

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LVIII
(2015)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LVIII
(2015)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

DIRETTORI
Gianfranco Purpura
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI REDAZIONE

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

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

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

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico espresse 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 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0166-1
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.

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo finanziario del Rettorato dell'Università degli Studi di Palermo, integrato, limitatamente agli articoli di Giuseppe Falcone (La trattazione di Gai 3.140-141 sul *pretium* nella compravendita, tra '*regulae*' e *ius controversum*) e Salvatore Sciortino (*Denegare iudicium e denegare actionem*), con i fondi P.R.I.N. 2010-2011 "L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento".

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

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEAREDi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail: autorizzazioni@clearedi.org e sito web: www.clearedi.org.

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

P. CERAMI, <i>Tabernae librariae</i> . Profili terminologici, economici e giuridici del commercio librario e dell'attività editoriale nel mondo romano	9
G. FALCONE, La trattazione di Gai 3.140-141 sul <i>pretium</i> nella compravendita, tra ' <i>regulae</i> ' e <i>ius controversum</i>	37
O. LICANDRO, ' <i>Restitutio rei publicae</i> ' tra teoria e prassi politica. Augusto e l'eredità di Cicerone	57
S. LONGO, Il credito del <i>servus</i> nei confronti di un <i>extraneus</i> : ' <i>naturale</i> ' <i>creditum</i> ?	131
C. RUSSO RUGGERI, <i>Lex Cornelia iudiciaria</i> e pentitismo	177
S. SCIORTINO, <i>Denegare iudicium</i> e <i>denegare actionem</i>	197

NOTE

G. ARICÒ ANSELMO, Dal Foro al Comizio. Un amichevole confronto di idee	241
G. D'ANGELO, <i>Vadimonium</i> e <i>cautio se exhibiturum</i> in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 <i>ad ed.</i>)	253
M. MIGLIETTA, Per uno studio palingenetico di B. 60.3: il contributo dei commentari bizantini ad C. 3.35	261
A. SCHMINCK †, Die Titelrubriken der <i>Ecloga</i> , der <i>Eisagoge</i> und des <i>Prochiron</i> ...	275

VARIE

O. DILIBERTO, Una sconosciuta monografia palermitana sulla palingenesi delle XII Tavole (e un curioso caso di omonimia)	291
G. FALCONE, ' <i>Fabulis</i> ', non ' <i>tabulis</i> ', in cost. <i>Imperatoriam</i> 3	301
J.H.A. LOKIN - B.H. STOLTE, <i>In memoriam</i> Nicolaas van der Wal	313

ARTICOLI

PIETRO CERAMI
(Università di Palermo)

Tabernae librariae.

Profili terminologici, economici e giuridici del commercio librario
e dell'attività editoriale nel mondo romano

ABSTRACT

This essay concerns the juridical content of the '*taberna libraria*' locution, that the Author identifies and analyzes in light of the edictal-jurisprudential concepts of '*taberna instructa*' and of the jurisprudential locutions '*genera*' and '*instrumenta negotiationis*'. Within this framework the Author analyzes the '*taberna libraria*' with regard to business, contracts and criminal liability of publishers and editorial staff for the production and distribution of defamatory books.

PAROLE CHIAVE

Impresa editoriale, *genera* e *instrumenta negotiationis*; commercio librario; contratti; *libri ad infamiam*; *lex Cornelia de iniuriis*.

TABERNAE LIBRARIAE.
PROFILI TERMINOLOGICI, ECONOMICI
E GIURIDICI DEL COMMERCIO LIBRARIO
E DELL'ATTIVITÀ EDITORIALE NEL MONDO ROMANO

SOMMARIO: 1. Premessa: oggetto e obiettivi della ricerca. 2. Stato della dottrina in tema di produzione e circolazione dei libri. 3. Profili terminologici dell'attività libraria nel mondo romano: il senso della locuzione '*taberna libraria*'. 4. Tipologie professionali di operatori economici nel settore libraio: editori e/o commercianti (stanziali e ambulanti). 5. Le librerie editrici; profili organizzativi: *res et homines*. 6. Le librerie editrici: profili economico-commerciali. 7. Le librerie editrici: tipologie contrattuali. 8. La responsabilità penale dei librai. 9. Conclusioni.

1. Premessa: oggetto e obiettivi della ricerca.

L'oggetto della presente ricerca è costituito dall'attività economico-giuridica svolta, nell'antica Roma, dai gestori di *tabernae librariae* che, nell'ampio e assai variegato panorama delle aziende romane (*tabernae instructae*) e dei rispettivi '*genera negotiationum*',¹ erano contraddistinte dall'organizzazione di *res et homines*, funzionalmente predisposti dai rispettivi gestori per la riproduzione di copie di manoscritti destinati alla pubblicazione e alla commercializzazione.

Si tratta di un particolare aspetto dell'attività libraria che, in effetti, è stato sin qui o del tutto trascurato o, al meno, marginalmente considerato, dalla pur cospicua dottrina, storica e romanistica, che si è accumulata in tema di produzione e circolazione dei libri (*infra*, § 2).

Con riferimento, appunto, ai profili economico-giuridici della struttura imprenditoriale delle *tabernae librariae*, gli obiettivi e i correlati snodi del percorso argomentativo che mi accingo a svolgere possono essere così sintetizzati:

a) muoverò, anzitutto, da una preliminare analisi dei profili terminologici dell'attività libraria, che ritengo indispensabile per cogliere e apprezzare, in modo adeguato, il rilievo e la valenza tecnica della locuzione '*taberna libraria*' (§ 3);

b) procederò poi all'esame delle diverse tipologie dei librai del mondo romano, che, nel loro insieme, possono essere ricondotte – come avrò modo di precisare analiticamente (§ 4) – a tre distinte categorie di attività professionali nel settore specifico della produzione e della circolazione libraria: quella dei copisti; quella dei gestori di *tabernae*, articolate a loro volta

¹ Sulla nozione giurisprudenziale di '*taberna instructa*' e sui diversi '*genera negotiationum*' rinvio alle considerazioni da me svolte in P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto romano commerciale. Profilo storico*³, Torino 2010, 51 ss.

in *tabernae* destinate soltanto alla vendita o al prestito delle copie di manoscritti (librerie in senso stretto) e in *tabernae* destinate tanto alla riproduzione, quanto alla vendita o al prestito di copie (librerie editrici); quella, in fine, dei librai itineranti (§ 4);

c) concentrerò, quindi, l'attenzione sui profili organizzativi e sulla tipologia di 'instrumenta' delle librerie editrici (§ 5), al triplice scopo di vagliarne i profili economico-commerciali (§ 6), di puntualizzarne le tipologie contrattuali (§ 7), e di evidenziarne gli aspetti fondamentali della responsabilità penale dei gestori e del loro personale (§ 8).

2. Stato della dottrina in tema di produzione e circolazione dei libri.

Come ho già anticipato (§ 1), il tema della produzione e della circolazione dei libri nel mondo romano è stato oggetto di numerose e approfondite ricerche tanto in ambito storico-generale (studi di letteratura greco-romana e di storia generale), quanto in ambito romanistico.

In ambito storico-generale, l'indagine, fondamentalmente incentrata sul trinomio "autore – editore - pubblico", ha coinvolto un ampio ventaglio di problemi, funzionalmente connessi all'attività librai: forma libraria (rotoli papiracei, codici); materiali scrittori; tecnica compositiva; conservazione e restauro dei manoscritti; biblioteche (pubbliche e private) e librerie; rapporti tra autore ed editori; committenti e fruitori di testi; profili economici della circolazione libraria: libri nuovi e usati, edizioni di pregio; letture pubbliche e private; edizioni pirata e plagio; poteri politici e censura.²

In ambito romanistico, l'indagine è stata incentrata soprattutto sul rapporto tra l'autore e l'opera, e sui correlati problemi della configurabilità o meno di un diritto d'autore (sprovvisto di efficace e autonoma tutela in forza del principio dell'accessione delle *litterae* al materiale scrittorio) e del plagio (sfornito anch'esso d'idonea tutela giuridica);³ nonché sulla responsabilità penale

² Sui punti, sopra menzionati, mi limito alle seguenti indicazioni bibliografiche: J CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma all'epoca dell'impero*, tr. it. di E. O. ZONA, Bari 1967, 222-231, con note a pp. 337-338 (per letture pubbliche ed edizioni); E. PAGLIA, *La cura del libro nel mondo antico. Guasti e restauro del rotolo di papiro*, Napoli 1997, 81 ss.; G. CAVALLO (a cura di), *Libri, editori e pubblico nel mondo antico*⁵, Bari 2009, con contributi (per l'età romana) di T. KLEBERG, *Commercio dei libri ed editoria nel mondo antico*, 40-79 (140-148, note), e dello stesso CAVALLO, *Libro e pubblico alla fine del mondo antico*, 81-139 (148-160, note); G. CAVALLO, P. FEDELI, A. GIARDINA (direttori), *Lo spazio letterario di Roma antica*, II. *La circolazione del testo*², Roma 1998, con contributi di CAVALLO, *Testo, libro, lettura*, 307-340; di P. FEDELI, *I sistemi di produzione e diffusione*, 343-378; di E. NARDUCCI, *Le risonanze del potere*, 533-577; e di A. GIARDINA - M. SILVESTRINI, *Il principe e il testo*, 579-613; E. J. KENNERY, *Libri e lettori nel mondo romano*, in *La letteratura latina della Cambridge University*, I, tr. it. di L. SIMONINI, Milano 1991, 5-51; H. BLANCK, *Il libro nel mondo antico*, a cura di R. OTRANTO, Bari 2008, 57 ss. (per materiali scrittori e biblioteche), 81 ss. [per quanto attiene agli operatori e alle modalità del restauro librario: *scribae*, *glutinatores* (rilegatori), *anagnostae* (correttori)]; M. CAROLI, *Il commercio dei libri nell'Egitto greco-romano*, in *Segno e testo. International Journal of manuscriptis and text transmission*, Università degli studi di Cassino, 10, 2012, 3-79; M. A. FORNES PALLICER - M. PUIG RODRÍGUEZ-ESCALONA, *El proceso de composición de la obra ciceroniana según las cartas a Ático*, in *Anuari de Filologia. Antiqua et Mediaevalia* 3, 2013, 61-77, con letteratura (p. 76).

³ Sul principio '*litterae chartis cedunt*' v., in particolare, U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori*, Torino 2009, 49 ss., con letteratura; adde M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2009, 287 ss. Per il plagio cfr. U. BARTOCCI, *Aspetti*, cit., 200 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 208 s., con puntuali notazioni sulla irrilevanza giuridica del plagio dei prodotti dell'attività intellettuale nel diritto privato romano.

dell'autore, dell'amanuense e dell'editore per il contenuto del libro, con particolare riguardo ai 'libri ad infamiam',⁴ e, di recente, anche sulla storia del libro, analizzata, sotto il duplice profilo delle sue vicende e del suo vocabolario, con specifico riguardo a fattispecie di legati di libri e di biblioteche, oggetto della casistica contemplata in D. 32.52 pr.-9 (Ulp. 24 *ad Sab.*).⁵

In entrambi gli ambiti, una particolare attenzione è stata rivolta al ruolo professionale dell'editore, che è stato ricostruito e valutato soprattutto alla luce dell'epistolario ciceroniano ad Attico, considerato da gran parte della dottrina addirittura come il fondatore dell'imprenditoria editoriale.⁶

È rimasta, tuttavia, estranea all'interesse e al correlato dibattito, non soltanto della dottrina storica, ma anche di quello della dottrina romanistica, una specifica e congrua analisi della valenza tecnico-giuridica della locuzione 'taberna libraria' alla luce della nozione giurisprudenziale di 'taberna instructa' [D. 5016.185 (Ulp. 28 *ad ed.*)] e delle locuzioni giurisprudenziali 'genera negotiationum' [D. 33.7.23 (Ner. 2 *resp.*)] e 'instrumenta negotiationum' [D. 33.7.13 pr.-1)], che costituiscono, invece, parametri e specifico oggetto della presente ricerca.

3. Profili terminologici dell'attività libraria nel mondo romano: il senso della locuzione 'taberna libraria'.

I segni linguistici, che più rilevano ai nostri fini, sono costituiti: a) dai sostantivi 'liber', 'librarius' e 'bibliopola', quest'ultimo, usualmente impiegato come calco latino del termine greco βιβλιοπώλης;⁷ b) dal verbo 'edere'; c) dalla locuzione economico-giuridica 'taberna libraria' e dal sostantivo 'libraria', inteso e assunto come 'nomen negotiationis' (come chiarirò più avanti).

Il segno 'liber', che denotava inizialmente, in senso proprio, la sottile membrana sottostante alla corteccia dell'albero,⁸ utilizzata per scrivere, fu poi usualmente adoperato, in senso metonimico, per denotare tutti i manoscritti (o parti degli stessi) costituiti di più fogli, a prescindere dalla materia utilizzata per la scrittura. Eloquente è, in tal senso, il seguente brano di Ulpiano in tema di legati di libri, chartae e bibliothecae.⁹

⁴ Sui 'libri ad infamiam' cfr. G. MUCIACCIA, «Libri ad infamiam» e «Lex Cornelia de iniuriis», in Index 26, 1998, 149-168; M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al «certum dicere» nell'«edictum generale» de iniuriis*, Lecce 2002, 8-98, con letteratura. R. SCEVOLA, 'Utilitas publica'. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, in *L'Arte del diritto*, Collana diretta da L. GAROFALO, Padova 2012, 316-351, con altra letteratura; v. pure C. RUSSO RUGGERI, *Collaborazione dei correi dissociati nel sistema delle quaestiones perpetuae*, in *Studi per G. Nicosia*, VII, Milano 2007, 136-147; EAD., *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell'esperienza criminale romana*, Torino 2011, 82 ss.

⁵ Cfr. M. SPALLONE, *Giurisprudenza romana e storia del libro*, Roma 2008, 50 ss., con accurata esegesi dell'interessante brano ulpiano.

⁶ Cfr. per tutti U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 163 ss., con letteratura. Da ultimo A. DORTMUND, *Römisches Buchwesen um die Zeitenwende. War T. Pomponius Atticus (110-32 v. Chr.) Verleger?*, Wiesbaden 2001, 187 ss., con specifico riguardo al ruolo di Attico e con dettagliata ricognizione critica della letteratura.

⁷ Cfr. Martial., *Epigr.* 4.72.1-2; 13.3.4 (con specifico riferimento a Trifone, editore e venditore di libri); Plin., *Epist.* 9.11.2. In proposito v. P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 57; M. CAROLI, *Il commercio*, cit., 6 e nt. 20.

⁸ *Isid.*, *Etym.* 6.13.3: *Liber est interior tunica corticis, quae ligno cohaeret*. V. pure E. J. KENNERY, *Libri e lettori*, cit., 23 s.

⁹ Cfr. M. SPALLONE, *Giurisprudenza romana*, cit., 50 ss.

D. 32.52 pr. (Ulp. 24 *ad Sab.*): *Librorum appellatione continentur omnia volumina, sive in charta* (foglio di papiro) *sive in membrana* (pergamena) *sint sive in quavis alia materia: sed et si in philyra* (scorza di tiglio) *aut in tilia* [tavoletta di tiglio] *(ut nonnulli conficiunt) aut in quo alio corio* (corteccia d'albero), *idem erit dicendum.*

Il segno 'librarius' costituisce invece, sotto il profilo semantico, il conio latino di due diversi vocaboli greci, βιβλιογράφος e βιβλιοπώλης, che denotavano rispettivamente l'estensore di un testo scritto e il commerciante e/o l'editore di libri, ancorché i due termini non possano invero essere imputati con sicurezza ad attività professionali fra loro rigorosamente distinte.¹⁰

In particolare, è verosimile che, in una prima e più risalente accezione, il sostantivo *librarius*, al pari della locuzione aggettivale 'scriptor librarius',¹¹ abbia denotato il redattore di un testo autografo o scritto sotto dettatura o il copista di un preesistente manoscritto.¹²

In una seconda accezione, il sostantivo 'librarius', appare adoperato, al pari della locuzione aggettivale 'scriba librarius',¹³ per designare anche gli addetti alla redazione delle *rationes publicae*,¹⁴ e, in generale, tutti gli scribi a servizio di privati o di uffici pubblici (senato e magistrati).¹⁵ In una terza accezione, che si afferma in età ciceroniana e si consolida nel corso del principato, il sostantivo *librarius*, al pari del segno *bibliopola* (cfr. sopra e nt. 7), fu adoperato per denotare l'editore e il commerciante di libri.¹⁶

In definitiva, il segno *librarius* costituisce un sostantivo polisemico, che sottende ed evoca tre distinte forme di attività nel processo di formazione e di diffusione dei libri:

¹⁰ V., in tal senso, M. CAROLI, *Il commercio*, cit., 8 e nt. 25.

¹¹ Così in Horat., *Ars poet.* 354, dove 'scriptor librarius' denota il copista di un testo poetico, per distinguerlo dall'autore, che avendo redatto personalmente il componimento poetico, e non già 'alterius digitis' (Ovid., *Trist.* 3.3.1), è denominato appunto da Orazio con il semplice sostantivo 'scriptor' (Horat., *Ars poet.* 126). La stesura autografa dei componimenti poetici era, infatti, assai diffusa. Sul tema v. T. KLEBERG, *Commercio dei libri*, cit., 46. Non a caso gli antichi denominavano *scribae* tanto i librai, quanto i poeti. Così, appunto, Fest., v. *scribas* (L. 446.25-26): 'Scribas proprio nomine antiqui et librai et poetas vocabant'. Sul brano festino v., in particolare, B. ALBANESE, *Rilievi marginali su un carmen di Livio Andronico*, in *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico*, I, 2004, 164 ss., ripubblicato in B. ALBANESE, *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 1066 ss. *Adde* U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 133 s. e nt. 1.

¹² Sul ruolo del copista v. T. KLEBERG, *Commercio dei libri*, cit., 45 ss., con letteratura nella nt. 49 (p. 142).

¹³ Così in Varr., *De re rust.* 3.2.14, a proposito di un contabile al servizio di Varrone: 'scriba librarius, libertus eius, qui apparuit Varroni'.

¹⁴ Cfr. Fest., v. *scribas* (L. 446.26-28): 'at nunc dicuntur scribae equidem librari, qui rationes publicas scribunt in tabulis'.

¹⁵ In tal senso B. ALBANESE, *Rilievi marginali*, in *Scritti*, IV, cit., 1066 s.

¹⁶ Parlo di affermazione e di successiva consolidazione perché mi sembra plausibile supporre che la diffusione e la vendita di libri siano state praticate anche in tempi antecedenti all'emersione di figure professionali di librai, editori e venditori di manoscritti. In tal senso v. pure P. FEDELI, *Il sistema di produzione*, cit., 354 s.; U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 163 nt. 6. L'affermazione in età ciceroniana dell'accezione in discorso è innegabilmente attestata non soltanto dall'epistolario di Cicerone ad Attico, ma anche dal *carmen* 14.17.18 di Catullo, in cui si afferma 'nam, si luxerit, ad librariorum curram scriinia', in considerazione del fatto che «i librai non possono essere, in questo caso, puri e semplici copisti, dato che si accenna a *scriinia* colmi di rotoli: si tratterà, quindi, dei librai, che riponevano in cassette cilindriche i rotoli di papiro». Così, a ragione, P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 355. *Adde* Horat., *Epist.* 1.20.1-2: 'liber... ut prostes Sociorum pumice mundus'. I *Sosii* erano, infatti, erano editori e non già copisti.

- a) la stesura autografa o *alterius digitis* di un testo in prosa o in versi, e la riproduzione di un testo per copiatura da un precedente manoscritto;
- b) la formulazione e contestuale dettatura del contenuto di un testo in prosa o in versi da parte del suo autore;¹⁷
- c) la riproduzione, la diffusione e la commercializzazione di copie di manoscritti di vario genere.

A queste tre distinte attività si riferisce esplicitamente Ulpiano in un brano del suo commentario *ad Edictum*, con specifico riferimento alla disciplina dei *libri ad infamiam alicuius pertinentes*:

D. 47.10.5.9 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit, composuerit, ediderit dolove malo fecerit quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur.*

Rinviando al § 8 l'esegesi del brano, fondamentalmente incentrato sulle conseguenze penali dei libri '*ad infamiam alicuius pertinentes*', per il momento mi limito a richiamare l'attenzione sul fatto che i tre verbi alludono, in modo univoco, a tre distinte attività in campo librario: la stesura autografa o '*alterius digitis*' di un testo (*scripserit*); la formulazione e la simultanea dettatura del contenuto di un testo in prosa o in versi da parte dell'autore (*composuerit*); la riproduzione e la diffusione di copie di un manoscritto '*ad infamiam alicuius pertinentem*' (*ediderit*).

Per quanto attiene, in particolare, al verbo '*edere*', il suo ambito denotativo appare funzionalmente connesso all'ideazione, stesura e diffusione di copie di un apografo o di sue successive trascrizioni, già circolanti.

'*Edere*' non costituiva, invero, l'esclusiva forma verbale per denotare la pubblicazione di un libro. Nelle fonti ricorrono, infatti, altri verbi, quali, ad esempio, *publicare*, *emittere*, *vulgare*, *divulgare*, *emanare*, *foras dare*.¹⁸ La particolare fortuna che ha contrassegnato il verbo *edere* e i correlati sostantivi *editio*¹⁹ e *editor*, sino ai giorni nostri, può essere fondamentalmente imputata al suo profilo semantico, che spazia dall'idea dell'atto creativo (ascrivibile all'autore e non già al semplice estensore del testo)²⁰ a quella della emendazione ed edizione del testo, attività che potevano essere entrambe unitariamente effettuate tanto dallo stesso autore,²¹

¹⁷ Horat., *Sat.* 1.4.9-10: (*Lucilius*) *in hora saepe ducentos, ut magnum, versus dictabat stans pede in uno.*

¹⁸ Cfr. T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 47; P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 354, secondo il quale il verbo *edere* sarebbe già attestato in un discusso frammento degli *Annales* di Ennio: '*neque me decet hanc carinantibus edere chartis*' di Ennio, inserito dagli editori fra i frammenti degli annali '*incertae sedis*'; così, in particolare, O. SKUTSCH, *The annales of Quintus Ennius*, Oxford 1985, v. 458 (p. 113); I. VAHLEN, *Ennianae poesis reliquiae*, Lipsia 1903, v. 564 (p. 103); U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 163 e nt. 5, con letteratura.

¹⁹ V., ad es., Quint., *Inst. orat.*, praef. 2: *ne praecipitetur editio*; 5.11.40: *qui* (un verso di Omero) *tamen non in omne editione reperitur*; 12.10.55: (l'avvocato) *multum ex eo quod potuit dici, recidetur, editio habebit omnia*; Tac., *Dial. de orat.* 3: *atque ideo maturare libri huius editione*; Plin., *epist.* 1.2.3: *me . . . ab editione* (di un suo libro) *non abhorre*; FV. 247 (Paul., 1 *editionis secundae de iurisdictione tutulari*).

²⁰ Sul punto U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 1 ss.

²¹ L'edizione del libro da parte dello stesso autore doveva costituire verosimilmente, in tempi antecedenti-

nel caso in cui quest'ultimo fosse stato in grado di disporre di idonee attrezzature, quanto da altri soggetti, sia in veste di curatori,²² che di gestori, a scopo di lucro, d'imprese editoriali (*tabernae librariae*).

Dopo aver tratteggiato, a grandi linee, il profilo semantico dei sostantivi *liber*, *librarius*, *bibliopola* e del verbo *edere*, mi sembra ora possibile e indispensabile cogliere e puntualizzare la valenza economico-giuridica della locuzione *taberna libraria*, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale del concetto di '*taberna instructa*' e delle correlate specificazioni '*genera*' e '*instrumenta negotiationis*'.

La nozione di *taberna instructa* è stata enunciata da Ulpiano in un brano del suo commentario alla clausola e alla relativa formula dell'*actio institoria*. Il giurista severiano, dopo aver precisato che il segno '*taberna*' designava qualsiasi edificio '*utile ad habitandum*' e non più, come in origine, un luogo chiuso da tavole,²³ così precisava il senso dell'aggettivo *instructa*:

D. 50.16.185 (Ulp. 28 *ad ed.*): '*Instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.*

Precisando – in conformità ad un consolidato indirizzo interpretativo: mi sembra questo il senso dell'espressione '*sic accipiemus*' – che l'aggettivo '*instructa*' denotava, nella sua accezione economico-giuridica, un complesso unitario di beni e di forze-lavoro, organizzati

ti all'affermazione di specifiche imprese editoriali, una tipologia di pubblicazione assai diffusa, come lascia supporre l'affermazione di Varrone (*de re rust.* 1.2.28: '*in magni illius Catonis libro, qui de agri cultura est editus*'), con specifico riguardo al *De agri cultura*, che era stato pubblicato da Catone il Vecchio; e, soprattutto, Cic., *ad Att.* 2.16.4, a proposito della richiesta rivoltagli dal fratello Quinto, di emendare e pubblicare i propri annali: '*Quintus me roget ut annalis suos emendem et edam*'. La lettera dell'Arpinate, scritta nella villa di Formia, nella primavera del 59 a.C., prova che Cicerone era dotato di una congrua e funzionale attrezzatura editoriale, almeno per il periodo antecedente al definitivo affidamento ad Attico della pubblicazione di tutti i suoi scritti, in conseguenza e per effetto del rilevante successo di vendite conseguito dall'orazione *pro Ligario* (46 a.C.), la cui edizione era stata curata, appunto, da Pomponio Attico: '*Ligarianam praeclare vendidisti. Posthac quicquid scripsero, tibi praeconium deferam*' (*ad Att.* 13.12.2).

Una conferma dell'autonoma pubblicazione dei suoi scritti, da parte dello stesso Cicerone, per il periodo antecedente all'edizione della *pro Ligario*, può essere ricavata, a mio avviso, da un brano del *De coniuratione Catilinae* di Sallustio, nel quale si attesta che il console Marco Tullio procedette (nel 60 a.C.) alla stesura e alla pubblicazione della prima orazione contro Catilina, che egli aveva pronunciato in senato, tre anni prima (63 a.C.): '*Tum M. Tullius consul, sive praesentiam eius timens, sive ira commotus, orationem habuit luculentam atque utilem rei publicae, quam postea scriptam edidit*' (Sall., *de coniur. Cat.* 31.6). V. pure Columel., *res rust.* 10 *praef.*, in cui l'Autore, riferendosi ai primi 9 libri dell'opera, già pubblicati, così afferma: '*si non sit dedecori prius editis a me scriptorum monumentis*'.

²² Qual era, in particolare, Caio Ottavio Lampadione, filologo del secondo sec. a.C., il quale curò l'edizione del *Bellum punicum* di Nevio, che egli stesso divise in sette libri (cfr. E. J. KENNERY, *Libri e lettori*, cit., 734), nonché l'emendazione e l'edizione degli *Annales* di Ennio: edizione, quest'ultima, espressamente ricercata e lodata, in pieno secondo secolo d.C., dal retore Antonio Giuliano, sia per la sua alta e ammirevole antichità, sia per il fatto di essere stata curata da un apprezzato e autorevole filologo, come era appunto considerato, per pubblica fama, Lampadione: '*librum summae atque reverendae vetustatis, quem fere constabat Lampadionis manu emendatum*' (Gell., *N. A.* 18.5.11).

²³ D. 50.16.183 (Ulp. 28 *ad ed.*): '*Tabernae appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo quo tabulis cluditur.*

dal *negotiator* (imprenditore) per l'esercizio di una determinata *negotiatio* (impresa), Ulpiano volle evidenziare il rapporto di stretta complementarità che intercorreva fra due speculari locuzioni: *taberna instructa* e *negotiator*.²⁴ La prima coincide, in buona sostanza, con l'odierno concetto di azienda (cfr. art. 2555 c.c.). La seconda (*negotiator*) coincide con l'attuale nozione di «imprenditore»²⁵ e si risolveva, in piena sintonia con la sua peculiare accezione “editale - giurisprudenziale” di gestore di beni e forze-lavoro, nell'esercizio professionale di una determinata attività economica, finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi.

