un senatoconsulto con semplici funzioni di autorizzazione.

<sup>31</sup> Le fonti al riguardo sono esigue: Suet., *Caes.* 42.3: *cuncta collegia praeter antiquitus constituta distraxit*; Id., *Aug.* 32.1: *et plurime factione titulo collegi noui ad nullius non facinoris societatem coibant. Igitur grassaturas dispositis per opportuna loca stationibus inhibuit, ergastula recognouit, collegia praeter antiqua et legitima dissoluit*; Anche Flau. Ios., *Ant. Iud.* 14.8; CIL VI, 2193 (4416): *dis Manibus | collegio Symphonialorum qui sacris publicis praestu sunt quibus | senatus c.c.c. permisit e | lege Iulia ex auctoritate | Aug. ludorum causa*.

<sup>32</sup> Secondo un'opinione sostenuta per primo da Mommsen, *Römische Urkunden*, in ZGRW 15, 1850, poi in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin 1907, 114 s., la *lex Iulia de collegiis* sarebbe una legge promulgata

imponere l'abolizione di tutte le associazioni esistenti, tranne alcune di antica tradizione.

Subordinava inoltre la creazione di nuove all'autorizzazione del senato, tramite un senatoconsulto sulla base della loro pubblica utilità.<sup>33</sup> Ora, secondo Randazzo, tra i *collegia*, *quibus ius coeundi lege permissum est*, non vi erano quelli dei *iuuenes*, poiché un'iscrizione proveniente da Cizico è testimone del fatto che attorno al 158 d.C., su proposta di Appio Gallo, *consul designatus*, un *corpus neon* (così per *νεῶν*) ottenne una *confirmatio* senatoria, e quindi – nell'interpretazione di Randazzo – l'autorizzazione a costituirsi in un sodalizio, secondo quanto espressamente disciplinato *ex lege Iulia de collegiis*. Vediamo dunque il testo dell'epigrafe:

CIL III, 7060 [s(enatus) c(onsultum) de p]ostulatione Cizycenor(um) ex Asia qui dicunt ut corpus quod appellatur neon et habent in ciuitate sua auctoritate [amplissimi o]rdinis confirmetur ...

«Se fosse esistita una categoria associativa generale» – scrive Randazzo – «che avesse presentato le caratteristiche politico-organizzative attribuite dalla dottrina a questi sodalizi, la loro istituzione sarebbe stata sicuramente prevista in generale ed anzi ... sarebbero stati probabilmente costituiti e regolamentati 'dall'alto' ... La circostanza che l'epigrafe accenni ad una *confirmatio* senatoria successiva alla costituzione del collegio ... contribuisce per altro a farci escludere che i *collegia iuuenum* costituissero, quantomeno sul piano della loro configurazione giuridica, associazioni autorizzate preventivamente ed in generale e dunque ritenute tutte rientranti in un'unica categoria astratta».<sup>34</sup>

Come dirò nelle conclusioni, a me sembra che vi sia una fondamentale differenza fra *confirmatio* (ratifica *ex post*) e preventiva autorizzazione senatoria, e che pertanto l'epigrafe di Cizico attesti un mutamento del regime giuridico rispetto alla *lex Iulia*, ma tale circostanza non inficia comunque le altre considerazioni di Randazzo.

A riprova della sua tesi, lo studioso adduce ulteriori considerazioni: anzitutto, il termine *iuuenes* indicava verosimilmente gli uomini la cui età era ricompresa tra i venti e i quarant'anni,<sup>35</sup> e dunque in sostanza la maggior parte degli uomini validi, il che implicherebbe

con una specifica finalità – quella di disciplinare la materia dei collegi – e non una singola disposizione contenuta all'interno della *lex Iulia de ui publica* o di quella *de ui privata*. Una parte della dottrina la ritiene opera di Cesare: cfr. V. BANDINI, *Appunti sulle corporazioni romane*, Milano 1937, 59; F.M. DE ROBERTIS, *Il fenomeno associativo* cit., 47 nt. 4, il quale ritiene che Augusto abbia in seguito richiamato in vigore la disposizione del padre, 52; S. RANDAZZO, *Senatus consultum* cit., 50 s.; altra dottrina ne attribuisce invece la paternità ad Augusto: cfr. L. CRACCO RUGGINI, *Le associazioni professionali nel mondo romano-bizantino*, in *Artigianato e tecnica nella società dell'Alto Medioevo occidentale*, (Atti della XVIII Sett. di St. sull'Alto Medioevo, Spoleto 2-8 aprile 1970), Spoleto 1971, 78, per la quale la *lex*, da datarsi al 22-21 a.C., fu in origine applicata solamente a Roma, per poi esserlo a tutta l'Italia, in seguito alla rissa scoppiata a Pompei nel 59 d.C. *inter colonos Nucerinis Pompeianosque gladiatorio spectaculo* (Tac., *Ann.* 14.17); similmente M. HUMBERT, *La c.d. libertà associativa nell'epoca decemvirale: un'ipotesi a proposito di XII Tab. VIII.27*, in AUPA 53, 2009, 34 nt. 22.

<sup>33</sup> Esclude finalità e funzioni politiche F. M. DE ROBERTIS, *Il fenomeno associativo nel mondo romano* cit., 42 nt. 1, il quale sottolinea come la *lex* mirasse ad evitare che i *ciues*, riunendosi in corporazioni, potessero «più agevolmente cospirare contro il nuovo ordine di cose» (*loc. cit.* 52).

<sup>34</sup> S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*» cit., 209 s.

<sup>35</sup> Cfr. Censorin., *De die natali* 14, 2: *Varro quinque gradus aetatis aequabiliter putat esse diuisos*,

che a tali associazioni avrebbe potuto partecipare un gran numero di soggetti, per i quali, peraltro, non vi erano preclusioni né sulla base del sesso, né sulla base delle condizioni socio-economiche, come attesterebbe l'esistenza tanto di un sodalizio di giovinette<sup>36</sup> quanto di quelli i cui partecipanti erano, tra gli altri, plebei, liberti e schiavi.

Passando poi alle testimonianze epigrafiche, Randazzo rileva come queste presentino considerevole varietà terminologica nel definire tanto i sodalizi,<sup>37</sup> quanto la loro organizzazione interna e le magistrature giovanili,<sup>38</sup> varietà in contrasto con la struttura piuttosto omogenea e standardizzata, che caratterizza i 'collegi privati' e professionali e che dunque sarebbe riprova «di una profonda difformità fra i vari sodalizi di *iuvenes* e della connessa assenza non soltanto di un'organizzazione centralizzata di essi, ma dell'esistenza di un comune modello organizzativo».

Ma, a tal proposito, reputo opportuno segnalare fin d'ora che la "questione terminologica" interessa in realtà più in generale l'intero fenomeno associativo romano, giacché le numerose fonti a nostra disposizione, – siano esse epigrafiche, letterarie o giuridiche – documentano una cospicua varietà di denominazioni, quali, per citarne qualcuna, *corpus*, *collegium*, *sodalitium*, *schola*,<sup>39</sup> *societas*, *consortium*, *familia*.<sup>40</sup> L'assenza di un vocabolo tec-

*unumquemque scilicet praeter extremum in annos XV. Itaque primo gradu usque annum XV pueros dictos, quod sint puri, id est impubes. Secundo ad tricensimum annum adulescentes, ab alescendo sic nominatos. In tertio gradu qui erant usque quinque et quadraginta annos, iuuenis annos appellatos eo quod rem publicam in re militari possent iuuare. In quarto autem adusque sexagesimum annum seniores uocitatos, quod tunc primum senescere corpus inciperet. Inde usque finem uitae uniuscuiusque quintum gradum factum, in quo qui essent, senes appellatos, quod ea aetate corpus iam senio laboraret; Seruius, ad Aen. 5, 295: aetates omnes Varro sic diuidit: infantiam, pueritiam, adulescentiam, iuuentam, senectam. A tali distinzioni, affiencherei anche quella proposta da Isidoro in Origines 11, 2, 1-8: Gradus aetatis sex sunt: infantia, pueritia, adolescentia, iuuentus, grauitas atque senectus. Prima aetas infantia est pueri nascentis ad lucem, quae porrigitur in septem annis. Secunda aetas pueritia, id est pura et necdum ad generandum apta, tendens usque ad quartumdecimum annum. Tertia adolescentia ad gignendum adulta, quae porrigitur usque ad uiginti octo annos. Quarta iuuentus firmissima aetatum omnium, finiens in quinquagesimo anno. Quinta aetas senioris, id est grauitas, quae est declinatio a iuuentute in senectutem; non dum senectus sed iam non dum iuuentus, quia senioris aetas est, quam Graeci πρεσβύτην uocant. Nam senex apud Graecos non presbiter, sed γέρων dicitur. Quae aetas a quinquagesimo anno incipiens septuagesimo terminat. Sexta aetas senectus, quae nullo annorum tempore finitur; sed post quinque illas aetates quantumcumque uitae est, senectutis deputatur. Senium autem pars est ultima senctutis, dicta quod sit terminus sextae aetatis. Il vescovo di Siviglia prosegue poi fornendo la seguente etimologia di *iuuenis* (11, 2, 16): *iuuenis uocatus, quod iuuare posse incipit. Est enim iuuenis in ipso aetatis incremento positus, et ad auxilium preparatus. Nam iuuare hominis est opus aliquod conferentis.**

<sup>36</sup> Per la composizione femminile dei *collegia iuuenum* si rimanda alla trattazione e alla precedente bibliografia citata da M.D. SAAVEDRA-GUERRERO, *Iuuenae en los collegia del occidente romano*, in *Atene&Roma* 41, 1996, 24 ss.

<sup>37</sup> *Collegium*, *corpus*, *studium*, *thiasus*, ai quali aggiungerei anche *schola*.

<sup>38</sup> Oltre alla carica di *magister iuuenum*, nelle province come in Italia, sono attestate anche quella di *procurator* e di *praetor iuuentutis*, e inoltre quella di *curator*, che sono stati considerati, rispettivamente, i *leaders* delle organizzazioni e i soggetti addetti alle mansioni esecutive.

<sup>39</sup> Degna di nota è un'epigrafe di Como attestante l'esistenza di una *Schola iuuenum seu caplatorum* oggetto di un mio studio in corso. Frattanto cfr. M. KLEIJWEGT, *Schola iuuenum seu caplatorum*, in *Epigraphica* 56, 1994, 29 ss.

<sup>40</sup> Per un elenco completo cfr. P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations* cit., IV, 236-242. Se-

nico, che indicasse il concetto astratto di associazione è, peraltro, testimoniata da Gaio, per il quale ‘*neque societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur*’,<sup>41</sup> e da Ulpiano che, nell’indicare le diverse forme in cui si presenta un soggetto di diritto, riferisce ‘*sive singularis persona, uel populus, uel curia, uel collegium, uel corpus*’,<sup>42</sup> e ancora da Marciano, per cui ‘*in summa autem nisi ex senatusconsulti auctoritate uel Caesaris collegium uel quodcumque tale corpus coierit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat*’.<sup>43</sup>

Infine, attraverso un intreccio di dati elaborati con l’utilizzo di supporti informatici, l’Autore costata come la presenza dei collegi di *iuuenes* sia molto abbondante nell’area del Lazio e dell’Italia centrale, mentre nelle province risulta minoritaria e non incisiva, rispetto all’ampiezza del territorio e all’esistenza di altri collegi; il momento di maggior incremento sarebbe rappresentato dal II secolo, mentre il decremento numerico sarebbe piuttosto costante nei secoli successivi.

L’indagine intrapresa da Randazzo porta allora ad alcune considerazioni piuttosto innovative e che si pongono in contrasto con una parte della dottrina, per la quale – ricordiamolo – i *collegia iuuenum* rappresenterebbero un fenomeno di portata generale con un peso socio-politico piuttosto rilevante in tutto l’impero. I sodalizi di *iuuenes*, geneticamente italici e dunque autonomi rispetto all’*ephebeia* greca, «vengono maggiormente a costituirsi fra II e III secolo, in relazione ad esigenze locali, e ad imitazione dei collegi di Roma e dell’Italia centrale, essi svolgono attività ludiche ma senza alcuna rispondenza ad un organico disegno politico che, forse presente nell’elaborazione augustea, si interrompe con la morte del *princeps* e, inadeguatamente inteso dai suoi immediati successori, scompare del tutto nell’età dei Severi».

Un’ultima rilettura del frammento è stata proposta dalla Corbier, la quale, convinta che Callistrato abbia voluto riferirsi ai membri dei *collegia iuuenum*, giacché l’utilizzo della forma

condo una distinzione proposta in dottrina mentre il termine *corpus* indicherebbe quelle corporazioni autorizzate ufficialmente dal governo e dotate di personalità giuridica, tutti gli altri, in particolare *collegium*, farebbero riferimento ad organizzazioni prive di un riconoscimento pubblico; sul punto cfr. A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei ‘collegia’ in diritto romano*, in *Iura* 31, 1980, 1 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La capacità giuridica dei collegi romani e la sua progressiva contrazione*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli 1984, 1259 ss. e da ultimi S. CASTAGNETTI, *I collegia della Campania*, in *Forme di aggregazione nel mondo romano*, Bari 2007, 223 e P. SANGRISO, *I collegi professionali e la loro valenza economica* cit., 92, i quali rilevano come in realtà tale distinzione non sia dimostrabile. Rilevante è la teoria di Ginestet secondo cui, mentre i *collegia iuuenum* furono un’organizzazione politica che aveva sede nelle città italiane e nelle province più romanizzate, addetta essenzialmente alla preparazione dei *ludi*, la *iuuentus* invece fu un’organizzazione paramilitare tipica delle campagne e delle zone meno sviluppate e progredite. Tale distinzione tuttavia non convince Mario Attilio Levi (M.A. LEVI, *Iscrizioni relative a collegia* cit., 390 ss.) il quale, attraverso l’esame di una serie di testimonianze epigrafiche, giunge a rilevare come, poiché «la maggiore differenza consiste nell’uso di un astratto, *iuuentus*, per le associazioni giovanili, uso che ha indubbiamente carattere prevalente in località periferiche, ma appare anche comune in importanti centri italiani», «le due denominazioni sono certo ambivalenti».

<sup>41</sup> D. 3. 4.1 pr.1 (Gaius 3 *ad ed. prou.*).

<sup>42</sup> D. 4.2.9.1 (Ulpian. 10 *ad ed.*).

<sup>43</sup> D. 47.22.3.(1) (Marcian. 2 *iudiciorum public.*).

verbale *appellant* indicherebbe che «gli *iuuenes* portano il nome della loro organizzazione»,<sup>44</sup> ha proposto di collegare *turbulentis* non all'ablativo *in quibusdam ciuitatis*, come ritiene la dottrina, ma al dativo *adclamationibus*,<sup>45</sup> con la conseguenza che «le grida in Callistrato sembravano biasimevoli in quanto tali, a tal punto da giustificare delle pene molto dure: si tratta infatti di bloccare l'eventualità di un tafferuglio generale, che dipende dalla natura delle grida». Sarebbe dunque la violenza verbale a meritare la bastonatura ai *iuuenes*, reclutati ormai ai tempi di Callistrato non solo fra i ceti più alti della società, come testimonierebbero i nomi noti attraverso le epigrafi; la bastonatura e la pena di morte sarebbero state applicate soltanto ai *iuuenes* aventi lo *status* di *humiliores*, e non anche agli *honestiores*, ovvero «i decurioni, i veterani e i loro figli».<sup>46</sup>

3. La lezione '*turbulentibus adclamationibus popularium*' trådita dalla *Littera Florentina*. Vecchie e nuove possibilità di emendamento: *turbulentis* e *turbulentius*.

Alla luce di tali esegesi, ritengo possibile addurre alcune considerazioni *prima facie* formali, ma con rilevanti conseguenze esegetiche sostanziali – poco esplorate, se non del tutto sottaciute nelle analisi finora proposte – in ordine alla correttezza del brano callistrato e dunque alle sue implicazioni giuridiche. In primo luogo, bisogna discutere dell'emendamento di Mommsen e Krüger al testo trådito dalla *Littera Florentina*, nella quale si legge '*turbulentibus*' e non *turbulentis*: benché tale correzione sia accolta dalla maggior parte della dottrina,<sup>47</sup> il problema sotto l'aspetto paleografico e codicologico, come anche grammaticale, non è stato mai affrontato.

Invero nell'edizione tipografica dei *Digesta*, intrapresa a Nuremberg a partire dal 1529 e dovuta a Gregorius Haloander (Gregor Meltzer),<sup>48</sup> la lettura *turbulentis* è data sulla base della '*vulgata Bononiensis*',<sup>49</sup> ma Dionysius Gothofredus (Denis Godefroy), nella sua edizione del 1583, la relegò nell'apparato critico, attenendosi alla *Florentina*. Viene da pensare che *turbulentis* sia una correzione della c.d. *vulgata* o *Littera Bononiensis*, per sostituire un *turbulentibus* estraneo al latino classico. L'aggettivo, che presuppone il nominativo singolare *turbulens*, è infatti attestato solo dopo l'edizione dei *Digesta* giustinianeî: ciò costituisce un

<sup>44</sup> M. CORBIER, *Iuuenis* cit., 19.

<sup>45</sup> L'autrice rileva come la traduzione da lei proposta di grida sediziose, *turbulentis adclamationibus*, combacia con quella del 1857 di Giovanni Vignali.

<sup>46</sup> M. CORBIER, *Iuuenis* cit., 19.

<sup>47</sup> *Exempli causa* cfr. M. VANZETTI, «*Iuuenes*» cit., F. JACQUES, *Humbles et notables* cit., 218; S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*» cit., 205; M. CORBIER, *Iuuenis* cit., 20

<sup>48</sup> Cfr. da ultimo P. BONACINI, *La glossa: una nuova risorsa digitale per la storia giuridica*, in *Historia et ius* 9, 2016, 4, 9-11 in particolare. Haloander seguiva Andrea Alciato nel contestare che la *Littera Florentina* fosse l'archetipo delle Pandette, ridimensionandone così l'autorità. La posizione di Haloander fu ridimensionata, nella celebre edizione giuntina, dallo spagnolo Antonius Augustinus, *Emendationum et opinionum libri quattuor. Ad Modestinum siue De excusationibus liber singularis. His libris maxima iuris ciuilibis pars ex Florentinis Pandectis emendatur & declaratur*, Venetiis, 1543. Dieci anni dopo, furono Lelio e Francesco Torelli, con la collaborazione di Piero Vettori, a pubblicare a stampa nel 1553 la prima collazione autoptica della *Littera Florentina*.

<sup>49</sup> Per la bibliografia specialistica rinvio all'esautiva trattazione di G. PURPURA, *Diritto, papiri e scrittura*, Torino 1999, 152 ss.

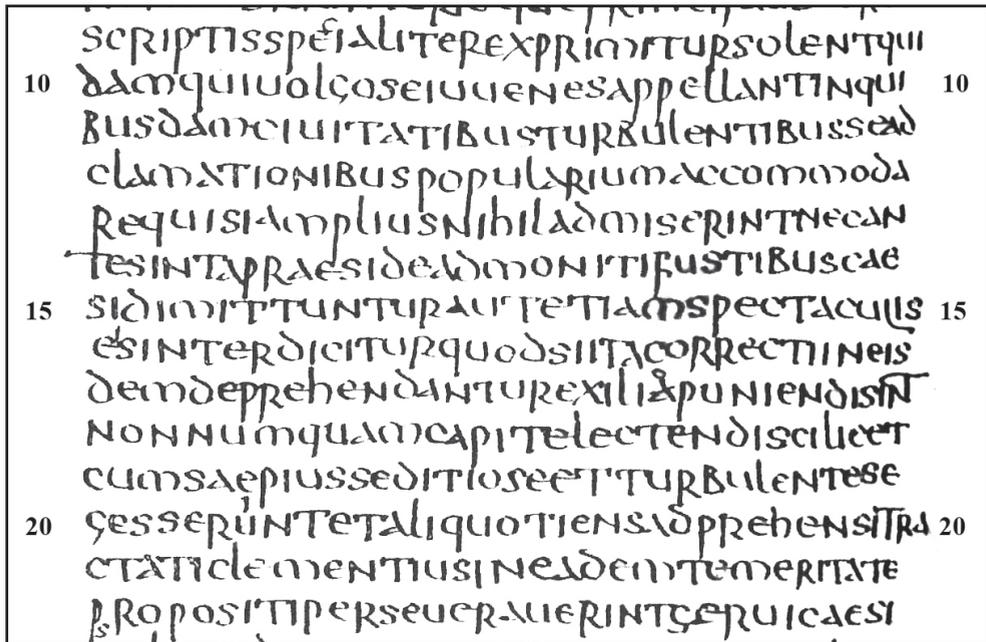


Fig. 1. Pagina 422v colonna II (particolare) della *Littera Florentina* (Firenze, Biblioteca Laurenziana): D. 48.19.28.3 (Callistr. 6 de cognition.). Alla linea 11: *turbulentibus*.

preciso indizio che il termine sia stato ‘introdotto’ in latino in epoca tarda – cercheremo di vedere quando –, e sia ‘passato’, proprio attraverso l'*excerptum* che di Callistrato fecero i Compilatori, nell’uso linguistico colto. Essi trasmisero così la forma *turbulentibus*, prima inesistente in latino, rafforzata dell'*auctoritas* testuale dell’edizione giustiniana.

Il fenomeno avvenuto nella trasmissione codicologica va indagato congiuntamente sotto l’aspetto paleografico e grammaticale: nella sequenza delle desinenze degli ablativi e dei dativi in *-ibus* nella frase ‘*in quibusdam ciuitatibus turbulentibus se adclamationibus*’ etc., si è verificata una duplice *tractio*, *directa* e *inversa*, della desinenza *-bus* da parte dell’ablativo precedente – ‘*ciuitatibus*’ – e del dativo seguente – ‘*adclamationibus*’ – su quello che sarebbe dovuto essere il corretto *turbulentis*. Comunque, nell’un caso come nell’altro, il significato del passo resta sostanzialmente lo stesso.

Sotto l’aspetto strettamente paleografico, v’è però anche un’altra possibilità, che avrebbe profonde conseguenze giuridiche sull’esegesi del passo: che cioè *TURBULENTIBUS*, per il susposto fenomeno di *tractio*, sia stato scritto – nell’unciale B-R della *Florentina* – per errore da un originale *TURBULENTIUS*. Mi riservo di trattare di seguito, nelle conclusioni, il problema interpretativo. Ora preferirei invece richiamare l’attenzione piuttosto sul dato paleografico in sé.

Un’origine greco-orientale, anziché occidentale, della confezione della *Littera Florentina* da parte dei suoi 13 amanuensi è non a torto considerata la più probabile da una parte autorevole della dottrina romanistica, rappresentata da Stolte e da Purpura.<sup>50</sup> «Anche se in base

<sup>50</sup> B. STOLTE, *The Partes of the Digest in the Codex Florentinus*, in *Subseciva Gröningana* 1, 1984, 69-

alle più recenti indagini» - scrive Purpura – «si propende a credere che il codice fiorentino delle Pandette si trovasse già fin dalla tarda antichità in Italia, a Napoli o a Ravenna, l'origine orientale del manoscritto resta, fino a prova contraria, ancora la più plausibile, soprattutto a causa della precocità della sua redazione e del collegamento con un centro di studi, che difficilmente avrebbe potuto essere diverso da Costantinopoli».

Com'è noto, Callistrato era di madrelingua greca, e gli viene rimproverato un latino inelegante e stilisticamente 'duro', che potrebbe giustificare già nell'autore una forma *turbulentibus* per *turbulentis*, a causa dell'*attractio* di cui s'è detto. Tuttavia, poiché anche la *Littera Florentina* è ritenuta provenire dalla cancelleria orientale, non può escludersi che l'*attractio* abbia operato non sul giurista di età antonino-severiana, ma sul copista giustiniano. In questo caso, oltre alla possibilità *turbulentis* → *turbulentibus*, avremmo anche l'alternativa: *turbulentius* → *turbulentibus*.

Ma, come già rilevato, l'aggettivo *turbulentis* o *turbulentibus* – poco cambia ai nostri fini interpretativi del passo – potrebbe riferirsi tanto a *ciuitatibus* quanto ad *adclamationibus*: nel primo caso sarebbero le città ad essere turbolente, nel secondo sarebbero le acclamazioni dei *populares* ad essere sediziose. Sennonché, mentre in italiano il sostantivo "acclamazioni" ha valore positivo, il corrispondente *adclamationes*<sup>51</sup> può avere in latino sia significato di consenso, sia di dissenso: pertanto, è comprensibile che Callistrato abbia inteso connotare i clamori dei *populares* in senso negativo, aggiungendovi l'aggettivo *turbulentibus* o *turbulentis*, quando, dal normale e "fisiologico" entusiasmo della folla per la propria fazione, degenerassero in tumulti.

Ma chi erano i *populares* le cui *adclamationes* potevano degenerare? Il sostantivo nel II-III secolo aveva avuto una variazione semantica rispetto all'uso consacrato dalla lotta politica della tarda *respublica*: i *populares* tardorepubblicani costituivano la *factio* o *secta* che si contrapponeva agli *optimates*, e poi, dal II sec. a.C., anche agli *equestres* e che aveva avuto come capi Mario, Cinna e Cesare. Ma in età severiana, cessati i conflitti politici con l'instaurazione del principato, tale termine finì col designare quelli che agli *honestiores* apparivano come i nuovi sediziosi, gli appartenenti alle quattro fazioni del circo, che si eccitavano alle corse dei carri e coagulavano malcontento sociale e dissenso politico, prendendo nome dai colori: *alba* (bianca), *prasina* (verde), *russata* (rossa), *ueneta* (azzurra). Se n'era già accorto, proprio in riferimento al passo callistrato in esame, Cuiacio (Jacques Cujas), nelle sue *Observationes et emendationes*, VIII, 29, e la sua esegesi fu accolta anche da Gotofredo (Denis Godefroy) alla nota 34 al detto *excerptum*.

91, in part. 77-88; G PURPURA, *Diritto, papiri* cit., 152 (da cui la susseguente citazione) e nt. 5. *Contra* G. CAVALLO, *Magistrale, Libri e scritture del diritto nell'età di Giustiniano*, in *Index*, 15, 1987, 102-106 «La maggioranza delle tredici mani, dodici di nazionalità latina ed una greca, impegnate nell'opera di trascrizione [della *Littera Florentina*] pare che mostrino un'educazione grafica di segno occidentale e in qualche caso inesperienza o incertezza nel tracciare la stessa onciale B-R di sicura origine greco orientale, anzi scrittura legata all'attività giuridica di Palazzo, che si è sostenuto essere "tipizzazione indotta dalla grande impresa di sistemazione del diritto dovuta a Giustiniano ... ispirata a forme 'old style', ma costretta a mescolanze e adattamenti dalla realtà scrittoria del tempo" e dunque rientrante "in quella *reverentia antiquitatis* richiamata come programma dell'opera giuridica giustiniana».

<sup>51</sup> Cfr. R.E. I,1 (1893), col. 147-150, s.v. *acclamatio*.

4. La gradazione di ammonimenti e pene per i reati di sedizione e tumulto da parte di *'qui uolgo se iuuenes appellant'*.

Per la piena intelligenza della sottesa problematica esegetica, mi sembra però essenziale prendere ora in considerazione il contesto, da cui è escerpito il passo di Callistrato, posto dai Compilatori giustinianeî nel libro 48 dei *Digesta*, cap. 19 *de poenis*: nel paragrafo immediatamente precedente, infatti, è lo stesso giureconsulto a indicare che:

D. 48.19.28.2 (Callistr. 6 *de cogn.*): *non omnes fustibus caedi solent, sed hi dumtaxat qui liberi sunt et quidem tenuiores homines: honestiores uero fustibus non subiciuntur, idque principibus rescriptis specialiter exprimitur.*

Il dato che se ne evince è ampiamente noto: non tutti possono essere sottoposti alla bastonatura, ma soltanto coloro che sono liberi e anche *tenuiores*; mentre gli *honestiores*<sup>52</sup> non ne sono soggetti, il che è espressamente disposto nei più importanti rescritti imperiali.

Ora, mettendo in connessione i due brani nella sequenza tràdita, s'intuisce come Callistrato abbia voluto dapprima fornire una previsione generale d'inapplicabilità della pena per la *ratio* giuridica di discriminazione in base al rango sociale<sup>53</sup>, e dopo abbia avvertito la necessità di prendere in considerazione un caso particolare: quello, appunto, relativo a coloro *'qui uolgo se iuuenes appellant'*. Se questi fossero stati *'liberi et quidem tenuiores'* non si capirebbe perché sia stato necessario dedicare loro una specifica trattazione, come nel caso relativo ai *serui* – che invece non rientravano evidentemente nelle categorie dei *'liberi et quidem tenuiores'* né in quella degli *honestiores* – i quali *serui caesi solent dominis reddi*.<sup>54</sup>

Bisogna a tal proposito rilevare che Callistrato non specifica quali fossero gli strumenti con i quali i *serui caesi* (*sunt*); ma, tenendo conto della previsione generale e astratta, si potrebbe pensare che non fossero i *fustes*, riservati ai liberi. Infatti la materia delle pene applicabile agli schiavi è così trattata da Macro:

<sup>52</sup> Alla categoria degli *honestiores* appartenevano i senatori, i cavalieri, i decurioni e i veterani, mentre a quella dei *tenuiores*, i plebei, gli *humiliores* e i *sordidiores*. Cfr. F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni* cit., 277. Per il divieto di bastonare i decurioni e i loro figli cfr. C. 2.11.5: *Imperatores Severus, Antoninus. Decuriones quidem, item filios decurionum fustibus castigari prohibitum est: uerum si iniuriam te fecisse proconsul uir clarissimus pronuntiauerit, ignominia notatus es.* [198 d.C.]; per quello relativo ai veterani D. 49.18.1 (Arrius Menand. 3 *de re militari*) *Veteranorum priuilegium inter cetera etiam in delictis habet praerogatiuam, ut separentur a ceteris in poenis. Nec ad bestias itaque ueteranus datur nec fustibus caeditur*, e ai propri figli cfr. D. 49.18.3 (Marcian. 2 reg.) *Veteranis et liberis ueteranorum idem honor habetur, qui et decurionibus: igitur nec in metallum damnabuntur nec in opus publicum uel ad bestias, nec fustibus caeduntur.*; D. 50.2.2.2 (Ulp. 1 disp.): *In filiis decurionum quaestio est, utrum is solus decurionis filius esse uideatur, qui conceptus et natus est ex decurione, an uero et is, qui ante natus est, quam pater decurio fieret. Et quidem quantum pertinet, ne fustibus castigetur et ne in metallum detur, non nocet plebeio patre esse natum, si postea honor decurionis patri eorum accesserit. In auo quoque Papinianus idem respondit, ne patris nota filius macularetur.*

<sup>53</sup> È lo stesso giureconsulto a sottolineare in D. 48.19.28.5: *Et ut generaliter dixerim, omnes, qui fustibus caedi prohibentur, eandem habere honoris reuerentiam debent, quam decuriones habent. Est enim inconstans dicere eum, quem principales constitutiones fustibus subici prohibuerunt, in metallum dari posse.*

<sup>54</sup> D. 48.19.28.4.

D. 48.19.10 pr. (Macer 2 de publ. iudiciis): *In seruorum persona ita obseruatur, ut exemplo humiliorum puniantur. Et ex quibus causis liber fustibus caeditur, ex his seruus flagellis caedi et domino reddi iubetur: et ex quibus liber fustibus caesus in opus publicum datur, ex his seruus, sub poena uinculorum ad eius temporis spatium, flagellis caesus domino reddi iubetur. Si sub poena uinculorum domino reddi iussus non recipiatur, uenumdari et, si emptorem non inuenerit, in opus publicum et quidem perpetuum tradi iubetur.*

Emilio Macro chiarisce dunque come nei confronti degli schiavi ci si attenga all'esempio della punizione riservata agli *humiliores*: per quelle stesse cause per le quali l'uomo libero è sottoposto alla bastonatura, lo schiavo invece lo è alla flagellazione e ne viene ordinata la restituzione al padrone; e poi ancora, per quelle cause per cui l'uomo libero, una volta che sia stato bastonato, viene impiegato in opere di pubblica utilità, lo schiavo, soggetto alla pena delle catene per lo stesso periodo e anche a flagellazione, dev'essere restituito al padrone. Se poi il padrone, al quale lo schiavo dovrebbe essere restituito in catene per ordine dell'autorità, non voglia riprenderselo, allora sia offerto in vendita e, se non si sarà trovato un acquirente, sia ordinato che venga tradotto a lavorare ad opere di pubblica utilità con l'aggravante della perpetuità della pena.

Vi è dunque una profonda differenza tra i *fustes* e i *flagella*:<sup>55</sup> ed è il caso di richiamare nel merito la recente trattazione di Lovato<sup>56</sup>, perché spesso la dottrina è incorsa – per evidente omofonia dei termini nelle moderne lingue neolatine – nell'errore di tradurre e considerare *fustes* e *fustigatio* come 'fruste' e 'fustigazione', mentre significano 'bastoni' e 'bastonatura'. Di norma i bastoni e la bastonatura erano riservati agli uomini liberi ma *tenuiores*<sup>57</sup>, le fruste e la fustigazione (in latino *flagella* e *flagellatio*) ai servi.

Il che potrebbe indurre a ipotizzare che tra coloro '*qui uolgo se iuuenes appellant*' non vi fossero schiavi: essi infatti – sempre sulla base della previsione generale riferita da Callistrato con la distinzione delle pene in base alla *summa diuisio de iure personarum* fra liberi e servi, e dei primi in *honestiores* e *humiliores* o *tenuiores* – avrebbero dovuto subire ben più di una "semplice" bastonatura. Tuttavia, ripeto, il giurista non chiarisce con quali strumenti debbano essere colpiti i servi.

Ma allora, essendo già prevista normativamente una procedura "standardizzata", per quale *ratio* dare rilievo a una particolare categoria, se non perché faceva, evidentemente, eccezio-

<sup>55</sup> Cfr. D. 47.9.4. 1: *Diuus Antoninus de his, qui praedam ex naufragio diripiissent, ita rescripsit: "Quod de naufragiis nauis et ratis scripsisti mihi, eo pertinet, ut explores, qua poena adficiendos eos putem, qui diripuisse aliqua ex illo probantur. Et facile, ut opinor, constitui potest: nam plurimum interest, peritura collegerint an quae seruari possint flagitiose inuaserint. Ideoque si grauior praeda ui adpetita uidebitur, liberos quidem fustibus caesos in triennium relegabis aut, si sordidiores erunt, in opus publicum eiusdem temporis dabis: seruos flagellis caesos in metallum damnabis. Si non magnae pecuniae res fuerint, liberos fustibus, seruos flagellis caesos dimittere poteris". Et omnino ut in ceteris, ita huiusmodi causis ex personarum condicione et rerum qualitate diligenter sunt aestimandae, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulabit.* Cfr. sopra, nt. 18 e 20.

<sup>56</sup> A. LOVATO, *Corporis coercitio (III-VI secc.)*, in IAH, 5, 2013, 20-26 in particolare, e per i *fustes* 21-22, 2. Cfr. anche L. RODRÍGUEZ ENNES, *Algunas cuestiones entorno a la verberatio*, in SDHI 79, 2013, 883-897.

<sup>57</sup> E non agli *honestiores* come giustamente segnalato da A. LOVATO, *Corporis coercitio* cit., 22 nt.5 in contrapposizione a quanto affermato da B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano 1998, nt. 9, 252 e nt. 231.

ne, o meglio rappresentava una fattispecie del tutto autonoma? Un aiuto per comprendere le ragioni logico-giuridiche può venire da una più attenta lettura del brano, soprattutto nella sua parte finale, ovvero allorquando Callistrato sottolinea come *'et aliquotiens adprehensi tractati clementius in eadem temeritate propositi perseuerauerint'*.<sup>58</sup>

Giacché «il fatto che siano disposte pene crescenti contro i recidivi non implica che i *iuuenes* esordienti siano “trattati” più clementemente di quanto esigerebbe la gravità delle mancanze commesse»,<sup>59</sup> Solazzi ha ritenuto che la locuzione *'tractati clementius'* fosse un glossema. Tale interpretazione, tuttavia, non convince Randazzo<sup>60</sup>, il quale ritiene invece che l'iterazione delle turbolenze, dapprima isolate e occasionali e come tali meritevoli di una certa clemenza (perciò *clementius*), incarni una nuova figura di reato: quella di vera e propria sedizione, come tale meritevole di pene più severe.

In realtà, in alternativa a quanto sostenuto sia dall'uno sia dall'altro studioso, il *clementius* del passo acquista una sua logica se posto in confronto con l'ordinario regime penale previsto per gli stessi reati, e che è noto da un passo di Paolo, tràdito, con alcune differenze, sia dalle cosiddette *Pauli Sententiae* che dai *Digesta* giustinianeî.

P.S. 5.22.1: *Auctores seditionis et tumultus uel concitatores populi pro qualitate dignitatis aut in crucem tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur.*

D. 48.19.38.2 (Paul. 5 *sententiarum*): *Actores seditionis et tumultus populo concitato pro qualitate dignitatis aut in furcam tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur.*

Fra il passo di Paolo nelle *Sententiae* e la sua ovviamente più tarda “trascrizione” nei *Digesta* sembra esservi una differenza nella imputazione. Il regime classico-postclassico sembra essere stato più rigoroso nella previsione degli autori del crimine: essi sono appunto autori e non solo attori della sedizione, ma anche i semplici *conciatores* sono puniti, ancorché dalla loro istigazione verbale alla folla non sia derivata una sedizione.

I Compilatori giustinianeî, invece, contemplano solo gli *actores*, cioè coloro che agiscono nella sedizione e nel tumulto, dopo aver istigato il popolo ad intraprenderlo: dunque non sembrerebbe sufficiente che gli *actores* abbiano incitato la folla, ma apparirebbe necessario che ne sia anche scaturito un turbamento dell'ordine pubblico, cui essi stessi abbiano preso parte.

Sembrerebbe perciò che le *Pauli Sententiae* abbiano inteso punire anche la semplice istigazione a delinquere, mentre Giustiniano avrebbe preteso la consumazione del crimine.

Comunque, le pene previste per il reato di sommossa erano alquanto severe ed erano modulate sulla base della *dignitas*, e dunque del rango sociale dei colpevoli; anche se Paolo non lo chiarisce, è certo che dai primi due *supplicia*,<sup>61</sup> – la *crux*, dopo Costantino commutata

<sup>58</sup> Cfr. U. BRASIELLO, *La repressione* cit. a nt. 13.

<sup>59</sup> S. SOLAZZI, *Miscellanea*, in AG 10, 1925, 70 s. = *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, 62 s.

<sup>60</sup> S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*» cit., 205 nt. 25.

<sup>61</sup> I *summa supplicia*, crocifissione, condanna alle bestie, vivicombustione, inflitti dal funzionario giudicante in materia di repressione *extra ordinem*, a differenza della decapitazione, provocavano una morte lenta, tra terribili e atroci dolori. Al riguardo cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale* cit., 246-271, soprattutto 250

in *furca*, e la *damnatio ad bestias* – fossero esonerati gli *honestiores*, cui veniva riservata una pena meno umiliante, e che risparmiava la vita, ma comunque molto grave, la *deportatio in insulam*.<sup>62</sup>

Nonostante il verbo *accommodare* sia indice del fatto che ‘*qui uolgo se iuuenes appellant*’ di Callistrato non fossero all’origine della sedizione, ma se ne fossero fatti trascinare – si fossero insomma prestati all’iniziativa dei *populares* – mi pare comunque sensato che ne fossero comunque considerati partecipi e dunque imputabili, pertanto soggetti ad una *poena* minore o *admonitio* qual era considerata la bastonatura<sup>63</sup>, o ad una misura limitatrice quale l’interdizione dai giochi, ma non ancora a una delle pene capitali normalmente previste, ovvero, la crocifissione, la *damnatio ad bestias* o la *deportatio in insulam*.

A questo punto bisogna però riprendere in considerazione la possibilità di emendare il trådito *turbolentibus* della *Florentina* in *turbolentius*. In tal caso il brano cambierebbe significato: sarebbero puniti ‘coloro che sogliono chiamare se stessi giovani’, non perché si siano lasciati trascinare dalle turbolente grida della folla dei *populares*, ma perché si sono prestati alle loro *adclamations* con modalità più turbolente di quanto quelle non fossero.

In questa seconda possibilità esegetica, le *adclamations* dei *populares* non sarebbero necessariamente criminose, non sarebbero cioè degenerate in reato, ma sarebbero stati i *iuuenes* a ‘scaldarsi’ maggiormente dei *populares*.

Purtroppo non possediamo elementi certi per stabilire quale alternativa scegliere sotto l’aspetto testuale, mentre sia l’una che l’altra soluzione rispondono ad una, sia pure diversa, logica giuridica.

In ogni caso, se i cosiddetti *iuuenes*, nonostante la *clementia* loro dimostrata, avessero continuato ad agire ancora *saepius seditiose et turbolente*, allora avrebbero subito l’*exilium* o addirittura in certi casi la *poena capitis*.

Nonostante sia possibile percepire una distinzione fra il comportamento iniziale dei giovani che si prestano per la prima volta alle acclamazioni dei *populares*, e quello successivo di ripetuta iterazione del reato che integrerebbe «la più grave fattispecie del delitto *extra ordinem* di ‘sedizione’ vera e propria»,<sup>64</sup> in realtà l’uso del grado comparativo ‘*saepius*’ – rispetto

e 257; C. DUPONT, *Le Droit Criminel dans les Constitutions de Constantin. Les peines*, Lille 1955, 15-21; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1991, 192-198.

<sup>62</sup> D. 48.8.3. 4-5 (Marcian. 14 *libr institutionum*): *Item is, cuius familia sciente eo apiscendae recipendae possessionis causa arma sumpserit: item qui auctor seditionis fuerit: et qui naufragium suppresserit: et qui falsa indicia confessus fuerit confitendaue curauerit, quo quis innocens circumueniretur: et qui hominem libidinis uel promercii causa castrauerit, ex senatus consulto poena legis Corneliae punitur*. Marciano riferisce dunque che, secondo un *senatus consultum*, di cui altro non è dato sapere, il reato di sedizione fu punito con la pena prevista nella *lex Cornelia*, ovvero mediante ‘*insulae deportatio*’ «*et omnium bonorum ademptio*. Sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant: humiliores enim solent uel bestiis subici, altiores uero deportantur in insulam».

<sup>63</sup> D. 48.19.7 (Call. 6 *de cogn.*): *ueluti fustium, admonitio: flagellorum, castigatio: uinculorum, uerberatio*.

<sup>64</sup> Cfr. S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*» cit., 207. Per quanto attiene l’aspetto recidivo del comportamento sedizioso di *qui uolgo se iuuenes appellant*, cfr. inoltre Id., *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, in ZRG RA 130, 2013, 457 ss., dove il frammento di Callistrato viene riportato, ora, con un piccolo “emendamento”: giacché al posto di *turbolentibus* vi si legge *turbolentes*, se ne ricava che il giureconsulto «si riferisce all’ipotesi specifica di bande di *iuuenes turbolentes* che, approfittando dell’approvazione ricevuta dal pubblico durante lo svolgimento di gare nel circo, portano scompiglio nelle città» (*loc. cit.*, 466-467).

a *saepe* – riferito al comportamento qualificato dagli altri avverbi ‘*seditione et turbulente*’, fa capire che già prima una sommossa si era pur verificata (e questo potrebbe deporre in favore dell’emendamento *turbulenti*{*b*}*us* → *turbulentius*). Pertanto la qualificazione del reato come *tumultus* o *seditio* mi pare possa essere comunque prevista fin dall’inizio: la manifestazione non deve sfociare in omicidi, lesioni o danneggiamenti, che sarebbero puniti come autonome figure criminose, ma perché costituisca una fattispecie di reato è sufficiente che sia tumultuosa, cioè esagitata e veemente.

Passando ora alle pene previste, in base a quanto riferito da Marciano non è del tutto semplice comprendere il preciso significato del termine *exilium*, se non considerandone le tre varianti che il giurista distingue:

D. 48.22.5 (Marcian. 1*regularum*): *Exilium triplex est: aut certorum locorum interdictio, aut lata fuga, ut omnium locorum interdicatur praeter certum locum, aut insulae uinculum, id est relegatio in insulam.*

La *deportatio*, ‘*quae poena adimit ciuitatem Romanam*’,<sup>65</sup> tuttavia non pare essere contemplata fra le diverse specie di *exilium*, né può essere assimilata alla *relegatio*, giacché ‘*multum interest inter relegationem et deportationem: nam deportatio et ciuitatem et bona adimit, relegatio utrumque conseruat, nisi bona publicentur*’.<sup>66</sup>

Nondimeno, a ben leggere, è lo stesso Callistrato a chiarire le idee, allorquando, sempre nel VI libro del *de cognitionibus*, spiega che:

D. 48.19.28. pr.-1 (Callistr. 6 *de cognit.*): *Capitalium poenarum fere isti gradus sunt. Summum supplicium esse uidetur ad furcam damnatio. Item uiui crematio: quod quamquam summi supplicii appellatione merito contineretur, tamen eo, quod postea id genus poenae adinuentum est, posterius primo uisum est. Item capitis amputatio. Deinde proxima morti poena metalli coercitio. Post deinde in insulam deportatio. 1. Ceterae poenae ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent, ueluti relegatio ad tempus, uel in perpetuum, uel in insulam, uel cum in opus quis publicum datur, uel cum fustium ictu subicitur.*

Delle pene capitali, dunque, sono previsti differenti gradi. Il supplizio più grave in assoluto è la condanna alla forca; subito dopo la vivicombustione sul rogo: e questa pena, benché fin dall’inizio ricompresa a pieno titolo nella categoria dei supplizi più gravi in assoluto, tuttavia, per le sue conseguenze, in un secondo tempo è stata considerata al primo posto nella gerarchia dei supplizi. Segue la decapitazione. Dopo di queste, la pena più vicina a quella di morte è la condanna ai lavori forzati in miniera, e infine la deportazione in un’isola. Le rimanenti pene non mettono a repentaglio la vita, ma riguardano il riconoscimento sociale dell’onorabilità, come la relegazione temporanea o perpetua, oppure la relegazione in un’isola, o la condanna ai lavori di pubblica utilità, o la sottoposizione ai colpi di bastone.

Tenendo conto del fatto che, secondo quanto affermato da Marciano, la *relegatio in insulam* è assimilabile all’*exilium*, ma la ‘*relegatio ad tempus uel in perpetuum*’ non paiono esser-

<sup>65</sup> D. 48.22.6 pr. (Ulp. 9 *de officio proconsulis*).

<sup>66</sup> D. 48.22.14.1.

lo<sup>67</sup>, la pena riservata a ‘*qui uolgo se iuuenes appellant*’, vale a dire l’*exilium*, non è ricompresa, almeno per Callistrato, tra quelle modulate sulla base dell’onorabilità, cioè dell’*existimatio*.<sup>68</sup>

5. I *iuuenes* come autonoma categoria di soggetti punibili accanto agli *honestiores* e agli *humiliores*.

Dunque, dagli elementi fin qui considerati mi pare si possa concludere che ‘*qui uolgo se iuuenes appellant*’, noti da Callistrato, rappresentassero una particolare categoria della società romana che, qualora si fosse macchiata del reato di sedizione, veniva trattata secondo criteri di punibilità, che non tenevano conto dello *status* sociale o *libertatis* dei perseguiti, ma piuttosto della loro età e /o appartenenza ad organizzazioni giovanili. L’atteggiamento dello Stato era, in tal caso, alquanto clemente, giacché, invece di procedere da subito con le usuali pene capitali – la *crux*, la *damnatio ad bestias* e la *deportatio in insulam* – si procedeva alla bastonatura, sia che i soggetti fossero *serui*, sia che fossero ‘*liberi et quidem tenuiores*’, sia invece *honestiores*: qualora poi avessero perseverato, si sarebbe proceduto ad un inasprimento comminando l’*exilium*; e solo in ultimo, se, nonostante la *clementia* loro dimostrata, si fossero comportati ‘*saepius seditiose et turbulente*’, i giovani avrebbero subito la *poena capitis*, ovvero la pena normalmente prevista per il *crimen seditionis*<sup>69</sup>.

A questo punto, mi pare opportuno prendere in considerazione anche Isidoro di Siviglia, il quale in *Origines* 5.27.16 spiega come *fustes sunt quibus iuuenes pro criminibus feriuntur, appellati quod praefixi in fossis stent; quos palos rustici uocant*. I *fustes*, dunque, sono quegli strumenti con cui si percuotono i giovani che si sono macchiati di alcuni crimini e sono così

<sup>67</sup> Cfr. D. 48.1.2.(Paul. 15 *ad edictum praet.*): *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. Capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de ciuitate. Nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim ciuitas retinetur. Non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est.* Inst. 4.18.2: *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. Capitalia dicimus, quae ultimo supplicio adficiunt uel aquae et ignis interdictione uel deportatione uel metallo: cetera si qua infamiam irrogant cum damno pecuniario, haec publica quidem sunt, non tamen capitalia.*

<sup>68</sup> Le diverse fonti che trattano della gradazione delle pene in rapporto alla gravità del crimine e agli *status personarum* sono state da ultimo esaminate da Lovato, che ne ha tratto la seguente distribuzione e progressione: «occorre puntare lo sguardo sulle misure di cui parla Callistrato, *fustes, flagella e vincula*, a ciascuna delle quali si accompagna una determinata finalità o modalità afflittiva (*admonitio - castigatio - verberatio*). Cominciamo dai *fustes*. Spesso menzionati nelle fonti giuridiche in compagnia di forme verbali di *coercere, caedere, verberare* o *castigare* (riferite alla persona del sottoposto), o di sostantivi come *ictus* o *castigatio fustium*, le percosse inflitte mediante bastonate portano ad una diminuzione della *existimatio*, ma non alla *infamia*; possono essere inflitte ai *liberi*, tuttavia (contrariamente a quanto sostenuto) non agli *honestiores*. Un testo di Callistrato [D. 48.19. 28.2, Call. 6 *de cogn.*] infatti riporta il contenuto di alcuni rescritti precisando che dei *fustes* erano passibili solo i *tenuiores*». Cfr. A. LOVATO, *Corporis coercitio* cit., 22.

<sup>69</sup> Secondo S. RANDAZZO, «*Collegia iuuenum*», cit., 206 nt. 27 l’*exilium* sarebbe assieme alla *deportatio* la tipica sanzione dei delitti di sedizione e ciò sulla base di P.S. 5.22.1: *Auctores seditionis et tumultus uel concitatores populi pro qualitate dignitatis aut in crucem tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur*. Tuttavia mi pare opportuno segnalare che di *exilium* in riferimento alla *seditio* parla solo Callistrato, mentre tutte le altre fonti, ovvero P.S. 5.22.1, a cui si deve aggiungere D. 48.8.3. 4-5, menzionano quale pena solamente la *deportatio*. Il che mi induce a ritenere che l’*exilium* fosse limitato solo a determinati casi, come quello dei *iuuenes* di Callistrato.

chiamati in quanto rimangono dritti se conficcati in buche; e i contadini li chiamano pali.

Il confronto fra quanto riferito dal vescovo di Siviglia sulla bastonatura come tipicamente riservata ai giovani, e Callistrato che la considera una punizione, più che una pena vera e propria, una forma di *admonitio* – e aggiungo largamente praticata nelle scuole<sup>70</sup> – mi pare condurre a una sostanziale convergenza sul fatto che la si reputasse una misura di maggiore indulgenza in rapporto all'inesperienza e alla *laeuitas animi* proprie della gioventù.

6. Esegesi di *'uolgo se iuuenes appellant'* nel senso di autodefinizione convenzionale di *'iuuenis'* quale *gradus aetatis*.

Ne consegue, in relazione alla discussa identificazione di coloro *'qui uolgo se iuuenes appellant'*, che una prima interpretazione dell'avverbio *'uolgo'*, nel senso ordinario di 'comunemente', 'secondo una consuetudine invalsa', ma in qualche modo non del tutto rispondente alla logica o alla norma, potrebbe essere che i *iuuenes* non sono sempre tali in senso naturalistico – biologicamente, diremmo noi – ma tali si autodefiniscono perché fino a quaranta o cinquant'anni si poteva far parte della *iuuentus*. Infatti il primo limite è stabilito da Varrone (*apud Censorinum*) come utile al servizio militare, secondo l'etimo che *iuuenes* sarebbero coloro che possono *iuuare* alla *respublica*: *'In tertio gradu qui erant usque quinque et quadraginta annos, iuuenis annos appellatos eo quod rem publicam in re militari possent iuuare'*.<sup>71</sup> Ma per lo stesso Isidoro il limite è addirittura di cinquant'anni: *Quarta iuuentus firmissima aetatum omnium, finiens in quinquagesimo anno*.<sup>72</sup>

Un epitaffio, datato dal Panciera alla fine del II sec. d.C.<sup>73</sup>, di un certo Sesto Vetuleno Labicano, vissuto 44 anni e addetto al circo di Roma, dove s'era guadagnato l'epiteto di *'delicium populi'*, fu posto dai suoi *sodales* della locale *iuuentus*:

*Dis Man(ibus). I Sex[?]o Vetuleno Lavica[n]o. I Delicium populi, circi quoque nuntiu(s) I ampli, septima quem regio sextaqu(e) I<sup>5</sup> amauit idem. Hunc mihi coniuuenes I titulum posuere sepulto et I scalpsero sua nomina nostra fide. I Di, tales seruate, diu servate sodales, qui I nostri memores quique fuere sui. I<sup>10</sup> V(ixit) a(nnos) ((quattuor et quadraginta)).*

Un bassorilievo lo rappresenta con i tratti della sua età avanzata e il costume di addetto agli spettacoli delle corse di carri nel circo e dimostra che i cinquant'anni riferiti da Isidoro come termine della *iuuentus* sono molto risalenti, e furono verosimilmente estesi fra l'età di Varrone e quella appunto d'Isidoro: poiché l'opera di Censorino *De die natali* è datata dallo stesso Autore al 238 d.C. e riferisce ancora il limite varroniano di età della *iuuentus* a quarant'anni, mentre il *"iuuenis"* Labicano ne aveva 44 e l'aveva dunque travalicato, penso che l'epitaffio di quest'ultimo possa datarsi piuttosto alla prima metà del III secolo, anziché alla fine del II, e attesti l'avvenuta estensione in quel torno di tempo del limite di età della *iuuentus* dai 40 anni di Varrone-Censorino ai 50 d'Isidoro.

<sup>70</sup> Quint. I.3.1, Mart. X.62.10, Horat., *Epist.* II.1, vv. 68-71.

<sup>71</sup> Censorin., *De die natali* 14, 2. Cfr. sopra, nt. 34.

<sup>72</sup> Isidor., *Origines* 11, 2, 1-8. Cfr. sopra, nt. 34.

<sup>73</sup> S. PANCIERA, *Regiones, vici* cit., 174-182.

7. Eseggesi di *'uolgo se iuuenes appellant'* come autodefinizione di un'associazione lecita, ma non riconosciuta *ex senatus consulto* o *ex permissu principis*.

Non va tuttavia sottaciuto che l'avverbio *'uolgo'* del passo callistrato, ponendolo in rapporto ai membri dei *collegia iuuenum*, è suscettibile di un'altra possibilità di spiegazione, ricordata in principio di questa indagine.

Coloro che si autodefiniscono *iuuenes 'uolgo'* potrebbero essere infatti intesi come coloro che non lo sono se non di fatto, ma non di diritto, in quanto mancanti di quel formale riconoscimento giuridico richiesto dalla *respublica* per la costituzione dei *collegia*, benché la spontanea aggregazione della gioventù non costituisca in sé e per sé un crimine perseguito dalla legge.

Conferma non secondaria di questa seconda proponibile esegesi di giovani costituiti in organizzazioni di fatto, non giuridicamente riconosciute in *corpus*, viene dalla dimostrazione, addotta in dottrina<sup>74</sup>, che l'avverbio *'uolgo'*, sulla base della contrapposizione in Festo con *iurisprudentes*,<sup>75</sup> è usato nel lessico della giurisprudenza romana con il valore semantico di *'volgarmente'*, cioè *'nella lingua corrente'*, quindi *'senza un significato propriamente giuridico'*, ovvero non corrispondente ad un'accezione tecnica del diritto.

Altro dato da porre ancora in luce, in rapporto all'esistenza di fatto, e non *de iure*, dei *iuuenes* considerati da Callistrato, è costituito dalla circostanza che i *collegia iuuenum* rientravano tra quei c.d. *collegia tenuiorum*, dispensati grazie a un senatoconsulto, secondo la dottrina,<sup>76</sup> dall'obbligo di richiedere l'autorizzazione volta per volta. Il che rende ancora più chiara la circostanza, che vede protagonista il *corpus* chiamato *neon* (*corpus quod appellatur*



Fig. 2. Epitaffio di Labicano: S. PANCIERA, *Epigrafi, epigrafia, epigrafisti. Scritti vari editi e inediti* (1956-2005) con note complementari e indici, Roma 2006, 178-179.

<sup>74</sup> H. HEUMANN – F. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1907, anast. 1971, s.v.; TH. MAYER-MALX, «Vulgo» und Volgarismus, in *Labeo* 6, 1960, 7-29; F. JACQUES, *Humbles et notables* cit., 220 e nt. 1.

<sup>75</sup> Paul. – Fest. 247 L.: *parens uulgo pater aut mater appellatur, sed iurisprudentes auos et proauos, auias et proauias, parentum nomine appellari dicunt.*

<sup>76</sup> Cfr. F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni* cit., 275.

*neon*: traslitterazione in caratteri latini per νεῶν = *corpus iuuenum*), menzionato in una già ricordata epigrafe di Cizico del 158 circa d.C.,<sup>77</sup> i cui membri «non avrebbero potuto invocare a fondamento giuridico della loro costituzione il senatoconsulto sui *tenuiores*»,<sup>78</sup> ma – secondo Randazzo sulla base della *lex Iulia de collegiis* – richiesero di *confirmare* con *auctoritas* del senato l'associazione giovanile, che già avevano nella propria città (*et habent in ciuitate sua*).

Non avrei invece dubbi che tale *confirmatio* sia cosa ben diversa dall'autorizzazione preventiva o permesso (*permissio* o *permissum*) prescritto dalla *lex Iulia*, attestata anche da un'epigrafe<sup>79</sup> diversamente datata nel I sec. d.C.: è chiaro che il rigore della *lex Iulia* – di Cesare o di Ottaviano che sia, concepita comunque a seguito dell'esperienza della guerra civile – si era attenuato nel II secolo, e *collegia*, *societates* e *corpora* talvolta si limitavano a chiedere *ex post* una ratifica – perciò *confirmatio* – della loro esistenza.

Difatti, caso analogo ai *iuuenes* è in età imperiale quello degli *Augustales*: essi possono essere *corporati* o meno, possono cioè essere organizzati in un *corpus* o *ordo* o *collegium* autorizzato dal senato di Roma e riconosciuto dall'*ordo decurionum*, con un corpo elettorale che li elegge annualmente e con una cassa (*ius arcae*) in grado di ricevere versamenti, oppure non esserlo: in tal caso non dispongono né di cassa né di una propria *plebs* votante in comizio e sono perciò eletti dai decurioni locali<sup>80</sup>. Il termine *confirmatio* o il verbo *confirmare* è molto chiaro nell'indicare la ratifica di un'associazione già esistente di fatto. Ambigui sembrerebbero invece *permissum*, *permissio* e *permittere*, che potrebbero significare tanto la ratifica, quanto l'autorizzazione *ex novo* a costituirsi. Ma un'epigrafe di *Brixia* fa capire che anche in tal caso si tratta di un permesso preventivo, non di una ratifica (CIL V 4428): *Pietati | Hostiliae | Hostilianae | Viuir(i) Aug(ustales) socii | quibus ex permis(u) diui Pii | arcam habere permiss(um) | primae benemerenti. T(itulo) u(sa)*. Non appena l'imperatore Antonino Pio ebbe dato il permesso di costituire una cassa della corporazione, Ostilia Ostiliana per prima vi versò subito un contributo in danaro: il *permissum* fu chiesto per potere incassare la donazione, ma per il nostro assunto è importante constatare che la *societas seuiroum Augustalium* esisteva evidentemente già prima e fino ad allora non aveva avvertito l'esigenza di chiedere una ratifica; solo ora chiede non una *confirmatio ex post* della sua esistenza, ma un *permissum ex novo* e specifico per avere e gestire una cassa societaria, che da sé sana, legittimandola, la precedente situazione di fatto.

Per analogia possiamo pensare che anche i *iuuenes*, come altre *societates* e *collegia* o *corpora*, potessero esistere anche senza chiedere una ratifica senatoria o imperiale, come si è visto

<sup>77</sup> CIL III, 7060. Vedi sopra, nt. 34.

<sup>78</sup> Cfr. F. DE ROBERTIS, *Il fenomeno associativo* cit., 91.

<sup>79</sup> ILS 4966 = CIL VI 4416 = 2193: *Dis Manibus. | Collegio symphonia|corum qui sacris publi|cis praestu sunt, quibus | senatus c(ollegium) c(oire) c(onuocari) permisit e | lege Iulia ex auctoritate | Aug(usti) ludorum causa*. Alternative allo scioglimento di linea 5: *c(oire) c(onuocari) c(ogi)*; *c(ollegium) c(oire) c(onuocari)*; *c(oire) c(ollegium) c(ostituere)*. Per la bibliografia rinvio a J. LIU, *Local Governments and Collegia: A New Appraisal of the Evidence*, in J.J. AUBERT – Z. VÁRHELYI eds, *A Tall Order. Writing the Social History of the Ancient World*, München 2005, 288, nt. 47.

<sup>80</sup> A. ABRAMENKO, *Die munizipale Mittelschicht im kaiserzeitlichen Italien. Zu einem neuen Verständnis von Sevirat und Augustalität*, Frankfurt am Main – New York 1993, 166 ss. in particolare; F. COSTABILE, *Senatus conultum de honore Ti. Claudii Idomenei*, in MEP 11, 2008.13, 143-154 in particolare; ID., *Temi e problemi dell'evoluzione storica del diritto pubblico romano*, Torino 2016, 196-198.

per il *corpus iuuenum* di Cizico. Callistrato 1 *de cognit.* in D. 50.6.6.12 ricorda che ai *collegia* e ai corpora, ‘*quibus ius coendi permissum est*’, se abbiano scopi di pubblica utilità, viene riconosciuta l’*immunitas*, ma questo non significa che chi non abbia il *permissum* incorra sol per questo nella previsione della legge penale.

Quindi – in alternativa alla spiegazione proposta sopra di cosiddetti *iuuenes* quali individui in realtà avanzati negli anni – per Callistrato essi potrebbero anche essere quanti legittimamente appartengono alla *iuuentus*, che siano o meno costituiti in *collegia*, e partecipano ai *ludi* voluti e riconosciuti dalla *ciuitas*. Il fatto che i giovani, di cui tratta il giurista, si auto-definiscono in tal modo, significherebbe allora che non hanno ottenuto o richiesto la *confirmatio* del senato per essersi costituiti in forma associativa: tuttavia, come scritto nell’epigrafe cizicena, al senato si poteva chiedere la *confirmatio*, cioè la ratifica di una organizzazione già esistente, avendola già costituita senza autorizzazione, ancorché questo dimostri che, se non altro dall’età antonina, alla quale si data l’epigrafe cizicena, il rigore della *lex Iulia de collegiis* si fosse attenuato, almeno in ambiente provinciale.

I *iuuenes* non *collegiati*, invero, in età antonina e severiana, non versano in una situazione di illiceità, ma semplicemente non erano riconosciuti dalla *respublica*. Essi tuttavia svolgono di fatto quelle stesse attività dei *iuuenes collegiati*. Poiché sono quanto meno tollerati, se non perfino ammessi, nelle *ciuitates* provinciali – Callistrato parla infatti di *praesides* che comminano le pene – sarebbe ingiusto discriminare i giovani ‘non riconosciuti’, sol perché non *collegiati*, da quelli che lo sono, quando trattasi di misure di polizia o del processo criminale e dell’applicazione della pena. Dunque, anche quei giovani che sono tali in maniera autoreferenziale, e non per riconoscimento giuridico del senato, ma che partecipano alla vita delle *ciuitates* provinciali, avranno lo stesso trattamento dei *iuuenes collegiati*.



NOTE



GIUSEPPE FALCONE  
(Università di Palermo)

## La versione greca della cost. *Imperatoriam* e la sua attribuzione

### ABSTRACT

The Greek version of the const. *Imperatoriam* reproduces a discourse made by an antecessor of Justinian's age in the introductory lesson of his course on Institutes. He translated the constitution with the addition of didactical explications and clarifying remarks. Some terminological peculiarities induce to deny that this antecessor was Theophilus. Rather, we are faced with a fragment of teaching's activity on Institutes of a not-recognizable Justinianic antecessor.

### PAROLE CHIAVE

Traduzione greca cost. *Imperatoriam*; *antecessores*; Teofilo; letteratura giuridica bizantina.



## LA VERSIONE GRECA DELLA COST. *IMPERATORIAM* E LA SUA ATTRIBUZIONE

1. Nella recente edizione groningenana della Parafrasi di Teofilo<sup>1</sup> viene lodevolmente, per la prima volta, puntata un'attenzione specifica sul testo della traduzione greca della cost. *Imperatoriam*, che compare, con l'intitolazione “Ἡ διάταξις ἡ βεβαιοῦσα τὰ Ἰνστιτούτα”, in testa ad alcuni manoscritti della Parafrasi.<sup>2</sup>

Tradizionalmente, editori e studiosi avevano ascrivito anche questa traduzione greca a Teofilo. Sennonché, i nuovi editori olandesi,<sup>3</sup> ed uno di essi in particolare,<sup>4</sup> hanno revocato in dubbio questa attribuzione, ipotizzando che essa sia stata compiuta probabilmente da un non-giurista (“not a professional lawyer”)<sup>5</sup> durante il regno di Giustiniano o poco

<sup>1</sup> *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, edd. J.H.A. LOKIN/R. MEIJERING/B.H. STOLTE/N. VAN DER WAL. *With a Translation by A.F. Murison*, Groningen, 2010.

<sup>2</sup> Si tratta dei seguenti 6 manoscritti: Parisinus graecus 1365 (seconda metà del XIII sec.); Marcianus graecus 178 (fine XIII-inizi XIV sec.); Vaticanus Palatinus graecus 19 (prima metà XIV sec.); Laurentianus plut. X, 16 (XIII o XIV sec.); Laurentianus plut. LXXX, 1 (tardo XIII sec.); Laurentianus plut. LXXX, 2 (a. 1085-1086). La traduzione compare, inoltre, in Laurentianus plut. LXXX, 6 (del XV sec.), copia di Vaticanus Palatinus graecus 19. Cfr. *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, cit., xxvi ss.

<sup>3</sup> *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, cit., xxvi-xxvii.

<sup>4</sup> J.H.A. LOKIN, *Some Remarks Concerning the Greek Translation of the Constitutio Imperatoriam*, in H. DONDORP/J. HALLEBEK/T. WALLINGA/L. WINKEL (cur.), *IUS ROMANUM - IUS COMMUNE - IUS HODIERNUM. Studies in honour of Eltjo J.H. Schrage on the occasion of his 65th birthday*, Amsterdam 2010, 273 ss. Ma la recenziarietà della versione greca è già assunta, fuggacemente, in J.H.A. LOKIN, *Die Karriere des Theophilus antecessor*, in *Subseciva Groningana*, 1, 1984, 58 nt. 33 (ora in *Analecta groningenana ad ius graeco-romanum pertinentia*, Groningen 2010, 107 nt. 33).