Orbene, con specifico riferimento alla variegata gamma di attività economiche e alle correlate attrezzature, esercitate e organizzate dal *negotiator* nella struttura imprenditoriale, i giuristi romani parlavano, rispettivamente, di ‘*genera*’ e di ‘*instrumenta negotiationis*’.²⁶

In questa prospettiva i sostantivi *taberna*, *negotiator* e *negotiatio* erano comunemente integrati, nella prassi degli operatori economici (imprenditori) e nel lessico giuridico, da specifici aggettivi, che esprimevano, in forma immediatamente ostensiva, tanto la specificità dell'ambito di attività economica, quanto la correlata tipologia delle attrezzature (*instrumenta*) impiegate nell'azienda.

In tal senso, si parlava, ad esempio, di *taberna casiarum* [D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*), con citazione del parere di Aristone]; *taberna ferraria* [D. 31.88.3 (Scaev. 3 *resp.*)]; *taberna cauponia* [D. 33.7.13 pr. (Paul. 4 *ad Sab.*)]; *taberna deversoria* (Varr., *de re rust.* 1.2.23);²⁷ *taberna purpuraria* [(D. 32.91.2 (Pap. 7 *resp.*)]; *taberna argentaria* [D. 18.1.32 (Ulp. 44 *ad Sab.*); Vitruv., *De arch.* 5.1.2]; di *negotiatio sagaria* e di *negotiatio lintearia* [D. 14.4.5.15 (Ulp. 29 *ad ed.*)]; e, con riferimento all'impresa di navigazione, di *navis instructa* [D. 14.1.1.8 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.2.6 (Iul. 86 *dig.*)].

Ricorrono, altresì, nelle fonti giuridiche, in tema di legati, circonlocuzioni denotative della tipologia aziendale e delle relative attrezzature, come ‘*taberna cum caenaculo cum mercibus et instrumentis et suppellectili quae ibi esset*’ [D. 33.7.7 (Scaev. 22 *dig.*)] e ‘*quae tabernarum exercendarum instruendarum pistrini cauponae causa facta parataque sunt*’ [D. 33.7.15 pr. (Pomp. 6 *ad Sab.*)].

Giova in proposito richiamare l'attenzione su un dato di notevole rilievo, e precisamente sul fatto che, nella prassi imprenditoriale e nel lessico giurisprudenziale, tipologie di aziende e delle relative attrezzature erano talvolta individuate con l'impiego del puro e semplice sostantivo, funzionalmente legato alla gestione di una specifica attività economica,²⁸

²⁴ Come ho già ricordato, la prima locuzione ricorreva espressamente nella formula dell'*actio (empti) institoria*; la seconda, al pari del segno *negotiator*, fu enucleata, invece, dalla giurisprudenza dal lessema editale ‘*negotiari*’, espressamente adoperato nell'editto ‘*de tributaria actione*’ e, segnatamente, nella formula dell'*actio empti tributaria*. In proposito v. P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale*, cit., 52 e 17.

²⁵ Art. 2982 c.c.: «È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi».

²⁶ Così, ad es., D. 33.7.23 (Ner. 2 *resp.*): *Cum quaeratur, quod sit tabernae instrumentum, interesse, quod genus negotiationis in ea exerceri solitum sit.*

²⁷ Sulle *tabernae deversoriae* mi sia consentito rinviare alle considerazioni da me svolte in P. CERAMI, *Tabernae deversoriae. Settore economico e regime giuridico nel periodo imprenditoriale*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, Milano 2009, 450-481.

²⁸ Così, ad esempio, l'impresa bancaria era, non di raro, individuata soltanto con l'aggettivo sostantivato

anche allo scopo, peraltro espressamente evidenziato, di poter distinguere facilmente l'impresa (*negotiatio*) dal locale (*taberna*), sede dell'azienda. Così, in particolare, per distinguere agevolmente l'impresa alberghiera (*caupona*), intesa come complesso unitario di *res et homines*, dall'albergo (*taberna*), inteso come puro e semplice locale, si adoperava soltanto il sostantivo *caupona*, che era considerato appunto - come ebbe cura di precisare espressamente il giurista severiano Giulio Paolo, sulla scia di Nerazio Prisco - un '*momen negotiationis*':

D. 33.7.13 pr. (Paul. 4 *ad Sab.*): *Taberna cauponiae instrumento legato, etiam institores contineri, Neratius existimat: sed videndum, ne inter instrumentum tabernae cauponiae et instrumentum cauponiae sit discrimen, ut tabernae non nisi loci instrumenta sint, ut dolia vasa ancones calices trullae, quae circa cenam solent traici, item urnae aerae et congiaria sextaria et similia; cauponae autem, cun negotiationis nomen sit, etiam institores.*²⁹

Orbene, tenuto conto dell'accezione economico-giuridica della locuzione editale, e al tempo stesso giurisprudenziale, '*taberna instructa*', nonché delle specificazioni '*genera*' e '*instrumenta negotiationis*', mi sembra del tutto plausibile dedurre che la locuzione *taberna libraria* denotasse, in senso tecnico, un complesso unitario di *res et homines ad negotiationem parati* (cfr., sul punto, § 5).

Ma c'è di più: lo stesso impiego di '*libraria*' (disgiunto, cioè, da *taberna*), espressamente utilizzato da Gellio in un brano delle Notti Attiche (5.4.1),³⁰ per denotare l'attività economica costituita dal commercio librario, a prescindere dalla sua specifica e stabile ubicazione,³¹ si

'*argentaria*', al posto della locuzione '*taberna argentaria*'; cfr., in tal senso, D. 2.13.4.3 (Ulp. 4 *ad ed.*); D. 5.1.19.1 (Ulp. 60 *ad ed.*); Cic., *pro Caec.* 4.10; Plaut., *Truc.* 66; *Epid.* 199.

²⁹ Sul brano paulino v. da ultimo, M. A. LIGIOS, *Nomen negotiationis. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2013, 1 ss., 121 s. Così pure per l'impresa di balneazione: D. 33.7.13.1 (Paul. 4 *ad Sab.*); D. 33.7.17.2 (Marc. 7 *inst.*); Paul. Sent. 3.6.65; e per l'impresa di macinazione del frumento (*pistrinum*): D. 33.7.15 pr. (Pomp. 6 *ad Sab.*); D. 33.7.18.1 (Paul. 2 *ad Vitell.*).

³⁰ Gell., *N.A.* 5.4.1: *Apud Sigillaria forte in libraria ego et Iulius Paulus poeta, vir memoria nostra doctissimus, consideramus: atque ibi expositi erant Fabii annales, bonae atque sincerae vetustatis libri, quos venditor sine mendis esse contendebat.* Gellio, pur non essendo un '*iuris consultus*', in senso proprio, era edotto, come la stragrande maggioranza degli orati giudiziari, della terminologia e degli istituti giuridici. Si aggiunga, inoltre, che Gellio conosceva, per autonoma e diretta consultazione, la produzione del giurista Nerazio Prisco (età di Traiano e Adriano), che egli menziona espressamente in *N.A.* 4.4.4, e al quale risalgono le puntuali riflessioni in materia di *genera* e *instrumenta negotiationis* [cfr. D. 33.7.23 (Ner. 2 *resp.*), già trascritto sopra, nt. 26; e D. 33.7.13 pr. (Paul. 4 *ad Sab.*), che ho pure interamente trascritto sopra, nel testo].

³¹ Mi riferisco al fatto che i *Sigillaria* costituivano verosimilmente un mercato mobile, in cui, durante la festa dei *Sigillaria*, che si svolgeva in stretta connessione con i *Saturnalia* (17-24 dicembre), si vendevano libri, oggetti d'arte, statuette di cera o di argilla. Cfr., in proposito, F. CAVAZZA (a cura di), *Aulo Gellio, Le notti attiche, libri IV-V. Introduzione, testo latino, traduzione e note*, Bologna 1987, 184 nt. 2. Erano, infatti, considerati commercianti tanto coloro che gestivano, personalmente o tramite un institore, una bottega, ovvero utilizzavano un luogo predeterminato per comprare e vendere, quanto tutti coloro che svolgevano la stessa attività (compravendita a fini di lucro) senza un luogo predeterminato. V., in tal senso, quanto afferma espressamente Paolo, con particolare riguardo al ruolo dell'institore, in un brano del suo *Liber singularis Variarum Lectionum*: D. 14.3.18 (Paul., l.s. *de variis lection.*): *Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur.*

spiega con il fatto che questo sostantivo era considerato, al pari dei segni ‘*cauponia*’ (D. 33.7.13 pr.) e ‘*argentaria*’ (cfr., *infra*, nt. 28), un ‘*nomen negotiationis*’.

4. Tipologie professionali di operatori economici nel settore librario: editori e/o commercianti (stanziali e ambulanti).

Ho già anticipato (§ 3) che il termine *librarius*, in un’accezione affermatasi e consolidatasi fra l’età ciceroniana e il principato, era comunemente impiegato per denotare, in modo specifico, tanto l’editore, quanto il commerciante di libri.

Specularmente, la locuzione *taberna libraria* designava tanto il locale commerciale in cui il titolare vendeva libri di vario genere, quanto il locale commerciale in cui il gestore organizzava le complesse operazioni finalizzate all’edizione e alla circolazione di testi di varia natura.

In proposito è stato affermato che «abbastanza spesso è difficile o del tutto impossibile distinguere l’editore dal libraio dettagliante, il che in parte si spiega sicuramente col fatto che la stessa persona esercitava entrambe le attività».³²

Sotto questo profilo, mi sembra che il dato più rilevante dell’esperienza commerciale romana in campo librario sia costituito dal primato, sotto il profilo statistico, delle «librerie editrici», la cui tipologia non è, peraltro, del tutto estranea all’odierna esperienza imprenditoriale. Non tutte le librerie, incentrate sulla vendita di libri, erano però, al tempo stesso, editrici. La differenza fra quelle destinate soltanto alla vendita, e quelle destinate anche all’edizione dei libri da porre poi in vendita, può essere fondamentalmente desunta, in via di principio, dalla diversa tipologia del personale (*homines*), impiegato nella *taberna* e delle attrezzature (*instrumenta*) in essa utilizzate.

Per quanto attiene specificamente alle librerie editrici, il personale e le attrezzature erano rispettivamente costituiti - come avrò modo di precisare analiticamente in seguito (§ 5) - da *amanuenses* (copisti), *anagnostae* (lettori e correttori) e *glutinatores* (rilegatori); e da una cospicua dotazione di materiale scrittorio, assai variegato [*calami*, *pinnae*, *membranae*, *foliae*, *schedae*, *macrocollum*: carta di grande formato (Cic., *ad Att.* 16.3.1) e di maggior costo (*ad Att.* 13.25.3), tavolette cerate, codici membranacei (Mart., *Epigr.* 1.2.3: *brevibus membrana tabellis*),³³ e da tavoli per scrivere (*mensae*), *armadia*, scaffali (*nidi*), cassette cilindriche (*scrinia*).

Ben più snello era, invece, l’assetto aziendale delle librerie destinate alla sola vendita di libri. Per quest’ultime, infatti, non era indispensabile l’impiego di un personale di alta specializzazione, qual era, invece, richiesto per la normale gestione delle librerie editrici (amanuensi, correttori, rilegatori); si aggiunga, inoltre, che anche le attrezzature erano sensibilmente diverse da quelle adoperate nelle librerie editrici, essendo essenzialmente costituite da *scrinia*,³⁴ *armadia*, *nidi*,³⁵

³² Il tal senso v. T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 54.

³³ In proposito v., inoltre, quanto scrive Isidoro di Siviglia nel capitolo XIV del sesto libro delle sue *Etymologiae sive origines*, intitolato, appunto, ‘*De librariis et eorum instrumentis*’ (6.14.1-8).

³⁴ Catul., *Carm.* 14.17-18: *Nam, si luxerit, ad librariorum curram scrinia*; Martial., *Epigr.* 1.2.4: *scrinia de magnis*.

³⁵ Martial., *Epigr.* 1.17.15-17: *de primo dabit alterove nido rasum pumice purpuraque cultum denaris tibi quinque Martialem*.

mensae (tavoli per collocarvi libri), integrati da esemplari ed elenchi di autori e libri, che venivano di norma affissi, a scopo di pubblicità, negli stipiti (*pilae* o *columnae*) delle porte o nelle pareti esterne (*in fronte suspensa*) delle *tabernae*.³⁶

In età imperiale le *tabernae librariae*, attrezzate e gestite³⁷ per il commercio librario, erano sparse in tutta l'Urbe³⁸ e, segnatamente, in alcune zone, nelle quali era concentrato il maggior numero dei negozi librari, come il quartiere dell'Argiletto,³⁹ esteso dalla Subura al foro romano, o il vico Sandalario, che si trovava nelle vicinanze del Colosseo.⁴⁰

Occorre, però, precisare che il commercio librario - al pari di altri settori dell'attività commerciale - poteva essere, in effetti, esercitato sia nell'ambito di una *taberna libraria*, contraddistinta da una sua stabile o temporanea ubicazione, sia da 'circitores' (ambulanti), che operavano appunto 'sine loco',⁴¹ nello specifico ruolo professionale d'institori⁴² dei titolari di *tabernae*, a prescindere dalla ubicazione stabile o temporanea di quest'ultime.

Fra i gestori di *tabernae librariae*, contraddistinte da un'ubicazione non stabile, ma soltanto temporanea, possono essere annoverati i librai che operavano nel quartiere dei Sigillari durante il periodo compreso fra le festività dei *Saturnalia* e dei *Sigillaria*.⁴³

³⁶ Cfr., ad es., Horat., *Sat.* 1.4.71: *nulla taberna meos habeat neque pila libellos*; *Ars poet.* 372-73: *mediocribus esse poetis non homines, non di, non concessere columnae*; Epist. 1.20.1-2: *Vortumnnum Ianumque, liber, spectare videris, scilicet ut prostes Sosiorum pumice mundus*; Martial., *Epigr.* 1.117.10-13: *contra Caesaris est forum taberna scriptis postibus hinc et inde totis, omnis ut cito perlegas poetas*; Sen. phil., *Epist.* 4.33.3: *Non habemus itaque ista oculiferia nec emptorem decipimus nihil inventurum cum intraverit praeter illa quae in fronte suspensa sunt: ipsis permittimus unde velint sumere exemplar.*

³⁷ L'espressione 'gerere tabernam' ricorre esplicitamente in Martial., *Epigr.* 1.117.13-14, con specifico riferimento all'attività svolta da Atrecto, un librario del quartiere dell'Argiletto: *Nec roges Atrectum – hoc nomen dominus gerit tabernae – de primo dabit alterove nido . . . Martialem.*

³⁸ Così Mart., *Epigr.* 1.2.5-6: *ne . . . erres urbe vagus tota*; il poeta ricorda, in particolare, una libreria gestita da un certo Secondo, liberto del dotto Lucenzio, allocata 'limina post Pacis Palladiumque forum' (1.2.7-8).

³⁹ V. Mart., *Epigr.* 1.117.9-10: *Argi nempe soles subire Letum*; 1.3.1: *Argiletanas mavis habitare tabernas, cum tibi, parve liber, scrina nostra vacent*. Mi sembra, in particolare, di notevole rilievo il fatto che, nel corso del principato, il commercio librario si sia rapidamente esteso dall'Urbe a tutte le province dell'impero. Cfr., in proposito, T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 59 ss.; P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 357; e, per quanto concerne specificamente l'Egitto, M. CAROLI, *Il commercio dei libri nell'Egitto greco-romano*, cit., 3 ss.

⁴⁰ Cfr. Gell., *N.A.* 18.4.1: *in Sandalario forte apud librarios fuimus*; Galen., *De propriis libris*, prol. 1, dove si afferma espressamente che nel Sandalario si trovava, al suo tempo (secondo sec. d.C.), la maggior parte delle librerie di Roma.

⁴¹ Locuzione, questa, esplicitamente adoperata dal giurista Paolo, in un brano accolto dai compilatori giustinianeî nel titolo 'De institoria actione' dei *Digesta* (che ho già trascritto sopra, nella nota 31), per denotare, appunto, l'attività commerciale svolta da ambulanti.

⁴² Come afferma Ulpiano (D. 14.3.5.4, 28 *ad ed.*) erano considerati institori anche gli ambulanti (*circitores*), ai quali i commercianti davano merce (abiti o tessuti di lino, addotti, ovviamente a titolo di mero esempio,) da portare in giro e vendere: '*Sed etiam eos institores dicendos placuit, quibus vestiarii vel linterarii dant vestem circumferendam et distrahendam, quos vulgo circitores appellamus*'.

⁴³ Cfr. Gell., *N.A.* 5.4.1 (su cui v. sopra, § 3, nt. 31); 2.3.5, dove si ricorda l'acquisto, per venti monete d'oro, durante i sigillaria, di un prezioso manoscritto da parte del grammatico Fido Optato.

Un esempio d'institore, che operava, con molta verosimiglianza, come 'circitor' del titolare di una *taberna libraria*, può essere ravvisato, a mio avviso, nel papiro Petaus 30 del 183-184 d.C., che contiene una lettera di Giulio Placido, un romano residente a Ptolemais Hormou, nell'Arsinoite, con la quale quest'ultimo ragguagliava il padre Erclano in merito agli esiti di una trattativa libraria intercorsa fra lui e il bibliopola Deio, il quale aveva portato con sé in viaggio, un carico di circa 14 libri, sottoponendoli al vaglio dello stesso Giulio Placido. La scelta di quest'ultimo fu circoscritta a 8 libri, ricevuti in prestito (allo scopo di collazionarli con esemplari già posseduti) per 100 dracme, come attestano, appunto, le linee 3-7, che riferisco qui nella traduzione di Menico Caroli:⁴⁴ «Deio è venuto da noi e ci ha mostrato i sei codici in pergamena; ma io non ne ho scelto alcuno; abbiamo però collazionato altri 8 libri, per i quali ho versato la cifra di cento dracme».

Il testo del papiro non ci fornisce esplicite informazioni per quanto attiene alla professione di Deio. È, tuttavia, comunemente ammesso in dottrina che non si tratti del titolare di una *taberna libraria*. Turner, in particolare, ha parlato di «touring bookseller»⁴⁵ e, sulla sua scia, non pochi considerano Deio un libraio ambulante.⁴⁶ Ritengo, invece, alla luce delle considerazioni svolte da Ulpiano nel brano accolto in D. 14.3.5.4 (su cui v. nota 41), che Deio non fosse un generico 'circitor' (venditore ambulante), bensì un institore, che era stato preposto dal proprietario di una *taberna libraria* al commercio fuori sede, con il preciso compito di portare con sé, nel corso di periodiche missioni commerciali, una certa quantità di libri da mostrare, per venderli o prestarli, a eventuali amatori.

5. Le librerie editrici; profili organizzativi: *res et homines*.

Dopo aver evidenziato, sia pure a grandi linee, le tipologie professionali degli operatori economici in campo librario, ritengo necessario procedere a una specifica puntualizzazione dell'assetto organizzativo delle librerie editrici, che costituivano – come ho già premesso (§ 4) – l'aspetto più rilevante dell'esperienza romana nel settore della produzione e della circolazione dei libri.

La sede delle librerie editrici era costituita normalmente da uno o più locali a piano terra (*taberna*), che si aprivano verso la strada ed erano essenzialmente utilizzati per l'esposizione e la vendita dei testi; e da altri locali (situati o nel retro bottega o nel piano sovrastante, con scala di collegamento con i locali del piano terra),⁴⁷ globalmente adoperati per tutte le complesse operazioni di allestimento di copie dei libri destinate alla vendita.

Lo svolgimento delle diverse attività, realizzate nelle sedi delle librerie editrici, può essere fondamentalmente dedotto da attestazioni relative ad alcune aziende che operarono fra

⁴⁴ M. CAROLI, *Il commercio dei libri nell'Egitto greco-romano*, cit., 15

⁴⁵ E. G. TURNER, *Greek Papyri. An Introduction*, Oxford 1980, 93; trad. it. *Papiri greci*, a cura di M. MANFREDI e L. MIGLIARDI ZINGALE, Roma 1984, 93.

⁴⁶ M. CAROLI, *Il commercio dei libri*, cit., 15 e nt. 48, con letteratura.

⁴⁷ Attiene a un assetto di questo tipo quanto attesta Cicerone nella seconda Filippica, con riferimento a un episodio verificatosi nel 52 a.C., quando Clodio, inseguito con la spada da Antonio, riuscì a sottrarsi alla furia di quest'ultimo, rifugiandosi nello spazio sottostante alla scala di una libreria: '*nisi se ille (Clodio) in scalas tabernae librariae coniecisset*' (*Phil.* 2.9.21).

metà del primo sec. a.C. e il secondo d.C., tanto a Roma, quanto in altre parti dell'impero romano.

Si tratta, in particolare, delle *tabernae librariae* di Tito Pomponio Attico (di cui siamo sufficientemente informati grazie alla biografia di Cornelio Nepote e, soprattutto, al copioso epistolario di Cicerone ad Attico), dei fratelli Sosii (editori di Orazio), di Doro (menzionato da Seneca, *De benef.* 7.6.1, e editore della monumentale opera di Tito Livio) e di Trifone (editore di Marziale e di Quintiliano), tutte con sede in Roma; e di Demetrio, il quale, nella seconda metà del secondo sec. d.C., gestiva nell'Egitto greco-romano una *taberna libraria*, forse ubicata a Ossirinco o ad Alessandria.⁴⁸

Da dati complessivi delle menzionate *tabernae* e, segnatamente, di quelle con sede in Roma mi sembra possibile dedurre, in via preliminare, qualche utile spunto circa la tipologia della loro gestione e il rango sociale dei loro gestori.

L'assetto organizzativo delle *tabernae librariae* è da ascrivere, con ogni verosimiglianza, al modello tipologico della gestione personale e diretta da parte degli stessi proprietari. Il ricorso alla '*praepositio institoria*' era praticata soltanto per il commercio librario fuori sede, come prova, in particolare, il caso Deio (cfr. sopra, § 4).

Ritengo, in proposito, che la scelta della gestione personale e diretta dell'azienda libraria, da parte dei rispettivi proprietari, sia da imputare anzitutto al fatto che il libro, una volta pubblicato, poteva essere riprodotto e diffuso da altri editori, e in secondo luogo al numero, relativamente contenuto, di copie dei manoscritti, programmati e destinati alla vendita.⁴⁹ circostanze, queste, che – coniugate con l'elevato grado di specializzazione della '*negotiatio*' libraria – inducevano verosimilmente gli operatori del settore a escludere tanto la gestione indiretta, tecnicamente incentrata sulla *praepositio institoria* e la correlata responsabilità patrimoniale del preponente, sia pure entro i limiti della *praepositio*; quanto la costituzione di una specifica *negotiatio peculiaris*, gestita da un *servus negotiator*, in qualità di organo del peculio (impresa a responsabilità limitata).

La gestione personale e diretta di una libreria editrice, intesa e assunta come complesso di *res et homines ad negotiationem parati* (cfr. sopra, § 3), richiedeva ovviamente un costante impegno non soltanto nell'acquisizione e nella utilizzazione del variegato materiale scrittorio e delle altre attrezzature (*res*), già sopra menzionati (§ 4), ma anche – e soprattutto – nel reclutamento del personale idoneo all'espletamento delle attività connesse all'*iter* editoriale, nella correlata e conseguente distribuzione e assegnazione delle mansioni lavorative, e nella direzione e controllo delle diverse fasi della produzione e della diffusione dei libri.

Sotto questo profilo, le informazioni più dettagliate e interessanti attengono all'impresa editoriale di Tito Pomponio Attico, grazie soprattutto ai puntuali dati forniti dal ricchissimo epistolario ciceroniano ad Attico.

Sulla personalità di Pomponio Attico si è a lungo discusso in dottrina. Alcuni hanno ravvisato in Attico il fondatore dell'impresa editoriale; altri, invece, hanno contestato, sia pure con sfumature diverse,⁵⁰ la possibilità di ricondurre l'attività svolta da Attico allo

⁴⁸ Cfr., in materia, M. CAROLI, *Il commercio dei libri nell'Egitto greco-romano*, cit., 17-24, con specifico riguardo a Pap. Oxyr., 18/9192 e P.Horak, 16.

⁴⁹ Cfr. P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 360 s.; T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 43, 74 s.

⁵⁰ Per un quadro d'insieme delle diverse posizioni dottrinali sulla produzione libraria di Attico v. U.

schema dell'impresa editoriale, per due fondamentali motivi: anzitutto perché il commercio librario, esercitato prevalentemente da liberti, sarebbe stato incompatibile con la sua posizione sociale;⁵¹ in secondo luogo perché la produzione libraria sarebbe stata effettuata da Attico esclusivamente per se stesso e per amici, qual era appunto Cicerone.

Entrambi gli indirizzi mi sembrano inaccettabili, nella misura in cui divergono dai concreti dati storici o per eccesso o per difetto.

Diverge per eccesso il primo indirizzo, in considerazione del fatto che l'asserzione della totale assenza di una qualsiasi attività editoriale di tipo professionale in tempi antecedenti ad Attico appare fondata su un preconceito.⁵² Smentisce, invero, una siffatta asserzione almeno un brano del *De oratore* di Cicerone, in cui Antonio si rammarica che un suo *libellus*, intitolato '*De ratione dicendi*' (cfr. Cic., *Brut.* 44.163), sia stato edito e diffuso, per sua imprudenza e contro la sua volontà, in un numero consistente di copie, con il risultato di pervenire *in manus hominum*: '*qui me imprudente et invito excidit et pervenit in manus hominum*' (*de orat.* 1.21.94).⁵³

Diverge, invece, per difetto il secondo indirizzo, perché trascura due rilevanti circostanze: a) anzitutto, che la posizione sociale di Pomponio Attico, esponente, al pari di Cicerone, del ceto equestre, era pienamente compatibile con l'attività editoriale,⁵⁴ che richiedeva una profonda e vasta cultura e la disponibilità di adeguate risorse finanziarie; b) in secondo luogo, che la vocazione e la formazione professionale di Attico in campo imprenditoriale è attestata, in modo univoco, dall'epistolario di Cicerone non soltanto per il settore librario, come avrò modo di precisare subito, ma anche per il settore bancario, come possiamo desumere da un gruppo di lettere, scritte dall'oratore fra il 20 marzo del 45 a.C. e l'8 luglio del 44, con specifico riguardo alle modalità di finanziamento del soggiorno di studio di suo figlio in Atene.⁵⁵

Circoscrivendo il discorso, in questa sede, all'impresa editoriale, cercherò ora di enuclearne i profili organizzativi alla luce dell'epistolario ciceroniano.

Attico svolse l'attività editoriale nella sua casa sul colle Quirinale, nella quale si trovavano, in particolare, – come attesta il suo biografo e amico Cornelio Nepote (*de viris ill.*, 25. Att. 13.3) – '*pueri litteratissimi, anagnostae optimi et plurimi librarii*'. Il biografo si limita, in effetti, a un semplice

BARTOCCI, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria*, cit., 164 ss. e ntt. 10-17; da ultimo M. A. FORNES PALLICER - M. PUIG RODRÍGUEZ-ESCALONA, *El proceso de composición*, cit., 62 e nt.2.

⁵¹ Diversamente T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 58, secondo il quale «Attico, che era un cavaliere romano, giganteggiava anche dal punto di vista sociale fra la maggior parte dei suoi colleghi».

⁵² Osserva ragionevolmente, in proposito, T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 41, che gli scritti di epici, storici, oratori arcaici «dovettero essere diffusi, editi e sicuramente anche venduti; noi però non conosciamo alcun editore o librario dell'epoca arcaica. Nessuno di loro ha avuto uno scambio epistolare con un Cicerone che potesse tramandare il nome alla posterità».

⁵³ Non a caso l'episodio è addotto da T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 56, come esempio di edizione-pirata.

⁵⁴ In tal senso v. pure T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 41, già menzionato nella precedente nota 49.

⁵⁵ Mi riferisco alle seguenti lettere: Cic., *ad Att.* 12.24.1; 12.27.2; 12.32.2; 15.15.4; 16.1.5. Sui profili tecnico-giuridici dell'operazione bancaria (*permutatio pecuniae*: trasferimento di somme di denaro da una località a un'altra), oggetto delle citate epistole, v. A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.)*, Napoli 1991, 116 ss.; ID., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino 2002, 26 e nt. 26.

e rapido cenno ad alcune categorie del personale impiegato da Attico in campo editoriale; tuttavia mi sembra difficilmente contestabile che la locuzione *'plurimi librarii'* (moltissimi copisti) alluda, in senso proprio, a una stabile attività di tipo editoriale, che non sarà stata ragionevolmente svolta per soddisfare soltanto esigenze personali o di qualche amico.