<sup>5</sup> In ragione, soprattutto, di alcune scelte terminologiche considerate come “inusuali”: il ricorso ai termini ‘ὑποθήκαι’ (§ 3), ‘ἀντιγραφή’ (§ 7) e ‘βιβλίον’ (§ 2). Sul punto cfr. appositamente *infra*, n. 3. Qui preme subito rilevare che non interferisce con la questione della paternità del testo la presenza delle parole del § 3 “dopo un triennio” (‘μετὰ τριετῆ χρόνον’) al posto dell’indicazione ‘post quadriennium’ che si legge nella *Imperatoriam* (come parrebbero, invece, ritenere i recenti editori: *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, cit., xxvi). Ritengo, invero, che la sfasatura rispetto al ῥητόν debba giustificarsi nel modo che aveva, a suo tempo, sostenuto W.O. REITZ, *Theophili Antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Caeserearum. Excursus VII*, Hagae Comitum 1751, 1178, e cioè immaginando che si sia verificata ben presto un’errata trascrizione di τριετῆ al posto di un originario τετραετῆ, la quale avrebbe poi influenzato l’intera catena della tradizione manoscritta. E in effetti, a sostegno dell’ipotesi dell’antico editore olandese, e cioè della plausibilità che le due lettere iniziali τε possano esser cadute per distrazione di un copista, può addursi, ad es., la ripetuta presenza di

dopo<sup>6</sup> e che essa sarebbe stata aggiunta alla Parafrasi in un momento successivo (o intorno al 600 o, più probabilmente, agli inizi della cd. rinascenza macedone), quando ormai era andato perduto il I titolo dell'opera.<sup>7</sup>

Questa autorevolissima e innovativa presa di posizione non poteva restare inosservata. E infatti, oltre ad alcune lapidarie adesioni,<sup>8</sup> nel volgere di un paio d'anni sulla questione sono apparsi due contributi appositi: uno di Andreas Schminck,<sup>9</sup> il quale, ribadendo la non ascrivibilità della traduzione ad un giurista,<sup>10</sup> si spinge ad ipotizzare una risalenza della stessa alla fine del IX secolo, attribuendola al filologo Theognostos Grammatikos; e uno di Giuseppina Matino, la quale, invece, ripropone la provenienza del testo greco dalla mano di Teofilo.<sup>11</sup>

Il mio intervento sul tema è mosso dal convincimento che le recenti ipotesi di attribuzione appena richiamate non possono essere accolte; e dal convincimento che, piuttosto, la versione greca – che, d'ora in poi, per comodità espositiva indicherò con il suo vocabolo iniziale 'Βασιλικῆς'<sup>12</sup> – si deve ad un antecessore giustiniano diverso da Teofilo.

2. In effetti, ancorché, stranamente, ciò non sia stato fin qui rilevato, la collocazione cronologica della Βασιλικῆς è chiaramente individuabile grazie a un dato testuale oggettivo ed univoco.

Mi riferisco alla circostanza che nella traduzione greca – nella quale il discorso originariamente formulato in forma diretta dall'imperatore è trasformato in descrizione oggettiva, alla terza persona singolare – Giustiniano è più volte indicato come 'nostro imperatore'. Così, nel § 1 'perfecimus' diventa 'διήνυσε ὁ ἡμέτερος βασιλεύς' ("il nostro imperatore ha

'τρίτον' al posto del corretto 'τέταρτον' in due manoscritti (cod. Parisinus gr. 1364 e cod. Kiel K.B. 157) relativamente a PT. 2.22pr.; 1; 2; 3; 2.23.5; 6; 7; 9.

<sup>6</sup> Ciò in quanto una traccia testuale riconoscibile in due manoscritti della Βασιλικῆς farebbe, comunque, pensare ad una qualche persistente conoscenza generale del latino. Precisamente, in cod. Laurent. plut. LXXX, 2 e, rispettivamente, Vat. palat. gr. 19 compare, prima della usuale intestazione greca, una indicazione corrotta in latino: CONSTITUTACONFIRMANSINSTITOῦTA e PÆQERTIONQONFIRMANSINSTITUTA (che evidentemente presuppone un testo latino 'praeceptio confirmans Instituta').

<sup>7</sup> Sulla mancanza del I titolo della Parafrasi cfr., per tutti, ultimamente, A. SCHMINCK, *Zur Auslassung des I. Titels der Institutionen-Paraphrase des Theophilus*, in *TR*, 82, 2014, 323 ss., con letteratura.

<sup>8</sup> L. BURGMANN, *Rec. a Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, cit., in *ZSS* 129, 2012, 638; R. KNÜTEL, *Constitutio Imperatoriam § 3: fabulis o tabulis?*, in *Iura* 62, 2014, 12 s.

<sup>9</sup> A. SCHMINCK, *Subsiviva Byzantina* (I. *Zur 'constitutio' Βασιλικῆς*), in *TR* 83, 2015, 126 ss.

<sup>10</sup> Segnatamente, il compianto studioso (*Zur 'constitutio' Βασιλικῆς* cit., 129) ha ritenuto che a rivelare una "mancanza di confidenza" dell'autore della Βασιλικῆς con il linguaggio giuridico latino sarebbe, oltre all'uso di 'ὑποθήκαι' e 'ἀντιγραφῆ' già segnalato dagli studiosi gronigani (*supra*, nt. 5), il ricorso nel § 6 ai termini 'κώδικες' e 'συντάγματα' per tradurre la parola 'commentarii'. Anche su questi termini rinvio a quanto osserverò *infra*, al n. 3.

<sup>11</sup> G. MATINO, *La traduzione greca della costituzione Imperatoriam nella Parafrasi di Teofilo Antecessore*, in *KOINΩNIA* 39, 2015, 439 ss.

<sup>12</sup> 'Βασιλικῆς μεγαλοφροσύνης ἐστὶν ἴδιον οὐ μόνον ὄπλοις κοσμεῖσθαι, ἀλλὰ καὶ νόμοις ὀπλιζεσθαι, ὥστε ἐκάτερον καὶ τὸν τοῦ πολέμου καὶ τὸν τῆς εἰρήνης καιρὸν ὀρθῶς κυβερνᾶσθαι...' («È proprio della maestà imperiale non solo essere glorificata con le armi, ma anche essere armata con le leggi...»). L'apertura della versione greca è affidata alle stesse parole con le quali inizia il dettato latino ('*Imperatoriam maiestatem...*').

compiuto”); nel § 2 si legge ‘ὁ κράτιστος ἡμῶν βασιλεύς’ (“il nostro eccellente imperatore”); nel § 4 ‘*iussimus*’ è reso con ‘ἐκέλευσεν ὁ γαληνότατος ἡμῶν βασιλεύς’ (“ha ordinato il nostro serenissimo imperatore”); nel § 7 l’esortazione ‘*has leges nostras accipite*’ è riferita ad un ‘ἡμερώτατος ἡμῶν βασιλεύς’ (“il clementissimo nostro imperatore”). E si badi che in uno di questi casi – nella parte centrale del § 2, particolarmente significativa come vedremo tra breve – la menzione del ‘nostro imperatore’ non riprende un riferimento all’imperatore già presente nel testo latino, ma è autonomamente compiuta dal traduttore.

Ebbene, siffatto modo di riferirsi a Giustiniano può avere senso solo se l’autore di codeste affermazioni le ha compiute mentre questo imperatore era vivo e regnante.

È appena il caso di esplicitare che già da sola questa indicazione cronologica porta ad accantonare senz’altro l’ipotesi di una collocazione della Βασιλικῆς alla fine del IX secolo. E del resto, anche gli specifici indizi che sono stati a tal fine adottati sono specificamente confutabili. Da un lato, il preteso “annacquamento” della prospettiva didattica nel testo greco, che dovrebbe portare a pensare ad un’epoca nella quale non vi era più uno studio del diritto,<sup>13</sup> è smentito dalle seguenti circostanze: in chiusura del § 3 è aggiunto, rispetto al testo latino, un apposito richiamo all’intero percorso didattico che attende i giovani;<sup>14</sup> nel § 4 ‘*Institutiones*’ è tradotto con la locuzione ‘τῶν Διγέστων εἰσαγωγή’, che riprende la rappresentazione del manuale quale ‘introduzione al Digesto’ in chiave didattica offerta nella c. *Omnem* (§ 2) e nel § 11 delle costituzioni *Tanta* e *Δέδωκεν*; e ancora, nello stesso § 4 il sintagma ‘*legitima scientia*’ (‘*totius legitimae scientiae prima elementa*’) è reso con ‘νομικῆ παίδευσις’, e cioè con un più esplicito ed univoco riferimento all’insegnamento e alla scuola. Dall’altro lato, il fatto che alla fine del IX secolo venga redatta un’opera dal titolo ‘Εἰσαγωγή τῶν νόμων’ non impone certo di pensare che al medesimo arco temporale debba risalire una locuzione quale ‘τῶν Διγέστων εἰσαγωγή’ di Βασιλικῆς 4: come accennato, infatti, siffatta locuzione compare già nella c. *Δέδωκεν*!<sup>15</sup>

Fissata, dunque, la risalenza della Βασιλικῆς agli anni del regno di Giustiniano, con specifico riguardo all’attribuzione del testo un dato parimenti determinante proviene dall’*excursus* contenuto nel corpo della traduzione del § 2<sup>16</sup> e in particolare dall’affermazione con cui la digressione si apre: ‘Τριῶν γὰρ ὄντων Κωδίκων, τοῦ τε Γρηγοριανοῦ φημι καὶ Ἐρμογενιανοῦ

<sup>13</sup> A. SCHMINCK, *Zur ‘constitutio’ Βασιλικῆς* cit., 128 s.

<sup>14</sup> Cfr. *infra*, su nt. 31.

<sup>15</sup> Quanto, poi, alla specifica proposta di attribuzione a Theognostos Grammatikos, essa è anche intrinsecamente davvero assai debole, fondata com’è esclusivamente sul fatto che questo autore, nel proemio ad un’opera di ortografia, utilizza con riferimento a Leone VI le qualifiche ‘θειότατος’ e ‘γαληνότης’ che si leggono anche nella Βασιλικῆς e sul fatto che nel suddetto proemio compare una dicotomia ‘armi-leggi’ (...μετὰ τῶν ὄπλων καὶ τὰ περὶ λόγους...) che, nel suo secondo elemento, ‘λόγοι’, si accorda foneticamente con il latino ‘*leges*’ usato in cost. *Imperatoriam* (questa circostanza, anzi, a voler sottolizzare, potrebbe semmai deporre proprio in senso opposto, in quanto chi ha tradotto cost. *Imperatoriam*, anziché utilizzare ‘λόγοι’, ha impiegato il termine ‘νόμοι’!).

<sup>16</sup> ‘Τριῶν γὰρ ὄντων Κωδίκων, τοῦ τε Γρηγοριανοῦ φημι καὶ Ἐρμογενιανοῦ καὶ Θεοδοσιανοῦ, προσέτι δὲ καὶ ἄλλων πολλῶν διατάξεων, αἱ μετὰ τὸν Θεοδοσιανὸν ἐτέθησαν, καὶ πολλῆς οὔσης ἐν ταῖς ἐμφορομέναις διατάξεσι τοῖς εἰρημένους συντάγμασιν ἐναντιώσεως, ὁ κράτιστος ἡμῶν βασιλεὺς τὰς ἀχρήστους καὶ τὰ αὐτὰ λέγουσας καὶ τὰς ταῖς κρατούσας μαχομένας περιαιρεθῆναι παρακελευσάμενος ὁμόνυμον τῇ αὐτοῦ γαληνότητι ἐκέλευσε Κώδικα συγγραφῆναι’. L’intero § 2 è trascritto *infra*, in nt. 22.

καὶ Θεοδοσιανού... («Essendoci tre codici, intendo dire il Gregoriano, l'Ermogeniano e il Teodosiano...»). Quel che rileva ai nostri fini è la presenza del verbo *φημί*, “dico”, “intendo dire”. Si tratta, infatti, di un tipico intercalare, che accompagna una indicazione avente la funzione di esplicitare o di chiarire meglio un termine usato subito prima (in questo caso, evidentemente, l'indicazione chiarificatrice è la menzione del Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano e il termine da esplicitare è *τρεῖς κώδικες*) e che è segno di una partecipazione personale, propria di chi espone o spiega il testo a qualcuno. Con questa finalità e in questa prospettiva, l'inserimento di *φημί* ricorre in numerosi passaggi tanto della Parafrasi di Teofilo quanto degli scolii ai Basilici provenienti dall'insegnamento degli *antecessores*.<sup>17</sup> Questo elemento testuale porta perciò a ritenere senz'altro che l'*excursus* riproduce un'osservazione svolta oralmente in sede di insegnamento. E poiché all'interno di questa osservazione si incontra uno dei riferimenti al “n o s t r o imperatore” poc' anzi segnalati, essa non può che immaginarsi formulata da un antecessore negli anni di Giustiniano.

Invero, è ben comprensibile, e direi scontato,<sup>18</sup> che qualsiasi antecessore cominciasse il proprio corso sulle *Institutiones* proponendo agli studenti la *c. Imperatoriam*. Anzitutto, per il fatto stesso che la costituzione era diretta proprio a costoro (*...cupidae legum iuventuti*). In secondo luogo, giacché si trattava di comunicare ai discenti un messaggio ideologico-propagandistico dell'imperatore di grande significato, riguardante sia la realizzazione della complessiva opera compilatoria sia il miglioramento dello studio iniziale del diritto:<sup>19</sup> una comunicazione che certamente gli antecessori, protagonisti del modello alto di insegnamento perseguito da Giustiniano,<sup>20</sup> non avrebbero ommesso di compiere. E ancora, in quanto i contenuti della costituzione consentivano di accennare agli studenti, in sede introduttiva, il materiale testuale sul quale essi avrebbero svolto il loro intero percorso formativo: Istituzioni, Digesto, costituzioni imperiali (menzionati nei §§ 2-4). Va da sé che, come del resto per l'intero manuale, gli *antecessores*, dopo la lettura del dettato latino, avrebbero fornito agli studenti in massima parte grecofoni una traduzione greca della costituzione, la quale, in questo caso, rispondeva anche alla precipua esigenza di rendere pienamente intellegibile un verbo imperiale così denso di significato propagandistico e autocelebrativo. A mio avviso, la Βασιλικὴς è, appunto, la trascrizione di una di queste traduzioni fornite a lezione.

E del resto, con articolazione propria di illustrazioni a fini didattici (si pensi alla struttura interna della Parafrasi di Teofilo),<sup>21</sup> anche nel testo in esame la mera traduzione del dettato latino

<sup>17</sup> Per Teofilo cfr. PT. 1.2.6; 1.2.10; 2.7.1; 2.22.2; 3.2.3b; 3.5pr.; 3.5.1; 3.9.7; 4.2.1; 4.3.11; 4.6.10; 4.7.4c; per altri *antecessores* cfr. BS 515-29 = Hb. I, 7756; BS 581-23 = Hb. I, 816; BS 1109-11 = Z 204; BS 1514-26 = Hb. II, 597; BS 1968-16 = Hb. III, 321; BS 2292-18 = Hb. IV, 2; BS 2462-26 = Hb. IV, 149.

<sup>18</sup> Nonostante il diverso avviso dei recenti editori groningani della Parafrasi: *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, cit., xxvi; LOKIN, *Some remarks*, cit., 276.

<sup>19</sup> Sul secondo dei due motivi propagandistici cfr., specificamente, G. FALCONE, *'Legum cunabula' e 'antiquae fabulae' (cost. Imperatoriam 3)*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010, 283 ss.

<sup>20</sup> Cfr. G. FALCONE, *Premesse per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in J.H.A. LOKIN/B. STOLTE (cur.), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, spec. 150 ss.

<sup>21</sup> Rinvio, sul punto, a G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in TR 68, 2000, 417 ss.; 431.

è qua e là integrata, al suo stesso interno, da notazioni che esplicitano o chiariscono meglio alcuni elementi del testo e che sono espressione di una cura e di un approccio di tipo didascalico:

a) nel caso della digressione all'interno del § 2,<sup>22</sup> poc' anzi considerata, l'antecessore avrà ritenuto opportuno, condivisibilmente, da un lato, esplicitare a cosa si riferiva l'imperatore quando parlava, genericamente, di "*constitutiones* un tempo confuse" e di una loro riduzione a *consonantia*,<sup>23</sup> dall'altro lato, menzionare da subito agli studenti quei più antichi Codici, dei quali essi avrebbero facilmente potuto sentire parlare a lezione, e non solo durante l'ultimo anno dedicato specificamente alle *constitutiones*:<sup>24</sup> basti pensare alla citazione del Codice Teodosiano in un passaggio delle stesse *Institutiones* (3.1.16);<sup>25</sup>

b) quanto alla chiusura dello stesso § 2, nel quale in coda alla semplice traduzione si legge l'affermazione 'καὶ τὰς εὐδοκιμούσας τῶν παλαιῶν γνώμας ἐν ἐνὶ συνήγαγε βιβλίῳ' ("e ha raccolto in un libro le opinioni approvate degli antichi giuristi"),<sup>26</sup> il richiamo ad un volume-raccolta<sup>27</sup> di testi giurisprudenziali ottimamente si spiega con l'obiettivo di rendere perfettamente piano e intellegibile per gli studenti il riferimento troppo vago ed ellittico 'o p u s desperatum ... adimplevimus' (nella traduzione: 'π ρ ὰ γ ῆ α πάσης κρείττον ἐλπίδος ... κατάρθωσεν'): l'aggiunta appare tanto più opportuna ed apprezzabile in funzione didascalica, non solo perché fino ad allora la costituzione non aveva fatto cenno alcuno alla raccolta-Digesto, ma anche perché l'affermazione subito successiva, e cioè l'esordio di *Imperatoriam* 3, chiamava in causa la realizzazione di questa compilazione nuovamente in modo del tutto ermetico: 'Cum h o c peractum est...' (fedelmente tradotto con 'Τοῦτο δὲ πράξατο...');

<sup>22</sup> Conviene trascrivere l'intero § 2 (anche per quanto dirò tra breve sulle parole conclusive dello stesso), evidenziando in caratteri più marcati la digressione: 'Καὶ τὰς μὲν βασιλικὰς διατάξεις πάλαι συγκεχυμένας καὶ μαχομένας ἀλλήλαις εἰς σαφεστάτην ἤγαγε συμφωνίαν τριῶν γὰρ ὄντων Κωδίκων, τοῦ τε Γρηγοριανοῦ φημι καὶ Ἑρμογενιανοῦ καὶ Θεοδοσιανοῦ, προσέτι δὲ καὶ ἄλλων πολλῶν διατάξεων, αἱ μετὰ τὸν Θεοδοσιανὸν ἐτέθησαν, καὶ πολλῆς οὐσίας ἐν ταῖς ἐμφορομένοις διατάξεσι τοῖς εἰρημένοις συντάγμασιν ἐναντιώσεως, ὁ κράτιστος ἡμῶν βασιλεὺς τὰς ἀχρήστους καὶ τὰ αὐτὰ λέγουσας καὶ τὰς ταῖς κρατούσας μαχομένας περιαιρεθῆναι παρακελευσάμενος ὁμόνυμον τῇ αὐτοῦ γαληνότητι ἐκέλευσε Κώδικα συγγραφῆναι. ἤξιωσε δὲ τῆς οἰκείας φροντίδος καὶ τὰ ἀναριθμητὰ τῶν πάλαι νομικῶν βιβλία, καὶ πράγμα πάσης κρείττον ἐλπίδος ὥσπερ διὰ μέσου βαδίζων πελάγους θεοῦ κατάρθωσεν εὐνοίᾳ καὶ τὰς εὐδοκιμούσας τῶν παλαιῶν γνώμας ἐν ἐνὶ συνήγαγε βιβλίῳ'.

<sup>23</sup> I contenuti della digressione esplicitativa sono anticipati dalla stessa traduzione della qualifica '*confusae*' del testo latino con la più articolata indicazione '*συγκεχυμένας καὶ μαχομένας ἀλλήλαις*' ("confuse e contrastanti tra loro").

<sup>24</sup> Per il *cod. Gregorianus* cfr. *BS* 409-13 = Hb. I, 704 (Taleo); per l'*Hermogenianus* cfr. *BS* 409-13 = Hb. I, 704 e *BS* 432-30 = Hb. I, 726 (Taleo); per il *cod. Theodosianus*, oltre a Inst.-PT. 3.1.16, cfr. *BS* 67-27=Hb. I, 338 (Taleo? Cfr., ultimamente, M. MIGLIETTA, *A proposito di una citazione espressa del Codice Teodosiano in sch. 12 ad Bas. 8.1.15*, in *SCDR* 28, 2015, 711 ss.).

<sup>25</sup> È appena il caso di precisare che, quand'anche si volesse pensare (con LOKIN, *Some remarks*, cit., 276) che l'autore della digressione abbia avuto direttamente sott'occhio i riferimenti ai tre precedenti codici e alle costituzioni post-teodosiane presenti in *Haec quae necessario* pr. e in *Summa rei publicae* 1, non verrebbe meno, naturalmente, la riconoscibilità del duplice intento charificatore-didascalico indicato nel testo.

<sup>26</sup> Il riferimento ad opinioni dei giuristi 'approvate' sembra echeggiare il fenomeno di approvazione-selezione compiuta dai compilatori del Digesto, al quale accennano cost. *Deo auctore* 6 ('*quod melius aequius iudicatore*'), cost. *Tanta* 1 ('...*ex his si quid optimum fuisset eligere*'; '*omne quod utilissimum erat collectum est*') e cost. *Tanta* 17 ('*quidquid ex his pulcherrimum erat, hoc semotum in ... nostram compositionem pervenit*').

<sup>27</sup> Su questo richiamo cfr. anche *infra*, n. 3.

c) intervento esplicativo proprio di un antecessore è, all'interno del § 3, la giustificazione del termine 'μύθοι', usato nel tradurre l'affermazione della c. *Imperatoriam* che, d'ora innanzi, gli studenti apprenderanno i primi elementi del diritto non più "da antiche favole",<sup>28</sup> bensì dall'*imperialis splendor* ('... ὥστε τοῖς νέοις ἐξεῖναι τὰ πρῶτα τῶν νόμων προοίμια οὐκ ἐξ ἀρχαίων μύθων παραλαμβάνειν ... ἀλλ' ἐκ τῆς βασιλικῆς λαμπήδονος ταῦτα γινώσκοντες...'): il docente chiarisce il senso di codesto termine osservando che coloro che studiano cose che erano in vigore in passato, ma che ora sono state cacciate dall'uso "sono simili a coloro che leggono favole" ('τὰ γὰρ πάλαι μὲν κρατήσαντα, νῦν δὲ τῆς χρήσεως ἐκβεβλημένα ἀναγινώσκοντες, εἰκόμασι τοῖς ἐντυγκάνουσι μύθοις');

d) nel tratto finale del medesimo § 3, alla traduzione dell'affermazione secondo cui "*et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat*"<sup>29</sup> viene aggiunta l'esplicitazione didascalica «infatti, il presente volume, che è l'esordio dell'esposizione del diritto, è composto dalla voce dell'imperatore, e colui che studia il diritto, dopo essersi dedicato alla lettura degli antichi giuristi, deve applicarsi alla lettura delle costituzioni»: <sup>30</sup> questa aggiunta risponde, da un lato, all'esigenza di chiarire meglio il senso dell'asserita provenienza dell'inizio e della fine della preparazione giuridica dalla bocca dell'Imperatore, dall'altro lato, all'esigenza di indicare subito agli studenti l'intero percorso di studio che li attende nel quinquennio.<sup>31</sup>

3. Esposte le ragioni che portano ad assegnare senz'altro il testo della *Βασιλικῆς* ad un antecessore giustiniano, osservo che con siffatta attribuzione risultano ben compatibili anche quelle scelte lessicali che, invece, alcuni studiosi, considerandole "inconsuete", avevano addotto per riferire il testo greco ad un non-giurista.<sup>32</sup>

Anzitutto, l'impiego del termine 'ὑποθήκαι' nel § 3. Il testo latino recita: '*mandavimus, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant institutiones*'. Il traduttore afferma che l'imperatore ha incaricato Triboniano, Teofilo e Doroteo di comporre le Istituzioni 'κατὰ τὴν αὐτοῦ αὐθεντίαν καὶ ταῖς αὐτοῦ πειθομένους ὑποθήκαις' («in base alla propria autorità e ubbidendo alle proprie istruzioni»). Si è affermato che l'uso del termine 'ὑποθήκαι' per tradurre '*suasiones*', pur corretto da un punto di vista meramente linguistico,<sup>33</sup> avrebbe però portato immediatamente a pensare, piuttosto, alla figura dell'ipoteca quale garanzia reale.<sup>34</sup> In realtà, questa eventualità di fraintendimento è scongiurata, nel passaggio in questione,

<sup>28</sup> Sul mantenimento della lezione '*fabulis*' e sulla portata della contrapposizione con l' '*imperialis splendor*' cfr. G. FALCONE, '*Legum cunabula*' e '*antiquae fabulae*', cit., 295 ss.; Id., '*Fabulis, non tabulis, in const. Imperatoriam 3*', in AUPA 58, 2015, 303 ss.

<sup>29</sup> '...καὶ τὴν τῶν νόμων ἀρχὴν καὶ τὸ πέρασ τῆς τούτων διδασκαλίας ἀπὸ βασιλικῆς αὐτοῖς προσγίνεσθαι φωνῆς'.

<sup>30</sup> '...συντίθεται γὰρ καὶ τὸ παρὸν σύνταγμα ἐκ βασιλικῆς φωνῆς, προοίμιον ὑπάρχον τῆς τῶν νόμων διδασκαλίας· καὶ μετὰ τὴν ἀνάγνωσιν τῆς τῶν παλαιῶν ἐκθέσεως ἀνάγκη τὸν νόμους παιδευόμενον τῇ τῶν διατάξεων ἀναγνώσει ἑαυτὸν ἐπιδοῦναι'.

<sup>31</sup> Cfr. anche *supra*, su nt. 14.

<sup>32</sup> Cfr. *supra*, ntt. 5 e 10.

<sup>33</sup> E in tal senso, oltre all'uso del verbo ὑποτιθέναι nel senso di *persuadere* in PT. 4.1.8 (*Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, cit., xxvi nt. 58), addurrei l'impiego proprio del sostantivo 'ὑποθήκη' per indicare il suggerimento (o istigazione o persuasione) da parte di uno dei soci nella commissione di un furto in B. 12.1(CA).57.1 e da parte del *dominus* al proprio schiavo in B. 60.7.9.

<sup>34</sup> Cfr. *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, cit., xxvi.

dal fatto che il sostantivo si accompagna al verbo ‘πέιθεσθαι’, “dare retta”, “obbedire”, che inequivocabilmente doveva orientare qualsiasi lettore o ascoltatore verso il significato di ‘ὑποθήκαι’ nel senso di “istruzioni, indicazioni da seguire” (*suasiones*, appunto) e non già verso un riferimento all’ipoteca. Ma non è questo il punto. Ai fini del presente discorso, piuttosto, segnalo una circostanza che, per quanto ne so, è rimasta fin qui inosservata: e cioè che il termine ‘ὑποθήκαι’ è attestato un paio di volte, in Nov. 26 (a. 535), proprio per indicare costituzioni imperiali (‘ὑποθήκαι βασιλικαί’) che costituiscono “istruzioni”. Addirittura, mentre in Nov. 26.5 si usa *sic et simpliciter* ‘ὑποθήκαι’, in Nov. 26.2 *praef.* il termine è accompagnato da un’apposita spiegazione, là dove viene precisato che esso corrisponde al latino ‘*mandata*’: “... καὶ ὑποθήκαι βασιλικαί, τὸν τρόπον ὑφηγούμεναι καθ’ ὃν διανύσει τὴν ἀρχήν, ὅπερ οἱ πρὸ ἡμῶν μανδάτα πρηνκίπισ ἐκάλουν...” («istruzioni imperiali, che indicano il modo secondo il quale gestirà – scil. il *praetor Thraciae* – la magistratura, che i nostri predecessori chiamavano *mandata principis*»). Questa attestazione autorizza a ritenere che fosse circolante una rappresentazione in termini di ‘ὑποθήκαι’ di determinazioni imperiali consistenti in istruzioni e che questa terminologia ufficiale fosse stata tenuta presente da chi ha tradotto cost. *Imperatoriam* 3. Anzi, proprio l’uso di ‘ὑποθήκαι’ da parte del traduttore andrebbe, a questo punto, apprezzato come scrupolo di rendere fedelmente il senso di ‘*suasiones*’ quali manifestazioni di volontà imperiale. È legittimo ritenere che questa specificità terminologico-concettuale fosse ben nota agli *antecessores*, i quali, oltretutto, com’è risaputo, illustravano (e avevano già in precedenza illustrato) agli studenti anche le costituzioni imperiali.

Particolare risalto, poi, è stato dato all’uso del termine ἀντιγραφὴ nelle battute iniziali del § 7, là dove, in corrispondenza del testo latino ‘*Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite*’, si afferma:

Προτρέπει τοίνυν διὰ τῆς παρουσίας διατάξεως ὁ ἡμερώτατος ἡμῶν βασιλεὺς τοὺς πρὸς οὓς ταύτην ἐποίησατο τὴν ἀντιγραφὴν, ὥστε πολλῇ τῇ δυνάμει καὶ προθύμῳ σπουδῇ τοὺς παρόντας δέξασθαι νόμους...

«Con la presente costituzione, dunque, il nostro imperatore esorta coloro per i quali ha fatto questa ἀντιγραφὴ a dedicarsi con grande forza e con impegno zelante alle presenti *leges*...».

Il termine ἀντιγραφὴ è stato tradizionalmente riferito alla costituzione *Imperatoriam*; ed escludendosi che quest’ultima sia un *rescriptum* – figura alla quale, appunto, allude tecnicamente ‘ἀντιγραφὴ’ – si è concluso che il termine in questione dovette esser stato utilizzato come sinonimo di ἀντίγραφον, ‘copy’, ‘piece of text’: il che costituirebbe una scelta non consona ad un giurista.<sup>35</sup> Tuttavia, ad una lettura senza pregiudizi riesce davvero difficile ammettere che un autore, chiunque egli fosse, anziché scrivere direttamente «Attraverso la presente costituzione l’imperatore esorta gli studenti a dedicarsi...», congegnasse una assai farraginoso ripetizione del cenno alla *Imperatoriam*, indicando gli studenti con la perifrasi “coloro per i quali ha fatto questa costituzione...” e per di più utilizzando due termini differenti per alludere al medesimo testo normativo (dapprima διὰταξις; poi ἀντιγραφὴ). In

<sup>35</sup> *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani*, cit., xxvii; J.H.A. LOKIN, *Some remarks*, cit., 275; adesivamente A. SCHMINCK, *Zur ‘constitutio’ Βασιλικῆς*, cit., 129.

realtà, a me pare che ‘ἀντιγραφῆ’ alluda, piuttosto, al testo del manuale imperiale.<sup>36</sup> Invero, si considerino le seguenti circostanze: il complessivo dettato delle *Institutiones* si presenta, da un punto di vista esteriore, come un discorso unitario proveniente direttamente dall'imperatore; lo stesso autore della Βασιλικῆς indica il manuale imperiale come un “συντάγμα messo insieme dalla voce dell'imperatore” (...συντίθεται γὰρ καὶ τὸ παρὸν σύνταγμα ἐκ βασιλικῆς φωνῆς...);<sup>37</sup> Giustiniano attribuisce espressamente alle *Institutiones* il valore di una costituzione imperiale;<sup>38</sup> la costituzione *Imperatoriam* è rivolta ad una ‘cupida legum iuventus’. Ebbene, se mettiamo insieme, attentamente, questi dati non appare, poi, così sorprendente che un antecessore raffigurasse – per proprio conto o sulla scia di una preesistente e magari ufficiale raffigurazione – quel peculiare, complessivo dettato imperiale che consiste nelle *Institutiones* come un ‘testo in risposta’ (ἀντιγραφῆ) ad una richiesta, o desiderio, di *leges* (nel senso di testi oggetto di insegnamento) da parte del corpo studentesco (*cupida legum iuventus*); e che, nel brano in questione, indicasse, appunto, gli studenti come coloro per i quali l'imperatore ha realizzato codesto testo.

Ancora, è apparsa “unusual” la considerazione del Digesto come “un singolo libro” in chiusura di § 2:<sup>39</sup> ‘καὶ τὰς εὐδοκίμουσας τῶν παλαιῶν γνώμας ἐν ἐνὶ συνήγαγε βιβλίῳ’ («e ha raccolto in un libro le opinioni approvate degli antichi giuristi»).<sup>40</sup> Sennonché, questa indicazione si incontra più volte nella c. Δέδωκεν: § 1 (ὅπερ βιβλίον digesta εἴτε πανδέκτην προσηγορεύσαμεν); § 12 (Digesto, *Institutiones* e *Codex* richiamati come ‘τρία βιβλία’); § 19 (Digesto e *Institutiones* indicati come ‘δύο βιβλία’); § 20 (τοῦ τῶν Digeston βιβλίον). Analogamente, in *Tanta* 12 e in *Omnem* 7 le tre compilazioni sono unitariamente indicate come ‘tria volumina’.<sup>41</sup> Nel caso di Βασιλικῆς 2, peraltro, l'uso di ‘ἐν βιβλίον’ sembra esser stato suggerito dal desiderio di contrapporre l'unicità del volume-Digesto agli “innumerevoli volumi degli antichi” (τὰ ἀναρίθμητα βιβλία). E questa circostanza, a sua volta, corrisponde ad un motivo propagandistico di esaltazione dell'iniziativa compilatoria realizzata da Giustiniano, che è espresso in *Deo auctore* 2 ‘...tot auctorum dispersa volumina uno codice

<sup>36</sup> In questo senso anche G. MATINO, *La traduzione greca*, cit., 450, ma senza soffermarsi in modo apposito sulla questione sollevata dall'uso di ‘ἀντιγραφῆ’.

<sup>37</sup> Cfr. *supra*, su nt. 30.

<sup>38</sup> *Imperatoriam* 6 ‘...et plenissimum nostrarum constitutionum robur eius accommodavimus’; Βασιλικῆς 6 ‘...ἐπέγνω, ὥστε οἰκείαν καὶ πληροστάτην αὐταῖς διατάξει τὴν ἰσχὺν φιλοτιμήσασθαι’. Cfr., inoltre, gli espliciti riferimenti in *Tanta* 11 ‘...praedictos libros constitutionum vicem habere iussimus: quod et in oratione nostra, quam eisdem libris praeposuimus, apertius declaratur’ e in Δέδωκεν 11 ‘...καὶ τὸ γὰρ τὴν ἡμετέρων διατάξεων ἰσχὺν ἔχειν αὐτὸ παρ’ αὐτῶν ὧν ἐν προοιμίῳ τοῦ βιβλίου διελέχθημεν ἅπασιν ἐδηλώσαμεν’.

<sup>39</sup> J.H.A. LOKIN, *Some remarks*, cit., 275.

<sup>40</sup> L'intero § 2 è riportato *supra*, in nt. 22.

<sup>41</sup> È appena il caso di precisare che non v'è nulla di strano, poi, nel fatto che in Βασιλικῆς 4 si menzionavano, invece, 50 βιβλία del Digesto o Pandette. Com'è noto, infatti, ‘βιβλίον’ è termine usato per indicare tanto un prodotto editoriale complessivo quanto il singolo *liber* quale porzione interna del prodotto complessivo. È per questo che, ad es., all'interno dello stesso § 1 della Δέδωκεν si incontra per due volte un fenomeno di compresenza di differenti indicazioni numeriche in ordine ad una stessa opera: una prima volta, allorché si parla del βιβλίον-Codice e si dice che esso raccoglie le *constitutiones* in 12 βιβλία; una seconda volta, allorché sia parla di 50 βιβλία che hanno raccolto le opinioni dei giuristi e si precisa, poco oltre, che “questo βιβλίον si chiama Digesto o Pandette”.

*indita ostendere* e in *Tanta* 17 ‘...ut egena quidem antiqua multitudo inveniatur, opulentissima autem brevitatis nostra efficiatur’.<sup>42</sup> Il che, peraltro, potrebbe anche suggerire che l’autore ne sia stato specificamente influenzato.

Infine, a questi elementi A. Schminck<sup>43</sup> ha aggiunto, quali scelte lessicali che dovrebbero orientare per un autore “che non aveva confidenza con il linguaggio giuridico romano”, gli impieghi di ‘κώδικες’ e ‘συντάγματα’ usati nel § 6 in relazione, rispettivamente, ai ‘commentarii rerum cottidianarum’ di Gaio e agli ‘alii multi commentarii’ di altri giuristi.<sup>44</sup> Sennonché, mentre per il termine ‘κώδικες’ non disponiamo, nel materiale pervenutoci, di riscontri esterni (ma nulla impedisce di pensare che un antecessore potesse farvi ricorso nel significato di ‘βιβλία’, e magari al fine evitare una ripetizione rispetto al segno ‘ὑπομνήματα’ subito prima utilizzato), il termine ‘σύνταγμα’ con riferimento ad un’opera giurisprudenziale è attestato proprio in notazioni provenienti da antecessori. Così nella Parafrasi di Teofilo l’opera di Gaio a commento delle XII Tavole è richiamata nei seguenti termini: ‘...ὁ δὲ ΓΑΙΟΣ ἐν τῷ συντάγματι αὐτοῦ ἐν ᾧ τὸν δωδεκάδελτον ἐρμηνεύει...’ (PT. 4.18.5); e in *BS* 465-4=Hb. I, 740 le parole di D. 17.2.30pr. ‘*Servius in notatis Mucii ait*’ divengono: ‘ἐν τοῖς οἰκείοις συντάγμασιν ἐν οἷς ἐνόησε τὸν Μούκιον’.

4. Ben poco può dirsi, mi pare, circa l’individuazione dello specifico *antecessor* autore del testo.<sup>45</sup>

Di primo acchito, la circostanza che la *Βασιλικῆς* è stata trasmessa in testa ad alcuni manoscritti della Parafrasi potrebbe far ipotizzare, come deduzione più naturale, che essa riproduca una illustrazione della *Imperatoriam* svolta a lezione da Teofilo. E la plausibilità di questa deduzione parrebbe confortata, sempre ad una prima impressione, dal fatto che il saldarsi di traduzione e integrazioni chiarificatrici in un discorso unitario, che abbiamo constatato nella *Βασιλικῆς*, si registra, notoriamente, anche nella Parafrasi.<sup>46</sup>

Sennonché, mentre non v’è motivo per escludere che un intreccio espositivo unitario di traduzione e illustrazione potesse riscontrarsi anche nell’insegnamento sulle *Institutiones* di altri *antecessores*, l’attribuzione della *Βασιλικῆς* a Teofilo è resa, a mio avviso, assai inverosimile da alcune specifiche indicazioni testuali. Da un lato, riesce difficile pensare che questi si fosse auto-assegnato la qualifica ‘σοφώτατος’ (§ 6), ampliando con un superlativo

<sup>42</sup> Analogo motivo, con riguardo alla realizzazione del Codice, è in *Cordi* pr. ‘*sacratissimas constitutiones, quae in diversa volumina fuerant dispersae ..., in unum corpus colligere ... proposuimus*’.

<sup>43</sup> Cfr. *supra*, nt. 10.

<sup>44</sup> Questo il dettato latino: ‘...ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis...’. E questa la versione greca: ‘...ἐκ πάντων τῶν τοῖς ἀρχαίοις γεγραμμένων Ἰνστιτούτων καὶ μάλιστα τῶν ὑπομνημάτων Γαίου, τοῦτο μὲν τῶν ὡς ἐν Ἰνστιτούτοις, τοῦτο δὲ καὶ ἐκ τῶν κωδίκων αὐτοῦ, ἐνθα διαλέγεται περὶ τῶν καθ’ ἐκάστην ἡμέραν κινουμένων πραγμάτων, καὶ ἐξ ἄλλων πολλῶν συνταγμάτων ...’.

<sup>45</sup> In generale, sullo svolgimento del corso sulle *Institutiones* da parte di ogni *antecessor*, dal quale potrebbero esser derivate versioni scritte ulteriori rispetto alla Parafrasi di Teofilo, cfr., ultimamente, G. FALCONE, *Una traccia di un commentario scritto di Taleleo alle Institutiones (cod. Laurentianus gr. LXXX.1, f. 3)*, in *SCDR* 27, 2014, spec. 193 ss.

<sup>46</sup> Sul punto cfr., per tutti, G. FALCONE, *La formazione del testo*, cit., spec. 427 ss.

la qualifica ‘*vir prudens*’ a lui riferita nel dettato latino.<sup>47</sup> Dall’altro lato, è notevole il fatto che gli epiteti ‘*κράτιστος*’, ‘*γαληνότατος*’, ‘*ἡμερώτατος*’, che vengono riferiti a Giustiniano nella *Βασιλικῆς* (rispettivamente, ai §§ 2, 4 e 7), non compaiono mai nella Parafraresi, nonostante l’elevatissimo numero di richiami ad interventi normativi giustiniani; e che, per converso, l’epiteto ‘*θειότατος*’, estremamente frequente nella Parafraresi,<sup>48</sup> soltanto una volta è utilizzato nella *Βασιλικῆς* (§ 3).

Né, d’altra parte, in favore di un’attribuzione a Teofilo può ritenersi indicativa, come si è invece recentemente affermato,<sup>49</sup> la circostanza che il tono celebrativo della traduzione greca ben si coordinerebbe con l’«intento propagandistico dell’ideologia imperiale giustiniana» che caratterizzerebbe la Parafraresi.<sup>50</sup> Da un lato, la stessa consistenza di un autonomo atteggiamento celebrativo dell’autore della *Βασιλικῆς* va, a mio avviso, ridimensionata. Invero, se non può escludersi che la sostituzione, nel § 7, di ‘*accommodavimus*’ con ‘*φιλοτιμήσασθαι*’ (= dare copiosamente) in relazione all’attribuzione di pieno vigore legislativo alle *Institutiones*<sup>51</sup> possa esser letta quale eco dell’ideale di *φιλοτιμία*, liberalità, imperiale<sup>52</sup> (ferma restando, però, l’eventualità che, piuttosto, l’antecessore abbia voluto, senza alcuna evocazione di *virtutes* imperiali, semplicemente alludere con enfasi alla più ampia attribuzione di pieno valore di legge al nuovo manuale);<sup>53</sup> non possono, invece, essere accolti gli altri

<sup>47</sup> *Imperatoriam* 6: ‘*Quas ... compositas cum tres praedicti viri prudentes nobis optulerunt...*’; *Βασιλικῆς* 6: ‘*Τάυτας δὲ τὰς εἰσαγωγὰς ... οἱ εἰρημένοι τρεῖς σοφώτατοι συνθέντες ἄνδρες βασιλεῖ τῷ μεγάλῳ προσήγαγον...*’.

<sup>48</sup> Si contano 33 occorrenze: PT. 1.5.3; 1.6.7; 1.10.13; 1.23pr.; 2.10.10; 2.13.5; 2.16.1; 2.20.2; 2.20.23; 27; 34; 35; 36; 2.23.7; 8; 3.1.2a; 3.1.14; 3.2.3b; 3.2.4; 7; 3.3.5; 6; 10; 3.7.3; 3.9pr.; 4; 3.10.2; 3.11.7; 3.24.1; 3.28.3; 4.6.30; 4.11.6; 4.13.10.

<sup>49</sup> G. MATINO, *La traduzione greca*, cit., 451 ss.

<sup>50</sup> In realtà, dei due brani della Parafraresi che sono stati addotti (MATINO, *La traduzione greca*, cit., p. 452 s.) quali riscontri di un generale atteggiamento di «propaganda e pubblicizzazione dell’ideologia imperiale» solo uno appare calzante. Si tratta di PT. 1.2.6, in cui si accenna alla provenienza del potere imperiale dal *populus* (‘...Τέταρτος νομοθέτης ἐστὶ παρὰ Ῥωμαίους ὁ βασιλεὺς. καὶ τί ἐστὶ βασιλεὺς; βασιλεὺς ἐστὶ ὁ τὸ κράτος τοῦ ἄρχειν παρὰ τοῦ δήμου λαβὼν’): su di esso cfr., più ampiamente (anche in collegamento con PT. 1.2.7) e con apposita attenzione alla tecnica espositiva della domanda introduttiva di una definizione, G. FALCONE, *La formazione del testo*, cit., 421 s. e nt. 16. Il secondo riscontro è, invece, di dubbia consistenza. Segnatamente, il fatto che in PT. 2.17.8 la traduzione delle parole del *ρήτόν* ‘*Licet enim legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus*’ è seguita dalla notazione ‘*δεῖ γὰρ θαυμάζοντας τὴν οὕτω θεῖαν φωνὴν ἐπὶ στόματος ἔχειν*’ (trad. Reitz: “Oportet enim nos admirantes vocem tam divinam in ore semper habere”) può essere teoricamente interpretato, anziché come una voluta amplificazione di un motivo ideologico giustiniano, o come una asettica espressione, non ideologicamente orientata, di ammirazione per un canone comportamentale (peraltro esplicitamente riferito a due imperatori precedenti, non già a Giustiniano), o addirittura come una velata esortazione a rispettare il principio (diretta ad ogni regnante, anche l’attuale).

<sup>51</sup> *Imperatoriam* 7 ‘...et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus’; *Βασιλικῆς* 7 ‘ἐπέγνω, ὥστε οἰκείαν καὶ πληρεστάτην αὐταῖς διατάξει τὴν ἰσχὺν φιλοτιμήσασθαι’.

<sup>52</sup> G. MATINO, *La traduzione greca*, cit., 450.

<sup>53</sup> Questa eventualità, peraltro, ben si coordinerebbe con la circostanza che nelle costituzioni *Tanta* e *Δέδωκεν* (§ 11 *in fine*) si afferma che il valore legislativo assegnato da Giustiniano alle *Institutiones* si vince con maggiore chiarezza nella costituzione introduttiva delle stesse: ‘... et praedictos libros constitutionum vicem habere iussimus: quod et in oratione nostra, quam eisdem libris praeposuimus, a p e r t i u s

elementi che sono stati a tal proposito richiamati con riferimento al § 3. In particolare: è forzato, e oltretutto non necessario, assegnare al termine ‘*πράγματα*’ dell’affermazione ‘*ἐξ αὐτῶν ὡσπερ εἶπεν τῶν πραγμάτων*’ un riferimento al potere (imperiale) e tradurre l’inciso nel senso di «per così dire proprio grazie al potere imperiale»: <sup>54</sup> l’autore, piuttosto, precisa che l’imbattersi degli studenti già da subito in costituzioni imperiali (diversamente da quanto accadeva in passato, allorché le costituzioni venivano affrontate solo in chiusura del percorso di studi) si realizza “in ragione, per così dire, delle cose stesse” (per il fatto stesso, cioè, che le *Institutiones* promanano direttamente dalla voce dell’imperatore); inoltre, non vedo perché dovrebbe riconoscersi nelle parole ‘*συντίθεται γὰρ καὶ τὸν παρὸν σύνταγμα ἐκ βασιλικῆς φωνῆς*’ (“infatti anche il presente testo è messo insieme dalla voce imperiale”) un atteggiamento di “deferenza” e di rivendicazione dell’autorevolezza dell’opera, <sup>55</sup> quando esse servono semplicemente a chiarire ed esplicitare il senso dell’affermazione che immediatamente precedeva nello stesso § (e che – si badi – si trovava già nel *ῥητόν*), secondo cui sia l’apertura che la conclusione dell’apprendimento delle leggi sarebbero provenuti, per l’innanzi, dalla “voce dell’imperatore” (*ὥστε καὶ τὴν τῶν νόμων ἀρχὴν καὶ τὸ πέρασ τῆς τούτων διδασκαλίας ἀπὸ βασιλικῆς αὐτοῖς προσγίνεσθαι φωνῆς*); infine, con riferimento al tratto ‘*τοσαύτης ἀξιοθένης τιμῆς καὶ τοσαύτης ἀπολαύσαντες εὐτυχίας, ὥστε...*’ (“ritenuti degni di tanto onore e godendo di tanta buona sorte, che ...”) non vi è motivo di preferire al termine ‘*εὐτυχία*’, saldamente attestato nella tradizione manoscritta e pienamente corrispondente al vocabolo ‘*felicitas*’ del *ῥητόν* (e non a caso adottato dagli editori groningani), la lezione ‘*εὐεργεσία*’ – che si presterebbe ad esprimere uno dei *topoi* dell’ideologia imperiale <sup>56</sup> – che compare, invece, soltanto in due manoscritti. Dall’altro lato, comunque, non solo non può escludersi, ma anzi è da ritenere verosimile che una riproposizione dei motivi di fondo dell’ideologia imperiale, specie di quelli legati alla compilazione e all’insegnamento del diritto, venisse compiuta anche da parte di altri (o *degli* altri) *antecessores* giustinianeî, talché essa non potrebbe ritenersi caratteristica, e perciò identificativa, del solo Teofilo.

In definitiva, reputo corretta la scelta degli studiosi groningani di escludere la paternità di Teofilo e fondata l’ipotesi che la *Βασιλικῆς* sia stata aggiunta in testa alla Parafrasi dopo che *l’incipit* di quest’ultima si era perduto nella tradizione manoscritta.

Detto questo, e ribadendo la convinzione che il testo proviene, comunque, da un *antecessor* giustiniano, riterrei parimenti improbabile una derivazione da Doroteo. Astrattamente, una traduzione-illustrazione della *Imperatoriam* risalente ad un altro membro della commissione compilatoria delle *Institutiones* sarebbe, certo, potuta apparire una buona soluzione per un editore bizantino che volesse integrare una Parafrasi divenuta ormai acefala. Tuttavia, anche per Doroteo si pone la difficoltà derivante dall’ampliamento di ‘*vir prudens*’ in ‘*σοφώτατος*’ nel § 6. <sup>57</sup>

*d e c l a r a t u r*; ‘καὶ τό γε τὴν τῶν ἡμητέρων διατάξεων ἰσχὺν ἔχειν αὐτὸ παρ αὐτῶν ὧν ἐν προοιμίῳ τοῦ βιβλίου διελέχθημεν ἄ πα σ ι ν ἔ δ η λ ῶ σ α μ ε ν’.

<sup>54</sup> G. MATINO, *La traduzione greca*, cit., 449.

<sup>55</sup> G. MATINO, *La traduzione greca*, cit., 448.

<sup>56</sup> G. MATINO, *La traduzione greca*, cit., 449.

<sup>57</sup> La qualifica ‘*vir prudens*’ era, infatti, riferita a tutti e tre i compilatori delle *Institutiones*: v. il testo riportato *supra*, in nt. 47.

Al di là dei predetti indizi aventi portata esclusiva, non disponiamo, purtroppo, di altri elementi che possano suggerire o, al contrario, indurre a scartare l'attribuzione a questo o a quell'altro antecessore. Troppo tenue, ad es., è la suggestione derivante dalla possibile eco di alcune affermazioni presenti nelle costituzioni programmatiche o introduttive delle varie parti del *Corpus iuris*<sup>58</sup> per poterci sbilanciare in favore di uno degli altri due *antecessores* che hanno partecipato ai lavori compilatori, e cioè Anatolio e Cratino. Per costoro, come pure per gli altri *antecessores* a noi noti – Isidoro, Taleleo, Kobidas, Stefano, Cirillo, Giuliano –, per i quali tutti è da ammettere, insieme con lo svolgimento di un corso sulle *Institutiones*, la possibilità di una circolazione per iscritto delle relative lezioni, mancano appigli argomentativi, di qualsiasi segno. Certo, dall'esistenza di un concreto riscontro scritto del corso di Taleleo<sup>59</sup> e dal fatto che questo riscontro riguarda il titolo I.1 delle *Institutiones* si è tentati di far derivare da una lezione di questo antecessore anche la versione greca della costituzione introduttiva del manuale imperiale. Nondimeno, per parte mia ritengo preferibile esercitare, sulla questione, una prudente *ars ignorandi*.

A mio avviso, dunque, la (sola) conclusione che l'analisi della *Βασιλικῆς* consente di trarre sul piano della letteratura giuridica bizantina – conclusione circoscritta ma non trascurabile, in relazione alla disarticolata documentazione pervenutaci – è l'acquisizione di un ulteriore residuo, oltre al predetto frammento di Taleleo, di testo scritto derivante dall'insegnamento sulle *Institutiones* svolto da un antecessore diverso da Teofilo.

<sup>58</sup> Cfr. le corrispondenze che ho prospettato come possibili *supra*, n. 2 nt. 25 (per la menzione dei tre codici pregiustiniani all'interno del § 2) e nt. 26 (per il riferimento, in coda allo stesso § 2, alle opinioni giurisprudenziali 'approvate'); n. 3 su nt. 42 (per il riferimento, sempre in chiusura del § 2, al 'singolo' libro del Digesto); n. 4 in nt. 53 (per l'enfasi lessicale in tema di attribuzione di valore legislativo alle *Institutiones*).

<sup>59</sup> Restituito da uno scolio marginale conservato in cod. Laurentianus gr. LXXX, 1: cfr. G. FALCONE, *Una traccia di un commentario scritto di Taleleo*, cit., 181 ss., spec. 194 ss.

GIOVANNI NICOSIA  
(Università di Catania)

La nascita postdecemvirale della ‘*mancipatio*’  
e quella ancora posteriore della distinzione  
tra ‘*res Mancipi*’ e ‘*res nec Mancipi*’

ABSTRACT

The XII Tables mention the *mancipium facere*, which can be considered the antecedent of what was later called *mancipatio*, and distinguish between *fundus* and *ceterae res*, which included individuals, as well as any other “entities” different from the *fundus*. The distinctions between *personae* and *res*, between *res corporales* and *res incorporales*, and between *res Mancipi* and *res nec Mancipi* date back to a later period.

PAROLE CHIAVE

*Fundus; ceterae res; Mancipium facere; Mancipatio; res Mancipi.*



## LA NASCITA POSTDECEMVIROLE DELLA ‘MANCIPATIO’ E QUELLA ANCORA POSTERIORE DELLA DISTINZIONE TRA ‘RES MANCIPI’ E ‘RES NEC MANCIPI’

1. La *mancipatio* era nata in età premonetaria,<sup>1</sup> quando in luogo della moneta conosciuta veniva adoperato il bronzo grezzo (*aes rude*)<sup>2</sup> da pesare con la bilancia; era un formalizzato contestuale scambio tra un oggetto ritenuto di rilevante pregio e valore e il suo corrispettivo in bronzo (pesato nella quantità di volta in volta concordata).

Questa originaria funzione della *mancipatio*, che era di effettiva *venditio*,<sup>3</sup> attuata con lo scambio dell’oggetto (prestazione del *mancipio dans*, venditore) e del suo corrispettivo in bronzo (controprestazione del *mancipio accipiens*, compratore), è rispecchiata dalla sua persistente struttura, quale ancora emerge dalla descrizione di Gaio (1.119): il *mancipio dans* porta l’oggetto nel luogo concordato e lo mette a disposizione del *mancipio accipiens*, che se ne impossessa e, tenendolo (*rem tenens*),<sup>4</sup> fatta la solenne affermazione di spettanza (*‘hunc ego hominem, ex iure Quiritium, meum esse aio’*),<sup>5</sup> aggiunge: *‘isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra’*.

<sup>1</sup> E postdecevirole; nelle XII Tavole la parola *mancipatio* non figura (v. *infra*, § 6).

<sup>2</sup> Detto anche [v. Fest., v. *rodus* (322.5 e 322.8 L.)] *aes infectum*, non lavorato.

<sup>3</sup> Come ho avuto occasione di segnalare in *Quasi pretii loco*, in IVRA 60, 2012, 1 ss., v. 13 nt. 22, la natura originaria di vendita della *mancipatio* e la sua successiva trasformazione sono state illustrate in maniera particolarmente efficace, e con acute notazioni, da C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano 1991, 413 ss., v. spec. 417 s., 423 s.

<sup>4</sup> È questa la lezione attestata dal Veronese, che è da considerare sicura e incontestabile, mentre è errata (nonostante il contrario avviso di parecchi autori) la lezione *aes tenens* di Boezio: cfr. in proposito quanto ho osservato in *Quasi pretii loco*, cit., 7 e nt. 12.

<sup>5</sup> In questa affermazione di spettanza, che ricorre sia nella *mancipatio* che nella *vindicatio* dell’*agere sacramento in rem* (Gai 4.16), gli interpreti, da sempre, hanno ricollegato *ex iure Quiritium* a *meum esse*, intendendo conseguentemente l’intera frase nel senso che è divenuto tradizionale e viene comunemente ripetuto. Invece, come ho reiteratamente e sempre più convintamente sostenuto da più di trent’anni [cfr. i luoghi richiamati in *Brevi dominus*, in F.M. d’IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, 1847 ss., v. 1822 nt. 22], *ex iure Quiritium* non si ricollegava, sintatticamente e logicamente, a *meum esse*, bensì al verbo finale *aio*, e quell’affermazione aveva un significato ben diverso. Chi affermava (nella *mancipatio* come nella *vindicatio*) che quell’oggetto era ‘suo’, diceva appunto *‘meum esse aio’* (asserzione in sé completa ed esauriente), ma precisava che egli faceva quella affermazione ‘secondo il procedimento rituale dei Quiriti’, *‘ex iure Quiritium’*, compiendo le rigorose formalità prescritte (nella *mancipatio*, *‘adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram*

Successivamente, con l'introduzione della moneta coniatata, in particolare dell'*as libralis*, il corrispettivo venne pagato in *numerata pecunia*, contando i pezzi di *aes signatum*, e non più pesando (e dando) una certa quantità di *aes rude*.

Ma dell'originario impiego dell'*aes rude* si conservò simbolicamente il ricordo: nella *mancipatio* descritta da Gaio il *mancipio accipiens*, dopo la pronuncia delle parole solenni, colpisce la bilancia con il bronzo (*deinde aere percutit libram*), con un pezzettino di *aes rude*, detto *rudusculum* [Fest., v. *rodus* (320.34-322.1 L.): *in mancipando, cum dicitur 'rudusculo libram ferito'*; 322.5: *sic aes infectum rudusculum*; 322.8: *aes infectum rudus appellatur*, v. Linds.<sup>2</sup> (in *Glossaria Latina*, IV) 370.32-33] o *raudusculum* (Varr., *de l. Lat.* 5.163: *aes raudus dictum; ex eo veteribus in mancipiis... 'raudusculo libram ferito'*).

Con il trapasso all'economia monetaria, dunque, e il pagamento del corrispettivo a parte, in *numerata pecunia*,<sup>6</sup> l'originaria funzione di *venditio*, persistentemente denunciata dalla perdurante struttura della *mancipatio*, era venuta meno. E perciò, come ripetutamente dice Gaio, la *mancipatio* era divenuta una *imaginaria quaedam venditio* (1.113: *per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem*; 1.119: *est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio*).

2. La trasformazione in atto formale di trasferimento della proprietà delle *res Mancipi* è da Gaio messa in rilievo nel paragrafo successivo (1.120: *eo modo et serviles... personae Mancipantur; animalia quoque, quae Mancipi sunt... item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt*) e ribadita in 2.22 (*Mancipi vero res sunt, quae per Mancipationem ad alium transferuntur*).

D'altro canto la *mancipatio* venne sganciata dalla *causa venditionis* e utilizzata per attuare il trasferimento di proprietà in base a qualunque altra causa giustificativa di tale trasferimento.

Va inoltre osservato che la *mancipatio* venne anche utilizzata per trasferimenti di proprietà a titolo gratuito, *donationis causa*<sup>7</sup> o *dotis causa*,<sup>8</sup> in questi casi, mancando del tutto la prestazione di un corrispettivo, appariva ancora più evidente che la *mancipatio* si era totalmente staccata dalla sua originaria funzione di *venditio*.<sup>9</sup>

*aeneam tenet, qui appellatur libripens*). Pertanto *ex iure Quiritium* va correttamente letto come un inciso della proposizione principale *hunc ego hominem meum esse aio*.

<sup>6</sup> Anche Gaio, in 1.122, mostra di aver presente che il *mancipio accipiens* un tempo non *numerabat* il corrispettivo (che Gaio chiama *pecunia*) ma lo faceva pesare (*qui dabat, olim pecuniam non numerabat eam sed appendebat*) e dice che perciò i *servi* ai quali veniva affidata l'*administratio pecuniae* erano stati chiamati, e lo venivano ancora ai suoi tempi, *dispensatores* (*unde servi, quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt et adhuc vocantur*). In realtà occorre la pesatura proprio perché non si trattava di *pecunia*, ma di *aes rude*, mentre solo i pezzi di moneta coniatata poterono poi essere *numerati*. Pure nella parte iniziale di 1.122, quando cerca di spiegare perché *aes et libra adhibetur*, chiama impropriamente *nummi* le quantità di *aes rude* che venivano pesate (*ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur*) e continua dicendo che vi furono poi i *nummi* (questi sì, monete coniate) di bronzo (*et erant asses, dupondii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat*), aggiungendo, inesattamente, *eorumque nummorum vis ac potestas non in numero erat, sed in pondere*; al contrario, questi *nummi* di bronzo (come ogni moneta coniatata) non valevano a peso, ma venivano *numerati*.

<sup>7</sup> V. le *mancipationes donationis causa* riferite in FIRA III<sup>2</sup>, ai numeri 93, 94, 95, ed anche 80 (*litt. d-i*).

<sup>8</sup> Ad un *praedium Mancipatum dotis causa* fa riferimento Gaio in 2.63; su questo testo v. quanto ho osservato in *Institutiones. Profili di diritto privato romano*, I, Catania 1997, 348 e nt. 2.

<sup>9</sup> V. anche quanto ho osservato in *Quasi pretii loco*, cit., spec. 3 e 14.

3. Oggetto della *mancipatio* divenuta atto di trasferimento della proprietà erano ormai del tutto naturalmente le *res* in quanto beni economico-patrimoniali,<sup>10</sup> in particolare le *res* qualificate *res Mancipi*. Come dice Gaio (2.22): *mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res dictae sunt.*<sup>11</sup>

Erano *res Mancipi*, oggetto della *mancipatio* traslativa di proprietà, tre gruppi di cose:

1) le *serviles personae*: Gai 1.120: *eo modo* (cioè con la *mancipatio* descritta nel precedente paragrafo 119) *serviles... personae Mancipantur* (cfr. anche Tit. Ulp. 19.1: *Mancipii res sunt... servi*), ricomprendendo nell'indicazione *serviles personae* sia quelle di sesso maschile che quelle di sesso femminile (*ancillae*);<sup>12</sup> v. le *mancipationes emptionis causa factae* riprodotte (p. 281 ss.) in FIRA III<sup>2</sup>, n. 87 (*emptio puellae*), n. 88 (*emptio pueri*), n. 89 (*emptio ancillae*);

2) gli animali tradizionalmente adibiti nel suolo italico al tiro e alla soma (*quae collo dorsove domantur*),<sup>13</sup> e cioè *boves, eques, muli, asini*, secondo l'elenco di Gai 1.120, ed anche di Tit. Ulp. 19.1;

3) gli immobili siti nel suolo italico, sia fondi rustici che edifici urbani: Gai 1.120: *praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica*, e Tit. Ulp. 19.1: *Mancipii res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, tam urbana, qualis domus*; una *emptio domus* è riprodotta (sempre tra le *mancipationes emptionis causa factae*) in FIRA III<sup>2</sup>, n. 90.

4. Ed erano inoltre oggetto di *mancipatio*, ma non traslativa di proprietà, le *servitutes praediorum rusticorum*.<sup>14</sup>

Qui era diverso (non traslativo di proprietà) l'effetto della *mancipatio*, e di diversa natura appariva a Gaio l'oggetto, trattandosi, nella sua ottica, di *res* che, diversamente da tutte le altre oggetto di *mancipatio*, erano *res incorporales*:

Gai 2.17: *fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas res Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.*

Gaio osserva che sono *nec Mancipi* quasi (*fere*) sempre le *res incorporales*, con la sola eccezione (*exceptis*) delle *servitutes praediorum rusticorum*; e precisa che infatti è sicuro (*constat*) che esse sono *res Mancipi*, sebbene (*quamvis*) rientrino tra le *res incorporales*.

<sup>10</sup> Nel linguaggio giuridico, come pure nel linguaggio comune, fu questo il significato prevalente che assunse il termine *res*; v. in proposito quanto ho osservato in *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano* <sup>6</sup> (Catania 2013) 108.

<sup>11</sup> Cfr. pure Tit. Ulp. 19.3: *mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipii*.

<sup>12</sup> Come Gaio stesso le chiama in altri luoghi (1.19; 1.82; 1.85; 1.88; 1.89; 1.91; 1.160; 1.167; 2.50; 2.203).

<sup>13</sup> A prescindere dalla discussioni tra sabiniani e proculiani su quando dovevano essere considerati *res Mancipi*, se dalla nascita o dopo che erano stati *domita*; del problema mi sono specificamente occupato in *Animalia quae collo dorsove domantur*, in IVRA 18, 1967, 45 ss. (ora anche in *Silloge. Scritti 1956-1996*, Catania 1998, 205 ss.).

<sup>14</sup> Le *servitutes praediorum urbanorum* erano *res nec Mancipi*: Gai 2.14a: *servitutes praediorum urbanorum nec Mancipi sunt* (cfr. anche 2.29: *iura praediorum urbanorum in iure cedi possunt; rusticorum vero etiam Mancipari possunt*); v. altresì FV. 45 (Paul. 2 *manual.*), dove Paolo, rilevato come *usus fructus fundi Mancipi non sit*, dice: *idemque est in servitutibus praediorum urbanorum*.

Mi pare che Gaio, pur constatando che queste *servitutes* erano sicuramente *res Mancipi*, sottolinei con insistenza (*fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt; quamvis sint ex numero rerum incorporalium*) la 'eccezionalità' del fatto (incontestabile) che le *servitutes praediorum rusticorum* erano, esse sole tra le *res incorporales, res Mancipi*.

La ricomprensione tra le *res* oggetto di *Mancipatio* delle *servitutes praediorum rusticorum* (anche se *res incorporales*) appariva a Gaio come una stranezza all'interno dell'assetto complessivo della *Mancipatio* da tempo consolidatosi; e ciò fa pensare che potrebbe trattarsi di un relitto storico e che in origine tale ricomprensione apparisse del tutto naturale e compatibile.

È possibile reperire dati e fornire argomenti a conforto di questa idea?

5. Nel quadro dell'assetto maturo della *Mancipatio* cui si rifà Gaio, quello delle *servitutes praediorum rusticorum* non è il solo caso in cui, da un canto, oggetto della *Mancipatio* non è un bene economico-patrimoniale, una *res* rientrante in quei tre gruppi di cose (servi, animali da tiro e da soma, immobili siti *in italico solo*) che abbiamo visto,<sup>15</sup> dall'altro, effetto della *Mancipatio* non è il trasferimento della proprietà.

A proposito delle *personae in Mancipio* (1.116) Gaio ricorda che possono essere oggetto di *Mancipatio* anche *liberae personae*, rispetto alle quali, diversamente che per le *serviles personae*, effetto della *Mancipatio* non è il trasferimento di proprietà, bensì la costituzione del potere di *Mancipium*:

Gai 1.117: *Omnes igitur liberorum personae, sive masculini sive feminini sexus, quae in potestate parentis sunt, Mancipari ab eodem hoc modo possunt, quo etiam servi Mancipari possunt;*

Gai 1.118: *Idem iuris est in earum personis, quae in manu sunt; nam feminae a coemptoribus eodem modo possunt... Mancipari;*

Gai 1.120: *Eo modo et serviles et liberae personae Mancipantur;*

Gai 1.121: *...personae serviles et liberae... nisi in praesentia sint, Mancipari non possunt.*

E trattando dell'*emancipatio* Gaio dice:

Gai 1.132: *Emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse: sed filius quidem tribus Mancipationibus, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini una Mancipatione exeunt de parentum potestate.*<sup>16</sup>

Forse da questi casi di *Mancipatio* avente ad oggetto *liberae personae*, in particolare dal caso delle *personae in Mancipio*, può trarsi aiuto per risalire alla situazione originaria.

<sup>15</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>16</sup> Cfr. anche Gai 1.134: *...in ceteris vero liberorum personis seu masculini seu feminini sexus una scilicet Mancipatio sufficit.*

6. Va comunque tenuto presente che la parola *mancipatio* è attestata solo per l'età postdecemvirale; l'atto in qualche modo assimilabile a quello (o meglio, che può considerarsi il precedente di quello) che venne poi chiamato *mancipatio*, nelle XII Tavole è detto *mancipium*.

Nella disposizione di XII tab. 6.1,<sup>17</sup> *'cum nexum faciet mancipiumque'*, figura la parola *mancipium*.

Che rapporto c'è tra *mancipium* e *mancipatio*?

Nella terminologia successiva sono rimaste tracce da cui si desume che *mancipatio* si è formata sull'antica denominazione *mancipium*; particolarmente evidenti, e persistenti, le utilizzazioni del genitivo di *mancipium*, sia nella forma *mancipii*, che nella forma sincopata<sup>18</sup> *mancipi*.

Così nell'espressione *res mancipii* o *res mancipi* (come pure nell'espressione *res nec mancipi*) è presente il genitivo di *mancipium*;<sup>19</sup> e con tale espressione si vuole appunto indicare che si tratta di *res* che può essere oggetto di *mancipatio*: cfr. Gai 2.22 (*mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae*) e Tit. Ulp. 19.3 (*mancipatio propria species alienationis est rerum mancipii*).<sup>20</sup>

Appare dunque plausibile ritenere che nel linguaggio dell'età decemvirale si indicasse con *mancipium* l'atto che poi venne chiamato *mancipatio*<sup>21</sup> e che con *mancipium facere* nel versetto di XII tab. 6.1 si facesse riferimento al compimento di tale atto.