Orbene, ai fini dell'individuazione delle diverse categorie di lavoratori del settore librario e della ricostruzione dell'assetto organizzativo dell'impresa editoriale gestita da Attico, sono fondamentali e illuminanti, a mio avviso, le dettagliate notizie contenute nell'epistolario ciceroniano.

In una lettera ad Attico, scritta ad Anzio intorno al 20 giugno del 56 a.C., Cicerone chiede all'amico editore di inviargli due esperti di tecnica libraria per collaborare, in qualità di rilegatori (*glutinatores*) o di addetti ad altre mansioni (*ad cetera administri*), con Tirannione, un grammatico e letterato, al quale l'oratore aveva affidato il riordino della biblioteca della sua villa, che era stata devastata dalle bande di Clodio:⁵⁶

Cic., *ad Att.* 4.4a.1: *Perbelle feceris si ad nos veneris. Offendes dissignationem Tyrannionis mirificam librorum meorum, quorum reliquiae multo meliores sunt quam putaram. Et velim mihi mittas de tuis librariolis duos aliquos quibus Tyrannio utatur glutinatoribus, ad cetera administris, iisque imperes ut sumant membranulam ex qua indices fiant, quos vos Graeci, ut opinor, στυβάς appellatis.*

In particolare, era precipuo compito dei *glutinatores* l'incollaggio dei fogli di papiro per la formazione del *volumen* e l'applicazione delle etichette di pergamena (o di papiro), con il nome dell'autore e il titolo del libro. Non a caso, al termine del lavoro svolto dai due esperti (Dionisio e Menolfo), Cicerone, in una lettera scritta anch'essa ad Anzio, volle esternare al suo amico editore la sua piena soddisfazione per l'eccellente risultato, in considerazione del fatto che tanto i palchetti quanto le etichette con i titoli avevano conferito lustro ai suoi libri:

Cic., *ad Att.* 4.8.2: *Qua quidem in re mirifica opera Dionysi et Menophili tui fuit. Nihil venustius quam illa tua pegmata, postquam sittybae libros illustrarunt.*

Oltre ai copisti e ai *glutinatores* facevano parte del personale librario di Attico anche gli *anagnostae*, specificamente menzionati da Nepote in *de viris ill.* 25.13.3, i quali, a differenza dei semplici copisti, operavano prevalentemente come lettori e correttori di testi.

Nel suo epistolario Cicerone ne menziona alcuni a proposito della vicenda editoriale della *pro Ligario* (*ad Att.* 13.44.3) e dell'invio ad Attico della prima stesura del suo trattato *'De gloria'* (*ad Att.* 16.2.6):

Cic., *ad Att.* 13.44.3: *Brutus mihi T. Ligari verbis nuntiavit, quod appelletur L. Corfidius in oratione Ligariana, erratum esse meum . . . Sciebam Corfidium pernecessarium Ligariorum; sed eum video ante esse mortuum. Da igitur, quaeso, negotium Pharnaci, Antaeo, Salvio ut id nomen ex omnibus libris tollatur;*

⁵⁶ Cfr. E. PAGLIA, *La cura del libro nel mondo antico. Guasti e restauro dei rotoli di papiro*, Napoli 1997, 100 e 113 ss., per il ruolo dei *glutinatores*.

Cic., *ad Att.* 16.2.6: «*De gloria*» *misi tibi. Custodies igitur, ut soles, sed notentur eclogae duae quas Salvius bonos auditores nactus in convivio dumtaxat legat.*

L'edizione della *Ligariana*, pronunciata nella seconda metà del 46 a.C. e curata da Attico, ebbe subito un clamoroso successo di vendite (v. sopra, nt. 21), tanto da indurre Cicerone - come egli afferma in una lettera del 2 luglio 45 - a non aggiungere altro al testo dell'orazione, in considerazione del fatto che essa aveva avuto già una larga diffusione: '*est enim pervulgata*' (*ad Att.* 13.20.2). A distanza di circa un anno, Cicerone, su segnalazione di Bruto, si rese conto di avere erroneamente citato Lucio Corfidio fra gli amici di Ligario, presenti al processo. Da qui la richiesta, rivolta ad Attico, nella lettera scritta nella sua villa di Tuscolo alla fine di luglio del 45, di affidare a Farnace, Anteo e Salvio l'incarico di eliminare quel nome da tutte le copie: *ut id nomen ex omnibus libris tollatur* (*ad Att.* 13.44.3).⁵⁷

Salvio, menzionato nella lettera del luglio 45, figura altresì nella lettera scritta dall'oratore a Pozzuoli l'11 luglio del 44, poco dopo l'invio ad Attico della prima stesura del suo trattato '*De gloria*' (16.2.6). Nella lettera Cicerone prega l'amico editore di conservare, com'era solito fare, il manoscritto e di ricavarne estratti, in modo tale che l'*anagnostes* Salvio potesse leggerli ad ascoltatori di buon livello in occasione di un banchetto, all'ovvio fine di «tastare il polso dei potenziali lettori».⁵⁸

L'effettiva disponibilità di una copiosa e variegata manodopera specializzata, e segnatamente di un congruo numero di ottimi *anagnostae*, solitamente impiegati per '*librarium menda tollere*',⁵⁹ e di esperti *glutinatores*, contribuiva notevolmente a elevare l'efficienza e il prestigio di aziende editoriali come quelle di Attico, dei Sosii e di Trifone, sotto il duplice profilo della correttezza⁶⁰ e dell'estetica⁶¹ del libro, rispetto a quelle di altri editori, dotate di un esiguo numero di copisti, talvolta addirittura impreparati e non sempre scrupolosi.⁶²

⁵⁷ Sulla predetta epistola v. per tutti U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 168 s., con letteratura, il quale evidenzia opportunamente che la versione tramandata non ha recepito l'auspicata correzione, verosimilmente proprio perché, essendo stata l'orazione ampiamente *pervulgata*, non fu possibile effettuare la correzione in tutte le copie in circolazione.

⁵⁸ Così P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 351. A distanza di pochi giorni, Cicerone con una lettera scritta nella villa di Pompei il 17 luglio 44, inviò ad Attico una seconda stesura del trattato, *inculcatum et refectum*, invitandolo a trascriverla su una carta di grande formato (*macrocollum*) e a leggerla privatamente ai suoi commensali (*ad Att.* 16.3.1). Cfr. U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 176 s., con specifico riguardo all'allestimento di una lettura per un pubblico selezionato; P. FEDELI, *I sistemi*, cit., 353, per quanto attiene al *macrocollum*.

⁵⁹ In tal senso Cic., *ad Att.* 13.23.2 (del 45 a.C.), a proposito dei suoi libri dedicati a Varrone, per i quali si stava procedendo all'eliminazione degli errori dei copisti.

⁶⁰ Così Cic., *ad Att.* 13.23.2, e Frontone, *Ep. ad M. Caes.* 1.7.4 (del 144-45 d.C.) per l'azienda di Attico; Horat., *Ars poet.* 345-346: *hic meret aera liber Sosii, hic et mare transit, et longum noto scriptori prorogat aevum*, per quella dei fratelli Sosii; Quint., *Inst. orat.*, dedica a Trifone, § 3: *Multum in tua quoque fide ac diligentia positum est, ut in manus hominum quam emendatissimi veniant*, per quella di Trifone.

⁶¹ V., ad es., Mart., *Epigr.* 1.117.16: *rasum pumice (librum) purpuraque cultum*.

⁶² Cfr., in tal senso Cic., *ad Q. frat.* 3.5.6: *de latinis (libris) quo me vertam nescio; ita mendose et scribuntur et veneunt*; cfr. pure *ad Q. frat.* 3.4.5; Strab., 13.1.54, lamentando il fatto che a Roma e ad Alessandria gli editori impiegavano copisti impreparati e poco scrupolosi; Mart., *Epigr.* 2.8.1-3: *Si qua videbuntur chartis tibi, lector, in istis sive obscura nimis sive latina parum, non meus est error: nocuit librarius illis*.

La concreta gestione di una copiosa e variegata manodopera notevolmente specializzata sollevava ovviamente complessi problemi di distribuzione, assegnazione, coordinamento e controllo delle varie attività nel corso delle diverse fasi del procedimento di formazione del libro. Problemi, questi, che non potevano essere sempre e costantemente affrontati e risolti personalmente dal gestore. Si rendeva, pertanto, opportuno delegare alcune delle predette funzioni a un manager aziendale, con compiti di direzione e controllo.

Sotto questo profilo mi sembra rilevante ed emblematica le seguente epistola ciceroniana, volta ad ottenere la divulgazione di un libro di Irzio, pieno di critiche per Catone e di grandi lodi per l'Arpinate:

Cic., ad Att. 12.40.1: Qualis futura sit Caesaris vituperatio contra laudationem meam perspexi ex eo libro quem Hirtilius ad me misit; in quo colligit vitia Catonis, sed cum maximis laudibus meis. Itaque misi librum ad Muscam ut tuis librariis daret. Volo enim eam divulgari, quoque facilius fiat imperabis tuis.

Si tratta di una lettera scritta ad Astura il 9 maggio del 45 a.C., con la quale Cicerone informava Attico di avere mandato a Musca un libro, che gli era stato inviato da Irzio, nel quale l'Autore elencava una serie di difetti di Catone e formulava grandi lodi per lo stesso Cicerone.

L'espressione '*itaque misi librum ad Muscam ut tuis librariis daret*' prova che Musca non era uno dei tanti *librarii* di Attico, sibbene un capo equipe, preposto alla direzione e al controllo delle diverse fasi dell'*iter* editoriale. La preghiera, rivolta direttamente ad Attico, è soltanto quella di volersi adoperare per assicurare la più ampia diffusione del libro in questione (*eum divulgari*).

6. Le librerie editrici: profili economico-commerciali.

Dopo avere enucleato i profili organizzativi delle librerie editrici, occorre ora procedere all'esame dei loro profili economico-commerciali, che erano ovviamente incentrati, come in qualsiasi altra *negotiatio* (impresa) sul binomio costi - guadagni. I costi attecchivano all'incidenza economica delle attrezzature e del personale, approntati e utilizzati in vista della produzione e della vendita dei libri. I guadagni scaturivano, com'è ovvio, dalla vendita delle copie dei diversi manoscritti.

In questa prospettiva assume notevole rilievo, ancora una volta, l'epistolario di Cicerone.

Due lettere, in particolare, attestano, a mio avviso, il fine di lucro dell'attività editoriale svolta da Attico. Si tratta di due epistole scritte nella villa di Arpino, rispettivamente il 23 e il 24 giugno de 45 a.C. La prima verte sull'enorme successo editoriale dell'orazione *pro Ligario*, ampiamente attestato dal notevole numero delle copie vendute (*ad Att. 13.12.2*). La seconda concerne la seconda edizione degli *Academica*, articolata in quattro libri e non più in due, come la precedente edizione, nonostante l'eliminazione di non pochi argomenti (*ad Att. 13.13.1*):

Cic., ad Att. 13.12.2: Ligarianam praeclare vendidisti. Posthac quicquid scripsero, tibi praeconium deferam;

Cic., *ad Att.*, 13.13.1: *Grandiores sunt omino quam erant illi, sed tamen multa detracta ... Tu illam iacturam ferēs aequo animo quod illa quae habes de Academicis frustra descripta sunt. Multo tamen haec erunt splendidiora, breviora, meliora.*

Nella prima lettera il fine di lucro è univocamente palesato dal significato tecnico-giuridico del verbo *'vendere'* (ben noto a Cicerone), che non può essere aggirato, ipotizzando⁶³ un significato traslato del termine in questione, volto a porre in evidenza esclusivamente la divulgazione del libro.

Parimenti inaccettabile mi sembra l'ipotesi, prospettata dal Birt,⁶⁴ secondo cui la soddisfazione di Cicerone per l'elevato numero delle copie vendute sarebbe fondata su una presunta partecipazione di quest'ultimo ai costi e agli utili della Ligariana.⁶⁵

Nella seconda lettera, il fine di lucro trova riscontro nella piena consapevolezza di Cicerone che la prospettata nuova edizione degli *Academia* (denominati, appunto, *'posteriora'*), subito dopo la prima (*Academia priora*), già definita e pronta per la diffusione, ma della quale gran parte delle copie non era stata ancora venduta, avrebbe potuto procurare un notevole danno economico all'amico editore, pur nell'ottimistica previsione che il varo di una nuova edizione più limpida, più contenuta e, quindi, migliore, avrebbe potuto procacciare maggiori guadagni all'editore, sì da compensare la perdita economica della prima.

Un'altra conferma, non meno rilevante, dell'attività essenzialmente commerciale svolta da Attico in campo libraio, può essere desunta, a mio avviso, da una lettera scritta ad Anzio nei primi d'aprile del 59 a.C.:

Cic., *ad Att.* 2.4.1: *Fecisti mihi pergratum quod Serapionis librum ad me misisti; ex quo quidem ego, quod inter nos liceat dicere, millesimam partem vix intellego. Pro eo tibi praesentem pecuniam solvi imperavi, ne tu expensum muneribus ferres.*

Cicerone, nel ringraziare l'editore Attico dell'invio di un libro di Serapione (un matematico e geografo del secondo secolo a.C.), del cui contenuto dichiara di aver potuto capire a stento la millesima parte, volle esplicitamente avvertirlo di avere già ordinato (verosimilmente a Marco Tullio Tirone, in considerazione della sua preziosa collaborazione *'in omne genere vel negotiorum vel studiorum meorum'*, per esplicita ammissione dello stesso Arpinate: *ad Att.* 7.5.2) il pagamento in contanti (*presentem pecuniam*) del relativo prezzo, al fine evitare che egli fosse indotto ad annotare, nei suoi registri contabili, la relativa somma (*expensum*) sotto la voce «doni» (*muneribus*).

Mi sembra che il ringraziamento e la correlata precisazione di avere già ordinato il pagamento del prezzo del libro provino a un tempo:

a) che Cicerone era pienamente consapevole, non soltanto della valenza commerciale dell'attività editoriale svolta da Attico, ma anche del rilevante costo di libri d'alta specializzazione, come quello di Serapione, al punto da sentirsi obbligato al pagamento del

⁶³ L. HAENNY, *Schriftsteller und Buchhändler im alten Rom*, Leipzig 1885, 53 ss.

⁶⁴ T. BIRT, *Das antike Buchwesen in seinem Verhältnis zur Literatur*, Berlin 1882, 353 nt. 2.

⁶⁵ Con specifico riguardo alle menzionate tesi di Harenny e di Birt sono stati formulati puntuali rilievi critici, a mio avviso del tutto condivisibili, da U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 170 ss., ntt. 36 e 38:

prezzo del libro che gli era stato inviato, al preciso scopo di evitare che lo stesso Attico potesse decidere di inserirne l'importo, per comprensibili motivi di contabilità, sotto la voce doni;

b) che l'attività editoriale di Attico, verosimilmente incentrata su libri e autori di rango, non era certo limitata a scritti di carattere esclusivamente letterario;

c) che l'invio di libri di alta specializzazione a bibliofili, qual era Cicerone, possa essere stato ragionevolmente motivato da plausibili scopi di pubblicità.

Il fine di lucro, che ho cercato di desumere, per l'azienda editoriale di Attico, dall'epistolario di Cicerone, trova riscontro in alcune attestazioni, che attengono all'attività editoriale dei fratelli Sosii e di Trifone.

Per i Sosii⁶⁶ mi sembra sufficiente qui richiamare un noto brano dell'*Ars poetica* di Orazio, in cui, con riferimento ad un'opera di notevole successo, capace di unire il piacevole e il buono, divertendo e ammonendo il lettore, si giustappone al cospicuo guadagno degli editori (i Sosii, appunto), la semplice gloria e l'immortalità laica del suo autore (*prorogat aevum*):

Horat., *Ars poet.* 343-346:

*Omne tulit punctum qui miscuit utile dulci,
lectorem delectando pariterque monendo;
hic meret aera liber Sosiis, hic et mare transit
et longum noto scriptori prorogat aevum.*

Per quanto attiene a Trifone, riflessioni del tutto simili si rinvencono in un noto epigramma di Marziale, in cui il poeta, pur compiacendosi della diffusione delle sue opere, persino nella lontana Britannia, è costretto a prendere atto, con evidente amarezza, che la sua ricompensa consiste soltanto nell'onore, ma non anche nel guadagno, che spetta esclusivamente all'editore:

Mart., *Epigr.* 11.3.3-6:

*Sed meus in Geticis ad Martia signa pruinis
a rigido teritur centurione liber,
dicitur et nostros cantare Britannia versus.
Quid prodest? Nescit sacculus ista meus.*

7. Le librerie editrici: tipologie contrattuali.

Seguendo lo schema che ho già predisposto (sopra, § 1), dopo avere enucleato i profili organizzativi ed evidenziato gli aspetti economico-commerciali delle librerie editrici, procederò ora a una sintetica puntualizzazione delle tipologie contrattuali praticate dai rispettivi gestori; argomento, questo, sinora del tutto trascurato.

A tal fine, mi sembra utile distinguere due diverse fasi della complessa attività dei gestori di *tabernae librariae*, ascrivibili alla tipologia delle librerie editrici: a) la produzione delle copie; b) la circolazione delle copie prodotte.

⁶⁶ Sui Sosii e sulla loro attività di commercializzazione libraria, volta al guadagno v., per tutti, U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 193 ss., con letteratura.

Per quanto attiene alla prima fase, un punto di notevole rilievo era costituito dal rapporto intercorrente fra l'editore e l'autore del testo, con specifico riguardo a manoscritti del tutto inediti o a edizioni di particolare pregio (ad es.: per il valore del materiale scrittorio).

L'editore poteva liberamente riprodurre a sue spese un manoscritto già pubblicato, del quale poteva procurarsi un esemplare o acquistandolo o chiedendolo in prestito con un contratto di *locatio-conductio rei*, tenuto conto del fatto che il prestito oneroso di libri era sicuramente praticato (almeno per manoscritti antichi e non facilmente reperibili), come attesta, in particolare, il seguente brano delle Notti attiche di Gellio, a proposito del retore Antonio Giuliano, il quale, allo scopo di accertare se Ennio nel libro VII dei suoi Annali avesse effettivamente scritto '*quadrupes ecus*' (come egli aveva sentito declamare in pubblico da un certo *anagnostes*: Gell., *N.A.* 18.5.4-10), ovvero '*quadrupes eques*', come riteneva più esatto, aveva chiesto e ottenuto in prestito, con molta fatica e con un notevole esborso (*studio pretioque multo . . . conduxit*),⁶⁷ un esemplare di venerabile antichità, forse rivisto addirittura dalla mano del filologo Lampadione (cfr. sopra, nt. 22):

Gell., *N.A.* 18.5.11 : *Sed enim contentus inquit ego his non fuit et, ut non turbidae fidei nec ambiguae, sed ut purae liquentisque esset, 'ecus' ne an 'eques' scriptum Ennius reliquisset, librum summae atque reverendae vetustatis, quem fere constabat Lampadionis manu emendatum, studio pretioque multo unius versus inspiciendi gratia conduxit et 'eques' non 'ecus', scriptum in eo versu inveni.*

Nel caso, invece, di un manoscritto inedito, la sua pubblicazione da parte di editori professionali⁶⁸ era subordinata, in linea di massima,⁶⁹ a un'esplicita manifestazione di assenso

⁶⁷ L'espressione gelliana '*pretioque multo . . . conduxit*' potrebbe sembrare, a prima vista, contraddittoria, perché se, da un lato, il verbo '*conduxit*' rinvia chiaramente alla *locatio-conductio*; dall'altro, la locuzione '*pretioque multo*' farebbe pensare, in linea di massima, alla compravendita. Si tratta, però, di una contraddizione soltanto apparente, tenuto conto sia della marcata affinità della struttura contrattuale della *locatio-conductio* con quella dell'*emptio-venditio* (Gai 3.142; 3.145; D. 19.2.2, Gai 2 *rer. cott.*; I. 3.24); sia - e soprattutto - del fatto che, nella prassi commerciale e nel lessico giurisprudenziale, il segno '*pretium*', è adoperato espressamente per denotare, in alternativa a *merces* e a *pensio*, anche il valore economico della *res*, delle *operae*, dell'*opus*, oggetto di una *locatio-conductio*. Così, ad es., D. 19.2.28.2 (Labeo, 4 *post epit. a Iavol.*): *Idem iuris esse, si potestatem conducendi habebat, uti pretium conductionis praestaret*; D. 19.2.51.1 (Iavol. 11 *epist.*): *Non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur*; D. 19.2.58 pr. (Labeo 4 *post. epit. a Iavol.*): *Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti ita, ut emptori mercedes inquilinorum accederent. Quamvis eam conductor maiore pretio locaret, tamen id emptori accedit, quod tibi conductor debeat.*

Rimane, però, da individuare la ragione che poteva indurre un bibliofilo, pur di ottenere un libro in prestito, a pagare un costo uguale o addirittura superiore al prezzo di acquisto. La ragione, a mio avviso, è data dal fatto, che per libri antichi o rari, il librario considerava il prestito oneroso più vantaggioso della vendita. Il compratore, infatti, divenuto proprietario del manoscritto acquistato, avrebbe potuto liberamente produrne altre copie; concedendo, invece, uno o più manoscritti soltanto in prestito, il libraio realizzava cospicui guadagni, conservandone al tempo stesso la proprietà, con la conseguente possibilità di approntarne eventuali copie, allo scopo di sopperire all'inevitabile usura di quelli concessi in prestito.

⁶⁸ Prescindendo - s'intende - in questa sede, da taluni casi, peraltro ampiamente attestati, di edizioni pirata. Cfr., in particolare, P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 358 ss.; v. pure T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 56 s. Per quanto attiene al dibattito tema della rilevanza giuridica del plagio, v., per tutti, U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 117 ss., con dettagliata citazione e discussione della letteratura, soprattutto romanistica.

⁶⁹ Dico in linea di massima, perché l'autore ben poteva rimettere all'*arbitrium* dell'editore la decisione di

dell'autore, come possiamo dedurre, da due epistole, una di Cicerone, l'altra di Quintiliano, indirizzate ai rispettivi editori, Attico e Tirone.

Nella prima (del primo luglio del 45 a.C.) Cicerone, con riferimento alla pubblicazione dei suoi *libri 'de finibus'*, dopo un'iniziale protesta per l'allestimento di un'edizione che non sarebbe stata da lui autorizzata ('*iniussu meo*': *ad Att.* 13.21a.1), riconosce subito dopo, in modo esplicito, di non aver precisato, a suo tempo, che egli non riteneva ancora definitivo il quinto libro: '*a me enim praetermissum est ut dicerem me eos exire nondum velle*' (*ad Att.* 13.21a.2).

Nella seconda lettera, Quintiliano, aderendo alla sollecitazione di Trifone e venendo incontro alla richiesta del mercato, palesava in modo esplicito il suo assenso (*permittamus*) alla pubblicazione di tutti i libri della '*Institutio oratoria*', opera alla quale egli lavorava, peraltro, da molti anni:

Quint., *ep. ad Trifonem*, § 3: *Sed si tantopere efflagitantur quam tu adfirmas, permittamus vela ventis et oram solventibus bene precemur.*

Sempre con riferimento al rapporto intercorrente fra editore e autore, non mi sembra che possa escludersi una consensuale compartecipazione di entrambi alle spese di produzione, soprattutto in caso di edizioni pregiate e di alto costo. Ritengo che deponga in tal senso un'epistola ciceroniana del 13 luglio del 45 a.C., oggetto in dottrina di valutazioni contrastanti:⁷⁰

Cic., *ad Att.* 13.25.3: *Sed tamen ego non despero probatum iri Varroni et id, quoniam impensam fecimus in macrocolla, facile patior teneri. Se etiam atque etiam dico, tuo periculo fiet. Qua re si addubitas, ad Brutum transeamus; est enim is quoque Antiochius.*

Il brano verte sui tagli apportati alla prima edizione degli *Academia*, opera che annoverava Marco Terenzio Varrone fra i personaggi del dialogo. Da qui la decisione di Cicerone, e il correlato invito rivolto ad Attico, di sottoporre il nuovo testo all'approvazione di Varrone, che Cicerone spera di poter ottenere, pur ribadendo, in ogni caso, la sua ferma volontà di confermare i tagli, '*quoniam impensam fecimus*' (perché affrontata, appunto, da Cicerone assieme ad Attico) '*in macrocolla*'.⁷¹

pubblicare o no un testo già compiutamente definito. In tal senso si orientò, appunto, Cicerone, il 3 giugno del 60 a.C., quando decise di licenziare e inviare ad Attico il *Commentarium consulatus mei* (*ad Att.* 2.1.2: *Tu, si tibi placueri liber, curabis ut et Athenis sit et in ceteris oppidis Graeciae. Videtur enim posse aliquid nostris rebus lucis adferre*), e il 25 ottobre del 44 a.C., quando decise di inviargli, assieme a una lettera, scritta nella sua casa di Pozzuoli, la seconda Filippica: '*Orationem tibi misi: Eius custodiendae et proferendae arbitrium tuum. Sed quando illum diem cum tu edendam putes?*' (*ad Att.* 15.13.1).

⁷⁰ Cfr., in vario senso, T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 47 e nt. 60; P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 355 e nt. 12, con letteratura; U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 168 nt. 29; 170 nt. 36, con altra letteratura.

⁷¹ Secondo P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 355 nt. 12, «l'uso del termine *macrocollum* ci fa capire che Cicerone ha speso denaro per approntare l'originale degli *Academia*, che ora è nelle mani di Attico». In effetti, però, l'intero § 3, incentrato sull'invito, rivolto ad Attico, a dare i libri a Varrone, a rischio dello stesso Attico (*tuo periculo*), prova, a parer mio, che si trattava di un testo già pronto per l'edizione, al punto che lo stesso Cicerone prospettava, in caso di rifiuto, l'idea di sostituire il nome di Varrone con quello di Bruto, pur di lasciare inalterata la stesura che egli considerava definitiva e pronta per la pubblicazione.

Giova precisare, in proposito, che l'eventuale contribuzione dell'autore alle spese editoriali, non implicava una sua speculare compartecipazione agli utili. Il vantaggio dell'autore era costituito soltanto dalla diffusione di testi pregevoli sotto il duplice profilo della veste editoriale e del contenuto, e dalla fama che ne conseguiva. Eventuali vantaggi economici potevano discendere unicamente dalla vendita ad amatori di manoscritti di contenuto letterario o scientifico, non ancora editi, come attestano, in particolare, i casi dell'erudito Pompilio Andronico (Suet., *De gramm.* 8.3) e dello scienziato Plinio il Vecchio (Plin. min., *Ep.* 3.5.17);⁷² e, per i componimenti poetici, due epigrammi di Marziale (11.108; 12.47), oggetto in dottrina di contrastanti valutazioni.⁷³

Con specifico riguardo a tutte le altre attività della prima fase finalizzate all'allestimento delle copie programmate per il mercato librario, i rapporti contrattuali praticati dai gestori delle librerie editrici possono essere fondamentalmente ricondotte alle tipologie dell'*emptio-venditio* e *locatio-conductio operarum*. La prima era utilizzata, ovviamente, per l'acquisizione delle attrezzature e della manodopera servile (prevalente al tempo di Attico). La seconda era impiegata per la retribuzione di scrivani liberi, la cui mercede era commisurata, di norma (almeno dalla seconda metà del I° secolo d.C.), al numero delle linee copiate;⁷⁴ circostanza, questa, che induceva l'amanuense a scrivere in fretta e furia, al fine di guadagnare di più, come attesta un noto epigramma di Marziale (già in parte trascritto, sopra, § 5, nt. 62):

Mart., *Epigr.* 2.8.1-4:

*Si qua videbuntur chartis tibi, lector, in istis
sive obscura nimis sive latina parum,
non meus est error: nocuit librarius illis
dum properat versus adnumerare tibi.*

Per quanto attiene, in fine, alla circolazione delle copie prodotte, che rappresenta la seconda fase delle attività dei gestori delle librerie editrici, le relative tipologie contrattuali erano costituite non soltanto dall'*emptio-venditio*, ma anche dalla *locatio-conductio rei*, utilizzate entrambe come strumenti negoziali del commercio librario: l'una per la vendita, l'altra per il prestito oneroso.

Alla determinazione del prezzo dei libri posti in vendita concorrevano diversi fattori:⁷⁵ la qualità del materiale scrittorio, il livello calligrafico, l'allestimento modesto o di lusso delle copie, il prestigio dell'autore e dell'editore, il livello generale dei prezzi, la prevedibile risposta (seppure in via approssimativa, ovviamente) del mercato. Una scrupolosa valutazione di tutti questi fattori era essenziale, oltre che utile, per tentare di realizzare un equilibrio ottimale fra costi e guadagni, anche se talvolta l'editore stabiliva prezzi che superavano nettamente,

⁷² Su predetti casi v. T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 67 e ntt. 146 e 147; U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 188 ss., con letteratura.

⁷³ V., in proposito U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici*, cit., 190 ss., con ampi ragguagli bibliografici.

⁷⁴ In materia e, in particolare, sulla sticomетria e sull'editto *de pretiis* di Diocleziano v. T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 52 s.; M. CAROLI, *Il commercio dei libri*, cit., 27 ss.

⁷⁵ Sul costo dei libri nel mondo romano v., in particolare, T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 69 ss., 77s.; P. FEDELI, *I sistemi di produzione*, cit., 361 ss.; M. CAROLI, *Il commercio librario*, cit., 27 ss.

secondo Marziale (con specifico riferimento al suo gracile libello dei ‘*Xenia*’, che l’editore Trifone vendeva al prezzo di quattro sesterzi),⁷⁶ il concreto ed effettivo rapporto fra costi e lucro:

Mart., *Epigr.* 13.3.1-4:
Omnis in hoc gracili xeniorum turba libello
constabit nummis quattuor empta tibi.
Quattuor est nimium? poterit constare duobus,
et faciat lucrum bybliopola Triphon.

L’aspetto più singolare del commercio librario delle librerie editrici nel mondo romano è costituito dal fatto che il fine di lucro era perseguito non soltanto con la vendita di copie di manoscritti, ma anche con il prestito oneroso di libri (soprattutto rari e antichi), realizzato in conformità allo schema contrattuale della ‘*locatio-conductio rei*’, come prova, in particolare, il verbo ‘*conduxi*’ del brano gelliano *N.A.* 18.5.11, già sopra trascritto.

Nell’ambito dell’Urbe il prestito oneroso di libri mi sembra sicuramente attestato, come ho già precisato, dal brano 18.5.11 delle *Notti Attiche* di Aulo Gellio, con specifico riferimento a un manoscritto, di venerabile antichità, del libro VII degli *Annali* del poeta Ennio, che il retore Antonio Giuliano aveva chiesto e ottenuto in prestito da un libraio, con un notevole esborso di denaro.

Le notizie più interessanti e rilevanti ci provengono, però, dall’Egitto greco-romano e, segnatamente, dal papiro Petaus 30, relativo all’attività professionale di Deio (sopra, § 4), e dai papiri Oxyr. 18/9192 e P. Horak 16 (entrambi del II° sec. d.C.), relativi all’attività professionale di Demetrio, gestore di una *taberna libraria* (sopra, § 5, nt. 48) ad Alessandria o a Ossirinco, ben noto a studiosi e lettori per la sua attività commerciale, svolta in campo librario, soprattutto con il prestito oneroso di libri, e specificamente ricercato e apprezzato, nella cerchia dei bibliofili, per la sua eccezionale dotazione, a differenza di altri librai, di libri rari e di notevole pregio editoriale.⁷⁷

8. La responsabilità penale dei librai.

Procederò ora all’esame della responsabilità penale dei gestori delle librerie editrici e del loro personale⁷⁸ alla luce di un noto e assai dibattuto brano del libro 56 *ad edictum* di Ulpiano, inserito dai commissari giustinianeî nel titolo ‘*De iniuriis et famosis libellis*’ dei *Digesta*:

⁷⁶ Secondo T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 69, quattro sesterzi equivarrebbero a circa due euro. Si tratta, però, di confronti monetari ampiamente congetturali.

⁷⁷ Sui menzionati papiri e sulla diffusione del prestito librario oneroso (denominato, con odierna terminologia, “noleggîo”) nell’Egitto greco-romano v., in particolare, M. CAROLI, *Il commercio librario*, cit., 13 ss.

⁷⁸ Da distinguere, ovviamente, dalla censura politica e dalle correlate misure repressive, che potevano colpire non soltanto gli autori di libri, ma anche gli stessi librai, come attesta, ad es., Suet., *Domit.* 10.1, con riferimento agli scritti dello storico Ermogene di Tarso: ‘*Item Hermogenem Tarsensem propter quosdam in historia figuras [occidit], libraris etiam, qui eam descriperant, cruci fixis*’. V., in proposito T. KLEBERG, *Commercio librario*, cit., 77.

D. 47.10.5.9-11 (Ulp. 56 *ad ed.*): 9. *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum feret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur.* 10. *Eadem poena ex ex senatus consulto tenetur etiam is, qui επιγράμματα aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum produxerit: item qui emendum vendendum curaverit.* 11. *Et ei, qui indicasset, sive liber sive servus sit, pro modo substantiae accusatae personae aestimatione iudicis premium constituitur, servo forsitan et libertate praestanda. Qui enim si publica utilitas ex hoc emergit?*

I tre paragrafi del trascritto brano vertono sul reato di diffamazione, con specifico riguardo:

a) agli aspetti soggettivi (persone imputabili) e oggettivi (condotta tipica): *librum ad infamiam alicuius scribere, componere, edere nominatim, vel alterius nomine vel sine nomine; dolo facere quo quid eorum feret* (§ 9); *epigrammata aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum producere; emendum vendendum curare* (§ 10);⁷⁹

b) alla sanzione accessoria (*intestabilitas*) contemplata nella normativa vigente: *Lex Cornelia de iniuriis*, integrata da un successivo *senatus consultum* (§§ 9 e 10);

c) alla previsione normativa di misure premiali a favore di eventuali *indices* (correi dissociati), la cui *ratio* è specificamente colta e giustificata da Ulpiano, in sede di commento, alla luce del criterio pragmatico della *publica utilitas* (§ 11).

Il brano ulpiano - che ritengo sostanzialmente genuino - ha suscitato in dottrina diversi rilievi critici e notevoli divergenze interpretative, che si estendono dall'individuazione delle fonti normative (*lex* e *senatus consultum*) al periodo finale '*quo enim si publica utilitas ex hoc emergit?*',⁸⁰ considerato da una parte della dottrina del tutto compilatorio.⁸¹

Per quanto attiene, in particolare, all'individuazione delle fonti normative, sono convinto che Ulpiano con le locuzioni '*ex lege*' (§ 9) e '*ex senatus consulto*' (§ 10) abbia inteso riferirsi rispettivamente alla *lex Cornelia de iniuriis* (81 a. C.) e a un successivo senatoconsulto, forse di età augustea. Verosimilmente, quest'ultimo si limitò a estendere le misure repressive (*aestimatio pecuniaria* e *intestabilitas*) e premiali (a favore dei correi dissociati)⁸² - che erano state disposte, a suo tempo, dalla *lex Cornelia* per chi avesse scritto composto e pubblicato

⁷⁹ La normativa, in materia di diffamazione, che vigeva al tempo di Ulpiano, si applicava pertanto a coloro che, a vario titolo (autori, scrivani, editori, e quanti si fossero adoperati per acquistarli e venderli), avessero partecipato alla produzione e alla diffusione di scritti, anche anonimi o pseudonimi, o di altre forme espressive non scritte, *ad infamiam alicuius pertinentes*.

⁸⁰ Per un quadro d'insieme dei diversi orientamenti dottrinali sui singoli punti del brano ulpiano v. R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', cit., 316 ss.; v. pure C. RUSSO RUGGERI, *Collaborazione dei correi dissociati*, cit., 136 ss.; EAD., *Indices e indicia*, cit., 82 ss.

⁸¹ In tal senso v., da ultimo, M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo*, cit., 26 ss., che attribuisce l'inciso finale alla mano dei compilatori, i quali lo avrebbero inserito allo scopo di connettere il brano ulpiano al successivo frammento paolino D. 47.10.6.

⁸² In tal senso v. C. RUSSO RUGGERI, *La collaborazione dei correi dissociati*, cit., 137 ss., con letteratura, che attribuisce - a mio avviso a ragione - alla *lex Cornelia* anche la previsione delle misure premiali, comunemente imputate dalla dottrina al senatoconsulto menzionato da Ulpiano. V. pure R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', cit., 316 ss., con ampia analisi dei diversi orientamenti dottrinali.

libri ad infamiam alicuius pertinentes, anche se editi *sine* o *alterius nomine*, e per chi si fosse adoperato con dolo perché ciò fosse fatto –, agli autori di brevi componimenti poetici o di altre forme espressive non scritte (disegni, graffiti, sculture, distribuiti o esposti in pubblico) e a quanti si fossero curati di acquistarli e venderli.⁸³

Ciò posto e a completamento di quanto ho già precisato (sopra, § 3), circa le diverse attività sottese, in campo librario, ai verbi *scripserit*, *composuerit*, *ediderit* del § 9 del brano ulpiano, in questa sede mi limiterò soltanto ad alcune brevi riflessioni sullo scopo delle misure repressive e premiali contemplate nella legge sillana.

Per comprendere esattamente lo scopo delle misure repressive e premiali disposte dalla *lex Cornelia*, con specifico riguardo ai libri *ad infamiam alicuius pertinentes*, mi sembra indispensabile procedere ad una preliminare riflessione sul paragrafo iniziale del frammento ulpiano D. 47.19.5:

D. 47.10.5 pr. (Ulp. 56 *ad ed.*): *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemque ea cognitione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri.*

Il trascritto paragrafo costituisce verosimilmente una sintesi compilatoria dell'originario discorso ulpiano. Depone, in tal senso, a mio avviso, il periodo finale (*Apparet igitur . . . contineri*), che mal si concilia con il periodo iniziale (*lex Cornelia . . . dicat*), sostanzialmente ribadito nel terzo periodo (*lex itaque . . . introita sit*), secondo cui la *lex Cornelia* avrebbe previsto e disciplinato tre fattispecie (*pulsare, verberare, vi domum introire*).

Orbene, ritengo che le tre fattispecie, considerate esclusive da una parte della dottrina,⁸⁴ siano state appositamente menzionate, all'inizio dell'originario discorso ulpiano, in considerazione del fatto che rappresentavano – come, peraltro, è stato già non a torto sostenuto⁸⁵ – «i casi principali in relazione ai quali era consentito *iniuriarum agere*», ai sensi e per gli effetti della *lex Cornelia*. Subito dopo, Ulpiano avrà verosimilmente menzionato,

⁸³ Per G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in ANRW 11/14, Berlin-New York 1928, 771 ss., secondo il quale la *lex Cornelia* avrebbe contemplato, istituendo un'apposita '*quaestio*', esclusivamente le fattispecie del *pulsare, verberare, vi domum introire* (D. 47.10.5 pr.), le fattispecie diffamatorie contemplate in D. 47.10.5.9-11 sarebbero state introdotte da due distinti senatoconsulti: il primo, identificato il provvedimento senatorio di cui parla Suet., *Aug.* 55, avrebbe contemplato ogni tipo di attività diffamatoria, scritta o orale, in prosa o in poesia, edita o inedita; il secondo avrebbe aggiunto soltanto la fattispecie dell'anonimato. Sul punto cfr., con altri ragguagli bibliografici, R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', cit., 325 s., nt. 53.

⁸⁴ Citazioni in C. RUSSO RUGGERI, *La collaborazione*, cit., 138, ntt. 86-87; V. pure R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*', cit., 323 e nt. 53, per quanto attiene al dibattuto problema della possibilità di ravvisare nella *lex Cornelia de iniuriis* un '*quartum genus iniuriarum*'; adde M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo*, cit., 88, nt. 125, il quale ritiene che dalle fonti non «si possa trarre tale ipotesi».

⁸⁵ Così C. RUSSO RUGGERI, *La collaborazione*, cit., 137.

a parer mio, le diverse attività librarie (sottese ai verbi *scripserit*, *composuerit*, *ediderit*), specificamente finalizzate ‘*ad infamiam alicuius*’. Si spiega così l’affermazione finale, con la quale Ulpiano volle sintetizzare ed evidenziare, al termine del paragrafo introduttivo, il comune denominatore delle fattispecie contemplate nella *lex Cornelia de iniuriis*: ‘*apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fit* (in contrapposizione, ovviamente, all’*iniuria* verbale) *lege Cornelia contineri*’.

In piena sintonia con l’impostazione e l’articolazione delle predette considerazioni introduttive, l’*iter* argomentativo dei successivi paragrafi è incentrato, non a caso, sulla simmetrica ricognizione (rispetto all’ordine espositivo del § precedente) della condotta delle diverse fattispecie criminose contemplate e disciplinate nella legge sillana: *pulsare* e *verberare* (§ 1), *vi domum introire* (§§ 2-5); *scribere componere edere libri, ad infamiam alicuius pertinentes* [§§ 9, 10 (per le misure integrative del senatoconsulto) e 11].

Ai nostri fini rilevano, ovviamente, soltanto i §§ 9-11, che attengono unitariamente alla fattispecie criminosa della diffamazione realizzata per mezzo di libri o di altre forme espressive.

Nel § 9, Ulpiano evidenzia la condotta tipica della diffamazione, disciplinata dalla *lex Cornelia de iniuriis*, utilizzando e trascrivendo, con ogni verosimiglianza, l’enunciato legislativo: ‘*si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret*’.

Si trattava, pertanto, di un *crimen*, che implicava e comportava, di norma, la compartecipazione di più soggetti: l’autore (*composuerit*); lo scrivano, libero o schiavo (*scripserit*); l’editore (*ediderit*); e chiunque si fosse attivato dolosamente affinché ciò fosse fatto (*dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret*).

Alla luce di tale circostanza si può ben comprendere lo scopo delle misure repressive e premiali, specificamente contemplate nella normativa sillana.

La *lex Cornelia* mirava, in definitiva, a scoraggiare (con sanzioni repressive) e a neutralizzare (con misure incentivanti) la compartecipazione a un *crimen*, che pur ledendo in modo diretto e immediato, l’onorabilità di singole persone, era potenzialmente in grado d’inquinare e compromettere la convivenza e la pace sociale. Rispondono appunto a tale obiettivo le sanzioni repressive (pene) e le misure incentivanti (premi) volte a rafforzare il precetto legislativo; e, precisamente, la pena dell’*instabilitas*, in aggiunta a quella pecuniaria, e i premi volti a promuovere, in perfetta sintonia con un preciso indirizzo di politica del diritto, perseguito dalla legislazione sillana in tema di *quaestiones perpetuae*,⁸⁶ la collaborazione giudiziaria degli *indices* (correi dissociati), che era ritenuta oggettivamente necessaria e indispensabile, nell’ipotesi di libri diffamatori editi *sine* o *alterius nomine*,⁸⁷ al punto da indurre Ulpiano a giustificare l’incentivazione con premi sulla base del criterio pragmatico dell’*utilitas publica*.

In particolare, i premi previsti dalla legge sillana consistevano in una somma di denaro, commisurata al patrimonio posseduto (*substantia*) dall’*accusata persona*, a favore di ‘*indices*’

⁸⁶ V., sul punto, C. RUSSO RUGGERI, *La collaborazione*, cit., 129 ss., con letteratura.

⁸⁷ In questi casi e in assenza di ‘*indices*’, la *probatio* della fattispecie criminosa sarebbe stata, infatti, *difficilis*, come dice espressamente Paolo (D. 47.10.6), sia pure con specifico riferimento alle disposizioni del senatoconsulto.

di condizione libera e anche nella concessione della libertà a favore di schiavi,⁸⁸ concessione di notevole rilievo, tenuto conto del fatto che la gran parte del personale utilizzato nelle *tabernae librariae* era costituita da persone di rango servile.

9. Conclusioni.

Al termine dell'*iter* argomentativo fin qui svolto, mi sembra opportuno enucleare ed evidenziare, sia pure in termini sintetici, le seguenti conclusioni:

A) La locuzione '*taberna libraria*', strettamente legata alla prassi economico-commerciale della produzione e della circolazione libraria, denota, sotto il profilo tecnico-giuridico, in piena sintonia con la nozione "editale - giurisprudenziale" di '*taberna instructa*' (Ulp. D. 50.16.185) e con le locuzioni giurisprudenziali '*genus negotiationis*' (Ner. D. 33.7.23) e '*instrumenta negotiationis*' (Paul. D. 33.7.13), un complesso di *res et homines*, predisposti e organizzati dal titolare della *taberna* per la produzione e la diffusione di copie di libri di vario genere (§§ 4 e 5).

B) Il dato più rilevante dell'esperienza commerciale romana in campo librario è costituito dal preminente rilievo, nell'ambito generale delle *tabernae librariae*, della tipologia delle "librerie editrici", che erano contraddistinte da un insieme di *res* (attrezzature) *et homines* (personale), predisposto e organizzato dal titolare di una *taberna libraria* non soltanto per la commercializzazione (vendita e prestito oneroso), ma anche per la produzione di copie di libri (§§ 5-6).

C) L'attività economico-commerciale delle librerie editrici era improntata, al pari di quella di qualsiasi altra *negotiatio* (impresa), al fine di lucro, con ovvie ripercussioni, dal punto di vista contabile, sul binomio costi-guadagni (§ 6).

D) Nel quadro complessivo delle tipologie contrattuali adoperate dai titolari delle librerie editrici nell'esercizio della loro attività economico-commerciale, l'aspetto più singolare è costituito dal fatto che il fine di lucro era normalmente perseguito non soltanto con la vendita di copie di manoscritti, ma anche con il prestito oneroso di libri (soprattutto rari e antichi); prestito realizzato, sotto il profilo negoziale, per mezzo dello schema contrattuale della '*locatio rei*' (§ 7).

E) L'edizione e la diffusione di *libri ad infamiam alicuius pertinentes*, nella misura in cui, pur ledendo in modo diretto e immediato l'onorabilità di singole persone, era potenzialmente in grado d'inquinare e compromettere la convivenza e la pace sociale, rendeva i titolari delle librerie editrici e il loro personale penalmente responsabili, al pari dell'autore, ai sensi e per gli effetti della *lex Cornelia de iniuriis* (§ 8).

⁸⁸ Le predette misure incentivanti, disposte dalla legge sillana, furono estese dal senatoconsulto, menzionato nel § 10 del brano ulpiano, alle fattispecie di epigrammi disegni graffiti, diffusi e circolanti anche con la complicità di venditori e compratori.

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

La trattazione di Gai 3.140-141
sul *pretium* nella compravendita,
tra ‘*regulae*’ e *ius controversum*

ABSTRACT

The text of Gaius' Institutes concerning the price of a sale contains a curious peculiarity. Gaius first of all reports the requisites of the price in the form of peremptory rules, but soon afterwards he indicates as consequence (*nam...*) a contrast of views: some jurists admit the relevance of a sale which doesn't observe these requisites. The Author suggest that the (merely) apparent contradiction is an example of the particular approach 'operativo-cautelare' of the whole work: Gaius wants to point out, in a 'warning perspective', the conditions to be complied so that the effect of the legal transaction is sure and beyond dispute, by distinguishing from the case in which the effect is uncertain.

PAROLE CHIAVE

Pretium; emptio-venditio; locatio-conductio; Istituzioni di Gaio; regulae; ius controversum.

LA TRATTAZIONE DI GAI 3.140-141 SUL *PRETIUM* NELLA COMPRAVENDITA, TRA ‘*REGULAE*’ E *IUS CONTROVERSUM**

1. La trattazione delle Istituzioni di Gaio in materia di *emptio-venditio* consiste, com'è risaputo, in alcune notazioni concernenti la configurabilità o meno (e cioè, l'efficace costituzione o meno) di una *emptio-venditio* in relazione all'elemento del *pretium*. Ancorché si tratti di uno squarcio notissimo, è opportuno averlo direttamente e fin d'ora sotto gli occhi:

Gai 3.139. *Emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit ac ne arrha quidem data fuerit. nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae.* 140. *Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos conuenerit, ut quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit empti, Labeo negauit ullam uim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et uenditionem;*¹ *cuius opinionem Proculus secutus est.* 141. *Item pretium in numerata*

* Il contributo riproduce una relazione tenuta al *Colloque Internationale* sul tema “*Valeur juridique et force performative du langage dans la tradition romanistique*”, che si è svolto presso l'Université Paris II Panthéon Assas nei giorni 24-27 settembre 2014. La presente ricerca si inserisce nell'ambito del P.R.I.N. 2010-2011 “L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento”.

¹ La maggior parte degli editori, con ragione, integra il tratto ‘*Ofilius et eam emptionem et uenditionem*’ con l’inserimento di un *verbum existimandi*: ‘*et uenditionem <esse putavit>*’ (Huschke, Seckel-Kübler, Aranjó Ruiz-Guarino), ‘*et uenditionem <esse existimavit>*’ (Polenaar, De Zulueta), ‘*et uenditionem <existimavit>*’ (Krüger), ‘*et eam emptionem <putat> et uenditionem*’ (Goeschen, Heffter, Pellat). I riscontri invocati, in tempi recenti, da H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181. *Die Kontraksobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 258, per mantenere, al contrario, la lezione trådita non appaiono conducenti. Invero, nella correlazione di Gai 2.231 ‘*nostri praeceptores nec tutores eo loco dari posse existimant; sed Labeo et Proculus tutores dari posse*’ l’indicazione retta sia dall’esplicito ‘*existimant*’ sia, subito dopo, da un verbo sottinteso è la stessa (‘*tutores dari posse*’), laddove nel caso di Gai 3.140 le due indicazioni sono del tutto diverse: ‘*ullam uim hoc negotium habere*’, da un lato, ‘*et eam emptionem et uenditionem*’, dall’altro; e per di più, in Gai 3.140 le due valutazioni, quella espressa e quella che, secondo Nelson-Manthe rimarrebbe sottintesa, sono di segno opposto: un ‘*negare*’ da parte di Labeone e un ammettere da parte di Proculo. Né sono utilizzabili i testi di Gai 3.118 (‘*Sponsoris uero et fideipromissoris similis condicio, fideiussoris uale dissimilis*’), 3.181 (‘*...Quae autem legitima iudicia et quae imperio continentia, sequenti commentario referemus*’) e 3.217 (‘*...Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum, actio hoc capite constituitur*’), parimenti citati dai due studiosi (insieme con 1.78, ma credo per una svista), in quanto essi, ove davvero non richiedano una integrazione, attesterebbero comunque un fenomeno diverso e cioè l’uso di sottintendere il verbo ‘*esse*’ (nelle forme, rispettivamente, ‘*est*’, ‘*sint*’ e ‘*fuerit*’).

pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, ueluti homo aut toga aut fundus alterius rei <pretium esse possit>, ualde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod uulgo putant per permutationem rerum emptionem et uenditionem contrahi, eamque speciem emptionis uenditionisque uetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait: [...] et reliqua. diuersae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et uenditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae uideatur res uenisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem uideri et uenisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum uideri. sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi uenalem habenti, ueluti fundum, acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

Dopo aver precisato (§ 139) che la compravendita “si contrae” una volta che ci si è accordati sul prezzo, sebbene il prezzo non sia stato ancora versato né sia stata consegnata un’arra, Gaio avverte che il prezzo “deve” essere *certum*. Infatti – prosegue il giurista –, diversamente, se tra due soggetti ci si accorda nel senso che la cosa sarà venduta al prezzo che Tizio avrà stimato, Labeone, seguito da Cassio, ha negato che l’operazione abbia efficacia; invece, Ofilio, seguito da Proculo, ha ritenuto che anche questa è una compravendita (cioè, che anche in questo caso la compravendita si conclude, si contrae).² Quindi, Gaio considera un altro profilo legato al *pretium*: «Parimenti (*item*), il *pretium* “deve” consistere in *pecunia numerata*. Infatti, se il prezzo possa risiedere in altre cose, per esempio se uno schiavo o una toga o un terreno possa essere prezzo di un’altra cosa, è oggetto di acceso dibattito (*ualde quaeritur*)». Segnatamente, i Sabiniani ritengono che il prezzo possa consistere anche in un’altra cosa: dal che deriva, continua Gaio, che essi ritengono comunemente che la compravendita si contrae tramite permuta delle cose, e che questa forma di compravendita è antichissima, e adducono al riguardo come argomento alcuni versi di Omero.³ I Proculiani dissentono e ritengono che una cosa è la *permutatio rerum*, altra cosa l’*emptio et venditio*: diversamente, non si potrebbe riconoscere, permutate le cose, quale *res* risulta esser venduta e quale esser data a titolo di prezzo ed evidentemente (il testo è corrotto, ma il senso è chiarissimo, anche grazie al confronto con Iust. Inst. 3.23.2) risulta assurdo che entrambe le cose siano al contempo vendute e date a titolo di prezzo. Tuttavia – prosegue Gaio –, Celio Sabino afferma che se a colui che possiede una cosa destinata alla vendita (*res uenalis*), ad es. un terreno, qualcuno dà, ad es., uno schiavo a titolo di prezzo, il terreno risulta esser venduto, lo schiavo invece risulta esser stato dato a titolo di prezzo, affinché il terreno venisse acquistato.⁴

² Con ogni verosimiglianza, la diversità di posizione riflette una differente configurazione dell’operazione: per Labeone e Cassio, si trattava di un contratto di compravendita con un patto aggiunto, per Ofilio e Proculo, di un contratto di compravendita sottoposto a condizione: cfr. *infra*, nt. 26.

³ Su questi versi - il cui specifico contenuto non rileva ai nostri fini - rinvio, per tutti, a P. BLAHO, *Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung des Homer*, in E. JAKAB - W. ERNST (hrsgs.), *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in der europäischen Kaufrechtsordnungen*, Köln-Heidelberg 2008, 53 ss.

⁴ È questa la sostanza della fattispecie prospettata da Celio Sabino, a prescindere dall’eventualità che il testo pervenutoci debba (come ritenuto dai più) emendarsi – o espungendo ‘*acceperim et*’ (a questa opzione, risalente al Mommsen, corrisponde la versione italiana che ho fornito) o sostituendo a queste parole il verbo ‘*accesserim*’ (che alluderebbe all’accostarsi da parte di un interessato all’acquisto: «se io abbia avvicinato

2. Com'è palese, i due paragrafi concernenti i requisiti del *pretium* (§§ 140 e 141) presentano una identità di complessiva struttura.

In entrambi i casi viene, dapprima, enunciata una prescrizione netta e recisa: '*Pretium autem certum esse debet*', '*Pretium in numerata pecunia consistere debet*'. Tali prescrizioni erano implicitamente assunte da Gaio come '*regulae*'. Lo si desume dall'esordio della trattazione sulla *locatio-conductio*, congegnata sulla falsariga e in simmetria rispetto a quella riguardante l'*emptio-venditio*. Ivi Gaio enuncia che la *locatio-conductio* "si costituisce" con le stesse *regulae* della compravendita e cioè con le stesse direttive da seguire in fase di compimento del negozio:⁵ che l'impiego del termine '*regulae*' corrisponda alla prospettiva espressa dal verbo '*debere*' usato in materia di compravendita è mostrato dal fatto che nella trattazione sulla locazione vengono richiamate direttive simmetriche rispetto a quelle espresse, appunto, con il '*debet*' in materia di *emptio-venditio*.⁶

Quindi, in entrambi i paragrafi, subito dopo l'enunciazione delle predette prescrizioni, viene data notizia di un contrasto tra giuristi circa la rilevanza o meno di operazioni compiute difformemente dalle prescrizioni stesse:⁷ nel § 140, tra Labeone e Cassio, da un lato, Ofilio e Proculo dall'altro;⁸ nel § 141, tra Sabiniani e Proculiani.

te, che hai una *res* messa in vendita, e ti abbia dato uno schiavo a titolo di *pretium*) – ovvero debba essere mantenuto così come trasmesso dal ms. veronese. Sulla questione sono intervenuti in modo specifico, recentissimamente, G. NICOSTA, *Celio Sabino e le dispute su permutatio ed emptio venditio*, in IURA 62, 2014, 24 ss. e F. LA ROSA, *Celio Sabino e le due Scuole*, in IURA 63, 2015, 104 ss.: il primo in favore del mantenimento del testo tràdito, la seconda a sostegno della proposta mommseniana di mera eliminazione, come glossa, delle parole '*acceperim et*'. Ritengo preferibile quest'ultima soluzione: invero, mi pare abbia ragione Franca La Rosa, da un lato, nel ribadire la difficoltà posta dal collegamento tra '*accipere*' e il dativo '*tibi ... habenti*', dall'altro lato, nel segnalare il contrasto fra un cenno ad un già avvenuto *accipere* ('*si rem ..., veluti fundum, acceperim*') e la successiva indicazione finale '*ut fundum acciperetur*' (non divisibile, invece, mi pare lo spunto che si è voluto trarre dall'uso di '*videri*', che qui, a mio avviso, non va inteso come "sembra che abbia venduto", bensì come "risulta che ha venduto": cfr. *infra*, § 5 su nt. 38).