<sup>17</sup> C.G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, I. *Leges*<sup>7</sup>, Tubingae 1909, 25; S. RICCOBONO, *FIRA*, I. *Leges*<sup>2</sup>, Florentiae 1941, 43. A XII tab. 6.1 si fa riferimento in M.H. CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, II, London 1996, 2, 652 ss., ma con gravi incomprensioni, in particolare sugli aspetti e significati giuridici, ed anche con macroscopiche sviste (a p. 655 l'opera di A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, è attribuita a B. Albanese).

<sup>18</sup> Cfr. AE. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, III, v. *mancipium*, 20: «Hinc *res mancipi*, vel (ut antiqui loquebantur) *res mancipi*, dicuntur... Est autem *mancipi*, seu *mancipi*, genitivus per apocopen pro *mancupii*, seu *mancipii*».

<sup>19</sup> Ha osservato L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, I, Milano 1969, 288, che si deve «tener per fermo che nelle formule *res mancipi* e *res nec mancipi* questo termine sia il genitivo di *mancipium*»; e affrontando il problema «se *mancipium*, oltre che rappresentare la forma arcaica di *mancipatio* e indicare di conseguenza il negozio *per aes et libram*», potesse avere anche altri significati, dopo lunga ed attenta analisi (con esame di testi e letteratura), arriva alla conclusione (Id., *op. cit.*, 318) che *mancipium* «sino a tutta la fine dell'età repubblicana non sembrerebbe aver mai avuto altro significato che quello relativo al negozio *per aes et libram* acquisitivo del *dominium*».

<sup>20</sup> Per l'utilizzo del genitivo (non sincopato) *mancipii*, v. anche Tit. Ulp. 19.1 (*omnes res aut mancipii sunt aut nec mancipii: mancipii res sunt... ceterae res nec mancipii sunt*), 19.7 (*traditio propria est alienatio rerum nec mancipii*), 19.8 (*usucapione dominium adipiscimur tam mancipii rerum quam nec mancipii*), 19.9 (*in iure cessio quoque communis alienatio est et mancipii rerum et nec mancipii*).

<sup>21</sup> Così G. PUGLIESE, *In mancipio esse*, in J.A. ANKUM, J.E. SPRUIT, F.B.J. WUBBE (a cura di), *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, Fribourg Suisse 1985, 43 ss., v. 44: «non v'è dubbio che al tempo delle XII tavole, e verosimilmente anche prima, la *mancipatio* si dicesse "*mancipium*"; B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (I), IV. *Cum nexum faciet mancipiumque*, in AUPA 42, 1992, 50 ss. (= G. FALCONE (a cura di), *Scritti giuridici*, III, Palermo 2006, 86 ss.) v. 59 (95): «*mancipium*... fu designazione tecnica antica dell'atto che, in epoca più recente, veniva più di frequente denominato come *mancipatio*»; da ultimo J.G. WOLF, *In mancipio esse*, in M. AVENARIUS, R. MEYER-PRITZL, C. MÖLLER (a cura di), *Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen 2009, 611 ss. (= *Recht im frühen Rom: gesammelte Aufsätze*, Berlin 2015) 157 ss.), v. 611 (157): «*mancipium* ist... die älteste Bezeichnung der *mancipatio*».

Va infine osservato che l'espressione *mancipium facere*<sup>22</sup> può essere intesa sia nel senso di 'compiere l'atto del *mancipium*', sia nel senso di 'costituire il potere di *mancipium*',<sup>23</sup> cioè porre una persona nella condizione di soggezione più tardi detta tecnicamente *in mancipio*.

Forse la prima interpretazione era più consona allo spirito originario della disposizione decemvirale, ma l'altra interpretazione poté presto, non sostituirsi, ma affiancarsi ad essa; sicché entrambe poterono a lungo agevolmente coesistere.

Comunque con *mancipium facere* (anche inteso nel secondo senso), come poi con *mancipare*, si indicava l'atto che veniva solennemente compiuto.

7. Fatti questi chiarimenti, possiamo tornare al punto che ci interessa e chiederci: quale era l'oggetto dei due atti indicati in XII tab. 6.1 con *nexum facere* e *mancipium facere*?

Oggetto del *nexum facere* erano certamente persone, in particolare *liberae personae*, che diventavano appunto *nexi*.

Ma anche dell'altro atto, *mancipium facere*, oggetto erano in primo luogo persone: precisamente *liberae personae*, che (come si dirà con terminologia tecnica) da *sui iuris* diventavano *alieni iuris*, *alieno iuri subiectae*, sottoposte al potere di *mancipium*, persone *in mancipio*.

Dunque oggetto dei due atti menzionati nella disposizione decemvirale, *nexum facere* e *mancipium facere*, erano *personae* e non *res*.

Il che conforta l'idea che originariamente questo appariva del tutto naturale.

8. Tuttavia, il discorso è stato finora condotto partendo dalla distinzione tra *res* e *personae*.

Ma forse questa impostazione è in qualche modo falsante, perché presuppone come originaria tale distinzione, mentre la sua originarietà non può essere data per scontata.

Infatti non sembra possibile far risalire la distinzione alle origini, e neppure all'età decemvirale, perché ancora nelle XII Tavole non è presente questa distinzione, bensì quella tra *fundus* e *ceterae res*.

Occorre pertanto cambiare impostazione, per cercare anzitutto di rendersi conto del significato (e della valenza) della distinzione decemvirale, e soprattutto per cercare di individuare quali 'entità' erano ricomprese tra le *ceterae res*.

La disposizione, posta da tutti gli editori nella *tabula* 6.3, regolava l'antico meccanismo acquisitivo dell'*usus*,<sup>24</sup> fissando la durata del decorso del tempo necessario a maturare l'acquisto in un biennio per il *fundus* e in un anno per le *ceterae res*.

Il tenore di essa ci è riferito da Cicerone:

Cic., *top.* 4.23: *usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium... annuus est usus.*<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Lo stesso vale per *nexum facere*.

<sup>23</sup> Come ho rilevato in *La manus iniectio: dal regime originario a quello della manus iniectio pura*, in F. MILAZZO (a cura di), *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana*. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 7-10 giugno 1992), Napoli 1994, 163 ss., v. 165 (= *Silloge*, cit., 641) e in *Institutiones. Profili*. I, cit., 115 nt. 1.

<sup>24</sup> V. *Il possesso*. I. *Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*, Catania 2008, 51 ss. e *Iuris consultorum acutae ineptiae*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, 865 ss.

<sup>25</sup> Cic., *top.* 4.23 è riferito dagli editori delle XII Tavole in tab. 6.3. Generalmente gli studiosi (compresi gli editori) non si impegnano in una più precisa *ricostruzione* del dettato legislativo, che doveva essere

9. A questa disposizione si rifà anche Gaio, che la riferisce (e la adatta) al più recente (e diverso) meccanismo acquisitivo dell'*usucapio*,<sup>26</sup> basato sulla *possessio* (di una *res corporalis*), che faceva acquistare la proprietà delle cose possedute per un biennio o per un anno, secondo che si trattasse di *res soli*<sup>27</sup> (tra le quali rientrava anche il *fundus*) ovvero di *res mobiles*.<sup>28</sup>

Il richiamo alle XII Tavole è fatto da Gaio in due passi:

G. 2.42: *usucapio mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio: et ita lege XII Tabularum cautum est;*

G. 2.54: *lex enim XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno; ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est.*

In 2.42 Gaio attribuisce imprecisamente<sup>29</sup> alle XII Tavole, da un canto la menzione, oltre che del *fundus*, delle *aedes*, dall'altro quella delle *res mobiles*; è invece sicuro che l'assimilazione delle *aedes* al *fundus* fu frutto di *interpretatio* successiva<sup>30</sup> e che le *res mobiles* furono configurate molto dopo,<sup>31</sup> mentre le XII Tavole menzionavano le *ceterae res*.

In 2.54 riferisce senz'altro (come in 2.42) all'*usucapio*, e al suo diverso (basato sulla *possessio* di una *res corporalis*) regime, l'anno e il biennio fissati dalle XII Tavole per l'*usus*, ma

espresso in forma imperativa; ha ritenuto tale «cautela forse eccessiva» B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie in diritto privato romano*, Palermo 1985, 6 e nt. 5, che ne ha proposto la ricostruzione «press'a poco in questi termini: *Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum omnium annus*»; e cfr. poi ID., *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6,3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in AUPA 45.1, 1998, 5 ss. (= *Scritti giuridici*, III, cit., 477 ss.), v. 14 s. (486 s.): «Cicerone, con ogni probabilità, conosceva una norma decemvirale contenente le frasi *usus auctoritas fundi biennium (esto?)* e *ceterarum rerum omnium annus (o annus?) usus (esto?)*»; dopo aver discusso [12 ss. (484 ss.)] «i dubbi sollevati in ordine alla presenza del riferimento a *ceterae res* nel testo decemvirale» Albanese conclude [15 (487)]: «si può considerare certo che, secondo Cicerone, le XII tavole parlavano di *usus auctoritas fundi* per un biennio e di *usus ceterarum rerum omnium* per un anno». Su Cic., *top.* 4.23 v. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 51, 54 s. e nt. 7. A favore della indubbia risalenza alle XII Tavole della menzione delle *ceterae res* v. anche gli argomenti che ho esposto in *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 57 ss.

<sup>26</sup> Sulla diversità tra *usus* e *usucapio* v. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 51 ss. e *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 865 s.; quadro di sintesi in *Nuovi profili istituzionali*<sup>6</sup>, cit., 299.

<sup>27</sup> V. i testi richiamati in *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 55 s. e note 8 e 9.

<sup>28</sup> V. *Il possesso* I<sup>2</sup> cit., 55 e nt. 10, e 56.

<sup>29</sup> V. già S. RICCOBONO, FIRA, I<sup>2</sup>, cit., 44: «Gai 2.42 minus accurate scribit...».

<sup>30</sup> Cfr. Cic., *top.* 4.23: *quod in re pari valet, valeat in hac quae par est, ut, quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium; at in lege (scilicet XII Tabularum) aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus*; v. anche *pro Caec.* 19.54 (dove l'asindeto *usus auctoritas* di *top.* 4.23 è sciolto in *usus et auctoritas*): *lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium; at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur*. Cicerone afferma ripetutamente che nelle XII Tavole non erano menzionate le *aedes* (*in lege aedes non appellantur; in aedibus, quae in lege non appellantur*) e che per esse, rientrando tra le *ceterae res* (*et sunt ceterarum omnium*), avrebbe dovuto valere il termine di un anno (*quarum annuus est usus*), ma che per interpretazione analogica (*quod in re pari valet, valeat in hac quae par est*) era stato esteso ad esse il termine di un biennio stabilito per il *fundus* (*ut, quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium*); v. anche *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 54 s., e *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 868 s. e ntt. 12 e 13.

<sup>31</sup> V. ancora *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 55 e nt. 10, e 56.

attesta fedelmente che la disposizione delle XII Tavole era relativa (*iussit*) alle *ceterae res* (*ceteras vero anno*); e ribadisce il riferimento alle *ceterae res*, ricordando che tra queste rientrava l'*hereditas* (*hereditas in ceteris rebus videbatur esse*), spiegando ulteriormente che vi rientrava perché non è *res soli*, e non è neppure *res corporalis*.<sup>32</sup>

10. Tra le 'entità' rientranti tra le *ceterae res*, che potevano essere acquistate in un anno mediante *usus*, vi era l'*hereditas*.

Successivamente, quando venne configurata l'*usucapio*,<sup>33</sup> si cercò (con grandi difficoltà) di inquadrare in essa l'acquisto dell'*hereditas*, costruendo una particolare *species usucapionis*, che venne chiamata *usucapio pro herede*.<sup>34</sup>

Ma questa *species usucapionis* presentava rispetto a tutte le altre applicazioni dell'*usucapio* anomalie gravissime,<sup>35</sup> tanto da essere considerata 'improba' e 'lucrativa', come ricorda Gaio (2.55: *tam improba...usucapio*; 2.56: *haec autem species...usucapionis etiam lucrativa vocatur*), perché correva a favore di chi sapeva che si trattava di cosa altrui (2.52: *ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam*) e faceva acquistare in un anno anche le *res soli* (2.54: *etiam...soli rerum annua constituta*).

E Gaio si sforza ripetutamente (e con spiegazioni diverse)<sup>36</sup> di ricercare la *ratio* di una tale anomala *usucapio* (2.54: *quare autem etiam, hoc casu, soli rerum annua constituta est usucapio, illa ratio est, quod...*; 2.55: *quare autem omnino tam improba...usucapio concessa sit, illa ratio est, quod...*).

In realtà erano innocultabili le difficoltà incontrate nell'inquadrare nel regime dell'*usucapio*, sia pure come *species* anomala, il meccanismo acquisitivo dell'antico *usus*, in virtù del quale chi 'utilizzava' continuativamente per un anno l'*hereditas*, che rientrava tra le *ceterae res*, acquistava il potere di *heres*,<sup>37</sup> e conseguentemente tutti i diritti che quel potere complessivo comportava, sia sui beni (mobili o immobili) che facevano parte dell'*hereditas*, sia ad esempio sui *sacra*,<sup>38</sup> mentre nell'*usucapio* la *possessio* delle *res hereditariae* portava soltanto all'acquisto di tali *res*.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> Sulla pertinenza di quest'ulteriore specificazione e sulla correttezza ed insospettabilità della duplice argomentazione e del susseguirsi di due *quia*, v. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 74 nt. 24; *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 880 nt. 52.

<sup>33</sup> È da ritenere in tarda età repubblicana, dato che già Cicerone conosceva l'*usucapio pro herede*: v. *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 891 (e nnt. 76 e 77).

<sup>34</sup> Gai 2.52: *quae species... usucapionis pro herede vocatur*. Sulla diversità tra l'*usus* acquisitivo del potere di *heres* e la (successiva) *usucapio pro herede*, v. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 69 ss.

<sup>35</sup> V. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 69 ss., 73 ss. e letteratura richiamata a nt. 26; *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 875 ss.

<sup>36</sup> Che hanno suscitato discussioni e anche critiche, v. *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 882 e nt. 55.

<sup>37</sup> Che nell'antico diritto si aveva l'acquisto del titolo e della *potestas* di *heres* è stato messo bene in evidenza da G. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli 1965, 6, 33, 175, 181, 187.

<sup>38</sup> V. *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 890 nt. 75.

<sup>39</sup> V. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 75.

11. Altra 'entità' compresa tra le *ceterae res*, come oggetto del meccanismo acquisitivo dell'*usus* regolato dalle XII Tavole fu la donna,<sup>40</sup> essendo stato l'*usus* uno dei tre antichi modi di costituzione della *manus* sulle donne, come ricordato da Gaio (1.110): *olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione*.<sup>41</sup>

Mentre si era riusciti, sia pure con le difficoltà che abbiamo viste, ad inquadrare nell'*usucapio* (come *species usucapionis* del tutto anomala) l'*usus* acquisitivo del potere di *heres*, dato che aveva ad oggetto l'*hereditas, res incorporalis* ma pur sempre *res*, l'*usus* acquisitivo del potere di *manus* non poteva assolutamente essere ricondotto nell'alveo dell'*usucapio*, perché qui oggetto era la donna, una persona, non una *res*.

Perciò Gaio, volendo ricordare questo ormai sparito modo di costituzione della *manus*, ci descrive l'antico meccanismo acquisitivo dell'*usus*:

Gai 1.111: *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat*.<sup>42</sup> *nam velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat.*

Rientrando la donna tra le *ceterae res*, l'effetto acquisitivo si produceva con il decorso di un anno, e precisamente, come dice Gaio, dopo la ininterrotta 'utilizzazione' (*usus*) della donna come moglie (*nupta*), in quanto essa *anno continuo nupta perseverabat*.

Dopo aver rilevato che la donna *usu* (quindi in forza dell'*usus*) *in manum conveniebat*, Gaio dice *velut annua possessione*; con questa cauta espressione il giurista non vuole certo dire che la donna era posseduta<sup>43</sup> (tra l'altro in 2.90 egli dice espressamente che le donne non erano possedute),<sup>44</sup> bensì che, per l'effetto acquisitivo dell'*usus*, era come se vi fosse stata una *possessio* durata un anno: *velut annua possessione usu capiebatur*.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> V. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 64 ss.

<sup>41</sup> Subito prima, alla fine di 1.109, per dire che la *conventio in manum* riguardava solo le donne, Gaio si era espresso al presente (*in manum autem feminae tantum conveniunt*); in 1.110, avendo menzionato l'*usus*, si esprime al passato (*in manum conveniebant*), e così pure in 1.111 (*usu in manu conveniebat*), alla fine del quale ricorda che questo modo di acquisto della *manus* era ormai sparito (*hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*); e si esprime al presente sia quando descrive la *confarreatio* (1.112: *farreo in manum conveniunt*) che quando descrive la *coemptio* (1.113: *coemptione vero in manum conveniunt*). In realtà la *confarreatio* era rimasta in vita stentatamente, solo perché i *flamines maiores* (*Dialis, Martialis, Quirinalis*) dovevano essere scelti tra nati da *nuptiae confarreae*, delle quali ai tempi di Tacito non vi era più la  *copia* di una volta, essendosi rarefatta la consuetudine della *confarreatio* (cfr. *ann.* 4.16.2: *patricios, confarreatis parentibus genitos, tres simul nominari, ex quibus unus legeretur, vetusto more; neque adesce, ut olim, eam copiam, omisa confarreandi adsuetudine, aut inter paucos retenta*); quella che invece era rimasta effettivamente in vita era la *coemptio*, alla quale (e al *coemptionator*) Gaio fa riferimento numerose volte. Sulla *confarreatio* e sulla *coemptio* v. il sintetico quadro delineato in *Nuovi profili istituzionali*<sup>6</sup>, cit., 452 s. (con richiamo a Tac., *ann.* 4.16.2), e 453 s.

<sup>42</sup> E' questa la lettura rispettosa dei dati offerti dal Veronese; sull'inammissibilità di un diverso tentativo di lettura v. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 66 nt. 17.

<sup>43</sup> V. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit., 66 s., ed anche *Nuovi profili istituzionali*<sup>6</sup>, cit., 450 nt. 2.

<sup>44</sup> Gai 2.90: *per eas vero personas, quas in manu... habemus, ... an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus*.

<sup>45</sup> Le parole *usu capiebatur* vanno, correttamente, lette staccate (v. *Il possesso*. I<sup>2</sup>, cit, 67).

E, a questa *conventio in manum viri* in forza dell'*usus*, conseguivano la *transitio in familiam viri* e l'ottenimento del *locum filiae* e dei relativi vantaggi.<sup>46</sup>

12. Tenendo presente quanto abbiamo man mano messo in evidenza, è possibile cercare di ricostruire le tappe dell'evoluzione storica.

La distinzione conosciuta dalle XII Tavole era tra *fundus* e *ceterae res*, espressione quest'ultima in cui *res* non aveva il significato di *res* in contrapposizione a *persona* che assunse dopo, quando venne anche elaborata (accanto ad altre) la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*; nelle *ceterae res* rientravano tutte (*omnes*) le 'entità' diverse dal *fundus*, quindi, oltre a quelle che poi vennero qualificate *res incorporales*, del tutto naturalmente anche le *personae*.

Pure nella disposizione *cum nexum faciet mancipiumque* di tab. 6.1, oggetto sia del *nexum facere* che del *mancipium facere* erano, come abbiamo visto,<sup>47</sup> *personae*.

E oggetto della *mancipatio*, successiva all'età decemvirale, furono anche *personae*. Va anzi rilevato<sup>48</sup> che Gaio descrive la *mancipatio* come modo di trasferimento della proprietà delle *res mancipi*, quindi avente ad oggetto *res*, ma fa questa descrizione nel primo commentario (dedicato al *ius quod ad personas pertinet*), in 1.119, inserito nei paragrafi (1.116 ss.) relativi a *mancipationes* di *personae* che, da parte di chi le aveva *in potestate* o *in manu*, venivano costituite *in mancipio*.

Dunque, anche dopo che dal *mancipium facere* decemvirale si passò al *mancipare* e alla *mancipatio*, nella prospettiva che si mantenne per secoli (ed è ancora rispecchiata da Gaio), oggetto della *mancipatio*, in primo luogo e normalmente ormai avente ad oggetto *res* (e comportante l'effetto del trasferimento della proprietà), continuarono pur sempre ad essere oggetto *personae* (per le quali l'effetto non era il trasferimento di proprietà, ma la costituzione *in mancipio*).

La preistoria e la protostoria della *mancipatio*, con il passaggio dal *mancipium facere* (avente ad oggetto, come il *nexum facere*, *personae*) al *mancipare*, aiutano a comprendere l'evoluzione successiva e la persistente presenza di *personae* come oggetto della *mancipatio*; ed aiutano a rendersi conto dell'origine tarda della distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi*.

Questa distinzione fu l'ultima tappa della lunga e articolata evoluzione storica.

13. Nella visuale classica, testimoniataci da Gaio, la qualifica di *res mancipi* si attagliava alle *res* quali beni economico-patrimoniali,<sup>49</sup> quindi *res corporales*, beni che venivano qualificati *res mancipi* perché se ne trasferiva la proprietà mediante *mancipatio*; Gai 2.22: *mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res dictae sunt*.<sup>50</sup>

Ma continuavano ad essere oggetto di *mancipatio*, e non traslativa di proprietà, le *servitutes praediorum rusticorum*, che all'interno della ormai affermatasi distinzione tra *res cor-*

<sup>46</sup> Gai 1.115b: ... *filiae loco incipit esse: nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci*; Gai 3.3: *uxor quoque, quae in manu eius qui moritur est, sua heres est, quia filiae loco est*.

<sup>47</sup> V. *supra*, § 7.

<sup>48</sup> V. quanto ho osservato in *Quasi pretii loco*, cit., 8 ss.

<sup>49</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>50</sup> Cfr. anche Tit. Ulp. 19.3: *mancipatio propria species alienationis est rerum mancipii*.

*porales* e *res incorporales*,<sup>51</sup> rientravano invece tra le *res incorporales*, costituendo un relitto storico, percepito da Gaio come una stranezza nel quadro dell’assetto complessivo da tempo consolidatosi.<sup>52</sup>

Altro relitto storico erano talune figure di *mancipatio*<sup>53</sup> che avevano ad oggetto non *res* ma ‘entità’ diverse, come la *mancipatio familiae*, avente ad oggetto la *familia* (Gai 2.104: *mancipat alicui dicis gratia familiam suam*),<sup>54</sup> e la *coemptio*, che era anch’essa una *mancipatio* (Gai 1.113: *coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem*), ed aveva ad oggetto la donna.

14. La distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* si basava invece sulla considerazione delle *res* quali beni economico-patrimoniali dei quali con la *mancipatio* si trasferiva la proprietà; del tutto estranea alla ‘Fruhgeschichte’ (preistoria e protostoria) della *mancipatio*, quando oggetto della *mancipatio* erano normalmente anche *res incorporales* e *personae*, e l’effetto non era (né per le une, né per le altre) il trasferimento di proprietà, tale distinzione poté profilarsi solo successivamente.

Essa sorse molto più tardi, in particolare dopo che, nell’ultima età repubblicana, venne configurata la ‘proprietà’, *proprietas* o *dominium*, e si affermò l’uso di *dominus* per indicare il proprietario; e come ha rilevato L. Capogrossi Colognesi, «sino a tutto il II secolo a.C. siamo ancora lontani dalla comparsa dei termini atti ad esprimere compiutamente l’astratta idea della signoria giuridica sulla cosa, della ‘proprietà’: *dominium* o *proprietas*».<sup>55</sup>

Solo dopo la progressiva diffusione, in particolare nel linguaggio giuridico, dell’uso di *dominus* per indicare tecnicamente il ‘proprietario’,<sup>56</sup> attestatoci a partire da Alfeno,<sup>57</sup> e infine dei termini *dominium* e *proprietas*, poi larghissimamente utilizzati (centinaia di volte) dai giuristi classici,<sup>58</sup> la *mancipatio* divenne (e rimase poi per secoli) modo di acquisto della proprietà delle *res Mancipi*, beni economico-patrimoniali ritenuti di maggior importanza e valore, distinti dalle *res nec Mancipi*.

In precedenza ogni possibile oggetto della solenne affermazione *meum esse aio* era stato oggetto di *mancipatio*, quindi (oltre che *res incorporales* quali le *servitutes praediorum rusticorum*) del

<sup>51</sup> Su questa distinzione v. *Ea quae iure consistunt*, in *Scritti in onore di Generoso Melillo*, II, Napoli 2009, 821 ss. (e letteratura richiamata a nt. 2); *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 892 s.; *Nuovi profili istituzionali*<sup>6</sup>, cit., 112 s.; essa presuppone, come ho rilevato, la distinzione di Cicerone (*top.* 5.26-27) *tra res quae sunt e res quae intelleguntur*, nella quale affondava le proprie radici.

<sup>52</sup> V. *supra*, § 4.

<sup>53</sup> Comunemente ritenute ‘applicazioni’ della normale *mancipatio*, ma che invece erano, come credo di aver dimostrato (*Quasi pretii loco*, cit., 21 s., 23 s.), figure strutturalmente diverse di *mancipatio*.

<sup>54</sup> Sintomaticamente Gaio aveva precisato che *familia* era da intendere nel senso di *patrimonium* (Gai 2.102: *si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, Mancipio dabat*).

<sup>55</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, v. ‘Proprietà (*dir. rom.*)’, in *Enc. dir.* 37, Milano 1988, 160 ss., v. 177; v. anche 186: «solo verso la metà dell’ultimo secolo a.C. infatti...appare finalmente nel linguaggio giuridico romano il termine *dominium*, e ancora più tardi *proprietas*».

<sup>56</sup> Del resto, come è ben noto, ancora nella *lex Aquilia*, quindi nel III secolo a.C. (per maggiori dettagli v. *Brevis dominus*, cit., 1848 e nt. 4), il proprietario era chiamato *erus* (D. 9.2.11.6, Ulp. 18 *ad ed.*: *legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino*).

<sup>57</sup> Cfr. VIR, v. ‘*dominus*’, II, 338 s.; la risalenza ad Alfeno è attestata da D. 8.3.30 (Paul. 4 *epitom. Alfeni dig.*).

<sup>58</sup> Cfr. VIR, II, v. ‘*dominium*’, 335-338 e VIR, IV, v. ‘*proprietas*’, 1256-1259.

tutto naturalmente anche *personae*, delle quali non si trasferiva il diritto di esclusiva spettanza (e di natura economico-patrimoniale) successivamente configurato come *proprietas* o *dominium*.

Anche nella *mancipatio*, come nella *vindicatio* dell'*agere sacramento in rem*,<sup>59</sup> il significato dell'affermazione *meum esse aio* era stato assai diverso; rifletteva l'idea semplice ed elementare del 'mio',<sup>60</sup> idea primordiale e indifferenziata, che accomunava con istintiva naturalezza ogni possibile oggetto (un fondo, un animale, un *filius*).<sup>61</sup>

15. Nell'ultima fase dell'evoluzione (rispecchiata da Gaio), la *mancipatio* di una persona sopravvisse per il caso particolare del *filius* mancipato *ex noxali causa* (Gai 1.140: *quem pater ex noxali causa mancipio dedit*) e quale modo di costituzione della situazione di persone *in mancipio*,<sup>62</sup> per le quali però questo avveniva *dicis gratia* e in via transitoria,<sup>63</sup> sicché le *mancipationes* fatte a tale scopo (diversamente da quelle fatte *ex noxali causa*) erano produttive di effetti per mera apparenza e non duraturi (Gai 1.141: *quos in mancipio habemus... ne diu quidem in eo iure detinentur... sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa manciparentur*).

Originariamente, invece, oggetto della *mancipatio* era ogni 'entità' di cui si poteva affermare il *meum esse*, la esclusiva spettanza corrispondente all'indifferenziata e unificante idea del 'mio', senza che rilevasse trattarsi di un bene economico-patrimoniale, per il quale quella spettanza venne poi tecnicamente configurata come *dominium* o *proprietas*, ovvero di un *filius*, per il quale essa venne poi configurata come *patria potestas*.

Erano indifferentemente oggetto di *mancipatio* sia quelle che (dopo l'affermarsi delle distinzioni tra *res mancipi* e *nec mancipi*, e tra *res corporales* e *incorporales*) vennero considerate *res* quali beni economico-patrimoniali (*res corporales*), sia quelle che vennero poi considerate *res incorporales* (come le *servitutes praediorum rusticorum*), sia persone, come i *fili*; solo dopo che la *mancipatio* divenne modo di trasferimento della proprietà furono avvertiti come oggetti dissonanti da questa funzione le *res incorporales* e le persone.

E quella che va soprattutto sottolineata è la naturale originaria ricomprensione delle *personae* tra gli oggetti di *mancipatio*.

<sup>59</sup> V. *supra*, nt. 5.

<sup>60</sup> Sull'idea del 'mio', fondamentale R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 103 ss.

<sup>61</sup> Come ho sinteticamente rilevato in *Nuovi profili istituzionali*<sup>6</sup>, cit., 279, l'affermazione *meum esse aio*, ricorrente nella sua risalente formulazione sia nella *mancipatio* che nella *vindicatio* dell'*agere sacramento in rem*, scolpiva la situazione di appartenenza, esprimendosi con semplicità e immediatezza nell'idea del 'mio'.

<sup>62</sup> Gai 1.138 ss.; v. anche *supra*, § 3.

<sup>63</sup> Quale passaggio obbligato per conseguire determinati effetti, in particolare l'*emancipatio* e l'*adoptio*; v. *Nuovi profili istituzionali*<sup>6</sup>, cit., 83, 211, 476 s. (con richiamo a Gai 1.132), 478 s. (con richiamo a Gai 1.134).

FRANCESCA TERRANOVA  
(Università di Palermo)

Nota minima sul comodato c.d. *ad pompam vel ostentationem*

ABSTRACT

On the basis of the exegesis of certain texts in the Justinian's Digest, namely 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*), 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*), 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*), 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*), the Author formulates some considerations on the *commodatum* so-called *ad pompam vel ostentationem*, pointing out that the applications related to that anomalous *commodatum* were more complex and not merely confined to the idea of exhibiting *id quod usu non consumitur* for 'pomp', *id est* (by doing) 'ostentation'. The basic idea of the Author is that Ulpian has specifically designated two terms, '*pompa vel ostentatio*', to refer to two different (but not opposing) application spheres, in an attempt to synthesis conceived by the jurist.

PAROLE CHIAVE

Comodato; *ad pompam vel ostentationem*; simulazione.



## NOTA MINIMA SUL COMODATO C.D. AD POMPAM VEL OSTENTATIONEM

1. Nell'ambito di una ricerca che abbiamo in corso sugli atti c.d. *dicis gratia* (o *causa*)<sup>1</sup> ci siamo imbattuti in un breve frammento,

D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*): *Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.*<sup>2</sup>

Prendendo le mosse dal suo studio abbiamo maturato alcune riflessioni sul problema del comodato di cose 'consumabili',<sup>3</sup> che qui sommessamente ci accingiamo ad esporre.

È risaputo che possono costituire idoneo oggetto di comodato solo le cose che, secondo la terminologia giuridica moderna, sono definite e 'inconsumabili' e 'infungibili', suscettibili, in ragione della propria «natura intrinseca», di essere utilizzate e restituite nella loro individualità,<sup>4</sup> richiedendo il contratto la restituzione delle *ipsae res commodatae*.<sup>5</sup> Non può

<sup>1</sup> Tale indagine ha prodotto già dei risultati: v. in proposito *Sul valore delle espressioni 'dicis gratia' e 'dicis causa' nel linguaggio dei giuristi*, in SDHI 81, 2015, spec. 263 ss.

<sup>2</sup> Sul frammento v. *infra*, § 3.

<sup>3</sup> Si è occupato del problema del c.d. comodato di denaro principalmente V. POLÁČEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *Labeo* 19, 1973, 165 ss., e, circa gli sviluppi dell'istituto in epoca postclassica, S.A. FUSCO, «*Pecuniam commodare*». *Aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel Vsec. d.C.*, Perugia 1980, *passim*, spec. 81 ss. [e, più di recente, Id., *L'evolversi della categoria del "credere" nell'Occidente visigoto: dal Codice Euriciano ad Isidoro di Siviglia*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI (a cura di), *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti - Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna 2012, 81 ss., con cenni a D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) e D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*) a p. 90], per il quale nei testi di età postclassica non si discute tanto di *commodatum pecuniae*, come se si trattasse di una fattispecie negoziale istituzionalizzata, bensì di *pecuniam commodare* inteso come comportamento negoziale. La prima espressione non ricorre, del resto, neppure nelle fonti di età classica; la seconda è attestata, invece, da quel che ci risulta, solo in D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) e, indirettamente, da quanto può evincersi dalla lettura di D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*). In D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) ci si riferisce in termini generici a un comodato che ha ad oggetto '*id quod usu consumitur*', ma non è mancato, tra gli studiosi, chi ha ipotizzato che Ulpiano avesse in mente proprio un comodato di denaro (sul punto v. *infra*, nt. 27).

<sup>4</sup> Così sul punto, per tutti, P.E. BENZA, *Sul concetto di cose fungibili nel diritto italiano*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, II, Napoli 1906, 355 s.

<sup>5</sup> Così in proposito D. 44.7.1.3 (Gai. 2 *aur.*): *Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur.*

essere dato, dunque, in comodato ciò che si consuma, vale a dire si distrugge o viene meno,<sup>6</sup> per effetto dell'uso. In proposito si legga, in particolare, un noto passo dei commentari *ad edictum* di Ulpiano tramandato in

D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Non potest commodari id quod usu consumitur...*<sup>7</sup>

Enunciata la regola, segue ciò che, stando al tenore letterale della proposizione, si configura come eccezione:

Ibid.: *... nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.*

Non ci risulta che, in letteratura, sia stata oggetto di dibattito la questione se tale porzione di testo sia stata interpolata dai compilatori giustiniani, in tutte o in alcune

<sup>6</sup> In tema v., tra i tanti, V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da P. BONFANTE*, I, Roma 1928, 73 s. Sulla valenza semantica del verbo *consumo* rinviamo, per tutti, a R. LEONHARD, v. '*Consumere*', in PWRE 4.1, Stuttgart 1901, 1145 s.