⁵ Riporto la prima parte della trattazione: Gai 3.142. *Locatio autem et conductio si milibus rebus constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non uidetur locatio et conductio contrahi*. 143. *Unde si alieno arbitrio merces permessa sit, uelut quanti Titius aestimauerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. qua de causa si fulloni polienda curandaue, sarcinatori sarcienda uestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos conuenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*. 144. *Item si rem tibi utendam dederim et inuicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*.

⁶ Precisamente, nei §§ 142-143 viene in questione il requisito della *merces certa*, così come nel § 140 si era prescritto '*pretium certum esse debet*'; e nel § 144 il discorso introdotto da '*item*' sottintende la '*regula*' che la *merces* deve consistere in *pecunia numerata*, così come per la compravendita si era asserito '*item pretium in pecunia numerata consistere debet*'.

⁷ Anche da questo punto di vista la trattazione sulla *locatio-conductio* è simmetrica rispetto a quella sull'*emptio-venditio*. I §§ 142-144, infatti, si articolano attraverso la prospettazione di dispute e incertezze interpretative relativamente alla possibilità o meno di considerare come riconducibili alla figura in esame operazioni nelle quali le due *regulae* corrispondenti a quelle in tema di *pretium* nella compravendita non vengano osservate. A differenza, peraltro, di quanto esposto in ordine al carattere *certum* del *pretium*, con riferimento alla *merces* 'certa' Gaio prospetta due dispute: una riguardante l'ipotesi di fissazione della mercede rimessa all'*arbitrium* di un terzo (come per la compravendita), l'altra riguardante il caso in cui l'ammontare della *merces* sarà concordata in un secondo momento tra le stesse parti.

⁸ Sul punto cfr. *infra*, § 4, a proposito della particolare interpretazione del contrasto tra le due coppie di giuristi proposta da Lorenzo Fascione.

Ebbene, il dato che costituisce oggetto specifico della presente indagine è il seguente. I rilievi che seguono i due ‘*debet*’ sono introdotti da un ‘*nam*’ e cioè sono congegnati in chiave di esplicitazione delle prescrizioni iniziali; tuttavia, dal momento che tali rilievi consistono, come si è appena detto, nel richiamo apposito a contrasti giurisprudenziali sull’effettiva incidenza delle due *regulae*, essi parrebbero, anziché confermare, mettere in discussione l’assolutezza delle *regulae* stesse subito prima formulate.

Questa tensione tra i due elementi dell’esposizione – *regula* formulata con ‘*debet* + infinito’, da un lato, e immediata menzione, in funzione esplicativa, di un *ius controversum*, dall’altro – è rimasta stranamente in ombra pur nel quadro di una sempre più assidua frequentazione storiografica del complessivo squarcio gaiano: i due soli casi di segnalazione che ho potuto incontrare riguardano esclusivamente il § 141 e consistono in semplici accenni, non accompagnati da considerazione apposita né da tentativi di spiegazione.⁹ A me sembra, invece, che il fenomeno meriti una specifica attenzione; e che esso, lungi dall’esser casuale o di trascurabile significato, si inquadri e si giustifichi entro una precisa “logica” dell’approccio didattico gaiano.

3. È il caso, anzitutto, di considerare più da vicino la consistenza dei due riscontri.

Con riferimento al § 141, la polarità tra i due elementi dell’esposizione, che costituisce un dato di evidenza oggettiva, risulterebbe ancora più intrigante ove si seguisse la *communis opinio*, secondo cui Gaio aderiva alla posizione dei Sabiniani, che consideravano come *emptio-venditio* un’operazione di scambio di una *res* contro un’*alia res* non consistente in *pecunia numerata*:¹⁰ in questo caso, infatti, Gaio avrebbe fissato, in apertura, una prescrizione con un tenore formale assai reciso, pur coltivando egli stesso, personalmente, un orientamento di contestazione e disattendimento della stessa!

⁹ In particolare, si registrano, in tempi recentissimi, le rapide notazioni di E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, 210 nt. 9, il quale – sul presupposto che Gaio seguisse l’opinione sabiniana (p. 211) – afferma che l’asserzione secondo cui il prezzo deve consistere in *pecunia numerata* «sembra in contrasto con quanto lo stesso Gaio riferisce poco dopo: egli infatti, in quanto allievo della scuola sabiniana, conferma l’indirizzo suggerito dai suoi *praeceptores* i quali ritenevano che il prezzo potesse consistere anche in *alia res*»; e di G. NICOSIA, *Celso Sabino*, cit., 30 (cfr. già p. 18), il quale si limita a scrivere: «L’andamento complessivo del discorso svolto da Gaio [...] appare [...] assai strano. Infatti, dopo aver recisamente affermato che *pretium in numerata pecunia consistere debet*, quindi aver presentato questo come principio indiscusso, subito dopo contraddittoriamente afferma che era fortemente discusso (*valde quaeritur*) se in *ceteris rebus pretium esse possit*, come sostenuto dai suoi *praeceptores*, o dovesse in *numerata pecunia consistere*, come sostenuto dai *diversae scholae auctores*». Dal canto suo, A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22: Gaio e il ‘iudicium quasi de novo negotio’*, in TSDP 5, 2012, 6 s. semplicemente commenta: «Evidentemente, la certezza del *pretium* e della *merces* erano requisiti la cui essenzialità era oggetto di *ius controversum*». Aggiungasi l’implicita rilevazione che, a suo tempo, dovette certo determinare l’arbitraria e radicale riscrittura dell’incipit del § 141 da parte G. BESELER, *Romanistische Studien*, in TR 8, 1928, 282: <An> [-] *pretium in numerata pecunia consistere* <debeat> [-] *quaeritur*.

¹⁰ Tra la lett. più recente cfr. A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 79 (= ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 246); E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in SDHI 63, 1997, 59 nt. 267; G. MELILLO, *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli 2000, 63; 216 nt. 27; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 382; C. PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d.C.*, in L. GAROFALO (cur.), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell’area contrattuale*, Padova 2011, 109 (implicitamente); E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., 211.

In realtà, però, a me pare che Gaio seguisse l'opinione dei Proculiani.

In questo senso può orientare, anzitutto, la disparità di trattamento che Gaio mostra nel dar conto delle due contrapposte opinioni. Invero, con riguardo alla tesi sabiniana non vi è alcun cenno ad una vera e propria dimostrazione:¹¹ la tesi è presentata come una mera constatazione del fatto che comunemente (*vulgo*) i Sabiniani ritengono che con la *permutatio rerum* si contrae un'*emptio-venditio*¹² e che la *permutatio rerum* era un tipo antichissimo di compravendita,¹³ come sarebbe provato da alcuni versi omerici. Per contro, in relazione alla tesi proculiana è riferita, sia pure assai brevemente, un'autentica dimostrazione: nella permuta non si potrebbe distinguere quale cosa sia stata venduta e quale sia stata data *pretii nomine*, bensì ciascuna di esse risulterebbe al contempo venduta e data a titolo di prezzo, il che sarebbe assurdo.

Inoltre, e soprattutto, mi pare significativo il riferimento finale ad un'osservazione di Celio Sabino (riferimento che, all'opposto, non di rado è addotto proprio a sostegno di una presunta adesione di Gaio ai propri *praeceptores*).¹⁴ Stando, almeno, ai contenuti di Gai 3.141, credo, in effetti, che si possano trarre due conclusioni.

La prima. Celio Sabino non accettava la tesi sabiniana della normale configurabilità di ogni *permutatio rerum* come *emptio-venditio*: diversamente, infatti, non si spiegherebbe perché egli abbia sentito il bisogno di segnalare una speciale fattispecie di *permutatio*, le cui

¹¹ Mi pare, francamente, eccessiva l'individuazione (anche con riguardo alla tesi sabiniana) di appositi *loci* argomentativi sostenuta recentemente da T. G. LEESEN, *Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies*, Leiden 2009, 215 ss.; cfr. anche EAD., *The controversy about the nature of the price in a contract of sale*, in RIDA 57, 2009, 283 ss. Emblematica di questo tipo di lettura è la riconduzione (Gaius cit., 231 s. = *The controversy cit.*, 299 s.) dell'affermazione '*diuersae scholae auctores dissentiunt a l i u d q u e e s s e existimant permutationem rerum, a l i u d emptionem et uenditionem*' al '*locus a differentia*' (esemplificato tramite Quint., *inst. or.* 5.10.60: '*Quod autem proprium non erit, differens erit, ut aliud est seruum esse, aliud seruire*'): perché dobbiamo pensare ad un consapevole impiego di schemi argomentativi propri della retorica, quando un'affermazione come quella trascritta può ottimamente leggersi come un modo spontaneo (e forse, il più naturale) di esprimere una distinzione tra due figure? Tanto più, poi, se la fissazione della distinzione era concepita per contrastare l'assunto sabiniano secondo cui "la permuta è un tipo [...] di compravendita" (*'eamque speciem emptionis uenditionisque [...] e s s e'*)?

¹² Diversamente, NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 268 traducono '*vulgo*' con "ihre (scil. dei Sabiniani) ganz allgemeine Meinung"; e C. NICOLET, *Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, in *Athenaeum* 62, 1984, 116 intende nel senso che i Sabiniani "étaient d'accord avec l'opinion commune".

¹³ Nelle parole '*eamque speciem emptionis uenditionisque uetustissimam esse*' si è tentati di leggere un riferimento allo strumento della distinzione in *genera* e *species* (cfr., ad es. G. MELILLO, *Categorie economiche*, cit., 64 e nt. 50; C. CASCIONE, *Consensus*, cit., 382; T. G. LEESEN, *Gaius meets Cicero*, cit., 236; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., 223 ss.; da ultimo, C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 107 s., con ulteriore lett. in nt. 39), intendendo, in sostanza, la frase nel seguente modo: "e che questa (scil. la *permutatio rerum*) è una *species* di *emptio-venditio* antichissima". A me pare, piuttosto, che il senso più naturale della frase sia "e (ritengono) che questa *species* di *emptio-venditio* è antichissima" e che in questo caso '*species*' significhi 'tipo', 'forma', senza coinvolgimento dello schema *genus-species*: analogamente, ad es., in Gai 3. 173 (con eloquente uso scambievole dei termini '*species*' e '*genus*': '*Est et alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis ex causis receptum est...*') e in Gai 3.90 ('*Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere...*'). Del resto, un richiamo ai versi omerici meglio si presta a giustificare l'affermazione che si tratta di una forma antichissima di compravendita, anziché a dimostrarne la configurazione come *species* di un *genus*-compravendita.

¹⁴ Cfr., ad es., in tempi recenti, STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., 59 nt. 267; C. CASCIONE, *Consensus*, cit., 388; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., 211 s.

caratteristiche consentono, questa volta sì, un inquadramento dell'operazione nello schema contrattuale della compravendita. A mio modo di vedere, cioè, Celio Sabino adottava, quale punto di vista di fondo, la posizione proculiana, argomentata in termini di impossibilità di distinguere, in assenza di *pecunia numerata*, quale sia la cosa venduta e quale sia il prezzo; e però, egli precisava che questa stessa posizione perdeva la sua ragion d'essere in relazione ad una fattispecie particolare, nella quale, pur in mancanza di *pecunia numerata*, era agevole stabilire che uno degli oggetti permutati era la cosa venduta e l'altro era, invece, una cosa data *pretii nomine*. La fattispecie a tal fine prospettata è quella in cui una delle due cose sia una *res 'venalis'*, cioè una cosa appositamente e dichiaratamente destinata ad esser venduta o addirittura messa in vendita: l'eventuale proposta proveniente da un soggetto che presentasse un' *'alia res'* sarebbe stata subito riconoscibile come proposta di acquisto, e dunque sarebbe stato evidente che questa *alia res* fungeva da *pretium* rispetto alla *res* messa in vendita (o destinata alla vendita), *venalis*. In sostanza, ritengo che Celio Sabino, lungi dall'aver voluto 'superare' o 'aggirare' la posizione di fondo dei Proculiani¹⁵ o assumere una posizione intermedia tra quelle delle due *sectae*,¹⁶ si schierasse, conformemente alla visione proculiana, per la generale diversità di struttura e regime tra compravendita e permuta, ma ammettesse un caso particolare in cui le modalità costitutive del negozio consentivano di individuare una *emptio-venditio* pur in assenza di *pecunia numerata pretii nomine*.

La seconda. La complessiva sequenza dell'intero resoconto gaiano induce a ritenere che il richiamo di Gaio alla notazione di Celio Sabino fosse adesivo. Il che, a sua volta – era questo il punto al quale si accennava poc' anzi –, deporrebbe nel senso che anche Gaio muoveva dalla medesima premessa del ragionamento di Celio Sabino, e cioè, come si è detto, da un pregiudiziale accoglimento dell'impostazione proculiana.¹⁷

Ad ogni modo, quale che fosse il personale convincimento di Gaio, quel che conta è che, come segnalato più su, il § 141 costituisce un'attestazione di evidenza oggettiva: la costruzione di una sequenza tra una recisa *regula* (*'pretium in pecunia numerata consistere debet'*) e una esplicitazione apposita di essa (*'nam...'*) che, però, incrina la solidità della prescrizione attraverso il fatto in sé del richiamo ad un *ius controversum*, è un dato palese ed inequivoco.

¹⁵ Così, ad es., C. CASCIONE, *loc. ult. cit.* (seguito da E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., 216 nt. 27) e, ultimamente, C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 108 («Celio Sabino – opponendosi recisamente alla prospettiva proculiana e precisando il pensiero dei suoi maestri – ...»).

¹⁶ Ampi richiami bibliografici in G. NICOSIA, *Celio Sabino*, cit., 28 nt. 39, alla cui rassegna adde M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in SDHI 72, 2006, 233 (ora in *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, a cura di F. Pergami, Napoli - Roma 2011, 1483).

¹⁷ Appena pochi giorni dopo lo svolgimento del Convegno (*supra*, nt. *) nel quale ho presentato questa lettura sia della posizione di Celio Sabino sia della posizione assunta da Gaio, è apparso il volume di IURA 62, 2014, contenente un'interpretazione analoga di questi due specifici punti nel contempo maturata da parte di Giovanni Nicosia (*Celio Sabino*, cit., p. 28 ss.). Il che, naturalmente, costituisce per me conforto autorevole.

In precedenza, ad una propensione di Gaio verso la posizione dei Proculiani aveva accennato R. QUADRATO, *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, XIII, ma unicamente in ragione della circostanza che Gaio non prende esplicita posizione in merito alla disputa: «il suo silenzio, la sua (apparente) neutralità nel non aderire all'indirizzo dei maestri, può essere interpretata come una presa di distanza, quasi una tacita sconfessione, la prospettiva, da lui intravista, del *novum negotium*» (un più rapido cenno già in ID., *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi*, Napoli 1979, 66, con adesione da parte di P. CAPONE, *Valore ed uso giurisprudenziale di absurdus*, in SDHI 1997, 223).

E questo dato è reso ancora più limpido dalla circostanza che la disputa giurisprudenziale riferita dal giurista è esplicitamente presentata come attuale: ‘*valde quaeritur*’.¹⁸

4.1. Quanto al riscontro presente nel § 140, la sussistenza di un attrito tra enunciazione della *regula*, da un lato, e menzione di contrapposte posizioni giurisprudenziali, dall’altro, va appositamente ribadita a fronte della prospettazione, in tempi recenti, di due interpretazioni che, per vie diverse, postulano invece piena coerenza tra i due predetti elementi dell’esposizione gaiana.

La prima di queste due interpretazioni¹⁹ – che considera il testo del ms. Veronese come coincidente con l’originaria scrittura gaiana e, dunque, come non bisognevole di questa o quella proposta di integrazione di una ipotizzata lacuna²⁰ – assume che tutti e quattro i giuristi richiamati da Gaio configurassero la fattispecie ‘*nam alioquin si inter nos convenerit...*’ come un’*emptio-venditio* con un *pactum* aggiunto e, soprattutto, che tutti fossero d’accordo nel ritenere che l’inosservanza del requisito del *pretium* ‘*certum*’ creava problemi all’operazione negoziale. La difformità di vedute tra i giuristi citati riguarderebbe, unicamente, la gittata della conseguenza negativa (‘*ullam vim habere*’): mentre per Labeone e Cassio il *pactum* aggiunto (‘*negotium*’) in base al quale si rimetteva la determinazione del *pretium* ad un terzo non aveva alcuna efficacia (‘*Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat*’) ma lasciava in piedi la compravendita, invece Ofilio e Proculo ritenevano nulla l’intera compravendita (‘*Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est*’).

Più di un elemento del complessivo tenore formale del testo, tuttavia, ostacola l’accoglimento di questa lettura.

Anzitutto, apparirebbe eccessivo il ricorso, da parte di Gaio, ad una struttura estremamente ellittica quale ‘*et eam emptionem et venditionem*’ per dar conto, in sostanza, di una negazione: tanto più, poi, che questa struttura non è immediatamente legata al verbo sottinteso che la reggerebbe (*negavit*), dal momento che, in mezzo, si frappone l’inciso ‘*cuius opinionem Cassius probat*’.

D’altra parte, per far dire a Ofilio che, oltre al semplice *pactum* aggiunto (come avrebbe ritenuto Labeone), “anche la stessa compravendita” non ha efficacia alcuna, sarebbe stato – credo – più adatto scrivere ‘*et i p s a m emptionem et venditionem*’ anziché ‘*et eam emptionem et venditionem*’.

Infine, e soprattutto, risulta significativo l’uso del termine ‘*negotium*’, che, secondo l’interpretazione in esame, alluderebbe al *pactum adiectum*. Intanto, se Gaio avesse inteso dar notizia di una diagnosi di inefficacia riguardante un patto (aggiunto), sarebbe sorprendente

¹⁸ Successivamente a Gaio, Paolo presenta la discussione come ancora aperta: D. 18.1.1pr. (Paul. 33 ad ed.) *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit ... Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur ...* [1] *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur ... Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem ... Sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.*

¹⁹ L. FASCIONE, *La determinazione dell’oggetto del contratto (vendita e locazione)*, in *Societas-ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999, 80 ss.

²⁰ Cfr. *supra*, nt. 1.

la rinuncia alla soluzione terminologico-concettuale più naturale e, cioè, all'impiego del segno 'pactio' o del segno 'pactum', ricorrenti nel manuale.²¹ Ancor più, poi, rileva il fatto che lo specifico termine 'negotium', non solo nell'intero manuale non è mai usato per indicare un *pactum*, ma appena poche battute prima (Gai 3.136) era stato impiegato, due volte, per alludere all'operazione contrattuale²² (per di più, riferendosi proprio ai contratti consensuali): *'...sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit'*. È inverosimile, a mio modo di vedere, che, di lì a poco, Gaio avesse utilizzato il medesimo termine per riferirsi (in modo già in sé curioso, come detto) al *pactum* aggiunto²³ e proprio in contrapposizione al contratto (sarebbe questo, secondo l'ipotesi in esame, il senso di 'et eam emptionem et venditionem' della tesi ofiliana). Del resto, è notevole che per un'altra ipotesi di separata determinazione del *pretium* lo stesso Gaio usa 'negotium' chiaramente per indicare l'intera operazione contrattuale: D. 18.1.35.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *'Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: "quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum"'*,²⁴ ed è parimenti notevole che 'negotium' è impiegato sempre da Gaio in relazione all'individuazione dell'esatta configurazione contrattuale di una fattispecie al confine tra *emptio-venditio* e *locatio-conductio*.²⁵ In realtà, la scelta, nel nostro Gai 3.140, di ricorrere a

²¹ Per 'pactio' cfr. Gai 1.84; 2.31; 2.64; 3.149; 4.119; per 'pactum' (per lo più abbinato a 'conventum') cfr. Gai 3.179; 4.116; 119; 121; 122; 126.

²² Che in Gai 3.136 il termine 'negotium' indichi il contratto (anziché il 'rapporto giuridico' o l' 'affare') si desume dalla correlazione *'talìa negotia contrahuntur - verborum obligatio ... fieri non possit'*, posto che la *verborum obligatio*, anziché essere il rapporto obbligatorio nascente *verbis*, è l'atto obbligante che costituisce *verbis*: cfr. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 15 nt. 18; G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003, 38 nt. 97.

²³ E ciò, quand'anche si volesse immaginare che il termine fosse stato utilizzato (già) da Labeone.

²⁴ Su questo brano cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo. Un altro impiego di 'negotium' con riferimento al contratto (di compravendita) ricorre nel brano trascritto dai compilatori subito dopo quello ora indicato e anch'esso derivante dal libro 10 *ad ed. prov.* di Gaio: D.18.1.35.3 *'Si quis amico peregre eunti mandauerit, ut fugitium suum quaerat et si inuenerit uendat, nec ipse contra senatus consultum committit, quia non uendit, neque amicus eius, quia praesentem uendit: emptor quoque, qui praesentem emit, recte negotium gerere intellegitur'*.

²⁵ D. 19.2.2.1 (Gai. 2 *rer. cott.*) *'Locatio et conductio proxima est emptioni et uenditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et uenditio ita contrahitur, si de pretio conuenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede conuenerit. Adeo autem familiaritatem aliquam habere uidentur emptio et uenditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et uenditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi conuenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit uerbi gratia trecenta, utrum emptio et uenditio sit, an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et uenditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit'*. Non mi pare vi siano ragioni per dubitare della genuinità delle parole *'unum esse negotium et'*, come, invece, adombra ultimamente S. LONGO, *La «conventio cum aurifice» di Gai 3.147*, in *Index* 38, 2010, 293 nt. 7 e 332 s. Le tracce di un intervento giustiniano indicate dalla studiosa catanese (la riduzione delle articolate fattispecie contemplate in Gai 3.145-147 ad un solo caso: *'ut ecce...'*; e il *'placet'* al posto del passato (*plerisque*) *placuit* di Gai 3.147) sono, certamente, presenti; e, appunto, ritengo che l'avversativa *'sed placet ...'* presupponga un'originaria presenza, nel testo delle *Res cottidianae*, della menzione della diversa opinione di Cassio che si

‘*negotium*’ ottimamente si spiega con la circostanza che, mentre Ofilio e Proculo dovettero configurare la fattispecie in esame come compravendita sottoposta a condizione, da Labeone e Proculo l’operazione colpita dal giudizio ‘*ullam vim habere*’ era costruita come articolata in due distinti atti, il contratto e un patto:²⁶ il termine ‘*negotium*’, appunto, si prestava ad indicare l’operazione nel suo complesso, non il (solo) contratto né il (solo) patto aggiunto. A tal proposito, peraltro, è interessante il confronto con un testo di Pomponio (D. 24.1.31.4 - l. 14 *ad Sab.*) nel quale viene scolpita una pregnante contrapposizione, proprio in ordine al profilo della validità, tra ‘*totum negotium*’, inteso come complessiva operazione negoziale, e ‘*sola pactio*’, assunta come un singolo elemento di quell’operazione (‘...*uidendum est, quid de ea uenditione agatur, utrum res uenierit et totum negotium ualeat, an uero ut ea sola pactio irrita sit, ...*’).

Alla luce dei dati che precedono, credo, dunque, che debba senz’altro mantenersi ferma la tradizionale individuazione di una contrapposizione radicale tra le due coppie di giuristi in relazione alla efficacia/sussistenza della compravendita: Labeone e Cassio ritenevano che l’intera operazione fosse priva di efficacia (non si configurasse, cioè, alcuna *emptio venditio*), laddove Ofilio e Proculo ritenevano anche quella in esame essere (cioè, configurarsi come) una *emptio-venditio*.

4.2. La seconda interpretazione recente alla quale accennavo consiste nella proposta di intendere le parole ‘*nam alioquin*’ come introducenti, non già la complessiva contrapposizione tra le posizioni di Labeone-Cassio e di Ofilio-Proculo, bensì la sola citazione del pensiero di Labeone e Cassio, orientato nel senso di una irrilevanza di un *negotium* che non preveda un *pretium certum*.²⁷ Secondo questa restrittiva lettura, Gaio avrebbe aderito alla posizione di Labeone e Cassio; e la menzione della contrapposta opinione di Ofilio e Proculo avrebbe costituito una semplice notazione storica. Se così fosse, evidentemente non si profilerebbe alcuna incongruenza rispetto all’affermazione precedente: piuttosto, il tratto ‘*nam alioquin...*’ costituirebbe una lineare e chiara conferma delle parole d’esordio ‘*pretium certum esse debet*’.

legge nel corrispondente Gai 3.147, secondo cui nella fattispecie in esame dovevano riconoscersi due distinti contratti (‘*Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem*’): menzione che dovette esser stata eliminata dai compilatori giustiniani. Proprio per questo, però, è inverosimile che questi stessi avessero autonomamente introdotto le parole ‘*unum esse negotium*’: queste ultime, piuttosto, dovevano fungere, nell’originale classico, da contraltare rispetto alla composita strutturazione negoziale assunta da Cassio.

²⁶ Sulle due contrapposte opinioni in relazione a differenti costruzioni dogmatiche della fattispecie cfr., in tempi recenti, NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 259 ss.: secondo questi studiosi, per Labeone e Cassio la separata determinazione del *pretium* formava oggetto di un *pactum adiectum*, privo di valore in quanto la validità di un patto aggiunto presuppone la validità del negozio principale, il quale però non poteva essere considerato valido proprio perché mancante del requisito del *pretium* (cfr. già, ad es., G.G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella Compilazione di Giustiniano*, in *Sr. Betti*, II, Milano 1961, 38 = *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, 2053); che Ofilio e Proculo, invece, dovettero configurare una compravendita sottoposta a condizione è argomentabile da una pronunzia di Proculo, D.17.2.76, in cui il giurista ammette la possibilità di *societatem coire* con la *condicio* che un terzo stabilisca le quote societarie.

²⁷ S. CRISTALDI, *Sulla clausola “quanti Titius rem aestimaverit” nella riflessione dei giuristi romani*, in RIDA 58, 2011, 99 ss.

Sennonché, a me pare che l'idea secondo cui la citazione di Ofilio e Proculo sarebbe stata compiuta – a fronte di una pretesa adesione gaiana a Labeone e Cassio – a mo' di mero ricordo storico urti contro la circostanza che non si capirebbe per quale ragione Gaio avrebbe introdotto la segnalazione di un'antica opinione divergente se avesse voluto rafforzare il 'debet' iniziale, e per di più mettendola oggettivamente in risalto citandola dopo l'opinione di Labeone e Cassio.²⁸ D'altra parte, la correlata idea di una presunta adesione di Gaio alla posizione di Labeone e Cassio non può trovare sostegno nei due seguenti testi, a tal fine adottati, provenienti dal commento all'editto provinciale dello stesso Gaio:

D. 18.1.35.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: “quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum”;*

D. 19.5.22 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *Si tibi polienda sarciendaue uestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si uero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter non statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis uerbis.*

Invero, il primo dei due testi riguarda una fattispecie differente rispetto a quella menzionata in Gai 3.140: mentre in quest'ultimo viene in considerazione la determinazione del *pretium* da parte di un terzo estraneo all'operazione-compravendita, in D. 18.1.35.1 il discorso verte sulla determinazione del prezzo da parte di una delle stesse parti del *negotium* (il compratore).²⁹

Quanto al secondo testo (D. 19.5.22), che viene invocato in ragione dell'analogia di *regulae* costitutive fra locazione e compravendita (*supra*, § 2), solo ad una condizione esso

²⁸ Non saprei dire se questa circostanza possa anche essere, più decisamente, utilizzata per ipotizzare che Gaio aderisse a Ofilio e Proculo. In questo senso si orientano, con opportuna cautela, D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1996, 364. Certo è che in un paio di casi Gaio menziona prima una soluzione superata e poi la soluzione che è prevalsa: cfr. Gai 3.147 'Cassius ait materiae quidem emptionem uenditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et uenditionem contrahi'; Gai 3.149, con richiamo alla *magna quaestio* tra Mucio e Servio in materia di *societas*; cfr., altresì, Gai 3.156, con confronto tra Servio e Sabino, al quale accede esplicitamente Gaio, in tema di mandato di credito.