<sup>7</sup> Terminologia pressoché analoga si rinviene, in altra *sedes materiae*, in I. 2.4.2 ove ricorre l'espressione *res 'quae ipso usu consumuntur'* nonché nel titolo di D. 7.5 '*De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur*'. Nelle fonti sono impiegate anche ulteriori espressioni: *res 'quae usu tolluntur'* [v. D. 7.5.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*)], *res 'quae in abusu consistunt'* e *res 'quae in absumptione sunt'* [D. 7.5.5.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*)], *res 'quae sunt in abusu'* [D. 7.5.5.2 (Ulp. 18 *ad Sab.*)], v. in proposito anche D. 12.2.11.2 (Ulp. 22 *ad ed.*): *res 'in quibus usus fructus propter abusum constitui non potest'* e Tit. Ulp. 24.27: *res 'quae in abusu continentur'*, *res 'quae usu continentur'* (D. 7.5.7, Gai. 7 *ad ed. prov.*). Sull'utilizzo da parte dei giuristi (in particolare Ulpiano) di una non univoca terminologia e sulle riflessioni circa il problema se si possa configurare un tentativo di costruzione di una categoria giuridica di '*res quae in abusu consistunt*' già da parte dei giuristi romani di età classica rinviamo, per tutti, a G. CRIFÒ, *Due note sulle cose consumabili nel diritto romano*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, II, Torino 1968, 117 ss., che tuttavia non prende in esame D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*). In merito al principio enunciato nell'esordio del frammento non sembrano sussistere dubbi in letteratura circa la paternità ulpiana dello stesso. Quanto appena rilevato concerne anche la chiusa del brano in esame (v. *supra*, nel testo). Su D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) v. *praecipue*, sebbene per cenni, più o meno ampi, solitamente nell'ambito di altre questioni discusse, G.R. POTHIER, *Trattato dei contratti di beneficenza*, che citiamo da *Opere di G.R. Pothier contenenti i trattati del diritto francese*, II, Livorno 1842, 190 (cap. II, sez. II, art. II, n. 17); C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, (in AG 52, 1895), che citiamo da E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere di Contardo Ferrini*, III, Milano 1929, 122 s., 141; C. FADDA, *I contratti speciali (Corso di diritto romano)*, Napoli 1899, 150 s.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice Civile del regno d'Italia*, XIII, Milano 1906, 210 s.; G. CIOGNA, *Ancora sull'uso nel comodato*, in BIDR 19, 1907, 237 s.; A. ASCOLI, *Comodato di cosa consumabile*, in Riv. Dir. Civ. 11, 1919, 174 s.; F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano, con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano 1954, 126 s., 275 nt. 32 [cui corrisponde ID., *Comodato, contratto, responsabilità*, s.l. e s.d. (ma Milano 1986), 177, 339 nt. 32; dell'A. anche v. '*Comodato (diritto romano)*', in NNDI 3, Torino 1957, 688, col. II]; G. SCHERILLO, v. '*Comodato (diritto romano)*', in Enc. Dir. VII, Milano 1960, 981 col. II; V. POLÁČEK, *Comodato e furto*, cit., 165 s., 173 ss.; P. ZANNINI, v. '*Comodato nel diritto romano*', in Dig. Disc. Priv., sez. civ., III, Torino 1988, 32 col. I; P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche. IV. Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai moderni*, in [J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, Madrid 1994 e] in AUPA 43, 1995 (da cui citiamo), 307 s.; T. PALMIRSKI, *Some Remarks on D. 16,3,15 and D. 50,17,45pr.*, in RIDA LI, 2004, 198 nt. 2.

sue parti,<sup>8</sup> seppur qualche perplessità affiora, a nostro avviso, sia dal modo in cui l'intero frammento è congegnato, ponendosi per l'appunto una regola, subito mitigata (se non quasi contraddetta)<sup>9</sup> dalla chiusa '*nisi-accipiat*'<sup>10</sup> sia dall'utilizzo dei termini '*pompam vel ostentatio*', ove il riferimento alla '*ostentatio*' è suscettibile di essere interpretato, in via ipotetica, come un'aggiunta del tutto sovrabbondante dei redattori dei *Digesta*.<sup>11</sup> Si noti, peraltro, che tra gli studiosi che accennano a tale particolare comodato non è mancato chi vi fa riferimento adoperando soltanto i termini '*ad pompam*' e omettendo, dunque, la seconda parola dell'espressione, senza che però venga fornita alcuna spiegazione a sostegno della suddetta risoluzione.<sup>12</sup>

Ciò che, in effetti, sembrerebbe dedursi in letteratura, dal modo in cui è formulato il brano, è che Ulpiano si sia limitato a circoscrivere la fattispecie del comodato avente ad oggetto beni consumabili alla sola ipotesi in cui le *res* siano date in prestito allo scopo di farne bella mostra ('*nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat*'). Tale è, infatti, il senso con il quale la suddetta deroga, attraverso l'elaborazione dei giuristi medievali – non esente da dibattiti e approfondimenti non solo su un piano squisitamente giuridico, ma anche morale –,<sup>13</sup> è

<sup>8</sup> Fa eccezione, per quel che siamo riusciti ad appurare, A. ASCOLI, *Comodato di cosa consumabile*, cit., 174 s. Sul problema avremo modo di tornare *infra*, § 4.

<sup>9</sup> In tal senso si esprime V. POLÁČEK, *Comodato e furto*, cit., 166, 172.

<sup>10</sup> Tanto è vero ciò che non è mancato, in letteratura, chi ha sostenuto che, alla luce di quanto si legge in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*), «Non è giusto... determinare, come fanno molti, il concetto del comodato, dicendo che solo cose non fungibili possono costituirne oggetto». Così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIII, cit., 211 nt. 1, che sul punto segue l'orientamento già espresso da M. HENCKELIUS, *Disputatio Iuridica, De Commodato*, [Jena 1658], cap. III, *De objecto* e B.C.C. HOFACKER, *Principia iuris civilis romano-germanici*, III.1<sup>2</sup>, Tubingae 1803, § 1875, 125 s. In proposito v. inoltre C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, cit., 141: «Oggetto del comodato non sono che gli infungibili; o meglio quelle cose che non si consumano con l'uso pattuito e che, dopo questo, possono venire restituite nella loro originaria integrità». Invero sul punto è stato pure rilevato in letteratura (v., a titolo esemplificativo, F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, cit., 127; P. ZANNINI, v. '*Comodato nel diritto romano*', cit., 32 col. I, seguito da P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*. IV. *Il comodato*, cit., 307) che il *commodatum* c.d. *ad pompam vel ostentationem* non costituirebbe una vera e propria deroga al principio enunciato nella prima parte del suddetto frammento ('*Non potest commodari id quod usu consumitur*'), dato che nella fattispecie in esame le cose sono preposte ad un uso particolare – differente da quello al quale sono naturalmente destinate – che invero non comporta distruzione in senso economico delle stesse. Già nella letteratura più antica si legga, in tal senso, M. HENCKELIUS, *Disputatio Iuridica, De Commodato*, cit., cap. III: «Si autem res fungibilis commodatur, non ut fungibilis in hunc contractum venit, sed ut corpus sine consumptione, aut pompae vel ostentationis gratia, ad usum adhibendum...».

<sup>11</sup> Sulla questione torneremo *infra*, § 4.

<sup>12</sup> Così, ad esempio, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, La proprietà*, II.1, ristampa corretta della I edizione a cura di G. BONFANTE e di G. CRIFÒ con l'aggiunta degli indici delle fonti, Milano 1966, 110; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, 286. È vero anche, ad ogni modo, che non mancano studiosi che adoperano i soli termini '*ad ostentationem*', omettendo il primo sostantivo dell'espressione: v. in proposito G.R. POTHIER, *Trattato dei contratti di beneficenza*, cit., 190 col. I; C. FADDA, *I contratti speciali*, cit., 150 s.

<sup>13</sup> Sulle interpretazioni dei giuristi medievali circa la dibattuta (quantomeno nel diritto comune) figura contrattuale in esame si veda, per tutti, U. SANTARELLI, *Commodo utentis datum. Ricerche sul contratto di comodato nelle dottrine del diritto comune*, Milano 1972, 7 s., spec. 177 ss. (dell'A. anche v. '*Comodato nel*

pervenuta sino ai nostri giorni.<sup>14</sup> Un possibile esempio che suole ricorrere nelle trattazioni istituzionali è quello del prestito di monete d'oro o di anfore di vino pregiato adoperate con la mera finalità di adornare le sale di un banchetto per consentire al *dominus* comodatario di ostentare ricchezze che in verità non ha e il cui contenuto, stante l'uso concordato dalle parti (vale a dire, per l'appunto, *ad pompam vel ostentationem*), non può essere consumato dai commensali.<sup>15</sup> Invero, numerosi possono essere a tal proposito i possibili esempi di comodato di beni consumabili la cui finalità si limiti al mero far sfoggio di essi senza che ciò ne produca alcuna distruzione.

A destare la nostra curiosità per il *commodatum* c.d. *ad pompam vel ostentationem* non è stato, comunque, solo l'interesse per un'indagine, pur di per sé di un certo rilievo, volta a individuare i possibili casi che concretamente i *prudentes* hanno fatto rientrare al suo interno, quanto, primariamente e in via pregiudiziale rispetto a tale aspetto, l'opportunità, da un lato, di interrogarsi sull'esistenza della fattispecie in esame già nel diritto romano di età classica, dall'altro, di considerare in modo univoco l'accezione dei due sostantivi presenti nell'espressione '*ad pompam vel ostentationem*' – intendendo, pertanto, quest'ultima, in maniera più o meno palese, alla stregua di un'endiadi nella quale i suddetti vocaboli hanno pressoché medesimo significato. Ci sia consentito subito anticipare, a tal proposito, che è nostra opinione che i termini '*pompa vel ostentatio*' sono ben lungi dal potersi interpretare in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) come tra di essi interscambiabili, a onta dell'indicazione che in tal senso si rinviene, invece, nel *Thesaurus Linguae Latinae* e sebbene – il che è davvero quasi scontato precisare – debba riconoscersi una vicinanza semantica tra gli stessi.<sup>16</sup>

2. Per procedere, dunque, lungo il filone investigativo appena suggerito, occorre prendere in esame, nelle porzioni di testo che rilevano ai fini della nostra ricerca, un altro brano ulpiano, parecchio discusso (invero, su profili che non interessano precipuamente la nostra indagine), che già nella letteratura più antica è usualmente accostato a D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*).<sup>17</sup> Ci riferiamo a

*diritto medievale e moderno*, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., III, Torino 1988, 36 col. I).

<sup>14</sup> Sul *commodatum* '*ad pompam vel ostentationem*' nel diritto italiano odierno rinviamo, tra i tanti, a N. CIPRIANI, *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato. Il comodato*, Napoli 2005, 240 e alla bibliografia citata alla nt. 693; F. SCAGLIONE, *Il Codice Civile. Commentario, Artt. 1803-1812, Il comodato*, Milano 2011, 118; F. CIACCAFAVA, *Comodato* in R. RENDO, E. UTZERI, M. CONDELLO, V. CALVAGNO D'ACHILLE, F. CIACCAFAVA, *Contratti commerciali. Appalto, somministrazione, franchising, opera, subfornitura, comodato*, Milano 2013, 451 s.

<sup>15</sup> Si leggano in tal senso tra i tanti, ad esempio, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 547; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino 2014, 496.

<sup>16</sup> Cfr. *Thes. ling. Lat.* IX, v. '*ostentatio*', col. 1140, ll. 74-75: «*de gloriatiōe, iactatiōe, amplificatiōe, pompa* (syn. VLP. dig. 13, 6, 3, 6 MACR. Sat. 1, 11, 1 COD. Theod. 9, 17, 5, 1)». Si noti che tra le tre fonti, ivi nel *Thes. ling. Lat.* citate, sussiste una notevole differenza: solo in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) i termini '*pompa*' ed '*ostentatio*' sono messi in relazione mediante l'uso della disgiunzione inclusiva '*v e l*' (su cui anche *infra*, § 4 e ivi nt. 44), laddove nelle altre due tarde attestazioni dei due sostantivi si rinvencono piuttosto, rispettivamente, le espressioni '*pompa e t ostentatio*', '*n o n pompa ... n e c ostentatio*'.

<sup>17</sup> L'accostamento tra i due brani è già esplicitato in *scholia* 10 e 11 *ad B.* 23.1.18 (Pa), corrispondente a

D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*): *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi: sed in utroque casu consumptis nummis condictio sine doli exceptione locus erit.*<sup>18</sup>

Si noti anzitutto che a venire in rilievo nel testo appena riportato non è la presunta esistenza di un comodato di beni consumabili non altrimenti precisato, come in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*), bensì è piuttosto, nello specifico, quanto per eccellenza è reputato ‘consumabile’ nella misura in cui con la sua spendita se ne esaurisce anche la relativa funzione, vale a dire il denaro. Inoltre, in D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*) si rinvencono i termini ‘*ostendendi gratia*’. Ora, quest’ultima espressione viene, per lo più comunemente e in modo, più o meno, latente, intesa dagli studiosi – proprio alla luce della ricorrenza in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) del sostantivo ‘*ostentatio*’ – nel senso di ‘*ostentandi gratia*’,<sup>19</sup> ed è talora esplicitamente considerata come avente medesimo valore semantico della locuzione ‘*ad pompam vel ostentationem*’.<sup>20</sup>

Tuttavia, alquanto sbrigativa ci sembra tale conclusione interpretativa. A ben vedere, infatti, la fattispecie alla quale si fa cenno in D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*) sembra avere contenuto più ampio rispetto a quella della quale si discute in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*), dato che il verbo ‘*ostendere*’ può avere un significato più generico, quello di ‘mostrare’,<sup>21</sup> non esclusivamente riconducibile all’idea di far sfoggio di un bene.

D. 12.1.18.1, Ulp. 7 *disp.*: Κάρην τοῦ ἐπιδειξάει ἤτοι προθεῖναι... Οὕτω νόει τὸ ἐν χρήσει καὶ ἐν τῷ α'. κεφ. (BS. 1541/4-6); Ζήτει βιβ. γ'. τιτ. α'. κεφ. γ'. θεμ. τελευτ. καὶ κεφ. δ'. (BS. 1541/7).

<sup>18</sup> Circa i sospetti di interpolazione del frammento ulpiano – che riguardano, ad ogni modo, soprattutto D. 12.1.18 pr. (Ulp. 7 *disp.*) – fugati per lo più dalla letteratura più recente, rinviando a C.A. CANNATA, *Iul. D. 41,1,36: una «interpolazione occasionale»*, che citiamo da L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 23 ss. e alla letteratura dallo studioso citata a p. 25 nt. 6; per ulteriore bibliografia v. anche S. LONGO, *Alle radici dell'usufrutto di res quae usu consumuntur*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano 2007, 512 nt. 82. Ad ogni modo, anche presso gli studiosi che ne contestano la genuinità, il testo, o quanto meno l’idea ad esso sottesa (seguendo la quale «la *datio* è insufficiente a far sorgere un negozio se non c’è accordo circa la causa»), non pone dubbi circa la sua autenticità: v. in tal senso, per tutti, C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 282 ss.

<sup>19</sup> Nella letteratura più antica, emenda ‘*ostendendi*’ con ‘*ostentandi*’, esplicitamente, G. HALOANDER (ed.), *Digestorum seu pandectarum iuris civilis libri quinquaginta*, pars III, Parisiis 1552, 316 s. Si leggano anche G.C. GEBÄUER, G.A. SPANGENBERG (edd.), *Corpus Iuris Civilis, codicibus veteribus manuscriptis*, I, Göttingae 1776, 217 col. I, nt. 90, dove si rileva che «*Ostendendi rectum est. Nam et id sumitur pro ostentare*» e A. SCHULTING, *Noiae ad Digesta seu Pandectas, edidit atque animadversiones suas adjecit* N. SMALLENBURG, t. III, Lugduni Batavorum 1820, lib. XII, tit. I Dig., L. XVIII, § 1, Sed in utroque casu, consumtis nummis etc., nt. 1, p. 21. Implicitamente in tal senso sembrerebbe essersi già espresso Accursius, gl. *ostendendi* a D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*): «*ostendendi vt diues appareat*». Tuttavia tale glossa va letta, a nostro avviso, in connessione con la gl. *Saepe. Ditis* a D. 13.6.4, sulla quale v. *infra* nt. 28.

<sup>20</sup> Così, in particolare, C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 286.

<sup>21</sup> Si leggano almeno, tra i dizionari etimologici, A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*<sup>4</sup>, Paris 1959, v. ‘*ostendo*’, 470 col. II, 471 col. I; A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*<sup>4</sup>, II, Heidelberg 1965, v. ‘*ostendo*’, 227. Rimandiamo inoltre al Thes. ling. Lat. IX.2, v. ‘*ostendo*’, coll. 1120 ss., spec. col. 1127.15-34.

Quanto si legge in D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*) potrebbe dunque fondatamente portarci a considerare diversamente il senso della deroga all'adagio '*Non potest commodari id quod usu consumitur*', tramandata dai compilatori in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*). Emerge, infatti, che la fattispecie ivi descritta non si configura come l'unica possibile eccezione al suddetto principio, dato che a ben vedere essa può rientrare, in via ipotetica, in una più vasta tipologia di comodato avente ad oggetto *res, quae ipso usu consumuntur 'ostendendi gratia'*, al mero scopo di essere mostrate per molteplici ragioni, probabilmente di volta in volta individuate dalle parti,<sup>22</sup> ma non necessariamente tutte riconducibili alla *pompa (vel ostentatio)* delle *res commodatae*, quanto meno se si accetta l'interpretazione che è stata data comunemente dei suddetti termini.<sup>23</sup>

Ora, se ammettiamo ciò, come andrebbe intesa la figura «anomala»<sup>24</sup> di comodato cui fa cenno Ulpiano in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*): come un esempio non onnicomprensivo ed esaustivo rispetto ai casi particolari delle prassi riconducibili al suo interno? E perché, se la casistica era più multiforme e variegata – il che può, a nostro avviso, desumersi in modo inequivoco già dal solo confronto con D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*) –, Ulpiano non ha impiegato nel frammento in esame l'espressione già altrove utilizzata, '*ostendendi gratia*', e ha ritenuto, piuttosto, opportuno specificare, quasi con un esempio ('*nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat*?'), il contenuto della deroga al principio ricordato in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*)?

3. Le domande emerse dal confronto tra i due luoghi ulpianeî oggetto di disamina trovano ulteriori ragioni a conferma della loro fondatezza in quanto si legge in D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*), riportato in apertura di queste pagine, che qui adesso, nuovamente, trascriviamo:

*Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.*<sup>25</sup>

Dall'esordio del frammento si evince che i compilatori giustinianeî ravvisavano dei profili di similarità tra la fattispecie descritta in tale luogo gaiano e quella riferita nel testo ulpiano in esame, come si deduce dalla costruzione prolettica dell'esordio del brano: '*Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae...*'.

Tuttavia, è opportuno rilevare che, alla stessa stregua di quanto è emerso riguardo alla fattispecie di comodato cui si fa cenno in D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*), dal dettato – seppur

<sup>22</sup> In proposito si legga V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli 1994 (rist. 2006), 314, che estende i possibili esempi di tale forma particolare di comodato ad «altre ipotesi» che «si possono configurare, come quella di chi si faccia prestare derrate a scopo di studio o monete per prenderne conoscenza esatta onde evitare le falsificazioni».

<sup>23</sup> Sul punto torneremo *infra*, § 4.

<sup>24</sup> Mutuiamo tale qualifica da U. SANTARELLI, *Commodo utentis datum*, cit., 8. Sul punto, tra i tanti, v. anche C. FADDA, *I contratti speciali*, cit., 151 che qualifica tale comodato «anormale».

<sup>25</sup> Sul frammento, oltre alla letteratura *supra* riferita alla nt. 7, rinviamo anche a A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I. *Geschichte des Kaufes im roemischen Recht*, Erlangen 1876, 182 s. nt. 2; E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in ZSS 27, 1906, 308; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I. *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig 1908, 263 nt. 21; G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova 1938, 87 nt. 1; N. DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation en droit romain*, Paris 1970, 109.

scarno e in ragione di ciò non facilmente intellegibile<sup>26</sup> – di D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) sembra emergere, con una certa evidenza, che non ogni comodato di beni consumabili (nel caso di specie, ancora una volta, *pecunia*)<sup>27</sup> che compporti un uso non consuntivo degli stessi può ridursi, *prima facie*, alla fattispecie del *commodatum* c.d. *ad pompam vel ostentationem*.

Infatti, prescindendo in questa sede dal possibile valore da attribuire all'espressione '*dicis gratia*', la presenza di alcuni termini propri del linguaggio tecnico, come '*intercedo*' e '*numerationis loco*', rende ragionevole l'ipotesi che il tipo di comodato descritto in D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) non prevedesse un utilizzo del denaro al solo scopo di fare bella figura mettendolo in mostra. Piuttosto, siamo dinanzi a una fattispecie in cui il denaro dato in comodato tiene luogo di pagamento ('*ut dicis gratia numerationis loco intercedant*'). Si può prospettare, dunque, una situazione giuridica nella quale la *pecunia* è *commodata* per essere adoperata, in via strumentale, in vista del compimento di un altro atto o per realizzare ulteriori effetti giuridici.<sup>28</sup>

In un precedente contributo ci siamo già espressi a favore dell'ipotesi che la *pecunia commodata* cui si fa cenno in D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) potesse essere impiegata per estinguere un'obbligazione e che l'impiego dei termini '*numerationis loco*' lascerebbe

<sup>26</sup> A tal proposito V. POLÁČEK, *Comodato e furto*, cit., 172, rileva che è «strano» che Gaio accenni nei suoi libri *de verborum obligationibus* al comodato di denaro, «benché il comodato non fosse di questo genere di obbligazioni». La brevità del testo non consente di ricostruire l'intero contesto espositivo da quale il brano è stato estrapolato. Per di più nel Digesto sono stati tramandati solo dodici frammenti escerpiti da tale opera gaiana. È solo in via del tutto congetturale e con un largo margine di approssimazione che si può suggerire una ricostruzione palinogenetica degli stessi. V. in proposito O. LENEL, *Palinogenia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, coll. 261-266, il quale formula la seguente ipotesi circa D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*): «*Videntur haec pertinere ad nexi liberationem, quae forsitan sicut in causa iudicati, ita in causa depensi recepta erat*» (col. 262, n. 511, nt. 2).

<sup>27</sup> Non ci sembra un caso che anche in D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) – come abbiamo già avuto modo di rilevare per D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*) e avremo modo di notare anche riguardo a D. 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*) – le *res commodatae* sono somme di denaro, il che potrebbe portarci a suggerire, con una certa verosimiglianza, che si trattasse dell'ipotesi forse più comune e alla quale si ricorresse con maggiore frequenza. In letteratura, vi è stato peraltro chi ha dato per scontato che, malgrado la terminologia impiegata in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) – '*id quod usu consumitur*' –, Ulpiano si riferisse in quel luogo ad un comodato di denaro. Così, per tutti, F. PASTORI, v. '*Comodato (diritto romano)*', cit., 688 col. II. Si noti, del resto, che anche in sch. 19 *ad B.* 13.1.3 (Ca) e in sch. 8 *ad B.* 13.1.3 (P), BS. 605/30 e 627/19 (per il cui testo v. *infra*, nt. 41), nell'esempio di tale tipo di comodato ivi addotto, l'oggetto è ancora una volta il denaro (*νόμισματα*).

<sup>28</sup> Invero sul punto si possono prospettare ulteriori applicazioni di tale tipo di comodato, che non escludono tuttavia la plausibilità della congettura da noi suggerita nel testo (sulla quale v. anche la bibliografia *infra* citata, nnt. 29 e 31). Ad esempio, nella *Magna Glossa*, l'ipotesi suggerita da Accursius, gl. *Ditis* (termine che, per inciso, si rinviene nella *Littera Bononiensis* in luogo di *dicis*, tramandato invece nella *Littera Florentina*) ad l. *Saepe* a D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) era la seguente: «quasi dicat intercedunt pecuniae gratia ditis, idest divitis apparituri: est enim syncopatum loco numerationis faciendae creditori. ac si dicat, debitor plurium accepit pecuniam ut dives appareat, et sui creditores non sint acerbi, quasi cito possit eis solvi», accolta e ulteriormente sviluppata dai successivi interpreti medievali. Rinviamo, sul punto, alla letteratura citata e discussa da U. SANTARELLI, *Commodo utentis datum*, cit., 177 ss., cui adde G.R. POTHIER, *Trattato dei contratti di beneficenza*, cit., 190 (seguito da C. FADDA, *I contratti speciali*, cit., 151), che adduce come esempio di *pecunia commodata* «ut ostendantur» quello dei «cassieri infedeli, che avendo dato ad usura il danaro della loro cassa, prendono a prestito dai loro amici de' sacchi di danaro, allorchè sanno che si dee venire a visitar la loro cassa, onde farla comparir piena, e li restituiscono *in individuo*, appena fatta la visita».

propendere per un adempimento fittizio della stessa: il denaro è dato in comodato ‘affinché figuri per la forma alla stregua di un pagamento in contanti’.<sup>29</sup> Non è senza valore, peraltro, che a una *solutio* abbiano pensato già i giuristi di età bizantina che in B. 13.1.4 rendono D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) nel seguente modo:

Γάϊος. Κιχρώνται χρήματα ἐπὶ τῷ προχωρηῆσαι ἐν τάξει καταβολῆς (BT. 712/5-6).<sup>30</sup>

Anche non volendo concordare con l’ipotesi che tutto ciò si realizzasse mediante il ricorso a una *solutio per aes et libram*, impiegata per l’appunto per la remissione di un debito, può comunque addursi un altro brano tratto dai *Digesta Iustiniani*, che in alcuni scoli a B. 13.1.4 viene esplicitamente accostato a D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) e per lo più considerato, dalla letteratura successiva in tema di comodato, quasi alla stregua di una sua possibile applicazione.<sup>31</sup> Gli scolii in questione, che riportiamo sia nella versione tramandata nel *Cod. Gr. Coislianus* 152 sia in quella rinvenibile nel *Cod. Parisinus Gr.* 1352 sono

sch. 2 *ad* B. 13.1.4 (Ca): Τοῦ Ἀνωνύμου. Ἀμέλει ὁ χρεωστῶν ρ’. νομίσματα καλῶς δίδωσι δέλια δέκα,<sup>32</sup> ἀναλαμβάνων αὐτὰ ἀπὸ τοῦ δανειστοῦ, καὶ ἐλευθεροῦται τοῦ χρέους τῶν ρ’. νομισμάτων ὡς βιβ. μγ’. (46) τιτ. γ’. διγ. ξξ’ (BS. 606/10-12);

sch. 2 *ad* B. 13.1.4 (P): Εἰκονικῆς, οὐ μὴν ἀληθοῦς. Οἶον ἔχρησά σοι ἰ’. νομίσματα, ἵνα μοι καταβάλῃς αὐτά. Ζῆπει βιβ. κς’. τιτ. ε’. κεφ. ξξ’., οὐ ἢ ἀρχῆ· ἐὰν χρεωστῶ σοι δύο δούλους (BS. 628/10-12).<sup>33</sup>

Il brano escerpito dai *Digesta Iustiniani* cui fanno riferimento è

D. 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*): *Si quis duos homines promiserit et Stichum solverit, poterit*

<sup>29</sup> Ci sia consentito rinviare sul punto al nostro contributo *Sul valore delle espressioni ‘dicas gratia’ e ‘dicas causa’*, cit., 294 ss. e alla letteratura ivi citata, in particolare alle ntt. 91-93 *cui adde* anche F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIII, cit., 211, che adduce come esempio di fattispecie riconducibile a quanto può leggersi in D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*), il «caso, che il creditore per liberare interamente il suo debitore, a cui ha rimesso il debito, gli abbia prestato il denaro perchè con quello in presenza di testimoni gli faccia il pagamento». Ulteriore bibliografia è *infra* richiamata alla nt. 31. Sul punto v. anche quanto ipotizzato da Lenel nella sua *Palingenesia Iuris Civilis* (da noi più sopra riferito alla nt. 26).

<sup>30</sup> Di un certo rilievo sono altresì gli scolii a B. 13.1.4, riportati, nel prosieguo del testo, in questo stesso paragrafo e alla nt. 38.

<sup>31</sup> Così, in particolare, C. FADDA, *I contratti speciali*, cit., 151; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIII, cit., 211; P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*. IV. *Il comodato nella storia dell’esperienza giuridica*, cit., 307 nt. 89.

<sup>32</sup> ‘*Dicas gratia*’ in luogo di ‘δέλια δέκα’ secondo la restituzione di Heimbach (II, 5): Τοῦ Ἀνων. Ἀμέλει ὁ χρεωστῶν ρ’. νομίσματα καλῶς δίδωσι dicas gratia, ἀναλαμβάνων αὐτὰ ἀπὸ τοῦ δανειστοῦ, καὶ ἐλευθεροῦται τοῦ χρέους τῶν ρ’. καὶ βιβ. μγ’. τιτ. γ’. διγ. ξξ’. (Heimb. : *Anonymi. Certe qui centum nummos debet, eos recte dicas gratia solvit, recepturus eos a creditore, et debito liberatur*). Ci sia consentito rinviare alle considerazioni già svolte sul punto in *Sul valore delle espressioni ‘dicas gratia’ e ‘dicas causa’*, cit., 296 s. nt. 94.

<sup>33</sup> Anche in sch. 1 *ad* B. 13.1.4 (v. *infra* in questo paragrafo e alla nt. 38) viene ripreso e rielaborato il contenuto di D. 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*), *supra* nel testo da noi trascritto.

*eiusdem Stichi dominium postea consecutus dando liberari. in nummis minor vel prope nulla dubitatio est: nam et apud Alfenum Servius eum, qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet, respondit posse saepius aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere: veluti, si centum debitorem decem acceptis liberare creditor velit, ut, cum decem acceperit, eadem ei retro reddat, mox ab eo accipiat ac novissime retineat: etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur, quod non possit videri is qui ita accipit, ut ei a quo accipit retro reddat, solvisse potius quam decessisse.*<sup>34</sup>

La situazione giuridica che rileva ai fini della nostra indagine è descritta nella seconda parte del frammento: un creditore ha ricevuto dal suo debitore una somma inferiore a quella dovutagli e vuole liberarlo per il resto, a seguito di accordo informale intercorso tra i due soggetti. La soluzione, che Marcello rinveniva nei *libri digestorum* di Alfenio Varo, il quale a sua volta la attribuiva al suo maestro, Servio Sulpicio Rufo, non sembrerebbe esente da dubbi, come si evince dalla precisazione formulata all'inizio del periodo (*'in nummis minor vel prope nulla dubitatio est'*)<sup>35</sup> e ulteriormente esplicitata nel prosieguo del brano (*'etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur'*).<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Del frammento si sono occupati, insieme agli Autori citati più sopra alla nt. 31, precipuamente e senza alcuna pretesa di completezza, E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, cit., 333; F. VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in (Studi Senesi 26, 1909 =) *Studi giuridici*, III.1, *Studi di diritto romano (1906-1921)*, Milano 1960, 168 s. [dell'A. v. anche *Miscellanea critica di diritto romano (fascicolo III). Nuove osservazioni sulle obbligazioni alternative e generiche*, in *Studi giuridici*, III.1, cit., 480 s.]; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, I, Palermo 1936, 311; R. REGGI, *Note anonime ai Digesta di Marcello*, in *Studi Parmensi* IV, 1954, 58 s.; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 208 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni, Contenuto e requisiti della prestazione, Obbligazioni alternative e generiche*<sup>3</sup>, Torino 1966, 237 ss. (dell'A. v. anche, per cenni, *Note in tema di obbligazione generica*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino 1960, 955 ss.); R. KNÜTEL, «*In obligatione generis quid est in obligatione?*», in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano 1983, 353 ss., spec. 368 ss., con bibl. ivi citata alla nt. 62; O. BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index* 12, 1983-1984, 207 e nt. 113; D. DAUBE, *Fraud No. 3*, in N. MACCORMICK, P. BIRKS (a cura di), *The Legal Mind, Essays for Tony Honoré*, Oxford 1986, 14; P. PINNA PARGAGLIA, *Per una interpretazione della lex Cornelia de edictis praetorum del 67 a.C.*, Sassari 1987, 133 ss., con ulteriore bibliografia citata alla nt. 178 cui rinviamo; P. BIRKS, *Ulpian Marcellus and an ancient mystery - part I: multiple transfer and threefold mancipation*, in *The Irish Jurist* 23, 1988, 99 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. – Prolegomena I –*, Trento 2010, 253 ss. Per la letteratura più antica rinviamo a E. LEVY, E. RABEL (a cura di), *Index Interpolationum*, III, Weimar 1935, col. 450. Circa il contesto espositivo dal quale il brano è stato escerpito, secondo O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, cit., col. 614, n. 157, nt. 1, «*Videntur haec spectare ad legatum per damnationem relictum*».

<sup>35</sup> Così, tra i tanti, G. GROSSO, *Obbligazioni*<sup>3</sup>, cit., 239, il quale rileva che il riferimento al fatto che *'in nummis minor vel prope nulla dubitatio est'* è indizio che per il caso esaminato dal giurista «si erano agitati dei dubbi».

<sup>36</sup> È opportuno, invero, ricordare che la porzione di testo *'etsi-decessisse'* – la quale non risulta di immediata comprensione, probabilmente anche perché il testo non si presenta coordinato grammaticalmente in tutte le sue parti – è stata sospettata, da più parti in letteratura, di non essere genuina (ancorché sia discusso se il supposto rimaneggiamento sia da imputare ai compilatori giustiniane). Alcuni studiosi dubitano, peraltro, anche della genuinità della porzione di testo precedente: *'veluti-retineat'*. Sulla questione v., da ultimo, M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 254 e nt. 176 con letteratura. Non privo di rilievo

Dalla lettura combinata di D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) e D. 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*) si può provare a suggerire una plausibile interpretazione dell'espedito descritto in quest'ultimo frammento. L'ipotesi è la seguente: il creditore che intendeva liberare il proprio debitore rinunciando a una parte del suo credito, per conseguire ciò, si faceva dare da quest'ultimo una cifra inferiore rispetto a quella dovuta che immediatamente gli riconsegnava – ed è in questo frangente che, in via ipotetica, si sarebbe potuto conseguire l'effetto voluto dalle parti facendo ricorso all'anomala fattispecie di comodato in esame<sup>37</sup> – affinché tali monete (dieci nummi in luogo di cento, cui era effettivamente tenuto il debitore, nell'esempio ivi addotto), per dirla con le parole di Gaio, '*dicis gratia numerationis loco intercedant*', tenessero luogo del pagamento, vale a dire venissero impiegate nel caso *de quo* ai fini della remissione del debito. Può ipotizzarsi dunque che, mediante l'uso di tale singolare strumento, il debitore pagasse e si vedesse successivamente restituiti i dieci nummi dal suo creditore, che nuovamente avrebbe poi utilizzato per l'ulteriore fittizio pagamento (di dieci nummi); nel ricevere la somma un'ultima volta, il creditore avrebbe infine dichiarato sciolto il debitore dal suo debito di cento nummi, dunque per l'intero.

Nella rielaborazione del contenuto di D. 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*) contenuta in un ulteriore scolio a B. 13.1.4 (corrispondente, come si è già ricordato, a D. 13.6.4, Gai. 1 *de verb. obl.*) può scorgersi tale proposta esegetica del frammento tratto dai *libri digestorum* di Marcello. Nel testo in questione, in aggiunta, si precisa che tale artificio messo in atto per attuare la remissione del debito, precedentemente concordata tra le parti, si svolgeva dinanzi a testimoni:

sch. 1 *ad B.* 13.1.4 (Ca): Οἷον ἐχρεώσῃ μοι νομίματα σ'. καὶ βουλομένου μου ταῦτα συγχωρῆσαι ἐπέτρεψά σοι χρήσασθαι παρά τινος χρήματα, καὶ ἐπὶ μαρτύρων δῆθεν ταῦτα καταβαλεῖν ἐμοὶ τῷ δανειστῇ, καὶ πάλιν ἤδη ταῦτα ἀναλαβεῖν καὶ ἀποδοῦναι τῷ χρήσαντι (BS. 606/6-9).<sup>38</sup>

Ammettiamo, dunque, che nel complesso meccanismo descritto in D. 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*) potesse trovare impiego una forma particolare di comodato avente ad oggetto '*quod usu consumitur*', e nello specifico denaro, è chiaro che anche in questo luogo verrebbe

ci sembra che nel corrispondente brano dei Basilici, 26.5.67 (BT. 1281/1-5), viene del tutto omessa una vasta porzione del frammento, quella che per l'appunto è, per lo più, considerata interpolata in letteratura ('*etsi-decessisse*'), ma è altresì parecchio sintetizzato anche il tratto '*veluti-retineat*': Ἐὰν χρεωστῶ σοι δύο δούλους. δύναμαι τὸν Πέτρον δεδωκώς σοι καὶ ἐπικτησάμενος αὐτὸν πάλιν δοῦναι σοι καὶ ὁ χρεωστῶν γάρ τινι ἑκατὸν νομίματα δύναται δέκα δοῦναι αὐτῷ καὶ ἀναλαβεῖν αὐτὰ καὶ πάλιν δοῦναι, καὶ τοῦτο δέκαθον ποῶν ἐλευθεροῦται τῆς ἐπὶ τοῖς ἑκατὸν ἐνοχῆς.

<sup>37</sup> Altri studiosi pensano, ad esempio, al mutuo o ancora al deposito. Per una sintesi delle possibili ipotesi rinviando, per tutti, a P. BIRKS, *Ulpianus Marcellus*, cit., 99 ss., il quale tuttavia scarta l'ipotesi del comodato (Id., *op. cit.*, 105 nt. 19).

<sup>38</sup> In proposito si legga anche sch. 1 *ad B.* 13.1.4 (P), che restituisce un testo del tutto differente rispetto a quello tramandato nel *Cod. Gr. Coislianus* 152: ἐπὶ τῷ προχωρῆσαι – Οἷον ἐχρεώσῃ μοι νομίματα σ'. καὶ βουλόμενος ταῦτα συγχωρῆσαι σοι ἐπέτρεψά σοι χρήσασθαι παρά τινος χρήματα καὶ ἐπὶ μαρτύρων δῆθεν αὐτὰ καταβαλεῖν μοι, καὶ πάλιν ταῦτα ἀναλαβεῖν καὶ ἀποδοῦναι τῷ χρήσαντι. Τοῦτο καὶ ἐπὶ προγαμμαίας δωρεῶς, ἣν πρὸ τῶν γάμων λαμβάνουσι· πάλιν ἐπιδίδοται τὰ δοθέντα λόγῳ προικὸς τῷ ἀνδρὶ (BS. 628/5-9).

in gioco una fattispecie che non si può ricomprendere all'interno del *commodatum* c.d. *ad pompam vel ostentationem*, almeno – ci preme, ancora una volta, sottolinearlo – se viene in considerazione l'accezione con la quale quest'ultimo suole essere comunemente inteso. Tanto è vero ciò che alcuni studiosi si servono di una differente terminologia nel riferirsi all'«anomalo» comodato di beni consumabili discutendo di esso in termini di «comodato *ad pompam* e comodato da servire per un pagamento»: <sup>39</sup> il primo delineato in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) e, alla luce dell'interpretazione dell'accezione del verbo '*ostendo*' più sopra riferita, in D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*); il secondo in D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) e in D. 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*), sulla scorta della esegesi appena suggerita del brano.

4. Alla luce delle osservazioni svolte sulle fonti appena esaminate, non ci resta adesso che tirare le fila del discorso sin qui condotto per provare a formulare qualche breve considerazione circa il valore dell'espressione '*ad pompam vel ostentationem*' ricorrente in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*).

Il confronto tra i testi presi in esame in queste pagine ci potrebbe portare, seguendo una prima ipotesi ricostruttiva, a concludere che Ulpiano si sia limitato a citare un esempio, non l'unico, di comodato di beni consumabili, destinati a un particolare uso concordato tra le parti che non comportasse distruzione in senso economico degli stessi. Se si accoglie tale ipotesi, si potrebbe anche arrivare a sostenere che solo nella sinossi che ne hanno fatto i compilatori giustinianeî la deroga al principio '*Non potest commodari id quod usu consumitur*' è stata posta come se si trattasse di un'unica eccezione, o presunta tale, atta ad esaurire l'intera fattispecie. Continuando su questa linea interpretativa, sarebbe altresì plausibile ipotizzare che più ampia sia stata la sfera di applicazione di tale particolare tipo di comodato, ragion per cui, mutuando le parole impiegate dallo stesso Ulpiano in D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*), è forse più opportuno riferirsi ad esso in termini di comodato '*ostendendi gratia*' piuttosto che di comodato '*ad pompam vel ostentationem*'.

Inoltre, quanto appena rilevato ci porta a prendere in considerazione un ulteriore corollario, già ventilato nell'esordio di queste pagine, che potrebbe farsi discendere da tale ipotesi. Il modo stesso nel quale è congegnato l'intero periodo che ha costituito oggetto di disamina, posto, quasi in modo netto, in termini di regola ed eccezione, potrebbe essere indizio di un intervento dei redattori giustinianeî ancora più incisivo. <sup>40</sup> Tale circostanza lascerebbe, infatti, aperto il campo alla congettura che la formulazione '*ad pompam vel ostentationem*' non sia genuina ma frutto, per l'appunto, del tentativo di compendio operato dai compilatori, che avrebbero coniato la suddetta locuzione sintetizzando un più ampio discorso di Ulpiano, presumibilmente più articolato, nel quale il giurista si sarebbe soffermato a declinare più esempi.

<sup>39</sup> Così C. FADDA, *I contratti speciali*, cit., 150 s. Si legga in proposito anche A. CORBINO, *Diritto privato romano, Contesti. Fondamenti. Discipline*<sup>3</sup>, Padova 2014, 355 s., che adduce come possibili esempi di tale tipo di comodato «la ostensione della cosa, il farne mostra come una dazione di denaro per consentire la simulazione di un pagamento» (v. anche ID., *op. cit.*, 654 s.).

<sup>40</sup> Diversamente da quanto da noi suggerito nel testo, secondo V. POLÁČEK, *Comodato e furto*, cit., spec. 172, il modo in cui Ulpiano si esprime in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) rivelerebbe che il giurista «accenna... alla sola possibilità eventuale di un *commodatum* di cose consumabili, pur escludendola nello stesso passo in linea di principio; Gaio segue la via contraria: in D. 13.6.4 egli parla *expressis verbis* del danaro dato *in commodatum*».

Tuttavia, contro tale convincimento, e a favore dell'autenticità della formulazione, depone la circostanza che sia l'intera espressione sia i due sostantivi, 'pompa' ed 'ostentatio', singolarmente considerati, ricorrono in quest'unico luogo dei *Digesta Iustiniani*.<sup>41</sup> Tale dato rappresenta, quindi, un ostacolo difficilmente superabile, al quale non si può non dare peso. Proviamo, pertanto, a prospettare una diversa proposta esegetica che tenga conto di quest'ultimo ineludibile rilievo.

Pur essendo ben consapevoli che ci muoviamo su di un piano meramente congetturale, non ci sembra del tutto irragionevole che si possa ammettere un impiego da parte del giurista della parola 'ostentatio'<sup>42</sup> in un'accezione tecnica differente dal valore con il quale all'interno dell'espressione ricorre il sostantivo 'pompa', sebbene i due termini siano semanticamente vicini.<sup>43</sup> Seguendo questa ipotesi ricostruttiva, il secondo sostantivo, 'ostentatio', sarebbe stato utilizzato da Ulpiano per alludere alla circostanza che le *res commodatae* fossero usate per porre in essere comportamenti e atti non riconducibili *sic et simpliciter* alla sfera che riguardava l'ostentazione della detenzione di un bene per mero vanto (nell'esempio di scuola poc'anzi ricordato il far sfoggio di beni – anfore di vino pregiato, denaro – in un banchetto al fine di esibire un'opulenza che in verità non si possiede), già ben qualificata mediante il riferimento al termine 'pompa'.

Con tutte le cautele imposte da simili tentativi di ricostruzione, è verosimile che con l'espressione 'ad ostentationem' il giurista intendesse riferirsi pur sempre a un comodato di beni consumabili, ma finalizzato a compiere un atto simulato, o comunque a porre in essere una 'finzione' giuridicamente rilevante. Che tale comodato avente ad oggetto beni consumabili fosse preposto alla realizzazione di finalità che non rientravano nella sola 'pompa' è comprovato – come abbiamo tentato di dimostrare in queste pagine – dalla combinata lettura di D. 13.6.4 (Gai. 1 *de verb. obl.*) e di D. 46.3.67 (Marc. 13 *dig.*). Quanto appena lumeggiato, peraltro, troverebbe un'ulteriore conferma nell'impiego da parte del giurista della disgiunzione inclusiva 'v e l', che pone in correlazione i due sostantivi senza che venga meno la distinzione tra le loro rispettive sfumature semantiche.<sup>44</sup>

Del resto, se muovessimo dall'idea che i due termini – 'pompa' ed 'ostentatio' – fossero considerati da Ulpiano quasi alla stregua di sinonimi, quali ragioni avrebbero indotto quest'ultimo a rafforzare in misura maggiore, con l'aggiunta del sostantivo 'ostentatio', l'idea del mero far sfoggio di un bene che già di per sé è in modo inequivoco ricompresa nella valenza semantica della parola 'pompa'?

<sup>41</sup> V. in tal senso VIR IV.1, v. 'ostentatio', col. 465; v. 'pompa', col. 864. Incidentalmente ci sembra opportuno altresì rilevare che i due termini, 'pompa' ed 'ostentatio', vengono resi con due diversi sostantivi anche nella trasposizione dei Basilici. Cfr. B. 13.1.3.6 (BT. 712/3-4): Τὸ τῆ χρήσει δαπανώμενον οὐ κυχράται, εἰ μὴ διὰ πομπῆν ἢ ἐπίδειξιν. In sch. 19 *ad* B. 13.1.3 (Ca) e in sch. 8 *ad* B. 13.1.3 (P), BS. 605/30-31 e 627/19-20 (che restituiscono il testo praticamente allo stesso modo), può ravvisarsi quasi un tentativo di spiegare la prima parola dell'espressione alla luce della seconda: Ἔσθ' ὅτε γὰρ καὶ νομίματα τινες πομπῆς γυνομένης προσφέρουσι πρὸς ἐπίδειξιν κτλ.

<sup>42</sup> V. in proposito, tra le possibili accezioni del sostantivo in esame, quella indicata nel Thes. ling. Lat. IX, v. 'ostentatio', col. 1141, ll. 69 ss., ove sono riferite alcune fonti letterarie nelle quali è stabilita una certa relazione semantica tra 'ostentatio' e 'simulatio'.

<sup>43</sup> Sul punto v. *supra*, nt. 16.

<sup>44</sup> Tra i dizionari etimologici, v. per tutti A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique*<sup>4</sup>, cit., v. 'uel', 717 col. II, 718 col. I.

Se si riconosce la plausibilità di tale ipotesi ricostruttiva, rispetto a D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 *disp.*), dove Ulpiano adopera la locuzione '*ostendendi gratia*', può scorgersi in D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) un tentativo da parte del giurista di fornire, in una *sedes materiae* più pertinente, una precisazione tecnica che forse mancava fino a quel momento in ambito giurisprudenziale, sì da specificare, e al contempo sintetizzare, le applicazioni esemplificative della stessa, più diffuse o, comunque, che egli riteneva probabilmente più significative.<sup>45</sup> Non ci sembra, tuttavia, che dal brano preso in esame possa dedursi che Ulpiano abbia voluto con l'impiego di tale espressione configurare una vera e propria «sottospecie» di comodato.<sup>46</sup>

In conclusione, crediamo plausibile che '*pompa vel ostentatio*' non fossero considerati da Ulpiano come termini tra di essi interscambiabili – come ormai avviene nella comune interpretazione che l'istituto ha ai nostri giorni, seguendo la quale la seconda parola è considerata come una ripetizione, specificazione o esplicitazione (dello scopo) della prima, che serve a rafforzare quello che si presume essere l'unico ed unitario significato dell'intera locuzione. Si tratta, piuttosto, di un'espressione appositamente coniata da Ulpiano nel tentativo di compendiare in una sintesi situazioni differenti (non in senso antitetico) – quali il mero far sfoggio di un bene e l'ostentazione della sua detenzione non fine a sé stessa, per mero vanto, ma preposta, a sua volta, ad altre finalità giuridiche, più o meno lecite (ad esempio, quella di consentire a un creditore di rimettere al suo debitore parte di quanto da quest'ultimo dovutogli o, ancora, quella di assicurare, oppure ingannare, i creditori circa la propria solvibilità).

Se si ritiene ragionevole il ragionamento fin qui condotto, si apre il campo a una casistica ben più ampia di fatti, condotte e atti strumentali, a loro volta, al compimento di altri atti, che possono sussumersi all'interno della fattispecie del *commodatum* c.d. *ad pompam vel ostentationem*. Invero, come sovente accade nel lavoro di ricerca, siamo dinanzi a un tassello di un mosaico ben più ampio. Infatti, le questioni messe in campo da tale 'anomalo' tipo di comodato rimandano inevitabilmente ad altri temi e problemi, che concernono lo studio degli atti *imaginarii*, degli atti c.d. *dicis gratia* (o *dicis causa*) e di complessi istituti e fenomeni, quali la fiducia, *lato sensu* intesa, e la simulazione nell'esperienza giuridica romana, che contiamo di affrontare nelle nostre prossime indagini.

<sup>45</sup> Che da D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) si possa argomentare a favore dell'orientamento di quanti sostengono che l'uso nel contratto di comodato debba essere specificamente determinato (rispetto, ad esempio, al modo, allo scopo o al tempo) non ci persuade proprio per l'ampiezza dei possibili impieghi di un bene consumabile, sussumibili, seguendo l'interpretazione da noi suggerita, nella locuzione '*ad pompam vel ostentationem*'. Rinviamo, inoltre, sul punto ai dubbi espressi da G. CICOGNA, *Ancora sull'uso nel comodato*, cit., 237 s.

<sup>46</sup> Né tanto meno ci sembra che si possa attribuire a Gaio la configurazione di una «sottospecie di comodato», avente ad oggetto beni consumabili, e in particolare denaro, non comodato '*ad pompam vel ostentationem*', bensì «dato "*in commodatum*" come mezzo materiale» con il quale realizzare, ad esempio, un banchetto (per tale ipotesi v. V. POLÁČEK, *Comodato e furto*, cit., spec. 165 ss., 172 ss.). È chiaro, infatti, che la *pecunia* è *commodata* «affinché il comodatario possa ostentarne la detenzione..., senza trarne alcun altro profitto» (citiamo da M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Torino 2011, 463), profitto che deriverebbe invece dalla *consumptio nummorum*. A nostro modo di vedere, dalla lettura di D. 13.6.3.6 (Ulp. 28 *ad ed.*) emerge di certo lo sforzo di Ulpiano di fornire una 'definizione' di ciò che avrebbe potuto costituire oggetto di comodato, sebbene quest'ultima non sia chiaramente da intendersi nella sua accezione dogmatica, familiare al giurista moderno ma del tutto estranea, com'è noto, alle modalità definitorie dei *iuris prudentes* romani.



MARIO VARVARO  
(Università di Palermo)

## Gai 4.21 e la presunta *manus iniectio ex lege Aquilia*

### ABSTRACT

In this paper the idea that the *legis actio per manus iniectioem* could be applied for the case of the so called *lex Aquilia de damno* is disputed. There are no valid reasons to reject Göschen's proposal to correct into '*aliqua*' the word '*aquila*' which ends the line 15 in the fol. 96 *uerso* of the palimpsest of Gaius' Institutes. On the contrary, a global evaluation of many aspects, both philological and juridical, leads to the conclusion that Göschen's reading of Gai 4.21 has to be accepted.

### PAROLE CHIAVE

*Gai Institutiones; legis actio per manus iniectioem; damnatio; lex Aquilia; litiscrescenza.*



## GAI 4.21 E LA PRESUNTA *MANUS INIECTIO EX LEGE AQUILIA*

SOMMARIO: 1. Il fondamento legislativo della *legis actio per manus iniectioem* alla luce dei significati di *legis actio* forniti da Gaio. 2. La presenza della parola ‘*aquila*’ nel testo di Gai 4.21 e la questione dell’esistenza di una *manus iniectio damnationis*. 3. Leggibilità della parola ‘*aquila*’ nella l. 15 del fol. 96<sup>u</sup> del codice veronese. 4. Considerazione del testo di Gai 4.21 in rapporto al contesto espositivo cui appartiene. 5. Impossibilità di sciogliere con ‘*uel*’ l’abbreviatura ‘*uū*’ scorta nella l. 16 del fol. 96<sup>u</sup> del codice veronese. 6. Valutazione dell’errore di copiatura riscontrabile nella l. 15 del fol. 96<sup>u</sup> in rapporto a quello riscontrabile nella l. 8 del fol. 46<sup>u</sup>. 7. Altri argomenti contrari all’ipotesi una *manus iniectio* esperibile in virtù della *damnatio ex lege Aquilia*.

1. L’esposizione dedicata alle *legis actiones* da Gaio nel quarto commentario delle sue Istituzioni comincia con la notizia che le antiche *legis actiones* erano chiamate in questo modo ‘*uel ideo, quod legibus proditae erant . . . , uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur*’.<sup>1</sup> In armonia con la prima di queste due spiegazioni, la trattazione dei singoli *modi agendi* si apre spesso indicando la legge che aveva istituito la *legis actio*;<sup>2</sup> mentre la seconda delle due spiegazioni deve essere stata suggerita al giurista classico dalla mancata conoscenza di una legge introduttiva dell’antichissima *legis actio sacramenti* (Gai 4.13), unitamente alla circostanza che alcune applicazioni della *legis actio per pignoris capionem* si fondavano sui *mores* anziché sulla legge (Gai 4.27).

È appunto dopo aver ricordato che la *legis actio per conductionem* era stata introdotta dalla legge Silia per la *certa pecunia* e da quella Calpurnia ‘*de omni certa re*’ che Gaio passa a ricordare che si agiva *per manus iniectioem* per una serie di ipotesi. Fra queste è indicata come applicazione paradigmatica quella prevista dalle Dodici Tavole contro il *iudicatus*<sup>3</sup> (*manus iniectio iudicati*),<sup>4</sup> in relazione alla quale egli riporta anche l’intero formulario pronunciato dall’attore:

<sup>1</sup> Gai 4.11: *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur* rell.

<sup>2</sup> Per esempio la *lex XII tabularum* per la *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* (Gai 4.17a), la *legis actio per manus iniectioem* contro il *iudicatus* (Gai 4.21) e alcune applicazioni della *legis actio per pignoris capionem* (Gai 4.28); la *lex Silia* e la *lex Calpurnia* per la *legis actio per conductionem* (Gai 4.19).

<sup>3</sup> In questo senso v. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 293.

<sup>4</sup> Al riguardo può pensarsi che, come per altre disposizioni decemvirali, anche quelle relative alla *manus iniectio iudicati* confermassero precedenti *mores*. La parola ‘*IUDICATI*’ presente nella parte finale del formu-

Gai 4.21: *Per manus iniunctionem aequae <de> his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege aliqua [ms.: Aquilia] cautum est, ueluti iudicati lege XII tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat QVOD TV MIHI IVDICATVS (siue DAMNATVS) ES SESTERTIVM X MILLIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius prehenderebat. rell.*<sup>5</sup>

Nel seguito del discorso (Gai 4.22-24) sono riferite ulteriori applicazioni di questo *modus agendi* pur in assenza di un *iudicatum*, tutte introdotte legislativamente in età successiva. In alcune di esse, come in quelle stabilite dalla *lex Publilia* o dalla *lex Furia de sponsu*,<sup>6</sup> occorre che l'attore menzionasse le parole 'PRO IVDICATO' in luogo della parola 'IUDICATI'<sup>7</sup> nella parte finale del formulario (*manus iniectio pro iudicato*), mentre in altre, come quelle introdotte dalla *lex Furia testamentaria* o dalla *lex Marcia*,<sup>8</sup> che prevedevano la possibilità di *manum sibi depellere et pro se lege agere* (*manus iniectio pura*), non era nemmeno necessario inserire queste parole.<sup>9</sup>

Tutti i casi menzionati nella trattazione gaiana della *manus iniectio*, dunque, erano accomunati dall'aver quel fondamento legislativo che il giurista aveva addotto come prima delle due possibili spiegazioni del sintagma *legis actio*.

2. Non deve stupire, pertanto, se alcuni studiosi hanno pensato di dover mantenere la

lario, che dà il nome a questa *manus iniectio*, va considerata genitivo di *iudicatum*, e non di *iudicatus*: v. A. MAGDELAÏN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, ora in *Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Rome 1990, 622.

La *manus iniectio iudicati* può ritenersi il prototipo della *legis actio per manus iniunctionem* (cfr., per tutti, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München 1996, 140). È difficilmente accettabile, infatti, il diverso convincimento secondo cui il modello più antico di tale *legis actio* sarebbe stato invece quello della *manus iniectio* cd. stragiudiziale, come ancora sostenuto sulla scia di Nicosia da J.M. RIBAS ALBA, *De la donación al contrato*, Madrid 2016, 53 ss., senza però considerare l'opinione secondo cui i casi di applicazione stragiudiziale della *manus iniectio* non integrano una vera e propria *legis actio per manus iniunctionem* (per cui v., da ultimo, M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 242, con bibliografia).

<sup>5</sup> Il testo è riferito nell'edizione di [P. KRÜGER, W. STUEDEMUND], *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum nouis curis auctum in usum scholarum ediderunt Paulus Krueger et Guilelmus Studemund*<sup>7</sup>, Berolini 1923, 161.

<sup>6</sup> Cfr. Gai 4.22: *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniunctionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset; et denique complures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt.*

<sup>7</sup> Cfr. Gai 4.24: *... cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa ex qua agebant ita inferebant OB EAM REM EGO TIBI PRO IVDICATO MANVM INICIO rell.*

<sup>8</sup> Cfr. Gai 4.23: *Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniunctionem, sed puram, id est non pro iudicato: ueluti lex <Furia> testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortisue causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniunctionem cum eis ageretur.*

<sup>9</sup> Cfr. Gai 4.24: *Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent, cum agebatur, <re> licebat manum sibi depellere et pro se lege agere. nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IVDICATO, sed nominata causa ex qua agebat ita dicebat OB EAM REM EGO TIBI MANVM INICIO rell.*

lezione '*lege Aq(ui)lia*' presente alla fine della linea 15 del fol. 96<sup>a</sup> del palinsesto veronese,<sup>10</sup> benché essa sia stata emendata da Göschen in '*lege aliqua*' già a partire dall'*editio princeps* delle Istituzioni di Gaio<sup>11</sup> e sia stata decisamente preferita in quasi tutte le edizioni successive.<sup>12</sup>

Del resto, il plebiscito Aquilio disponeva come sanzione a carico di chi avesse commesso un *damnum iniuria datum*, un 'DAMNAS ESTO'<sup>13</sup> (da considerarsi forma arcaica di 'DAMNATVS ESTO');<sup>14</sup> sicché è stato naturale ipotizzare che nello stesso provvedimento si prevedesse la diretta esecutività con *manus iniectio* dei vincoli nascenti dall'aver commesso tale illecito.

Un'idea del genere si inquadra, più in generale, nella cornice degli studi che, pur in assenza di testimonianze dirette nelle fonti, hanno ipotizzato che tale *modus agendi* fosse

<sup>10</sup> Cfr., per tutti, [W. 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*, Lipsiae 1874 (rist. Osnabrück 1965), 195.

<sup>11</sup> [J.F.L. GÖSCHEN,] *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, 264.

<sup>12</sup> Fra le tante edizioni possono vedersi [J.-B.-E. BOULET,] *Gaii institutionum commentarios IV in codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis nuper repertarum, edidit ac in linguam vulgarem transferre tentavit J.-B.-E. Boulet, causarum apud regalem appellationum curiam patronus*, Parisiis 1827, 336; [C.-A. PELLAT,] *Institutes de Gaius traduites et commentées par C.-A. Pellat*, I, Paris 1844, 348; [E. BÖCKING,] *Gaii Institutiones. Ad codicis Veronensis apographum emendavit et adnotavit Eduard Böcking*<sup>5</sup>, Lipsiae 1866, 195 (dopo alcune incertezze che lo avevano indotto a preferire la lezione '*Aquila*' nelle due edizioni precedenti); B.J. POLENAAR, *Syntagma institutionum novum*, Lugduni Batavorum 1876, 363; R. GNEIST, *Institutionum et regularum iuris Romani syntagma ... edidit et brevi annotatione instruxit Rudolphus Gneist u. i dr.*<sup>2</sup>, Lipsiae 1880, 254; [C. GIRAUD,] *Gaii institutionum commentarii quatuor post Studemundi et aliorum curas, ad usum scholarum, iterum pertractavit et edidit Car. Giraud antecessor*, Parisiis 1881, 106; J.T. ABDY, B. WALKER, *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*<sup>3</sup>, Cambridge 1885, 285; J.B. MISPOULET, *Manuel de textes de droit romain comprenant les Institutes de Justinien et de Gaius ainsi que tous les fragments des jurisconsultes qui nous sont parvenus en dehors du Digeste avec notices et l'indication des sources*, Paris 1889, 433; E. POSTE, E.A. WHITTUCK, *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius*<sup>4</sup>, Oxford 1904, 463; E. SECKEL, B. KÜBLER, *Iurisprudentiae antejustinianae reliquias in usum maxime academicum compositas a Ph. Eduardo Huschke*<sup>6</sup>, I, Lipsiae 1908, 339; P. KRÜGER, W. STUEMUND, *Gai Institutiones*<sup>7</sup>, cit., 161; P.C. BIZOUKIDES, *Gaius. Edidit Per. C. Bizoukides, I. Prolegomena. Institutiones*, Thessalonicae 1937, 180; P.F. GIRARD, F. SENN, *Textes de droit romain*<sup>6</sup>, Paris 1937, 326; F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius, I. Text with Critical Notes and Translation*, Oxford 1946, 240; [J. REINACH,] *Gaius. Institutes. Texte établi et traduit par Julien Reinach*, Paris 1950, 144; [M. DAVID,] *Gai Institutiones secundum codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas iterum edidit M. David. Editio minor*, [Leiden] 1964, 127; J. BAVIERA, *Fontes iuris Romani antejustiniani, II. Auctores*<sup>2</sup>, Florentiae 1968, 154; V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, *Breviarium iuris Romani*<sup>7</sup>, Milano 1989, 156; [U. MANTHE,] *Gaius. Institutiones. Die Institutionen des Gaius. Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe*, Darmstadt 2004, 332.

A favore della correzione proposta da Göschen, ma avversata da Hugo, si sono espressi anche F.A. SCHILLING, *Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte. Eine Kritik über Hugo's Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Leipzig 1829, 94; [A.A.F.] RUDORFF, *Ueber die Litisrescenz*, in ZGR 14, 1848, 393; A. PERNICE, *Bemerkungen zur lex Aquilia*, Weimar 1867, 16; J.A. CROOK, *Lex Aquilia*, in Athenaeum 62, 1984, 75 s. nt. 23.

<sup>13</sup> Cfr. D. 9.2.2 pr. (Gai. 7 ad ed. prou.); D. 9.2.27 5 (Ulp. 19 ad ed.); si leggano anche le corrispondenti espressioni '*damnetur*' e '*damnatur*' in Gai 3.210 e 3.218.

<sup>14</sup> Al riguardo v. gli autori citati in M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 55 s. nt. 168.

applicabile in forza di tutti gli atti contenenti una *damnatio*,<sup>15</sup> trovando un appiglio nelle parole ‘*iudicatus siue damnatus*’ presenti nella parte iniziale del formulario della *manus iniectio iudicati* riferito nelle Istituzioni veronesi.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Per tale idea, facente capo a Huschke e particolarmente sviluppata da Kaser, v. da ultimo M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 225 ss., con citazione e discussione della precedente letteratura.

<sup>16</sup> L'applicabilità della *legis actio per manus iniectioem* ai casi previsti dalla legge Aquilia è stata congetturata da [H.E.S. VON] SCHRADER, Rec. di *Gaii institutionum commentarii IV.*, in *Heidelberger Jahrbücher der Literatur* 16, Zweite Hälfte, 1823, 961 s.; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, I. *Legis Actiones*, Bonn 1864, 163; F.L. VON KELLER, A. WACH, *Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*<sup>6</sup>, Leipzig 1883, 100; N. NATALI, *La legge Aquilia ossia il damnum iniuria datum. Studio sul libro IX, tit. II del Digesto*, Roma 1896, 62 ss.; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*<sup>4</sup> (trad. ital. di C. Longo), Milano 1909, 425 nt. 3 e 1001 nt. 2, che però non ha preso posizione sulla questione se si trattasse di una *manus iniectio pro iudicato* oppure *pura*; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici editi per cura della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari* 4, 1912, 75 ss. (= *Rariora*, Roma 1946, 45 = *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 365); ID., *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli 1994 (rist. 2006), 114; J. PAOLI, *Lis infitiantio crescit in duplum*, Paris 1933, 95 ss., secondo cui la *lex Aquilia* avrebbe trasformato in *pura* la *manus iniectio*; M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, 132 s., per il quale sarebbe stato possibile agire con *manus iniectio* solamente nel caso di *confessio*, eventualmente dopo quantificazione a mezzo di *arbitrium liti(s) aestimandae* della somma per cui procedere; ID., *Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregreß*, in *ZSS, RA* 100, 1983, 114 s. e 134 s. nt. 199; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 133; F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II. *Commentary*, Oxford 1953, 191 e 246; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I. Le legis actiones*, Roma [1962], 152; ID., *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1990, 75, che la ipotizzava con estrema prudenza come applicazione della *manus iniectio pro iudicato*, pur dubitando della esistenza come autonoma categoria di una *manus iniectio cd. damnati*; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 50 s., che ha pensato a un caso di *manus iniectio pura*; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 626; R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli 1990, 48 ss., che addirittura ha scorto nella possibilità di agire con *manus iniectio* «il comune denominatore tra le altrimenti incomprensibilmente eterogenee fattispecie disciplinate dai tre capitoli della *lex Aquilia*»; G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*<sup>2</sup>, Torino 1998, 40 ss., che ha tentato di neutralizzare le possibili obiezioni contrarie ritenendo probabile l'applicazione della *manus iniectio* al *furtum manifestum* (applicazione che però darebbe luogo a notevoli perplessità, come rilevato in M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectioem in relazione al furtum manifestum*, in *AUPA* 51, 2006, 351 ss.); M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Palermo 2006, 66 nt. 21; G. POLARA, *Gai 4.9: alla radice del principio “adversus infitiantem in duplum agimus”*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano 2007, 257 s. nt. 135; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016, 200 s., secondo cui si sarebbe trattato di una *manus iniectio pura* (v. *infra*, § 7, nt. 50).

In senso contrario v. O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872, 198 s.; [PH.]E. HUSCHKE, *Die mulia und das sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen. Zugleich in ihrem grundlegenden Zusammenhange mit dem römischen Criminal- und Civil-Process dargestellt*, Leipzig 1874, 399 s. nt. 130, con mutamento di opinione rispetto a quanto sostenuto in precedenza; M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum bonum und jus gentium der Römer*, III. *Das strictum jus und aequum et bonum der Römer*, Leipzig 1875, 717 s. nt. 1168; L. MITTEIS, *Ueber das Nexum*, in *ZSS, RA* 22, 1901, 96 ss. (spec. 114 in riferimento alla diretta esecutività della *damnatio ex lege Aquilia*); M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS, RA* 25, 1904, 176 s.; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, 216 nt. 12; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, II. Le legis actiones*, Bologna 1948, 41 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 154 nt. 108; D. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas. Zur Bedeutungsgeschichte einiger*

Per rafforzare ulteriormente questo convincimento si è richiamata la circostanza che nel sistema del processo formulare l'*actio legis Aquiliae* era una di quelle in cui '*aduersus infiantem in duplum agimus*'. Come nelle tre altre azioni che prevedevano la cd. litiscrescenza nell'ambito del processo formulare (*actio iudicati*; *actio depensi* e *actio ex testamento* per l'inadempimento di legati *per damnationem* di un *certum*),<sup>17</sup> infatti, tale peculiarità andrebbe considerata come un residuo dell'antica *legis actio per manus iniectioem*.<sup>18</sup>

La questione dell'esistenza di un'autonoma *manus iniectio* basata su una *damnatio* (cd. *manus iniectio damnati*)<sup>19</sup> come quella prevista dalla *lex Aquilia*, tuttavia, pone una serie di interrogativi. Da un lato, infatti, occorrerebbe stabilire quale sarebbe stato il suo esatto ambito di applicazione;<sup>20</sup> in secondo luogo andrebbe stabilito di che tipo di *manus iniectio* si trattasse, e cioè se rientrasse nell'ambito di quella *pro iudicato* o, invece, di quella *pura*.<sup>21</sup>

In realtà, contro l'ipotesi che riconosce la possibilità di agire con *manus iniectio* nei casi di *damnatio* disposta dal plebiscito Aquilio stanno tutta una serie di considerazioni che valgono a escludere la possibilità di configurare una *manus iniectio damnationis*.<sup>22</sup>

Questa ultima idea, tuttavia, è stata ultimamente rinverdata con particolare riferimento alla *damnatio ex lege Aquilia* valorizzando specialmente la lezione del manoscritto veronese

*lateinischer Rechtswörter*, in ZSS, RA 85, 1968, 245 s.; C.A. CANNATA, *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana* (Atti del Convegno di diritto romano – Copanello 1990), Napoli 1992, 42 s.; ID., *Per una storia della scienza giuridica europea*, I. *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, 170 ss.; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la Lex Aquilia*, Padova 2005, 51 ss.; M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 249 ss. e 256 s.