²⁹ Con riferimento a questa fattispecie, l'indicazione "*constat imperfectum esse negotium*" può intendersi in modi diversi. O '*imperfectum*', come si ritiene per lo più, significa "nullo", e allora occorre pensare che dovette unanimemente apparire inammissibile ai giuristi rimettere solo al compratore, e proprio al compratore, la determinazione del *pretium*: dovette, cioè, apparire, troppo squilibrato in suo favore; oppure la qualifica va intesa nel senso di operazione "non completa", in quanto non si è chiuso, per così dire, un cerchio convenzionale tra le due parti; o ancora, nel senso di operazione "non ancora conclusa", con specifico riferimento al profilo dell'esistenza di una *condicio* (come hanno proposto NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 261 s., sulla base dello stesso seguito del discorso gaiano in D. 18.1.35.5 nonché delle notazioni di Paolo in D. 18.6.8 e di Ulpiano in D. 18.1.7pr.): i giuristi, cioè, avrebbero considerato unanimemente (*constat*) il *negotium* ancora '*imperfectum*' in quanto sottoposto a condizione.

potrebbe indurre a concludere che in Gai 3.140 il giurista si allineava all'opinione di Labeone e Cassio escludendo la configurabilità di una *emptio-venditio*: e cioè, solo ove realmente questo testo mostrasse che Gaio configurava come *novum negotium*, anziché come locazione, un accordo con rinvio a successiva determinazione della *merces*.³⁰ Tuttavia, in D. 19.5.22 Gaio, nello scrivere '*placet quasi de novo negotio ...*' utilizza un verbo che non esprime un proprio punto di vista personale, bensì segnala una posizione che risulta essere diffusa, prevalente e generalizzata:³¹ nessuna incompatibilità, dunque, si profila tra il contenuto di D. 19.5.22 e una eventuale preferenza personale di Gaio per la posizione di Ofilio e Proculo citata in Gai 3.140.

È pur vero, d'altra parte, che mancano indizi specifici per sostenere, all'opposto, una siffatta predilezione di Gaio per la diagnosi di Ofilio e Proculo (la quale, ove realmente sostenibile, renderebbe ancor più evidente il problema del raccordo con l'iniziale fissazione della *regula*). Diversamente, infatti, da quanto ritenuto in tempi recenti da Nelson-Manthe,³² non è possibile considerare probante in questa direzione il seguente ulteriore squarcio del commento all'*edictum provinciale* di Gaio:

D. 19.2.25pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non uidentur: sin autem quanti Titius aestimauerit, sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolui oporteat et conductionem ad effectum peruenire: sin autem ille uel noluerit uel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem quasi nulla mercede statuta.*

Secondo l'attuale tenore del testo, Gaio ammetteva la validità del negozio ('*stare locationem*') nel caso di *merces* rimessa a *quanti Titius aestimauerit*. Nelson e Manthe hanno ritenuto – sempre alla luce delle parole di Gai 3.142 '*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur*' – che questa affermazione di Gaio dimostrerebbe che lo stesso giurista, in Gai 3.140, ammetteva, per analogia, la sussistenza e la validità anche di una compravendita con *pretium* rimesso a *quanti Titius aestimauerit*. Gaio, in sostanza, avrebbe seguito Ofilio e Proculo, e non già Labeone e Cassio.

Tuttavia, il testo conservato in D. 19.2.25pr. è in massima parte identico al dettato di una costituzione giustiniana del 530:

C. 4.38.15pr. (a. 530) *Super rebus venundandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimauerit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. 1. Quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat "quanti ille aestimauerit", sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad*

³⁰ In questo senso, di recente, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 247 nt. 213; S. CRISTALDI, *La clausola*, cit., 117; E. SANGUINETTI, *D. 19.5.22*, cit., 53.

³¹ Come, del resto, aveva riconosciuto subito prima lo stesso S. CRISTALDI, *loc. ult. cit.*

³² NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 282 ss.

effectum pervenire, 2. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: ... 3. Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus.

A me sembra innegabile che, come ritenuto da non pochi studiosi, sulla scia di Gradenwitz, l'originale gaiano dovette essere differente e che il brano conservato nel Digesto sia il risultato di una consistente interpolazione-sostituzione che i compilatori giustiniani hanno compiuto ricalcando la costituzione giustiniana formulata in tema di compravendita.³³ In questo senso – e a scapito dell'altra vicenda astrattamente prospettabile, e cioè che, al contrario, sia stato l'estensore della costituzione a seguire un originale gaiano concernente la compravendita – depone un dato testuale e precisamente la presenza nel brano di Gaio di due verbi all'infinito ('*stare*' e '*esse*') che non si giustificano in relazione al dettato complessivo: essi vanno considerati (lo rilevava già l'Appleton) come dipendenti dal '*censemus*' della costituzione che i compilatori del Digesto avevano sott'occhio e che hanno maldestramente sovrapposto alla diversa scrittura gaiana in materia di locazione (conformemente, del resto, alla disposizione giustiniana di estendere quanto stabilito per la compravendita anche all'ipotesi di *conventio* analogamente concepita in ordine ad una locazione: '*...Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus*').³⁴ Se ciò è vero, il contenuto di D. 19.2.25pr. non può, allora, fornire alcun elemento utile per immaginare quale fosse la personale posizione di Gaio in ordine alla disputa sul *pretium* riferita in Gai 3.140.³⁵

³³ Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, 5 ss.; H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des methodes propres à les decouvrir*, Paris 1895, 14 ss.; P. DE FRANCISCI, *SYNALLAGMA. Storia e teoria dei contratti innominati*, I, Pavia 1911, 217 nt. 1; E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *BIDR* 31, 1921, 10 nt. 1; T. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, 1956, 84; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*,² Napoli 1954, 141 nt. 1; A. D'ORS, *C. 4.38.15 (530), interpolado por el mismo Justiniano*, in *SDHI* 26, 1960, 325 ss.; K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, 1966, 148 nt. 14; P. SOLINAS, *A proposito dell' «arbitrium boni viri»*, in *St. Scherillo*, II, Milano 1972, 567 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971, 490 nt. 23; R. QUADRATO, *Le Institutiones*, cit., 123 s.; da ultimo, S. CRISTALDI, *La clausola*, cit., 114. Per vero, questa diffusa opinione appare frutto – eccezion fatta per la posizione di Appleton – di una tralatizia riproposizione di una diagnosi del Gradenwitz. Gli indizi adottati da quest'ultimo, tuttavia, sono facilmente superabili, come mostrato da NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 286: l'assunto secondo cui Gaio nell'opera *ad edictum* non avrebbe potuto contraddire quanto scritto in Gai 3.143 è smentito dal fatto che, in realtà, in Gai 3.143 il giurista non aveva preso posizione; né siamo costretti a pensare che, ogniqualvolta Giustiniano legiferava escerpando da un testo giurisprudenziale classico, avrebbe dovuto menzionare il giurista.

³⁴ L'argomento testuale in favore dell'intervento giustiniano, or ora segnalato sulla scia di Appleton, non può ritenersi controbalanciato dall'osservazione di NELSON-MANTHE, *loc. ult. cit.*, secondo cui, se i compilatori avessero importato nel Digesto il dettato imperiale, primariamente formulato in riferimento al *pretium* della compravendita, avrebbero con maggior naturalezza inserito la costituzione nel titolo D. 18.1 (e specificamente, nel frammento 35, contenente materiale del commento editale gaiano in tema di *pretium*), anziché nel titolo 19.2 concernente la locazione: può, infatti, obiettarsi che, anche nel caso in cui il dettato di Gaio fosse genuino, la sua omissione, da parte dei compilatori, dalla serie di *excerpta* provenienti dalla medesima opera gaiana e concernenti il medesimo elemento del *pretium* e la sua collocazione nella diversa sede D. 19.1 apparirebbero curiose.

³⁵ In conclusione, a differenza di quanto mi sembra possa avanzarsi in ordine alla disputa richiamata in Gai 3.141 (*supra*, § 3.1), nel testo di Gai 3.140 non v'è nulla che si presti, anche solo indirettamente,

5. Alla luce dell'apposita disamina or ora compiuta, possiamo dunque, con riguardo a Gai 3.140 e 141, ribadire quanto segue: a) la fissazione di una prescrizione operativa è seguita dalla segnalazione di una disputa giurisprudenziale in merito all'incidenza della prescrizione stessa; b) la disputa è lasciata aperta da Gaio, non escludendo, in tal modo, il giurista una maggiore adeguatezza o una più frequente applicazione, nella pratica, dell'una o dell'altra soluzione e, dunque, se del caso, anche della soluzione orientata nel senso dell'inosservanza della prescrizione; c) infine, siffatta segnalazione del *ius controversum* è presentata come diretto svolgimento esplicativo della prescrizione ('*nam*').

Stando così le cose, l'interrogativo che si pone e che non può eludersi è il seguente: qual è il senso dei forti enunciati iniziali '*pretium ... esse debet*' e '*pretium ... consistere debet*' e della loro sostanziale considerazione quali '*regulae*'?

Ritengo che la chiave interpretativa sia offerta dalla parallela trattazione in tema di *locatio-conductio*.

Mi riferisco al fatto che Gaio nel § 3.142, subito dopo aver esordito affermando, come già ricordato, che '*locatio autem et conductio similibus regulis constituitur*', precisa la prima di tali *regulae* con la notazione '*nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*'; e, ulteriormente – ecco il punto –, esplica il '*non videtur (contrahi)*' con la prospettazione di una controversia interpretativa, lasciata aperta, in ordine ad una particolare fattispecie: '*Unde si alieno arbitrio merces permessa sit, uelut quanti Titius aestimauerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*'.

Ora, questo riferimento ad un '*quaerere*' non accompagnato da una soluzione fa sì che, evidentemente, la precedente frase '*non videtur locatio et conductio contrahi*' non può significare "non sembra che si contragga una locazione": se Gaio avesse asserito che, in mancanza di *merces* '*certa*', l'operazione "non appare, non sembra" una *locatio*, non avrebbe avuto senso indicare appositamente come conseguenza (*unde*) l'esistenza di una oscillazione interpretativa al riguardo, la quale, lasciata irrisolta, avrebbe ammesso anche la possibilità che, invece, l'operazione in questione fosse una *locatio*.

Il vero è che in Gai 3.142 '*non videtur*' significa "non è evidente", "non si appalesa con evidenza" e quindi "non è raffigurabile senz'altro, senza incertezze come...". Per questo vi sono margini di dubbi e divergenze interpretative ('*unde ... quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*'). Tra i riscontri del verbo '*videri*' con questa sfumatura nel lessico gaiano³⁶ basterà qui richiamarne tre particolarmente significativi in ragione della materia trattata.

Il primo proviene dal commento all'editto provinciale:

D. 18.1.35.5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*). *In his quae pondere numero mensurave constant, ... modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, v i d e a t u r perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratae sint....*

a suggerire il personale orientamento di Gaio. In questo senso, da ultimo, L. GAROFALO, *L'arbitraggio sul prezzo*, in A. Lovato (cur.), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica*, Bari 2013, 224 e nt. 34 con bibl.

³⁶ Cfr. anche ad es., Gai 3.90 '*magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur*'; 44.2.15 (Gai. 30 *ad ed. prov.*) '*eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse*'; e, forse, D. 47.22.4 (Gai. 4 *ad l. XII tab.*) '*haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse*'.

La consistenza del riscontro deriva dal fatto che l'affermazione *'simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio'* attiene proprio ad un requisito che Gai 3.139 assume in termini oggettivi e come assolutamente indiscusso: *'Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit...'*

Un secondo riscontro è offerto dal seguito della stessa trattazione istituzionale sulla *locatio-conductio*, e segnatamente dal § 146, nel quale Gaio conclude il resoconto concernente l'incertezza circa la configurabilità come *locatio-conductio* o invece come *emptio-venditio* di un particolare accordo (concluso tra il *lanista* e l'organizzatore dei giochi circensi e avente ad oggetto il compenso per la consegna dei *gladiatores* da parte del primo) con le seguenti parole: *'Et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et venditionem esse'*.³⁷ Qui *'videri'* è usato come equipollente ad *'esse'*, e ciò mostra che il verbo indica una oggettiva evidenza dell'operazione quale locazione, e cioè una configurazione come locazione.

Infine, un terzo riscontro si rinviene proprio all'interno della trattazione sulla compravendita della quale ci stiamo occupando e precisamente nelle battute conclusive di Gai 3.141, ove è riferita, come si è visto, la posizione di Celio Sabino. Dal momento, infatti, che l'intervento di quest'ultimo giurista aveva per scopo addurre (partendo dalla posizione dei Proculiani: *supra*, § 3) un caso nel quale era possibile riconoscere senz'altro quale cosa fosse venduta e quale fosse data a titolo di *pretium*, è giocoforza attribuire al verbo *'videri'* (nella notazione *'fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse'*) il senso di un oggettivo risultato, di un configurarsi, delle due *res*, l'una come cosa venduta e l'altra come *pretium*.³⁸

In definitiva, tornando al testo di Gai 3.142, la sua logica interna è la seguente. Se la *merces* è *'certa'*, allora *"videtur"* che si contrae una *locatio-conductio* nel senso che "è di assoluta evidenza", "risulta" che si costituisce una locazione: la sussistenza, l'efficace concludersi della *locatio-conductio*, cioè, si pone al di qua di ogni possibile dubbio. Qualora, invece, la *merces* non sia *'certa'*, *"non-videtur"* che si contrae una *locatio-conductio*, nel senso che la sussistenza di una *locatio-conductio* "non risulta con evidenza", come dato sicuro, e perciò vi sono i margini per oscillazioni e divergenze di opinioni.

Ebbene, questa acquisizione, giusta la più volte segnalata simmetria di impostazione e svolgimento fra le trattazioni dell'*emptio-venditio* e della *locatio-conductio*, si riflette sulla costruzione *'certum esse debet'* del § 140 in tema di *pretium* della compravendita. In particolare: accordarsi su un prezzo *'certum'* significa mettere al riparo l'operazione da possibili dubbi e

³⁷ Ecco l'intero squarcio che interessa: Gai 3.145. *Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si 146. Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos uero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam uideri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque uenditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res uenire aut locari possint.* Per un'acuta esegesi di Gai 3.146 rinvio al recente contributo di S. LONGO, *'Quaeritur utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur'*: *l'ingaggio dei gladiatores in Gai 3.146*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano 2010, 467 ss.

³⁸ Da ultimo, G. NICOSIA, *Celio Sabino* cit., 27 traduce: «appariva evidente che era il fondo ad essere stato venduto e lo schiavo ad essere stato dato *pretii nomine*».

incertezze circa la sua configurabilità quale compravendita, e cioè circa la costituzione o meno di una compravendita. E ciò, ulteriormente, porta a leggere nella medesima prospettiva anche il § 3.141, nel quale la prescrizione ‘*pretium in numerata pecunia consistere debet*’ è immediatamente seguita dalla notazione ‘*nam in ceteris rebus an pretium esse possit ... valde quaeritur*’.

In sostanza, il senso dei due impieghi del verbo ‘*debet*’ in relazione alla natura e alla consistenza del *pretium* è quello di indicare non già «requisiti indefettibili»,³⁹ sibbene le condizioni per un risultato negoziale sicuro in quanto unanimemente riconosciuto e ammesso dai giuristi.

6. La conclusione or ora enunciata si coordina compiutamente – traendo da ciò stesso solidità e valore ulteriori – con la complessiva e peculiare prospettiva dell’esposizione gaiana che concerne non solo l’*emptio-venditio*, bensì tutte le *obligationes ex contractu*.

Mi riferisco alla circostanza che Gaio, anziché considerare il rapporto obbligatorio nascente dalla figura contrattuale di volta in volta in questione (e cioè: le obbligazioni che gravano sulle parti, i criteri di responsabilità, la tutela processuale), concentra la sua attenzione esclusivamente sul profilo del corretto e congruo compimento dell’atto obbligante, sulla efficacia o meno di un *negotium* concluso in un certo modo, sulla possibilità o meno di configurare una determinata operazione alla stregua della figura negoziale che forma oggetto specifico della trattazione.⁴⁰

Nello sfondo di siffatto approccio didattico, che può indicarsi come “operativo-cautelare”, Gaio, attraverso la singolare articolazione del discorso sulle caratteristiche del *pretium* – che, si badi, esaurisce l’intera trattazione sull’*emptio-venditio* –, indica (*rectius*: avverte su) quale comportamento adottare affinché la conclusione dell’operazione-compravendita possa ritenersi sicura, al riparo da ogni possibile incertezza. In altri termini e più specificamente: l’osservanza delle prescrizioni o *regulae* negoziali espresse con il ‘*debet*’ determina senz’altro piena efficacia all’atto-compravendita, all’atto quale compravendita; disattendere quelle prescrizioni può comportare, invece, ove si accolga una delle vedute giurisprudenziali contrapposte, ora inefficacia dell’atto (§ 140) ora configurazione dell’atto come operazione diversa dalla compravendita (§ 141).

Del resto, a ulteriore conforto di quanto fin qui sostenuto, può addursi un altro passaggio del manuale, in cui un’indicazione perentoria sui confini di una operazione negoziale è, poi, immediatamente seguita dal richiamo ad un’opinione giurisprudenziale che, invece, ammette un superamento di quei confini. Mi riferisco alla seconda parte di Gai 3.175, in tema di *solutio per aes et libram*. Gaio, dopo aver menzionato l’impiego di questo atto anche per la liberazione dell’erede dal vincolo nascente da *legatum per damnationem*,⁴¹ compie una

³⁹ Così R. SCEVOLA, ‘*Negotium mixtum cum donatione*’. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008, 175 nt. 13.

⁴⁰ Su questa impostazione della trattazione gaiana cfr., specificamente, G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift Knütel*, Köln 2009, 313 ss., con indicazione dei riscontri riguardanti ciascuna *obligatio contracta* (spec. 321 s. in relazione all’*emptio-venditio*). Cfr., altresì, ID., *Sistematiche gaiane e nozione di obligatio*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI - F. CURSI (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Atti Convegno Roma 2010), Napoli 2011, 28 ss.

⁴¹ ‘*Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres <testamento> se dare damnatum esse dicat*’.

precisazione sull'ambito di applicazione dell'atto in relazione al concreto oggetto del *legatum*. Ebbene, a tal fine Gaio, dapprima, fornisce una indicazione che, come le due affermazioni dei §§ 3.140 e 141 rette dal *'debet'*, si presenta categorica e parrebbe non offrire alternative: *'De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet et ita si certum sit'*. Ma subito dopo riferisce: *'Quidam et de eo quod mensura constat idem existimant'*. Il senso della sequenza di queste due informazioni si apprezza nel quadro dell'evidente prospettiva operativo-cautelare del paragrafo, resa manifesta sia dall'apposita avvertenza circa la formulazione che l'erede deve utilizzare⁴² sia, nel tratto che specificamente interessa, dalla stessa costruzione *'potest + infinito'*, esprime la concludente ed efficace utilizzabilità di uno strumento.⁴³ In siffatta prospettiva, Gaio segnala, in sostanza, che l'effetto liberatorio dell'operazione in esame è sicuro e indiscusso solo con riguardo ai legati aventi per oggetto le *res quae pondere numero constant*, mentre al di fuori di quest'ambito il risultato è incerto, in quanto sostenuto solo da alcuni giuristi (non meglio identificati: *quidam*).

7. L'indagine di cui si è qui dato conto ha avuto come obiettivo specifico quello di chiarire il senso della singolare circostanza che, in Gai 3.140 e 141, due recise prescrizioni (*'... esse debet'*; *'...consistere debet'*) vengono esplicate tramite il richiamo ad un *ius controversum* sul rilievo o meno dell'inosservanza delle stesse. Ebbene, il risultato raggiunto, che riconduce siffatta singolarità ad un peculiare approccio didattico gaiano di fondo, si presta ad offrire spunti di riflessione per ulteriori direttive di ricerca, che si estendono concentricamente. Mi limito ad accennare a quella, fra esse, più immediatamente sollecitata dalla conclusione appena proposta, rinviandone l'approfondimento ad altre occasioni apposite di analisi.

È noto che nel manuale gaiano vi è una frequente presenza sia di passaggi nei quali, come nei §§ 3.140 e 141, Gaio riferisce contrapposte posizioni giurisprudenziali senza accennare all'avvenuto prevalere di una sull'altra o ad una personale preferenza per una di esse, sia di passaggi nei quali, addirittura, egli si limita a segnalare laconicamente l'esistenza di dubbi e incertezze fra i giuristi, senza richiamare alcuna soluzione né presa di posizione specifica (casi, questi ultimi, per i quali Gaio semplicemente indica: *'quaeritur'* o *'dubitatur'*). Riscontri del primo tipo si trovano in Gai 2.37; 79; 123; 200; 212; 215; 244; 262; 3.28; 103; 3.133; 167a; 168; 4.78; 79. Esempi del secondo tipo sono offerti in Gai 1.106; 129 (*'dubitari potest'*); 2.63; 90; 94; 95; 3.119; 122; 143; 144; 172; 4.125.

In dottrina questi riferimenti a controversie, incertezze e dispute lasciati, per dir così, in sospenso hanno dato vita a vari tipi di interpretazione. Scartando l'antica spiegazione (Krüger, Kübler), secondo cui il fenomeno deriverebbe da mancanza di autonomia di giudizio e da una modestia intellettuale di Gaio,⁴⁴ e ritenendo, d'altra parte, fuori misura l'idea (Schulz) che esso costituisca indizio della mancata revisione, da parte di Gaio, di un brogliaccio di

⁴² *'...eodem modo liberat ..., ut tamen scilicet, sicut iudicatus ... significat, ita heres ... dicat'*.

⁴³ Cfr., specificamente, G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 70 ss., con riscontri, tratti dall'intero manuale, dell'equipollenza concettuale tra le costruzioni *'potest + infinito'*, agire *'utiliter'*, agire *'recte'*, *'valere'*, *'habere vires'*.

⁴⁴ B. KÜBLER, *Gaius*, in *PWRE* VII.1, 1910, 501; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*,² München 1912, 204 e nt. 23. In contrario, opportunamente, R. QUADRATO, *Le Institutiones* cit., 90 ss. adduce non pochi casi nei quali, invece, Gaio assume una posizione autonoma.

appunti scritti in vista della lezione e pubblicati postumi da un allievo,⁴⁵ mi sembrano, piuttosto, cogliere nel segno gli studiosi che interpretano questo dato in chiave di consapevole scelta didattica. Sennonché, in quest'ordine di idee, l'opinione secondo cui, in tali casi, la preoccupazione di Gaio era non appesantire il discorso in un manuale elementare e riservare una trattazione apposita della disputa giurisprudenziale e la prospettazione di una soluzione ad opere ulteriori e più approfondite,⁴⁶ se anche può accogliersi, si mostra però diretta a giustificare la mancanza di una indicazione di chiusura o di superamento della controversia, più che la ragione per la quale la controversia stessa veniva menzionata. E invece, a mio modo di vedere, il dato più significativo e curioso consiste proprio nell'aver Gaio scelto di segnalare l'esistenza di una disputa pur se della disputa stessa egli non riteneva opportuno (o possibile, secondo i casi) riferire le posizioni e/o un esito.

Ebbene, a questo riguardo a me sembra legittimo prospettare l'ipotesi di ricerca che il peculiare tipo di informazione riscontrato in Gai 3.140 e 141 sia da riconoscere anche nei suddetti richiami ad una disputa privi di contestuale indicazione di un esito della disputa stessa. Gaio, cioè, in tutti questi casi avrebbe inteso sottolineare che, in relazione a determinate questioni, a fronte di atti, di loro singoli elementi e di *modi operandi* direttamente predisposti o senz'altro riconosciuti come funzionali e idonei ad un determinato risultato, vi sono atti o loro singoli elementi o *modi operandi* la cui funzionalità o efficacia è, invece, incerta in quanto oggetto di difformità di vedute giurisprudenziali.⁴⁷

La prospettazione di siffatta chiave di lettura per tutti i suddetti passaggi è resa possibile dalla circostanza che l'angolazione operativo-cautelare, calibrata su effetti ed efficacia degli atti, non caratterizza solamente la trattazione sulle *obligationes ex contractu*, al cui interno si collocano le attestazioni di Gai 3.140 e 141, bensì è riconoscibile lungo l'intero manuale, con una latitudine di riscontri tale da far pensare ad un tratto distintivo (o, piuttosto, al tratto distintivo) del complessivo *instituere* gaiano. In effetti, nella sezione sulle *'res'* siffatto angolo visuale caratterizza anche l'articolato coordinamento delle distinzioni *'res mancipi-nec mancipi'* e *'res corporales-incorporales'* nonché le intere e assai ampie trattazioni sugli acquisti

⁴⁵ F. SCHULZ, *Roman Legal Science*, Oxford 1946, 163 (= *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it. Firenze 1968, 290).

⁴⁶ Cfr., in particolare, A. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Fest. Schulz*, II, Weimar 1951, 214 ss. = *Atti del Congresso internaz. di diritto romano e di storia del diritto* (Verona 1948), II, Milano 1953, 136 ss. (una traduzione italiana del saggio di Schwarz è apparsa di recente in A. LOVATO, *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari 2011, 173 ss.) e R. QUADRATO, *Le Institutiones*, cit., 97 ss. (con richiami critici a prese di posizione ulteriori); ID., *Il messaggio di Gaio: diligentius requiremus*, in ID., *Gaius dixit: la voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, IX ss. In termini analoghi si sono ultimamente espressi (a proposito di Gai 3.143) anche FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., 247 nt. 213 e E. SANGUINETTI, *D. 19.5.22*, cit., 70 s.

⁴⁷ Un diverso suggerimento proviene da E. STOLFI, *Il modello delle scuole* cit., 75 nt. 329, il quale, dividendo il rilievo di J.W. Tellegen (*Gaius Cassius and the Schola Cassiana in Pliny's Letter VII 24,8*, in *ZSS* 118, 1988, 293), secondo cui «the controversies could have an important didactic function: they could show that the jurists are accustomed to argue about legal matters and that sometimes two sides of a question can be defended equally well», così chiosa: «il che spiegherebbe la frequenza con cui Gaio non prende posizione in proposito». Questa chiave di lettura in funzione, per dir così, di addestramento alla controversialità del diritto, tuttavia, potrebbe valere per i casi nei quali Gaio riferisce i termini delle posizioni contrapposte (i riscontri del primo tipo che ho indicati nel testo), ma non mi pare possa applicarsi anche ai casi nei quali Gaio si limita a segnalare in modo lapidario *'quaeritur'* o *'dubatur'*.

di *res singulae*, sulle *hereditates ex testamento*, sui *legata* e sui *fideicommissa*;⁴⁸ quanto al IV commentario, esso è interamente impostato sulla spiegazione di come occorra utilizzare gli schemi verbali (*actiones* quali '*conceptiones verborum*') per ottenere il risultato cui essi sono funzionali o per evitare un rischio di esperimento inefficace o, addirittura, di esperimento dannoso (*periculum*);⁴⁹ quanto, infine, al I commentario, è agevole riconoscere anche al suo interno il largo spazio dedicato all'indicazione di modalità negoziali da utilizzare affinché un determinato *status* personale si produca o venga meno (*manumissiones*; modi di realizzazione dell'*adoptio*; modalità di acquisto della *manus*; *mancipatio*; *emancipatio*; *datio tutoris*).⁵⁰

La concreta produttività di siffatta chiave interpretativa richiede, naturalmente, una specifica verifica per ogni singolo richiamo a controversie lasciate, poi, in sospenso. È questo, come accennato, un compito da rimandare - insieme con l'esame di ulteriori ricadute della diagnosi, raggiunta nel presente contributo, sul coordinamento fra prescrizione operativa (*debere*) e menzione di un *ius controversum* sulla stessa - ad una futura, più ampia riflessione apposita.

⁴⁸ G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare*, cit., 315 ss.

⁴⁹ Cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario*, cit., *passim*.

⁵⁰ Per qualche esempio rinvio a P. ZANNINI, *Rappresentazione dinamica del fenomeno giuridico nelle Istituzioni di Gaio*, in AA.VV., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Torino 1981, 369 ss.

ORAZIO LICANDRO
(Università di Catanzaro)

‘*Restitutio rei publicae*’ tra teoria e prassi politica.
Augusto e l’eredità di Cicerone

ABSTRACT

The essay deals with the Augustan *restitutio rei publicae*. By reviewing so consolidated as unfounded opinions on the coup of Augusto, its hypocrisy engraved in *Res Gestae* and the irreversible breakage of the republican legality, it proves the direct origin of the Augustan *novus ordo* from the theories and the thought of Cicero.