<sup>17</sup> Gai 4.9; cfr. Gai 4.171; I. 3.27.7, da leggere insieme a PT 3.27.7; PS. 1.19.1, ove in coda alle quattro azioni indicate da Gaio si menziona anche l'*actio de modo agri*, facendo dubitare della classicità dell'elenco ivi riferito. Su tale questione nonché sulla natura tassativa o esemplificativa della elencazione gaiana può vedersi, da ultimo, M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 218 ss., con analisi della precedente letteratura in argomento.

All'*actio legis Aquiliae in duplum* si accenna anche in D. 9.2.2.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 9.2.23.10 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 9.3.1.4 (Ulp. 23 *ad ed.*); I. 4.6.19 e 23; C. 3.35.4 (a. 293) e 5 (a. 293).

<sup>18</sup> Per un primo dubbio sull'effettivo valore di questo elemento per ricavarne comunque una possibile applicazione originaria della *legis actio per manus iniectioem*, tuttavia, v. già W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der legis actio*, in D. NÖRR, D. SIMON (a cura di), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt am Main 1984, 444 nt. 210. Si veda anche *infra*, § 7, nel testo.

<sup>19</sup> Ammesso che una tale applicazione sia mai esistita, sarebbe comunque più corretto discorrere di '*manus iniectio damnationis*' più che di '*manus iniectio damnati*', in quanto quest'ultima espressione, creata dalla storiografia sul calco dell'analogia espressione '*manus iniectio iudicati*' e ancor oggi impiegata in modo traluzio per riferirsi ai casi di *manus iniectio* fondati su una *damnatio*, non tiene conto del fatto che '*iudicati*', come si è ricordato (*supra*, § 1, nt. 4), è genitivo di '*iudicatum*' e non di '*iudicatus*'.

<sup>20</sup> E, quindi, se tale *manus iniectio damnationis* fosse esperibile anche per far valere la responsabilità nascente dall'antico *nexum*. Sul punto può vedersi, nella più recente letteratura, M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 257 ss., con bibliografia, cui *adde* ora R. CARDILLI, *Nexum e damnatio*, in J. HALLEBEEK ET AL. (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 95 s. (cfr. ID., *Damnatio e oportere*, cit., 117 ss.).

<sup>21</sup> In proposito v. anche *infra*, § 7, nt. 50.

<sup>22</sup> Si vedano quelle indicate in M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 256 ss., con discussione della precedente letteratura sul tema.

in cui, come si è ricordato, si leggerebbe un richiamo a questo provvedimento nel punto del testo corrispondente a Gai 4.21.<sup>23</sup>

Senonché, è proprio sul piano della *constitutio textus* di Gai 4.21 che un tale «indizio paleografico» (*rectius*: filologico) va esaminato insieme ad altri elementi che, complessivamente considerati, inducono ad accogliere l'emendazione di 'aq(ui)lia' in 'aliqua' suggerita a partire dalle prime edizioni delle Istituzioni.

Senza richiamare adesso le ragioni di dubbio che depongono già contro l'idea di una *manus iniectio damnationis* da esperirsi sulla base del plebiscito Aquilio, pertanto, è opportuno approfondire in modo specifico la questione filologica che riguarda la costituzione del testo di Gai 4.21.

3. Un primo aspetto sul quale conviene soffermarsi concerne l'affidabilità della lezione del passo così come essa è stata tramandata dal palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio. In linea generale, infatti, la leggibilità del testo gaiano dipende da varie circostanze.<sup>24</sup>

Per quanto riguarda, in particolare, il brano corrispondente nelle moderne edizioni a Gai 4.21, va ricordato che esso è stato tramandato nella metà inferiore (linee 14 ss.) del fol. 96<sup>u</sup> del palinsesto veronese, e cioè in una pagina che, essendo stata capovolta prima di essere riutilizzata e recando solamente due strati di scrittura, può annoverarsi fra quelle che da sempre hanno offerto minori difficoltà nella individuazione del testo gaiano.

Ancora all'epoca in cui Wilhelm Studemund sottopose a un'accurata collazione il manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio per trarne un nuovo apografo,<sup>25</sup> peraltro, tale

<sup>23</sup> Cfr. R. CARDILLI, *Damnatio esto e manus iniectio nella lex Aquilia: un indizio paleografico?*, in *Fundamina* 20, 2014, 110 ss. (il cui contenuto è sostanzialmente riprodotto in ID., *Damnatio e oportere*, cit., 193 ss., da cui si citerà nel seguito), che però non è sceso a un confronto specifico con le obiezioni formulate in storiografia, anche di recente, circa la possibilità di agire con *legis actio per manus iniectioem* nell'ipotesi di vincolo nascente dall'aver commesso un *damnum iniuria datum* e, più in generale, in tutti i casi in cui – pur in presenza di una *damnatio* – mancasse il presupposto di una somma determinata di denaro da indicare nel formulario di questa *legis actio*. Al riguardo v. *infra*, § 7.

<sup>24</sup> Come dal fatto di trovarsi su una pagina *semel* o *bis rescripta* del codice, su una pagina capovolta o meno prima di essere riutilizzata, nonché dalla circostanza che la singola linea del testo gaiano risulti più o meno coperta dalla *scriptura superior*. In aggiunta a questi aspetti è necessario valutare di volta in volta lo stato in cui si trova oggi la pergamena a seguito dei ripetuti trattamenti chimici cui le pagine del manoscritto sono state sottoposte per decifrare la *scriptura inferior*. Per questi aspetti, nonché per la ricostruzione dell'ordine dei primi lavori di decifrazione del palinsesto veronese basata su uno studio diretto delle fonti manoscritte, v. 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*, RA 128, 2011, 239 ss.; ID., *Wilhelm Studemund e il «martire illustre della paleografia»*, in *SCDR* 25, 2012, 281 ss.; ID., *Le prime trascrizioni del palinsesto di Gaio e il presunto «mistero» delle schede veronesi (BCapVr, Cod. DCCCIX)*, in *IAH* 6, 2014, 77 ss.

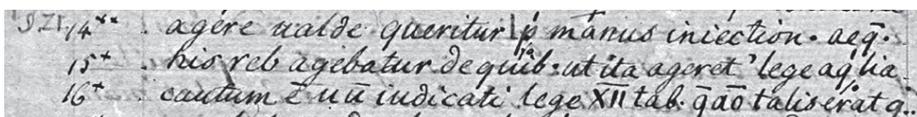
<sup>25</sup> Al riguardo risulta impostata in modo piuttosto curioso la questione di recente affrontata nel lungo contributo di F.A. SANTULLI, *Ricerche sul Codice Veronese delle Institutiones di Gaio: gli Apografi di Wilhelm Studemund e Eduard Böcking a confronto e gli interventi editoriali di Theodor Mommsen*, in *LR* 5, 2016, 319 ss., per dimostrare che l'apografo di Studemund è più preciso di quello di Böcking. Poiché Studemund – erroneamente considerato paleografo da Santulli (*op. cit.*, 334 nt. 39) – si preoccupò di collazionare sul codice i risultati delle precedenti trascrizioni, è ovvio trarne la conclusione che il suo apografo offre nel complesso risultati più avanzati rispetto a quelli del precedente apografo realizzato da Böcking. Il confronto di singoli luoghi dei due apografi, quindi, si risolve in un'operazione che prova soltanto quanto si sapeva grazie alle

pagina non risultava di difficile lettura con l'eccezione delle tre prime linee di scrittura soltanto.<sup>26</sup>

Più in particolare, va precisato che diversamente da quanto si è creduto le linee 14-16 del fol. 96<sup>u</sup> del manoscritto non sono «totalmente illeggibili»,<sup>27</sup> come può riscontrarsi nella riproduzione fototipica in bianco e nero pubblicata nel 1909.<sup>28</sup> Non vi sono ragioni, quindi, per non fidarsi della lezione confermata dall'apografo di Studemund:<sup>29</sup>

- 14    **αΓΕΡΕΥΑΛΔΕΚΕΡΙΤΥΡΡΜΑΝΥΣΙΝΙΕΚΤΙΟΝ·ΔΕΓ·**  
 15    **ΗΙΣΡΕΒΛΓΕΒΑΤΥΡΔΕΚΙΒ·ΥΤΙΤΑΔΓΕΡΕΤ'ΛΕΓΕΔΑΪΛΙΑ**  
 16    **ΣΑΥΤΥΜΕΥΙΙΥΔΙCΑΤΙΛΕΓΕΧΙΙ ΤΑΒ'ΚΑΟΤΑΙΣΕΡΑΤΓ**

Tale lezione, peraltro, si pone in linea di continuità con quella individuata senza incertezze già a partire dai primi lavori di decifrazione del palinsesto gaiano,<sup>30</sup> secondo quanto risulta dalle trascrizioni effettuate da Göschen e Bethmann-Hollweg:<sup>31</sup>



4. Fatte queste precisazioni, il problema che si pone è quello di valutare con il dovuto equilibrio tutte le ragioni che sul piano filologico potrebbero militare a favore della conservazione della lezione trädita dal manoscritto veronese, per compararle poi con quelle che inducono invece a emendare il passo gaiano nel senso suggerito da Göschen.

Senza lasciarsi suggestionare dal convincimento che esistesse una *manus iniectio damnationis*, una valutazione del genere postula che il testo sia considerato nella sua interezza e

conoscenze già in nostro possesso sulla storia delle trascrizioni del palinsesto veronese. Ben diversa è invece la questione, non esaminata da Santulli, della precisione dell'apografo di Böcking rispetto alle schede di Göschen, Bethmann-Hollweg e Bluhme.

<sup>26</sup> Cfr. W. STUEMUND, *Apographum*, cit., 195: «Pagina exterior praeter tres primos uersus non difficulter legitur.»

<sup>27</sup> Così, invece, R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., 194.

<sup>28</sup> [A. SPAGNOLO,] *Gai codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis distinctus numero XV (13) cura et studio eiusdem Bibliothecae custodis phototypice expressus*, Lipsiae 1909, *ad hunc locum* (f. 96<sup>u</sup>), in cui alla fine della linea 15 possono ancora scorgersi le lettere 'legeaqlia' (da sciogliere in 'lege Aquilia').

<sup>29</sup> Diversamente J.E. GOUDSMIT, *Studemund's Vergleichung der Veroneser Handschrift. Kritische Bemerkungen zu Gaius* (trad. ted. di S. Sutro), Utrecht 1875, 95, che ha dubitato della lezione del manoscritto individuata da Studemund.

<sup>30</sup> Ciò risulta dalla pagina 195 della bella copia (*Reinschrift*) delle prime trascrizioni del palinsesto veronese realizzate nel 1817 da parte di Göschen, Bekker e Bethmann-Hollweg, oggi custodita nella *Staatsbibliothek* di Berlino (SBB-PK, Ms. lat. fol. 308). Le linee 14-16 di questa pagina sono riprodotte in bianco e nero nel testo.

<sup>31</sup> Le schede di Berlino dimostrano che risale direttamente a Göschen, e non a Savigny e Hugo, la lettura 'aqlia' (e non 'aq'lia', essendo q un'abbreviatura per compendio da sciogliere in 'qui': cfr. W. STUEMUND, *Apographum*, cit., 292).

tenendo presente anche quanto si legge nel punto della trattazione immediatamente precedente. Ciò è imposto dalla presenza in Gai 4.21 dell'avverbio 'aeque'.<sup>32</sup> Come è stato opportunamente rilevato, infatti, tale parola va riferita a quanto era stato detto in Gai 4.19-20 a proposito della *legis actio per condictionem*, ponendo i due passi «in immediata correlazione» fra loro.<sup>33</sup>

In Gai 4.19 si ricordava che questa *legis actio* era stata introdotta dalla legge Silia e della legge Calpurnia rispettivamente per i crediti di *certa pecunia* e di *omnis certa res*. L'*aeque* che si legge nel punto in cui si passa a illustrare i casi in cui si agiva con *legis actio per manus iniunctionem*, quindi, lascia presagire che anche con riferimento a tale *modus agendi* l'esposizione gaiana ruotasse intorno alla presentazione delle sue diverse applicazioni in dipendenza delle leggi che le avevano introdotte.

A porsi in questa prospettiva, si deve pensare che il testo di Gai 4.21 mirasse a precisare che, analogamente (*aeque*) a quanto si era detto poco prima, *per manus iniunctionem* si agiva in relazione a quei casi (*de his rebus*) per i quali una qualche legge avesse così disposto (*de quibus ut ita ageretur aliqua lege cautum est*), adducendo immediatamente l'esempio della *manus iniectio iudicati* introdotta dalle Dodici Tavole (*ueluti iudicati lege XII tabularum*).

Anche a proposito della *legis actio per manus iniunctionem*, quindi, Gaio pensava che tutte le sue applicazioni avevano un qualche fondamento legislativo. Tale affermazione, d'altra parte, è confermata da tutti gli altri esempi riferiti nel seguito della trattazione dedicata alla *legis actio per manus iniunctionem*, che sono in armonia con l'idea espressa in Gai 4.11 secondo cui le *legis actiones* si chiamavano così perché erano state introdotte da una legge pubblica.

Da questo punto di vista, allora, il modo in cui si sviluppa l'esposizione in Gai 4.21 appare perfettamente parallelo a quello in cui in Gai 4.23 si dà notizia delle applicazioni della *manus iniectio pura*, si ricorda che esse erano state introdotte da talune leggi e si adducono subito come esempi per mezzo dell'avverbio 'ueluti' le applicazioni previste dalla *lex Furia testamentaria* e dalla *lex Marcia* (*Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniunctionem, sed puram, id est non pro iudicato: u e l u t i lex Furia testamentaria ... item lex Marcia* rell.). E anche in Gai 4.22 può cogliersi un'analoga impostazione del discorso a proposito dei casi di *manus iniectio pro iudicato*, rispetto ai quali si offre l'esempio – introdotto questa volta dall'avverbio 'sicut' – di quelle previste dalla *lex Publilia* e dalla *lex Furia de sponsu* (*Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniunctionem in quosdam dederunt: s i c u t lex Publilia ... item lex Furia de sponsu* rell.).

5. La simmetria appena riscontrata in relazione al modo in cui risulta costruito il discorso in Gai 4.21, 4.22 e 4.23, per di più, depone a favore del modo in cui l'abbreviatura 'uu' presente nella linea 16 del fol. 96<sup>v</sup> del codice veronese è stata generalmente sciolta nelle

<sup>32</sup> Non vi sono ragioni per condividere i sospetti formulati da E. BÖCKING, *Gaii Institutiones*<sup>5</sup>, cit., 195 nt. 1, sulla correttezza della lezione 'aeque' tramandata dal palinsesto veronese.

<sup>33</sup> Così B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 36 e ivi nt. 96: «La correlazione sussiste tra Gai 4,21 ed il precedente 4,19 in cui si parlava delle leggi Silia e Calpurnia come fonti della *l.a. per condictionem*»; nt. 98: «L'*aeque*, ovviamente, si riferisce a Gai 4,19.» Nello stesso senso v. già J.T. ABDY, B. WALKER, *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*<sup>3</sup>, cit., 285 nt. 1.

edizioni del testo, e cioè con l'avverbio *ueluti* (o *uelut*). Come in Gai 4.23 (*ueluti*<sup>34</sup> *lex Furia testamentaria*), difatti, anche in Gai 4.21 si tratta di un avverbio che ha la funzione di introdurre un'esemplificazione.

Né, a tale riguardo, va condivisa la convinzione secondo cui l'abbreviatura in questione andrebbe sciolta piuttosto con la congiunzione 'uel', sicché nel testo di Gai 4.21 potrebbe leggersi: «... *lege Aquilia cautum est uel iudicati lege XII tabularum*».<sup>35</sup>

Già dal punto di vista stilistico, difatti, contro la plausibilità di una lettura come quella appena riferita sta la circostanza che il verbo 'cautum est' non si trova alla fine dell'intera frase. Per ragioni di completezza e di simmetria espositiva, inoltre, prima della legge Aquilia avrebbe dovuto essere menzionata la *causa damnationis*, così come quella *iudicati* si trova indicata prima della *lex XII tabularum* (ossia: «*damnationis lege Aquilia uel iudicati lege XII tabularum cautum est*»). Sarebbe piuttosto strano, infine, che nell'esposizione gaiana l'applicazione della *manus iniectio* disposta dalla *lex Aquilia* precedesse quella, certamente più antica, prevista dalla *lex XII tabularum*.<sup>36</sup>

In ogni caso, la possibilità di sciogliere con 'uel' l'abbreviatura 'uū' letta nella linea 16 del fol. 96<sup>u</sup> è da scartare perché risulterebbe del tutto priva di riscontri nel palinsesto veronese. Se si è creduto il contrario, è solo perché si è frainteso il valore del 'uel' che nell'*Index notarum* dell'apografo di Studemund separa tutte le abbreviature del manoscritto che vanno

<sup>34</sup> Parola abbreviata in 'uū' (secondo la lettura ancora accolta da W. STUEMUND, *Apographum*, cit., 196) nella linea 10 del fol. 96<sup>r</sup> del palinsesto veronese.

<sup>35</sup> In questo senso v. R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., 197.

<sup>36</sup> Un'analogia osservazione era stata già compiuta circa la menzione della legge Aquilia prima di altre leggi da considerarsi più antiche da parte di [J.F.L. GÖSCHEN,] *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, 308 s. nt. 2 (ad §.§. 21.-25.): «Quid quod, ista lectione admissa, Lege Aquilia anteriores dicendae erunt Lex Furia de sponsu, quaeque hanc praecessit, Apuleja, item Publilia? De quo valde dubito.»

Al riguardo non appare del tutto persuasiva la replica tentata da R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., 197 s., secondo cui Gaio avrebbe ricordato «come prime *manus iniectioes* introdotte da leggi pubbliche le due ipotesi probabilmente più significative nell'immaginario romano (la legge Aquilia e le XII Tavole), tenendo conto che la prima – pur più recente – era l'esempio emblematico di una *manus iniectio* fondata su una *lex publica* contro il *damnatus* (in base al *damnas esto* della legge) e la seconda quello di una *manus iniectio* fondata su una *lex publica* contro il *iudicatus*.» A scalzare alla base questa possibile spiegazione, infatti, sta non solo la mancata conoscenza di quello che doveva essere «l'immaginario romano», ma anche la circostanza che non si capirebbe comunque perché la menzione della *lex Aquilia* dovesse precedere quella della legge delle Dodici Tavole, che era sicuramente più antica. Per di più, a considerare l'ordine in cui si leggono le parole 'IUDICATVS siue DAMNATVS' nel formulario della *manus iniectio* riferito in Gai 4.21, ci si dovrebbe aspettare che l'ipotesi della *manus iniectio iudicati* fosse menzionata prima di quella della presunta *manus iniectio damnationis*. Le ragioni di dubbio, peraltro, aumentano se, con lo stesso Cardilli (v. *infra*, § 7, nt. 50), si crede che quella introdotta dalla *lex Aquilia* fosse una *manus iniectio pura*. Una menzione anticipata dell'applicazione di *manus iniectio pura* introdotta dalla *lex Aquilia* rispetto a quella *iudicati*, infatti, avrebbe stravolto l'ordine espositivo delle varie applicazioni di *manus iniectio*, che, con buona pace di E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I. *Ius civile*, Berlin 1871, 25 nt. 9 *i.f.*, risulta ispirato a un criterio cronologico e appare chiaramente scandito nella trattazione di Gai 4.21-25 dagli avverbi 'postea' e 'denique' (Gai 4.22 e 4.25).

sciolte con *ueluti* (o *uelut*), e cioè ‘ūū’, ‘ūū’, ‘ūū’, ‘ūū’, ‘ūū’, ‘ūū’, ‘ūū’ o ‘ūū’.<sup>37</sup> In questo contesto, infatti, «*uel* ūū (195, 16)» non può voler dire che l’abbreviatura ūū «può essere esplicitata ... come *vel*» e che questa è stata la «soluzione preferita da Studemund alla linea 16» del fol. 96<sup>u</sup> del palinsesto (corrispondente alla pagina 195 del suo apografo),<sup>38</sup> ma solamente che essa è una delle varie abbreviature di ‘*ueluti*’ riscontrabili nel testo del palinsesto, come può riscontrarsi appunto nella linea 16 della pagina 195 dell’apografo.

Venendo meno la possibilità di sciogliere l’abbreviatura ‘ūū’ della linea 16 con la congiunzione ‘*uel*’, ne risulta indebolita anche la tenuta complessiva della proposta di lettura basata su questo presupposto, secondo cui il passo dovrebbe intendersi nel senso che si agiva *per manus iniunctionem* in relazione a quelle materie per le quali era stato disposto che si agisse in tal modo (*de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur*) dalla *lex Aquilia* oppure per il *iudicatum* dalla *lex XII tabularum* (*lege Aquilia cautum est uel iudicati lege XII tabularum*). Una lettura del genere, peraltro, non terrebbe nel debito conto la presenza dell’avverbio *aeque* posto in apertura del passo,<sup>39</sup> il cui valore invece si intende perfettamente se si accoglie la correzione di ‘*aq(ui)lia*’ in ‘*aliqua*’ e si scioglie con ‘*ueluti*’ (o ‘*uelut*’) l’abbreviatura ‘ūū’ scorta nella linea 16 del fol. 96<sup>u</sup>.

6. A convincere dell’opportunità di tale emendazione, dunque, sta la costituzione dell’intero passo unitamente alla considerazione che nella copiatura della pagina che tramanda il testo di Gai 4.21, così come in quella della pagina successiva, l’amanuense è incorso in vari errori.<sup>40</sup>

Benché non sia possibile stabilire se l’errore consistente nell’aver scritto ‘*aq(ui)lia*’ in luogo di ‘*aliqua*’ sia imputabile alle operazioni di copiatura del codice veronese o fosse presente già nell’antigrafo (o in uno degli antigrافي) di cui ci si è serviti per esemplarlo nel corso del VI secolo,<sup>41</sup> esso va considerato alla luce di un altro luogo del palinsesto gaiano che assume un particolare valore dall’angolo visuale che induce adesso a considerarlo.

<sup>37</sup> Cfr. W. STUEMUND, *Apographum*, cit., 311: «ūū· uel ūū uel ūū· (226, 12) uel ūū uel ūū (156, 19) uel ūū (195, 16) uel ūū· (230, 17) [uel ūū] = ueluti [uel uelut] passim (conf. e. g. 194, 23; 115, 13; 180, 18; 238, 7); conf. etiam 201, 12». Nello stesso senso v. anche quanto si legge già nell’*Index siglarum* fornito nell’*editio princeps* di J.F.L. GÖSCHEN, *Gaii Institutionum commentarii IV*, cit., CXLIX: «ūū.; ūū.; ūū.; ūū.; ūū.; ūū.; ūū.; ūū. = uelut.»

<sup>38</sup> Così, invece, R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., 197, secondo il quale «Come si evince da uno spoglio esaustivo dell’abbreviazione ūū essa può essere esplicitata sia come *vel* (soluzione preferita da Studemund alla linea 16 del foglio 195) che come *velut* o *ueluti* (come poi preferiranno le letture che propongono *aliqua*).»

<sup>39</sup> Cfr. *supra*, § 4, nel testo.

<sup>40</sup> Sul punto si vedano le osservazioni svolte da J.F.L. GÖSCHEN, *Gaii Institutionum commentarii IV*<sup>2</sup>, cit., 308 s. nt. 2 (*ad* §.§. 21.-25.): «Cod. *aq̄lia*. Mihi vero, quominus recta esse possit haec scriptura, adversari videtur totius loci constitutio. ... Itaque librarium, in exaranda hac et sequente pagina toties turpi errore lapsus, in eo quoque peccasse opinor, quod *aq̄lia* scripsit, cum scribere deberet *aliqua*.»

<sup>41</sup> Un’analisi dei fatti paleografici e codicologici che contraddistinguono il codice veronese delle Istituzioni di Gaio permette di datarne la redazione a un periodo che può collocarsi tranquillamente nella piena età giustiniana. A tale riguardo, infatti, non bisogna lasciarsi condizionare dagli ingiustificati pregiudizi che, anche di recente, hanno indotto a escludere tale possibilità: v. M. VARVARO, *Per la datazione del palinsesto veronese delle Institutiones di Gaio* (Verona, B. Cap., Cod. XV), in *Scriptorium* 69, 2015, 79 ss., con altra bibliografia.

Alla fine della linea 8 del fol. 46<sup>u</sup> del codice, infatti, nel luogo del testo corrispondente nelle moderne edizioni a Gai 3.202 il copista ha scritto ‘*aliquiliam*’ invece di ‘*aquiliam*’:<sup>42</sup>

8  $\bar{\alpha}$ ΥΤΙΛΙΣΑΤQUEDEARIDEΒΕΛΤΟ’ΠΛΕΓΕΜΑΛΙΟΥΙΛΑ

Tale svista prova come le parole ‘*aliqua*’ e ‘*aquiliam*’, per ragioni di assonanza o per il modo in cui erano scritte, potessero generare errori di copiatura.<sup>43</sup> Non ci si deve stupire, allora, se in un altro punto del manoscritto in cui pure stava per andare a capo, e cioè alla fine della linea 15 del fol. 96<sup>u</sup>, l’amanuense ha scritto per errore la parola ‘*aquiliam*’ in luogo di ‘*aliqua*’.

7. Dal punto di vista strettamente filologico, pertanto, la correzione della parola ‘*aquiliam*’ in ‘*aliqua*’ in Gai 4.21 appare non solo plausibile, ma anche indovinata. Così emendato, infatti, il testo risulta più coerente con il significato dell’intero passo e in perfetta armonia sia con la struttura espositiva adottata nel seguito del discorso (Gai 4.22-23), sia con ciò che era stato detto a proposito della *legis actio per conditionem* in Gai 4.19, rispetto al quale l’avverbio *aeque* pone una correlazione.<sup>44</sup>

Tutti gli altri indizi finora addotti per sostenere l’esistenza di una presunta *manus iniectio* per i vincoli nascenti da quanto previsto nella *lex Aquilia*, d’altra parte, hanno un peso assai minore di quanto non si possa credere a prima vista. In assenza di sicuri agganci testuali, infatti, l’impiego della *solutio per aes et libram* per l’estinzione di tali vincoli è ancora tutto da dimostrare.<sup>45</sup> Né maggior peso può riconoscersi alla presenza delle parole ‘*IVDICATVS* siue *DAMNATVS*’ nel formulario della *manus iniectio iudicati* riferito in Gai 4.21. Sempre che non abbiano origine glossematica,<sup>46</sup> infatti, esse potrebbero avere un valore sinonimico<sup>47</sup> che

<sup>42</sup> Cfr. W. STUEMUND, *Apographum*, cit., 181.

<sup>43</sup> Non sappiamo, infatti, se un errore del genere sia dovuto all’errata dettatura al copista o a un suo difetto nel percepire quanto gli veniva dettato, oppure a un fraintendimento di quanto leggeva o a un erroneo scioglimento di una sigla presente nell’antigrafo dal quale ricopiava.

<sup>44</sup> Cfr. *supra*, nel testo, § 4.

<sup>45</sup> Cfr. M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 245 e 256, con altra bibliografia.

<sup>46</sup> Al riguardo si vedano gli autori da ultimo richiamati in M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 257 nt. 933. In proposito può notarsi, peraltro, che se si trattasse di un’alternativa prevista all’interno di uno stesso formulario come quello riferito in Gai 4.21 bisognerebbe aspettarsi che un’analoga alternativa fosse presente anche nella sua parte finale, sicché dovrebbe leggersi ‘*OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI siue DAMNATIONIS MANVM INICIO*’. Non riesce a persuadere del tutto, infatti, il diverso punto di vista di M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 176 s. e nt. 2, né quello di M. KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 127 (seguito da R. LA ROSA, *La repressione del furtum*, cit., 44 s.).

<sup>47</sup> In questo senso, convincentemente, D. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas*, cit., 231 s., in ciò seguito da W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel*, cit., 436 nt. 176. Da considerare, al riguardo, anche le osservazioni di A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux*, cit., 620, rispetto alle quali la critica di R. LA ROSA, *La repressione del furtum*, cit., 45 s., non considera la circostanza che mentre le parole ‘*IVDICATVS* siue *DAMNATVS*’ della prima parte del formulario vanno riferite senz’altro al soggetto contro il quale si agisce con *manus iniectio* (‘*QVOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES*’), il termine ‘*IVDICATI*’ che si legge nella parte finale dello stesso formulario è genitivo di ‘*iudicatum*’ (v. *supra*, § 1, nt. 4), e pertanto va inteso in relazione al titolo per cui si agisce in considerazione della mancata *solutio* (‘*QVANDOC NON SOLVISTI*’).

nulla ha a che vedere con il 'DAMNAS ESTO' disposto dalla *lex Aquilia*. Inoltre, poiché dalle fonti risulta che la litiscrescenza dell'*actio legis Aquiliae* è stata introdotta direttamente dalla legge,<sup>48</sup> forse già dopo la nascita del processo formulare, da ciò non può trarsi una prova sicura del fatto che nel sistema del *lege agere* si potesse agire con *manus iniectio* contro l'autore dell'illecito.

Il fenomeno della litiscrescenza, peraltro, non va riconnesso alla *damnatio* in sé considerata, ma alla liquidità della somma per cui si agiva. A provarlo sta la circostanza che il 'DAMNAS ESTO' del legato *sinendi modo* (cfr. Gai 2.209; Tit. Ulp. 24.5), al pari di quello del legato *per damnationem* non avente per oggetto un *certum*, non dava vita a un'*actio ex testamento* caratterizzata da litiscrescenza.<sup>49</sup> Una precisazione del genere risulta decisiva per negare che vi fosse una relazione biunivoca fra *damnatio* ed esecutività diretta a mezzo di *manus iniectio*, da cui in seguito sarebbe derivata la litiscrescenza operante nel sistema delle azioni formulari.<sup>50</sup>

Tutti i casi in cui è sicuro che si agiva con *legis actio per manus iniectioem*, infine, richiedevano un aspetto di certezza che riguardava sia l'*an* sia il *quantum debeatur*.<sup>51</sup> È da tali casi, e non da quelli non direttamente attestati nelle fonti, che è opportuno muovere per

<sup>48</sup> Ciò risulta esplicitamente attestato in D. 9.2.2.1 (Gai. 7 *ad ed prou.*) e, per l'ipotesi stabilita dal secondo capitolo della legge, in Gai 3.216; cfr., da ultimo, M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 281 s., con altra bibliografia.

<sup>49</sup> Per tale aspetto può vedersi D. LIEBS, *Dammum, damnare und damnas*, cit., 246; M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 266 s. Sul punto non appare ben centrata l'obiezione rivolta nei confronti di Liebs da parte di R. LA ROSA, *La repressione del furtum*, cit., 51 s.

<sup>50</sup> Di ciò bisogna tenere conto per valutare l'idea secondo cui, invece, «il collegamento della *manus iniectio* al *damnas esto* è confermato dal fatto che l'*actio ex testamento* e l'*actio legis Aquiliae* prevedevano l'istituto della litiscrescenza» e vi sarebbe una «connessione tra litiscrescenza e *damnas esto* testamentario» (così G. VALDITARA, *Sulle origini*<sup>2</sup>, cit., 61 s.).

Altro aspetto da considerare con attenzione è la circostanza che l'*actio iudicati* e l'*actio depensi* sono le uniche due azioni formulari con litiscrescenza sicuramente derivanti dalle due applicazioni della *legis actio per manus iniectioem* rimaste fuori dal campo della generalizzazione del regime della *manus iniectio pura* stabilita dalla *lex Vallia*, per le quali si continuò a richiedere l'intervento di un *uindex* (cfr. Gai 4.25). Pertanto, poiché il fenomeno della litiscrescenza si spiega generalmente con la condanna al doppio nei confronti del *uindex* intervenuto ingiustificatamente a *manum depellere*, si dovrebbe immaginare che la presunta applicazione *ex lege Aquilia* della *legis actio per manus iniectioem* contro l'autore dell'illecito non appartenesse ai casi di *manus iniectio pura*. Ciò, invece, è stato ipotizzato recentemente da R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., 201 sulla base del convincimento che «il regime del *duplum* non è acconcio *ex se* all'opposizione del *vindex* ed al conseguente *agere sacramento*, mentre lo è nel rito del *manum sibi depellere*, del raddoppiamento del valore della condanna nei confronti dello stesso autore dell'illecito, rito che verrà generalizzato con la *lex Vallia*.» Dalle fonti, tuttavia, non risulta che pure nei casi di *manus iniectio pura* il convenuto che avesse provveduto a *manum sibi depellere et pro se lege agere* si esponesse al rischio di dover pagare il doppio in caso di soccombenza nel successivo procedimento di accertamento: v. M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 279 s.

<sup>51</sup> Presupposto, questo, che non può sempre riscontrarsi in caso di vincoli nascenti da *dammum iniuria datum*: v., da ultimo, M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 246 ss. L'idea che «la *manus iniectio* richiedeva un previo procedimento di liquidazione in denaro dei debiti» (così, per esempio, R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 95) è solo una congettura non confortata da alcuna testimonianza diretta, che pertanto non è opportuno porre a base di ulteriori ipotesi senza averla preventivamente dimostrata.

impostare in modo corretto la questione della ricostruzione del campo di applicazione di questo *modus agendi*.<sup>52</sup>

Il convergere di tutte queste osservazioni fa concludere per l'accoglimento della emendazione di 'aq(ui)lia' in 'aliqua' proposta da Göschen e per il rifiuto dell'ipotesi di una *manus iniectio* derivante dalla *lex Aquilia*.

<sup>52</sup> In questo senso v. M. VARVARO, *Per la storia*, cit., 255 s.





Finito di stampare nel mese di dicembre 2016  
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.  
Bagheria (Palermo)