KEY WORDS

Augustus; restitutio rei publicae; princeps; Cicero; De re publica.

‘*RESTITUTIO REI PUBLICAE*’
TRA TEORIA E PRASSI POLITICA.
AUGUSTO E L’EREDITÀ DI CICERONE*

1. Rivoluzione, colpo di Stato, *restitutio rei publicae*.

Rivoluzione, colpo di Stato, *restitutio rei publicae*. Fiumi d’inchiostro, e non è un luogo comune dirlo, sono stati versati su questo tema, con una ripresa davvero notevole in occasione del bimillenario augusteo; fiumi d’inchiostro che continuano a sgorgare come fonte inesauribile dalle *Res Gestae*, documento straordinario da cui prenderemo le mosse per questo *excursus* non facile e insidioso sulla genesi del Principato:

RGDA. 1.1-4: Annos undeviginti natus exercitum privato consilio et privata impensa comparavi, per quem rem publicam a dominatione factionis oppressam in libertatem vindicavi. [2] Eo [nomi]ne senatus decretis honorif[i]cis in ordinem suum m[e adlegit G(aio) Pansa et Aulo Hirto] o consulibus con[sula]rem locum s[ententiae simu]l [dans et i]mperium mihi dedit. [3] Res publica n[e quid detrimenti caperet,] me pro praetore simul cum consulibus pro[videre iussit. [4] P] opulus autem eodem anno me consulem, cum [consul uterqu]e in bel[lo ceci]disset, et triumvirum rei publicae constituend[ae creavit].¹

Non v’è dubbio che l’incipit delle *Res Gestae*, gravido di implicazioni eversive, abbia esercitato una gigantesca ipoteca sull’interpretazione del principato augusteo, o meglio sulla sua genesi e sulle condizioni di legittimità in cui si avviò la profonda transizione dello Stato romano. Se poi consideriamo che questo esordio sembrerebbe entrare in irrimediabile collisione con un altro cruciale frammento, cioè quello in cui Ottaviano, precisando che non

* Si tratta del testo di un seminario di dottorato di ricerca svolto il 12 maggio 2015 presso Università di Palermo, ampliato e corredato di note. Colgo l’occasione per ringraziare di cuore dell’invito il collega, e amico fraterno, Prof. Giuseppe Falcone, Coordinatore del Dottorato.

¹ «[1] Di mia iniziativa e a mie spese, all’età di diciannove anni raccolsi un esercito con il quale riscattai in libertà lo Stato oppresso dal dominio di una fazione. [2] Per questo motivo il senato, sotto il consolato di Gaio Pansa e Aulo Irzio, con decreti onorifici mi ammise a far parte del suo ordine consentendomi di avere diritto di parola in qualità di console e mi diede il comando militare. [3] Mi ordinò, inoltre, di provvedere, quale propretore, insieme con i consoli, perché lo Stato non subisse alcun danno. [4] Il popolo poi nel medesimo anno mi creò console, essendo caduti in guerra entrambi i consoli, e triumviro per riordinare lo Stato». L’edizione delle *Res Gestae Divi Augusti* che in questo studio si utilizza è quella magistralmente curata da J. SCHEID, *Res Gestae Divi Augusti. Hauts Faits du divin Auguste*, Paris 2007.

ebbe *potestas* maggiore di quella di coloro che gli furono colleghi nelle magistrature, mentre sopravanzò tutti per *auctoritas* (RGDA. 34.3), collocava nell'alveo della legalità costituzionale repubblicana la sua condizione a seguito delle sedute senatorie del 27 a.C., si comprende il senso di straniamento e il profondo condizionamento dei posteri. Non ci si stupisce allora per la gamma dei giudizi, a volte duri, a volte sprezzanti, altre volte ancora di gelido distacco, pronunciati nel corso di circa due secoli di studi verso «la regina delle iscrizioni». Basti pensare, tra i più recenti, che secondo Luca Canali, soltanto «pochi documenti politici, nella storia d'ogni tempo, sono ingannevoli e insieme veritieri al pari delle *Res gestae divi Augusti*. Intere sezioni di accertata realtà vi sono ignorate, altre presentate, nel complesso o nei dettagli, da una angolatura risolutamente partigiana: e tuttavia le *R.g.* sono forse la *summa* politica, istituzionale, costituzionale e ideologica più concisa e illuminante del passaggio da un'era all'altra dell'intera storia dell'umanità»;² mentre per Francesco Guizzi esse «rappresentano una delle più grandi opere di mistificazione propagandistica; la *summa* del passaggio da un'era all'altra, e nella loro selettiva fallacia sono l'espressione di una prassi trionfante che sottende, paradossalmente una irrefutabile verità».³

Quelle parole lette, rilette, interpretate, sezionate, in ciò rafforzate dall'«immagine oscura del regime imperiale presentata dalla storiografia tacitiana»,⁴ ma piegate dalla suggestione degli eventi grandi e terribili del 'secolo breve', il XX – dall'avvento del regime fascista con la marcia su Roma di Mussolini al dilagare della rivoluzione hitleriana –, hanno sempre destato l'attenzione degli studiosi e non solo. E se nel primo bimillenario, quello relativo alla nascita del *princeps* celebrato nel 1937, si è dato largo spazio alla retorica, anche più grottesca,⁵ per

² L. CANALI, *Il «manifesto» del regime augusteo*, in RCCM 15, 1973, 1 [= in L. CANALI (a cura di), *Potere e consenso nella Roma di Augusto. Guida storica e critica*, Roma-Bari 1975, 233].

³ F. GUIZZI, «*Res Gestae*». *Bilancio di quarant'anni di governo*, in *Res publica e Princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello, 25-27 maggio 1994* (a cura di F. MILAZZO), Napoli 1996, 206. Più ampiamente sulle *Res Gestae*, e utile anche per il relativo ragguaglio bibliografico, vedi il volume di F. GUIZZI, *Augusto. La politica della memoria*, Roma 1999.

⁴ Soprattutto Tac., *Ann.* 1.10; ma anche Sen., *de clementia* 1.9.1. G. CLEMENTE, F. COARELLI, E. GABBA, *Premessa*, in *Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. II. I principi e il mondo*, Torino 1991, 3.

⁵ Riporto l'illuminante conclusione di una conferenza tenuta da Pietro de Francisci a Palazzo Marino l'8 gennaio del 1938: «E, per disegno divino, il secolo che vedeva sorgere questa costruzione ideale è lo stesso che assisterà all'avvento e al sacrificio di Cristo: il secolo della pienezza dei tempi in cui nasce l'impero sulla terra e sorge l'alba del Regno di Dio, quasi fosse l'uno l'annuncio e la preformazione dell'altro. E come il nome di Cesare, simbolo del potere terreno, si diffonderà in tutto il mondo insieme con la Buona Novella, così l'Aquila e la Croce diventeranno i segni intorno ai quali in alterna vicenda, si svilupperà e si svilupperà tuttora il ciclo della civiltà redentrice. V'ha, o camerati, una leggenda medioevale che si collega con la tradizione di un misterioso palazzo sepolto sotto la torre delle Milizie. Secondo questa leggenda l'attività di Augusto non dalla morte sarebbe stata interrotta ma da un magico sonno dal quale si risveglierà il giorno in cui Roma sia di nuovo preparata a dirigere i destini del mondo. Oggi l'imperatore è risorto in tutta la sua gloria. E in questo ritorno, mentre più alto suona il canto del poeta dell'impero che sull'alba della rinascita svelava agli Italiani il sacro destino di Roma immortale, anche l'ingenua leggenda ci appare come l'annuncio di un evento necessario; perché, per concludere con la parola di Dante, a confondere coloro che amano l'iniquità è nato il Tiranno che porterà la pace e farà rinverdire la giustizia: e noi non chiediamo che di lavorare con Lui, secondo il suo comando, in pura fede e in costante obbedienza». Appare nel 1938 per i tipi della Reale Accademia Nazionale dei Lincei il volume collettaneo sul primo bimillenario: *Augustus. Studi in occasione del Bimillenario augusteo*, Roma 1938.

imprimere fasto e prestigio ai disegni mussoliniani, il secondo bimillenario, quello della morte di Augusto, caduto nel 2014,⁶ ha riaccessso l'attenzione sui temi della genesi del principato e degli aspetti costituzionali delle vicende che travagliarono lo Stato romano nell'ultimo secolo a.C.

Alla generosa produzione scientifica, si è accompagnata poi, e non è una coincidenza, la pubblicazione di una nuova traduzione della *Rivoluzione romana* di Ronald Syme (apparsa nel 2014 a cura di Giusto Traina).⁷ Nonostante i notevoli progressi delle nostre conoscenze, frutto anche di importanti e fortunosi ritrovamenti di documenti di epoca augustea, tuttavia resta ancora in piedi il più grande interrogativo: Augusto abbatté la repubblica o in qualche misura la restaurò? Si trattò di menzogna, artificio o verità?

Theodor Mommsen non ebbe dubbi sull'assassinio della forma repubblicana, avvenuta per mano di Cesare con la vittoria finale nel 46 a.C. a Tapso; ma dal Novecento ad oggi sostanzialmente l'accusa di eversione e di riuscito *golpe* si è concentrata su Augusto e il verdetto di colpevolezza è pressoché unanimemente accettato, come ancora nel caso del recentissimo libro di Luciano Canfora.⁸

Da qui l'infinito dibattito storiografico sulla genesi e sulla definizione delle nuove forme del principato, ma soprattutto le feroci accuse di perfida ipocrisia,⁹ di spudorate menzogne augustee sul tema ideologico e di comunicazione della *restitutio rei publicae*.¹⁰ Eppure, se fosse così semplice non si capirebbe perché questa incessante attenzione sulla creatura istituzionale di Augusto, mentre dopo oltre un secolo di analisi, confronti, riflessioni sembra continuare a giacere il medesimo interrogativo: Augusto davvero realizzò ciò che scrisse nelle *Res Gestae*?

Dunque, io credo che si continui a restare dinanzi a uno degli enigmi giuridico-istituzionali più complessi e intriganti, e al tempo stesso ineludibile, per chiunque 'affronti' Augusto e l'alba dell'impero; e ad oggi, a parte poche voci dissonanti, tra tutte quella di Guglielmo Ferrero¹¹ fautore di una vera e propria restaurazione repubblicana, l'opinione di gran lunga

⁶ Al riguardo si ricorda il catalogo della mostra, edito da Mondadori-Electa, AA.VV., *Augusto*, Milano 2013.

⁷ R. SYME, *La rivoluzione romana* (nuova edizione a cura di G. TRAINA), Torino 2014.

⁸ L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, Roma-Bari 2015.

⁹ Basti ricordare il caustico giudizio di M.I. FINLEY, *Problemi e metodi di storia antica*, Roma-Bari 1987, 21.

¹⁰ A tal proposito possono richiamarsi come esempi due libri molto diversi e distanti tra loro e tuttavia accomunati da questa visione: F. COSTABILE, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps, dal divi filius al Cristo. Augusto e le maschere del potere*, Roma 2013; e L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., *passim*; su entrambi ritorneremo.

¹¹ G. FERRERO, *Grandezza e decadenza di Roma. Da Cesare ad Augusto*, III, Milano 1946, viii, rovesciando i giudizi di Mommsen su Cesare e Augusto della *Römische Geschichte*, così concludeva la prefazione al terzo volume del suo grande affresco: «La mia ricerca ha concluso in modo diverso dalla tradizione soprattutto in due punti molto importanti. Io considero come una leggenda, che non ha fondamento alcuno nei documenti, l'affermazione tante volte ripetuta che Augusto fu l'esecutore dei disegni di Cesare. Quali fossero – e noi non lo sappiamo con precisione – questi disegni, nei diciassette anni, la cui storia è narrata in questo libro, avvenne un così grande sconvolgimento, le condizioni dell'Italia e dell'Impero mutarono talmente, che Augusto ebbe un compito del tutto diverso da quello che spettò a Cesare. Un altro grande errore, che ha travisato tutta la storia della prima parte dell'Impero, giudico poi l'altra idea, comunemente accettata, che Augusto sia il fondatore della monarchia a Roma. Egli fu invece l'autore di una restaurazione repubblicana, vera e non formale».

prevalente è quella che nega ogni attendibilità alle solenni attestazioni autobiografiche,¹² tanto da aver spinto nel 1974 Edwin A. Judge ad affermare, a proposito della locuzione *res publica restituta*, di trattarsi niente di più di una ‘modern illusion’,¹³ o di una finzione «di cui peraltro proprio le *Res Gestae* fanno solenne riaffermazione».¹⁴ Tuttavia, poste le opinioni storiografiche che, da Mommsen in avanti, hanno oscillato dalla ‘rivoluzione’ al ‘colpo di Stato’, il punto cruciale da cui cominciare è capire, pure tra contemporanei, come si possa da parte di alcuni parlare di rivoluzione e da altri di colpo di Stato, non trattandosi affatto di un mero slittamento semantico ma di epiloghi assai diversi. In altri termini, bisognerebbe prendere le mosse provando a rispondere al seguente quesito: Augusto fu un rivoluzionario¹⁵ come alcuni continuano a definirlo, o un golpista?¹⁶

Cominciamo dal primo concetto. È legittimo parlare ancora di ‘rivoluzione’ seguendo lo schema di Syme, che sotto talune suggestioni finisce anche per scivolare sul terreno del ‘colpo di Stato’? In un appassionato confronto tra 21 antichisti promosso dalla rivista *Labeo*, sostanziatosi in un volume dato alle stampe nel 1981, le letture variano e flettono a seconda dell’ampiezza maggiore o minore che si riconosce al concetto di ‘rivoluzione’.¹⁷ Partendo allora da Syme e dal metodo prosopografico, alla sua visione di ‘rivoluzione’ come cambiamento politico, violento e comunque costituzionalmente illegale del ceto di governo e all’analogica concezione di Brunt,¹⁸ si può opporre, con buon fondamento, la portata riduttiva di questa accezione di rivoluzione a strutture economiche e sociali invariate.

A tal proposito, basta richiamare le osservazioni di due studiosi come Francesco De Martino e Feliciano Serra per accettare la debolezza di ogni tentativo volto a riconoscere alla genesi del principato e all’assetto augusteo il carattere di processo rivoluzionario,¹⁹ che non vide cambiare strutturalmente la classe di governo, il controllo dei mezzi di produzione

¹² Due utilissime rassegne critiche della letteratura sono quelle di F. HURLET, *Une décennie sur Auguste. Bilan historiographique (1996-2006)*, in *Anabases* 6, 2007, 187 ss.; F. HURLET - A. DALLA ROSA, *Un quinquennio di ricerche su Augusto. Un bilancio storiografico*, in *SCO* 55, 2009, 169 ss.

¹³ E.A. JUDGE, ‘*Res publica restituta: A Modern Illusion*’, in J.A.S. EVANS (a cura di), *Polis and Imperium. Studies in Honour of Edward Togo Salmon*, Toronto 1974, 279 ss.; cfr. N. MACKIE, «*Res publica restituta: a Roman Mith*», in C. DEROUX (a cura di), *Studies in Latin Literature and Roman History*, IV, Bruxelles 1986, 302 ss.; J.-L. FERRARY, *Res publica restituta et les pouvoirs d’Auguste*, in S. FRANCHET D’ESPÈREY, V. FROMENTIN, S. GOTTELAND, J.-M. RODDAZ (a cura di), *Fondements et crises du pouvoir*, Bordeaux 2003, 419 ss.; cfr. ID., *À propos des pouvoirs d’Auguste*, in «Cahiers du Centre G. Glotz» 12, 2001, 101 ss. [= trad. inglese, ID., *The Powers of Augustus*, in J. EDMONDSON (a cura di), *Augustus*², Edinburgh 2014, 90 ss.]; R. CRISTOFOLI, A. GALIMBERTI, F. ROHR VIO, *Dalla repubblica al principato. Politica e potere in Roma antica*, Roma 2014, 137 ss.

¹⁴ L. CANFORA, *La prima marcia su Roma*, Roma-Bari 2007, 8.

¹⁵ Si veda per esempio il volume di A. GOLDSWORTHY, *Augustus. From Revolutionary to Emperor*, London 2014.

¹⁶ L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 351 ss.

¹⁷ *La rivoluzione romana. Inchiesta tra gli antichisti*, Napoli 1982.

¹⁸ P.A. BRUNT, *La caduta della Repubblica romana*, Roma-Bari 1990, 3 ss.

¹⁹ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV.1, Napoli 1974, 264 ss.; ID., *Una rivoluzione mancata?*, in *La rivoluzione romana. Inchiesta tra gli antichisti*, Napoli 1981, 20 ss.; F. SERRAO, *Il modello di costituzione. Forme giuridiche, caratteri politici, aspetti economico-sociali*, in *Storia di Roma. 2. L’impero mediterraneo. II. I principi e il mondo*, Torino 1991, 29 ss., *praecipue* 68 ss., che propende per un assestamento, un consolidamento dell’impianto imperialista.

economica, né le strutture sociali sin lì consolidatesi. Insomma, è davvero difficile dar torto a chi sostiene che quella di Augusto fu una dura, aspra lotta per il potere piuttosto che una vera e propria rivoluzione.

Naturalmente, su questo terreno non si troverà mai una soluzione condivisa o una convergenza, dipendendo ciascuna visione dalla matrice culturale e ideologica che ne sta alla base. Non a caso De Martino agevolmente ha indicato vaghezza e imprecisione dei termini 'rivoluzione' e 'rivoluzionario' usati da Mommsen a proposito della storia della fine della repubblica: «Rivoluzione contro lo spirito della costituzione fu l'aver proposto al popolo la questione delle terre demaniali (*l'ager publicus*), ma fu una rivoluzione contro la lettera stessa della costituzione l'aver soppresso *l'intercessio tribunicia*. Rivoluzione fu quella di Caio Gracco e rivoluzionario il tentativo di Crasso di far registrare i Transpadani tra i cittadini. Ma al tempo stesso la minoranza del Senato che spingeva Pompeo a combattere contro Cesare era rivoluzionaria, come il passaggio del Rubicone fu il primo passo sulla via della rivoluzione. Tentativi rivoluzionari furono quelli di Caio Mario e di Sulpicio, ma quella di Catilina fu una congiura ed una insurrezione, i disordini nella città anarchia ed i moti della plebaglia definiti anarchici, fino a configurare un partito degli anarchici. Sembra dunque che per il Mommsen sia rivoluzionario un atto contrario allo spirito od alla lettera della costituzione repubblicana, indifferentemente dalla sua entità, carattere giuridico formale oppure economico sociale».²⁰ Ma alle perplessità di De Martino, aggiungerei anche questa domanda: salvo ad aderire alla teoria di Giovannini dell'esistenza di una costituzione scritta condensata e custodita addirittura nei libri degli Auguri,²¹ quale sarebbe la lettera della costituzione repubblicana romana?²²

2. Rivoluzione: crisi di un concetto.

In un denso libriccino appena pubblicato, dal titolo eloquentissimo *Il tramonto della rivoluzione*, Paolo Prodi mette a fuoco la tematica nel suo svolgimento storico e nella sua attualità, asserendo, in maniera del tutto convincente, come questo concetto, troppo legato alle ideologie del secolo scorso (ma io direi a partire alla cultura politica e giuridica dell'Ottocento, che sostanzialmente identifica la rivoluzione con i sommovimenti violenti legati alla nazione e alle guerre di classe), fosse estraneo all'antichità e per di più oggi gravemente messo in crisi dalle poderose trasformazioni avviate alla fine del XX secolo e nel primo quindicennio del XXI.²³ Non a caso, osserva Prodi, «la storiografia italiana recente più avvertita e più attenta ai problemi

²⁰ F. DE MARTINO, *Una rivoluzione mancata?*, cit., 22 s. Per un quadro generale vedi pure P. CATALANO, *A proposito dei concetti di 'rivoluzione' nella dottrina romanistica contemporanea (tra 'rivoluzione della plebe' e dittature rivoluzionarie)*, in SDHI 43, 1977, 440 ss.; P. CERAMI, *Ideologie, terminologie e realtà costituzionale, in La rivoluzione romana. Inchiesta tra gli antichisti*, Napoli 1981, 66 ss.

²¹ A. GIOVANNINI, *Magistratur und Volk. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Staatsrecht*, in W. EDER (a cura di), *Staat und Staatlichkeit in der frühen Römischen Republik*, Stuttgart 1990, 406 ss. Cfr. F. DE MARTINO, *Considerazioni su alcuni temi di storia costituzionale romana*, in *Mélanges à la mémoire de A. Magdelain*, Paris 1988, 141.

²² V. MANNINO, *La costituzione dei Romani: un'idea sostenibile?*, in SCDR 13, 2001, 93 ss.; ID., *L'idea di sovranità e la constitutio nella Roma repubblicana*, in L. LABRUNA (dir. da), M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, Napoli 2006, 585 ss.

²³ P. PRODI, *Il tramonto della rivoluzione*, Bologna 2015, 12.

di metodo ha quindi abbandonato il concetto stesso di “rivoluzione” per mettere al centro della discussione il problema della “transizione” come definizione di epoche assiali e di passaggio, con momenti di accelerazione e di rallentamento nello sviluppo della modernità». ²⁴

Ma se accettiamo il punto di vista di Prodi, che ripeto appare convincente, e cioè ammettiamo l'estrema relatività e inattualità del concetto di rivoluzione per capire il tempo presente e anche il passato, resta da considerare l'altra faccia della medaglia, comprendere cioè quando e perché sia apparso il termine *revolutio*. *Revolutio* è infatti lemma assente nei grandi dizionari di latino classico e medievale. Fu Niccolò Copernico nel 1543 a guadagnarsi il merito del conio attraverso la pubblicazione del suo celeberrimo trattato astronomico *De revolutionibus orbium coelestium*. Da quel momento il termine si diffuse con il significato di mutamento; in seguito i fermenti e le nuove visioni legate all'umanesimo collegarono il termine *revolutio*, rivoluzione, rivoluzioni, all'antichità classica e alle lotte per il potere.

* * *

Ora, chiarita l'estraneità anche semantica del concetto di rivoluzione all'antichità; constatate le difficoltà di applicare sia pure in senso analogico e improprio, come asserito da Pierangelo Catalano, ²⁵ seguito da Pietro Cerami, ²⁶ del concetto di ‘rivoluzione’, inteso pure nel suo senso più ampio, restringiamo il campo per chiederci se, restando comunque all'im-

²⁴ P. PRODI, *Il tramonto*, cit., 17. Cfr. il dibattito storiografico sulle trasformazioni della tarda antichità a cominciare dal saggio di A. GIARDINA, *Esplosione di tardoantico*, in *Studi Storici* 40, 1999, 157 ss.; a cui sono seguiti numerosi interventi: E. LO CASCIO, *Gli «spazi» del tardoantico. Premessa*, 5 s.; G.W. BOWERSOCK, *Riflessioni sulla periodizzazione dopo «Esplosione di tardoantico» di Andrea Giardina*, 7 ss.; L. CRACCO RUGGINI, *Come e perché è «esploso» il tardoantico*, 15 ss.; A. MARCONE, *La tarda antichità o della difficoltà delle periodizzazioni*, 25 ss.; A. SCHIAVONE, *Piccolo esperimento mentale in tre sequenze*, 37 ss.; A. GIARDINA, *Tardoantico: appunti sul dibattito attuale*, 41 ss.; tutti saggi pubblicati in *Studi Storici* 45, 2004; si leggano altresì gli interventi nel corso della Tavola rotonda in occasione della presentazione del volume di CL. LEPALLEY, *Aspects de l'Afrique romaine. Les cités, la vie rurale, le christianisme* [Bari 2001], pubblicati sotto il titolo *Antico e tardoantico oggi*, in *RSI* 114, 2002, 349 ss.; P. DELOGU, *Trasformazione, estenuazione, periodizzazione. Strumenti concettuali per la fine dell'antichità*, in *MedAnt* 2, 1999, 3 ss.; A. MARCONE, *La tarda antichità e le sue periodizzazioni*, in *RSI* 112, 2000, 318 ss.; M. GALLINA, *L'impero d'Oriente*, in *Arti e storia nel Medioevo. I. Tempi Spazi Istituzioni*, Torino 2002, 93 ss.; S. GIGLIO, *Continuità, discontinuità, crisi e decadenza: qualche considerazione su tesi vecchie e nuove*, in *Diritto romano attuale* 11, 2004, 81 ss.; J. MARTIN, *Le ricerche sul tardoantico*, in *Diritto romano attuale* 11, 2004, 25 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 1 ss.; A. MARCONE, *La caduta di Roma all'inizio del III millennio*, in *Antidoron. Studi in onore di Barbara Scardigli Forster*, Pisa 2007, 267 ss.; E. JAMES, *The Rise and Function of the Concept «Late Antiquity»*, in *JLA* 1, 2008, 20 ss.; e ancora i contributi raccolti nel volume *Trent'anni di studi sulla Tarda Antichità: bilanci e prospettive. Atti del Convegno Internazionale (Napoli, 21-23 Novembre 2007)*, Napoli 2009; G. TRAINA, *Fratture e persistenze dell'ecumene romana*, in A. BARBERO (dir.), G. TRAINA (a cura di), *Storia d'Europa e del Mediterraneo. I. Il Mondo antico. Sez. III. L'Ecumene romana. VII. L'impero tardoantico*, Roma 2010, 13 ss. Utile pure la lettura di A. KAZHDAN - A. CUTLER, *Continuity and Discontinuity in Byzantine History*, in *Byzantion* 52, 1982, 429 ss. e di L. CRACCO RUGGINI, *Il Tardoantico: per una tipologia dei punti critici*, in *Storia di Roma. 3. L'età tardoantica. I. Crisi e trasformazioni*, Torino 1993, xxxiii ss.

²⁵ P. CATALANO, *A proposito dei concetti di 'rivoluzione'*, cit., 440 ss.

²⁶ P. CERAMI, *Ideologie, terminologie e realtà costituzionale*, cit., 66 ss.

piano liberale di Mommsen e dello stesso Syme, sia possibile parlare di un processo rivoluzionario innescato da un atto violento di illegalità costituzionale, attraverso la cosiddetta 'marcia su Roma', e degradare così la conquista del potere di Augusto a una strategia eversiva culminante in un 'colpo di Stato'.

È tutta la vicenda iniziale del giovane Ottaviano, brillante protagonista di una manovra politica tanto abile quanto spregiudicata, che ha indotto Ronald Syme a proporre l'irresistibile suggestione di una marcia su Roma, antesignana di quella fascista,²⁷ a meritare qualche rimediazione alla luce della documentazione disponibile. A parte l'oscillazione dello stesso Syme che evita di essere davvero esplicito a tal riguardo, bisogna chiedersi perché quella 'marcia su Roma', ancora oggi così definita da Luciano Canfora,²⁸ possa considerarsi un vero colpo di Stato, sia dal punto di vista delle forme costituzionali sia da quello delle dinamiche e modalità della presa del potere.

La visione comune è quella di un Ottaviano che arruola un esercito privato e marcia su Roma e, sotto la pressione delle armi, condiziona un senato imbecille per impadronirsi del consolato. Questa versione assai semplificata, e al tempo stesso forte e convincente appunto per la sua semplice e apparente linearità, è però sostanzialmente quella dipinta da Tacito, autore non certo benevolo verso Augusto, nel celeberrimo e immaginario dibattito tra fautori e oppositori del *novus ordo* dispiegatosi alla morte di Augusto; rileggiamola:

Tac., *Ann.* 1.10.1-4: *Dicebatur contra: pietatem erga parentem et tempora rei publicae obtentui sumpta; ceterum cupidine dominandi concitos per largitionem veteranos, paratum ab adulescente privato exercitum, corruptas consulis legiones, simulatam Pompeianarum gratiam partium.* [2] *Mox ubi decreto patrum fasces et ius praetoris invaserit, caesis Hirtio et Pansa, sive hostis illos, seu Pansam venenum adfusum, sui milites Hirtium et machinator doli Caesar abstulerat, utriusque copias occupavisse; extortum invito senatu consulatum, armae quae in Antonium acceperit contra rem publicam versa; proscriptionem civium, divisiones agrorum ne ipsis quidem qui fecere laudatas.* [3] *Sane Cassii et Brutorum exitus paternis inimicitiiis datos, quamquam fas sit privata odia publicis utilitatibus remittere: sed Pompeium imagine pacis, sed Lepidum specie amicitiae deceptos; post Antonium, Tarentino Brundisinoque foedere et nuptiis sororis inlectum, subdoliae adfinitatis poenas morte exsolvisse.* [4] *Pacem sine dubio post haec, verum cruentam: Lollianas Varianasque clades, interfectos Romae Varrones Egnatios Iullos.*

Una versione torbida, quella tacitiana, tutta pronunciata per gettare ombre oscure, raf-

²⁷ Tuttavia, recentemente, questa angolatura prospettica sino ad oggi 'imposta' dall'autorità di Arnaldo Momigliano da cui si è guardato al libro di Syme, cioè la suggestione della genesi dei fascismi e della loro carica eversiva in Europa, è stata messa in discussione da un libriccino di L. LORETO, *Guerra e libertà nella repubblica romana. John R. Seeley e le radici intellettuali della Roman Revolution di Ronald Syme*, Roma 1999. Tuttavia riconferma l'impostazione momiglianea G. Traina, nella sua introduzione alla seconda edizione italiana, affermando che il libro «mantiene pressoché intatto lo smalto che mostrava nel 1939 [...]. E nonostante il particolare frangente storico che aveva determinato la sua genesi. Va ricordato che il titolo allude alle celebrazioni della "rivoluzione fascista", con la mostra del 1932-34, e soprattutto con quella del 1937, che si affiancava alla Mostra augustea della Romanità, allestita per celebrare il primo bimillenario augusteo, quello della nascita nel 63 a.C.» (cit., ix).

²⁸ L. CANFORA, *La prima marcia su Roma*, cit., *passim*.

forzata da Cassio Dione, che esplicitamente parla di un Ottaviano in marcia su Roma con il suo esercito, autore di violenze, e di una presa di Roma *manu militari*.²⁹ Eppure, questa descrizione non corrisponde in nulla allo svolgimento dei fatti, almeno non così come dimostrano i documenti dei contemporanei. E allora subito qualche precisazione. Ottaviano combattè insieme con i consoli Gaio Pansa e Aulo Irzio a favore di Decimo Bruto contro Antonio che aveva arbitrariamente fatto votare una *lex* che, sottraendolo a Bruto, attribuiva a lui il governo della Gallia Cisalpina; il reclutamento dell'esercito privato, capo di imputazione per eccellenza contro l'eversore Ottaviano, era stato consentito e forse persino sollecitato dal senato o almeno da frange dello stesso che annoveravano al loro interno personaggi del calibro di Marco Tullio Cicerone. L'epilogo dello scontro, con la morte dei due consoli, la fuga di Antonio in Gallia Transalpina e il riunirsi degli eserciti sotto il comando di Ottaviano fu inaspettato: il vuoto di potere reso drammatico soprattutto dall'assenza dei consoli provocava somma incertezza, continui disorientamenti in seno al senato e nel popolo. L'instabilità di governo ormai cronicizzatasi esponeva a serio pericolo la tenuta dello Stato. Ottaviano, secondo le fonti, rassicurato da un 'buon partito' senatorio, decise così di chiedere il consolato cercando di ottenere una deroga alle *leges annales* relative alle prescrizioni di età minima prendendo la strada per Roma. Resta inspiegabile per quale ragione la deroga a un requisito di età, comunque formalmente concessa, a fronte dei precedenti, ma soprattutto dinanzi alle gravissime fratture istituzionali e della legalità costituzionale repubblicana consumatesi sin dai tempi della feroce repressione graccana, sia stata vista come il punto di non ritorno.

Dunque, è naturale chiedersi perché Ottaviano, con il suo esercito arruolato *privata impensa et privato consilio*, come si vanta all'inizio delle sue *Res Gestae*, abbia finito per suscitare tanto scandalo presso i moderni, nonostante si fosse nel secolo della politica dominata dai 'signori della guerra' e nonostante avesse combattuto dietro una deliberazione senatoria accanto ai consoli in carica e dunque dalla parte diremmo lealista alla repubblica.

E, soprattutto, è opportuno indagare sulle reali condizioni politiche e istituzionali in cui Ottaviano maturò la decisione di intraprendere la presunta 'marcia su Roma'. Davvero può dirsi che la scelta fu giocata sul piano della violenza eversiva contro il senato?

3. La presunta 'marcia su Roma'.

Nonostante esistano, dunque, un'infinità di elementi contraddittori e frammentari tali da costringere continuamente gli studiosi a tornare a misurarsi sul problema della genesi del principato, ciò che colpisce è la solida resistenza del convicimento dell'aspetto violento ed eversivo dell'ascesa al potere di Ottaviano:³⁰ in tal modo, e sostenuta da una blasonata pubblicistica, l'idea del 'colpo di Stato' continua a largheggiare. Per cui, la ricostruzione di un Ottaviano tanto giovane quanto arrogante, che arruola un esercito privato e minaccioso per incombere su Roma e far derogare così alle *leges annales* e conseguire, attraverso un percorso rapido e illegittimo, il consolato sembra lineare e logica. Eppure, l'intenzione di Ottaviano di evitare un aperto conflitto con l'assemblea dei *patres* è documentata da Plutarco nella biografia di Cicerone (*Cicero* 45-46), ma soprattutto dall'epistolario di quest'ultimo.

²⁹ Cass. Dio. 42-45.

³⁰ L. CANFORA, *La prima marcia su Roma*, cit., *passim*; ID., *Augusto figlio di Dio*, cit., *passim*.

Dai documenti ciceroniani emerge il tentativo ripetuto, continuo, ossessivo di Ottaviano di ricerca di dialogo politico, di costruzione di un'alleanza con il senato, almeno con ampi settori dello stesso per vantare una maggioranza al suo interno. Non sono molti gli studiosi che hanno dedicato una giusta attenzione alla genesi del rapporto imprevedibile e intenso tra Cicerone e Ottaviano;³¹ eppure abbiamo tra le mani la prova più diretta di una febbrile attività di Ottaviano che può spiegarsi soltanto ammettendo come questo non versasse proprio in quelle condizioni di forza solitamente accreditategli e che volesse comunque evitare una pericolosa deriva in un quadro già fortemente compromesso di drammatica destrutturazione del potere. Nei testi che leggeremo, sembra quasi che egli avvertisse una comunanza di obiettivi con il senato. Certo, Ottaviano era consapevole di suscitare una istintiva e significativa opposizione, perché sapeva di essere avvolto da una comprensibile diffidenza: la sua improvvisa, imprevedibile e impetuosa irruzione sulla scena politica e il suo legame familiare e politico con Cesare, *auctor* della *magna pestis*, indubbiamente non gli garantivano grandi simpatie tra i senatori; eppure Ottaviano cercò di farsi accettare e provò a orientare il senato attraverso uno degli esponenti più in prima linea e autorevoli del tempo, Cicerone:

Cic., *ad Att.* 16.8.1: *Kalendis vesperi litterae mihi ab Octaviano, Magna molitur. Veteranos qui Casilini et Calatiae sunt perduxit ad suam sententiam. Nec mirum, quingenos denarios dat. Cogitat reliquas colonias obire. Plane hoc spectat ut se duce bellum geratur cum Antonio. Itaque video paucis diebus nos in armis fore. Quem autem sequamur? Vide nomen, vide aetatem. Atque a me postulat primum ut clam colloquatur mecum vel Capuae vel non longe a Capua. Puerile hoc quidem, si id putat clam fieri posse.*

Siamo ancora lontanissimi dalla cosiddetta 'marcia su Roma', e mentre era già esplosa l'ira di Antonio per la prima *Philippica* malgrado i toni moderati, in questa riservatissima lettera scritta tra il 2 e il 3 novembre del 44 a.C. nella sua casa di Pozzuli è già delineato l'orientamento di Cicerone e la costruzione del suo rapporto con l'astro emergente. Egli confidava ad Attico come Ottaviano stesse provando a stringere un accordo politico con lui. Anche in queste poche righe si afferra quanto l'anziano statista si compiacesse dell'insistenza e delle ingenue istanze di Ottaviano. Questi chiedeva un incontro segreto, una richiesta che l'oratore non esitava a bollare come puerile, per definire strategia e tattica comuni. Tra i due comunque nacque una reciproca fiducia sulla solida convinzione che il nemico non bisognava vederlo nel senato romano ma in Antonio. In realtà, appena qualche mese prima (a giugno), Cicerone aveva già espresso all'amico il suo favore per il giovane Ottaviano:

Cic., *ad Att.* 15.12.2: *In Octaviano, ut perspexi, satis ingeni, satis animi, videbaturque erga nostros ἦρωας ita fore ut nos vellemus animatus. Sed quid aetati credendum sit, quid nomini, quid hereditati, quid κατηχῆσει, magni consili est.*

A leggere la lettera, l'opinione di Cicerone non era affatto avventata, ma raggiunta dopo attenta riflessione: buone doti, qualità innate, soprattutto vitali ragioni di opportunità politica di evitare che il giovane finisse nelle mani dell'assai esperto console. Evidentemente

³¹ Una menzione particolare merita invece J. BLEICKEN, *Augustus. Eine Biographie*, Hamburg 2010, 72 ss.

la novità dell'imprevedibile presenza di Ottaviano rendeva ancor più fluido e instabile il quadro politico, e correva forte negli ambienti politici e militari se già a ottobre Cicerone si avventurava a predire all'amico Attico che *videtur res publica ius suum recuperatura*.³²

Ad ogni modo, a novembre, la situazione era ancor più matura perché il giovane Cesare, così ormai veniva chiamato, facesse la sua scelta di campo sino a proporre a Cicerone un'alleanza politica. Il patto consisteva nella richiesta di sostegno a divenire *dux*, guida nella guerra contro Antonio, l'unico vero pericolo per il senato e quindi comune nemico. Mentre i veterani, che andava reclutando, avrebbero costituito un non indifferente vantaggio militare, secondo il punto di vista di Cicerone. Naturalmente, Cicerone non si fidava ancora del giovane; giudicava puerile questo frenetico 'agitarsi' di Ottaviano e tuttavia, nonostante le numerose incognite, il suo formidabile fiuto lo spingeva a trovare utile l'alleanza, se non altro a guadagnar tempo.

Incontriamo così un passaggio di assoluto rilievo e assai illuminante nelle righe immediatamente successive dell'*epistula*, righe solitamente e inspiegabilmente trascurate:

Cic., *ad Att.* 16.8.2: *Misit ad me Caecinam quendam Volaterranum, familiarem suum; qui haec pertulit, Antonium cum legionem Alaudarum ad urbem pergere, pecunias municipiis imperare, legionem sub signis ducere. Consultabat utrum Romam cum CI CI CI veteranorum profisceretur an Capuam teneret et Antonium venientem excluderet an iret ad tris legiones Macedonicas quae iter secundum mare superum faciunt; quas sperat suas esse. Eae congiarium ab Antonio accipere noluerunt, ut hic quidem narrat, et ei convicium grave fecerunt contionantemque reliquerunt. Quid quaeris? Ducem se profitetur nec nos sibi putat deesse oportere. Equidem suasi ut Romam pergeret. Videtur enim mihi et plebeculam urbanam et, si fidem fecerit, etiam bonos viros secum habiturus.*

La testimonianza è sorprendente e contiene tre notizie, per lo più sottaciute dalla storiografia moderna nella ricostruzione della genesi del principato e delle prime mosse di Ottaviano che secondo la lettura dominante affondano le proprie radici nel terreno della eversione repubblicana; queste tre preziosissime gettano però una diversa luce.

La prima notizia è che, non Ottaviano, bensì Antonio si apprestava a 'marciare su Roma' per assumerne anche militarmente il controllo.³³ La notizia trova pieno riscontro nella versione di Appiano,³⁴ che annota come Antonio si fosse deciso a muovere però non con una legione ma con una coorte pretoria appositamente creata (e in ciò discostandosi da Cicerone, sebbene quest'ultimo mi sembri assai più attendibile): composta dagli uomini più validi, e con questa messi in marcia lungo la via Appia verso Roma, ove entrò in modo fastoso, quasi con il piglio del conquistatore,³⁵ dopo aver lasciato presso le mura la cavalleria, e, avendo al seguito una guardia armata, Antonio convocò il senato per ottenere una dichiarazione di ostilità verso Ottaviano.

La seconda notizia è che Ottaviano chiese consigli a Cicerone, esortando il vecchio statista a indicargli le mosse compiere, quali azioni intraprendere.

La terza 'sorprendente' notizia è che fu proprio Cicerone a convincerlo a dirigersi verso Roma: *equidem suasi ut Romam pergeret*.

³² Cic., *ad Att.* 15.13.4.

³³ Cfr. anche Cic., *ad Att.* 16.10.1; *ad Att.* 16.13b.1; *ad Att.* 16.14.1.

³⁴ Appian., *Bell. civ.* 3.43.184-185.

³⁵ In tal senso Cic., *Phil.* 13.19.

Sempre ad Attico, nei giorni successivi, Cicerone raccontava di aver ricevuto ancora altre due lettere di Ottaviano:

Cic., *ad Att.* 16.9.1: *Binae uno die mihi litterae ab Octaviano, nunc quidem ut Romam statim veniam; velle se rem agere per senatum? Cui ego non posse senatum ante Kal. Ian., quod quidem ita credo. Ille autem addit consilio tuo. Quid multa? Ille urget, ego autem σκῆπτωμα. Non confido aetati, ignoro quo animo. Nil sine Pansa tuo volo. Vereor ne valeat Antonius, nec a mari discedere libet. At metuo ne quae ἀριστεία me absente. Varroni quidem displicet consilium pueri, mihi non. Firmas copias habet, Brutum habere potest; et rem gerit palam, centuriat Capuae, dinumerat. Iam iamque video bellum. Ad haec rescribe. Tabellarium meum Kalendis Roma profectum sine tuis litteris miros.*

In questa breve lettera Cicerone, pur riaffermando qualche perplessità, manifesta la maturazione della sua scelta a favore di Ottaviano, con giudizi di valore abbastanza netti, come quando afferma perentoriamente l'agire alla luce del sole di Ottaviano (*et rem gerit palam*), cosa che fa pensare che altri invece osservassero con timore talune mosse. Il 5 novembre, appena qualche giorno dalla prima, Cicerone invia ancora una nuova lettera ad Attico:

Cic., *ad Att.* 16.11.6: *Ego me, ut scripseram, in Pompeianum non abdidi, primo tempestatibus, quibus nihil taetrius, deinde ab Octaviano cotidie litterae, ut negotium susciperem, Capuam venirem, iterum rem publicam servarem, Romam utique statim. [...] Is tamen egit sane strenue et agit, Romam veniet cum manu magna; sed est plane puer. Putat senatum statim.*

Cicerone non avrebbe potuto meglio esprimere il favore che nutriva, almeno in quei giorni, verso Ottaviano; non riusciva neppure a dissimulare la compiacenza di aver dinanzi un giovane brillante (ma inesperto, *puer* continuava a chiamarlo) di cui lui, vecchio ma autorevolissimo statista, intendeva porsi come guida per salvare la *res publica* (*iterum rem publicam servarem*). Probabilmente, Ottaviano aveva compreso la psicologia del vecchio senatore e, stuzzicandone incessantemente l'orgoglio, ne accrebbe tanto la compiacenza, da indurlo a contrapporsi senza alcuna esitazione ad amici fidatissimi come Giunio Bruto:

Cic., *ad Brut.* 1.3.1: *Nostrae res meliore loco videbantur. Scripta enim ad te certo scio quae gesta sint. Qualis tibi saepe scripsi consules, tales exstiterunt. Caesaris vero pueri mirifica indoles virtutis. Utinam tam facile eum florentem et honoribus et gratia regere ac tenere possimus quam facile adhuc tenuimus! Est omnino illud difficilius, sed tamen non diffidimus. Persuasum est enim adulescenti, et maxime per me, eius opera nos esse salvos; et certe, nisi is Antonium ab urbe avertisset, perissent omnia.*

È in queste settimane che Cicerone redige quella che Giovenale avrebbe chiamata la «divina Filippica»,³⁶ sebbene forse mai pronunciata, cioè la seconda in cui sin dagli esordi scaglia brutalmente l'attacco ad Antonio quale nemico della repubblica. Il 2 aprile del 43

³⁶ Iuven., *Sat.* 10.25; R. CRISTOFOLI, *Cicerone e la II Filippica. Circostanze, stile e ideologia di un'orazione mai pronunciata*, Roma 2004.

a.C., Cicerone rivendica nuovamente la piena paternità del sostegno assicurato a Ottaviano, il merito di aver allontanato da Roma il giogo nefando del console e scongiurato il pericolo della morte dello Stato (*perissent omnia*), con un giudizio di valore su Ottaviano anche stavolta strabiliante: *Caesaris vero pueri mirifica indoles virtutis*. Ancora nel giugno successivo sempre allo stesso Bruto, che evidentemente non riusciva a capacitarsi di simili scelte, così ribadiva:

Cic., *ad Brut.* 1.10.4: *Quamquam enim dolebam in eam me urbem ire quam tu fugeres qui eam liberavisses, quod mihi quoque quondam acciderat periculo simili, casu tristiore, perrexi tamen Romamque perveni nulloque praesidio quatefeci Antonium contraque eius arma nefanda praesidia quae oblata sunt Caesaris consilio et auctoritate firmavi. Qui si steterit fide mihi que paruerit, satis videmur habituri praesidi; sin autem impiorum consilia plus valuerint quam nostra aut imbecillitas aetatis non potuerit gravitatem rerum sustinere, spes omnis est in te.*

Cicerone credeva davvero nel giovane Ottaviano, nonostante nutrisse verso di lui ancora qualche dubbio per l'inesperienza e malgrado l'opposta e arcigna valutazione di Bruto³⁷ che l'oratore provava continuamente a rintuzzare. La frattura con Bruto si allargava ancora, quando nel luglio del 43 a.C. Cicerone ribadiva a costui il suo profondo convincimento:

Cic., *ad Brut.* 1.15.9: *Suspicio illud tibi minus probari, quod a tuis familiaribus, optimis illis quidem viris sed in re publica rudibus, non probabatur, quod ut ovanti introire Caesari liceret decreverim. Ego autem, sed erro fortasse, nec tamen is sum ut mea me maxime delectent, nihil mihi videor hoc bello sensisse prudentius.*

Con una buona dose di sarcasmo, Cicerone provava a far osservare a Bruto come coloro che si opponevano all'apertura al giovane Ottaviano fossero certamente uomini degni ma poco addentro agli affari di Stato (*quod a tuis familiaribus, optimis illis quidem viris sed in re publica rudibus, non probabatur*). Insomma dei dilettranti inadeguati a guidare la *res publica* tra i marosi di quegli anni. Argomenti, per la verità, già espressi a Quinto Cornificio, il 20 marzo dello stesso anno:

Cic., *ad fam.* 12.25.4: *Ego, mi Cornifici, quo die primum in spem libertatis ingressus sum et cunctantibus ceteris a. XIII Kal. Ian. fundamenta ieci rei publicae, eo ipso die providi multum atque habui rationem dignitatis tuae, mihi enim est adsensus senatus de obtinendis provinciis. Nec vero postea destiti labefactare eum qui summa cum tua iniuria contumeliaque rei publicae provinciam absens obtinebat. Itaque cebras, vel potius cottidianas compellationes meas non tulit seque in urbem receptit invitus, neque solum spe sed certa re iam et possessione deturbatus est meo iustissimo honestissimoque convicio.*

Si tratta di un documento importante, che contribuisce a darci un'idea precisa dello scontro politico che si consumava da mesi all'interno del senato tra la fazione cesariana, o filoantoniana, e quella lealista repubblicana e il ruolo di primissimo piano condotto da Cice-

³⁷ Cfr. Cic., *ad Brut.* 1.4; *ad Brut.* 1.4a; *ad Brut.* 1.17.

rone che, in una precedente lettera del gennaio del 43 a.C., sempre indirizzata a Cornificio, rammentava la sua sovraesposizione a favore di Ottaviano:

Cic., *ad fam.* 12.24.2: *Cum enim haec scribebam in expectatione erant omnia. Nondum legati redierant quos senatus non ad pacem deprecandam sed ad denuntiandum bellum miserat nisi legatorum nuntio paruisset. Ego tamen, ut primum occasio data est meo pristino more rem publicam defendendi, me principem senatui populoque Romano professus sum, nec, postea quam suscepi causam libertatis, minimum tempus amisi tuendae salutis libertatisque communis.*

In questa breve lettera vi è l'orgogliosa rivendicazione di aver colto la prima occasione utile per dare il proprio contributo alla difesa della *res publica*: *meo pristino more*, alla mia vecchia maniera, si compiaceva Cicerone, con chiara allusione alla sua gestione della vicenda catilinaria. Non si tratta soltanto di un ulteriore consolidamento della consapevolezza di dover guardare più di quanto si sia sinora fatto, e con maggior attenzione, al rapporto Cicerone-Augusto, ricordando la stima nutrita, opportunisticamente o meno, dall'oratore per Ottaviano, il riconoscimento di doti inusuali in un giovane (intelligenza e coraggio), tanto da immaginarlo dalla propria parte.³⁸ Nella lettera a Cornificio v'è di più; v'è ancora la smisurata aspirazione di Cicerone di assumere ancora la guida dello Stato repubblicano, richiamato secondo le formule istituzionali attraverso il senato e il popolo: *me principem senatui populoque Romano professus sum*.

Con queste rapide pagine, credo, si colga l'importanza dell'enorme giacimento di notizie contenute nel *corpus* epistolare ciceroniano, un autentico «barile di dinamite»,³⁹ capace di far saltare in aria tutte le certezze dei moderni, e grazie al quale siamo in grado di seguire con scansione e profondità quelle fasi convulse, caratterizzate da tatticismo, continui capovolgimenti di fronte all'insegna del più imprevedibile opportunismo, alleanze tanto trasversali quanto fragili ed estemporanee, alla cui luce poi diventa assai utile e proficua la lettura complessiva e combinata delle versioni di Cassio Dione, Appiano, Svetonio e di quanto invece esse risultino, se singolarmente prese, 'schiacciate' nelle ricostruzioni e impoverite di fatti essenziali.

Andiamo così al cuore della questione, ovvero mettere in fila i fatti politici e i passaggi istituzionali per provare a valutare sul piano dello *ius publicum* se Ottaviano davvero consumò un 'colpo di Stato'. Cicerone nella difficile, complessa e tesa seduta senatoria del 20 dicembre del 44 a.C. aveva proposto un pacchetto di misure, tra cui la dichiarazione di *hostis rei publicae* avverso Antonio e le onorificenze a Ottaviano, il cui testo fortunatamente è stato conservato nella terza Filippica:

Cic., *Phil.* 3.15.37-38: *Quas ob res, quod tribuni plebi verba fecerunt uti senatus Kalendis Ianuariis tuto haberi sententiaeque de summa re publica libere dici possint, de ea re ita censeo. «Uti C. Pansa A. Hirtilius, consules designati, dent operam uti senatus Kalendis Ianuariis tuto haberi possit. Quodque edictum D. Bruti, imperatoris, consulis designati, propositum sit, senatum existimare D. Brutum, imperatorem, consulem designatum, optime de re publica mereri, cum senatus auctoritatem populique Romani libertatem imperiumque defendat; [38] [...]. Cumque opera, virtute, consilio C. Caesaris summoque militum consensu veteranorum, qui eius auctori-*

³⁸ Cic., *ad Att.* 15.16.2.

³⁹ L'espressione, efficacissima, è di L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 427.

tem secuti rei publicae praesidio sunt et fuerunt, a gravissimis periculis populus Romanus defensus sit et hoc tempore defendatur [...]».

L'oratore intendeva ancorare su di un piano di assoluta legalità la posizione in effetti anomala del giovane Cesare. Il senato riconvocato per i primi di gennaio del 43 a.C. continuò la discussione, giungendo ad approvare una soluzione di compromesso tra i due schieramenti su una mozione avanzata appunto da Cicerone e anch'essa conservata nelle Filippiche:

Cic., *Phil.* 5.17.46: «*Quod C. Caesar, Gai filius, pontifex, pro praetore, summo rei publicae tempore milites veteranos ad libertatem populi Romani cohortatus sit eosque conscripserit, quodque legio Martia quartaque summo studio optimoque in rem publicam consensu, C. Caesare duce et auctore, rem publicam libertatem populi Romani defendant, defenderint, [...] ob eas causas senatui placere, C. Caesarem, Gai filium, pontificem, pro praetore, senatorem esse sententiamque loco praetorio dicere, eiusque rationem, quemcumque magistratum peteret, ita haberi ut haberi per leges liceret, si anno superiore quaestor fuisset*».

Accogliendo la proposta di rigetto della dichiarazione di *hostis rei publicae* (ma si ammise quella del *tumultus* assai meno grave per Antonio, dichiarato soltanto *inimicus*) sostenuta dal tribuno della plebe Salvio ma soprattutto argomentata da Lucio Calpurnio Pisone, la cui appassionata e per alcuni passaggi convincente orazione ci è consegnata da Appiano,⁴⁰ si raggiunse un punto di equilibrio, facilitato anche dall'irriducibilità di Antonio a cui fu inviata invano una delegazione composta da Pisone, Marcio Filippo e Sulpicio Rufo a trattare. Sull'ultima proposta di compromesso si coagulò una maggioranza senatoria rafforzata dalla convergenza dei *Κικερώνειοι* (i ciceroniani, li chiamava Appiano,⁴¹ il che ci dà un'idea precisa dell'intensità del lavoro dell'oratore), che tuttavia dichiarava benemeriti della *res publica* Decimo Bruto e Ottaviano. A quest'ultimo in particolare si assegnava un *imperium pro praetore* da esercitare in via coordinata ma subordinata ai due consoli in carica; e ancora il titolo di senatore di rango questorio e la deroga alle *leges annales* sul requisito di età minima al fine della sua candidatura alle elezioni magistratuali. Il senato intese revocare così la *lex de permutatione provinciarum*, mediante una proposta di legge del console Pansa, per ratificare gli atti di Cesare e dichiarare nulle le leggi fatte votare da Antonio in contrasto con quegli atti,⁴² rilegittimando Decimo Bruto e facendo invece sconfinare l'attività di Antonio nel campo dell'illegalità costituzionale.⁴³

Come è facile ammettere, sin qui non vi è traccia di minaccia di Ottaviano verso il senato né alcuna posizione di forza che di fatto lo mettesse in condizioni di dettare una sua linea politica. Non solo. Ottaviano non ottenne neppure l'egemonia del comando delle operazioni militari contro Antonio, come invece avrebbe voluto e aveva richiesto attraverso

⁴⁰ Appian., *Bell. civ.* 3.54-60. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², cit., IV.1, 71 s.

⁴¹ Appian., *Bell. civ.* 3.50-51.

⁴² Fonti e ricostruzione in F. REDUZZI MEROLA, *Aliquid de legibus statuere. Poteri del senato e sovranità del popolo nella Roma tardorepubblicana*, Napoli 2007, 102 ss.

⁴³ Una recente ricostruzione dei fatti in R. CRISTOFOLI, A. GALIMBERTI, F. ROHR VIO, *Dalla repubblica al principato*, cit., 104 ss.

Cicerone. In questo senso, nella versione di Appiano, ma non sappiamo quanto sempre davvero aderente ai *Commentarii* del *princeps*,⁴⁴ si racconta del forte disappunto di Ottaviano, ormai consapevole dell'abile mossa dei senatori di strumentalizzarlo associandolo ai consoli nel comando dell'esercito, svuotando in tal modo di fatto la sua posizione di comando in quanto appunto subalterno ai consoli.⁴⁵ D'altro canto, però, sul piano giuridico-formale Ottaviano ricevette, a seguito di un lungo dibattito dell'assemblea senatoria, la massima copertura politica e istituzionale.

Tale è dunque l'incongruenza della tesi del golpe da aver indotto Pietro de Francisci, seguito anche da Francesco De Martino,⁴⁶ a tentare di far quadrare i conti, bollando quella di Cicerone come una «proposta senza dubbio sovversiva della costituzione»⁴⁷ e cambiando repentinamente il bersaglio della censura di illegittimità costituzionale. Né a suffragare giova la tesi eversiva tanto poggiare sul fatto che Ottaviano abbia usato Cicerone, perché lo stesso argomento vale per l'oratore, avendo questi concepito, e più volte dichiarato, il disegno di usare strumentalmente il giovane Cesare contro Antonio,⁴⁸ come per esempio possiamo ancora leggere nella quinta *Filippica*:

Cic., *Phil.* 5.16.42: *Venio ad C. Caesarem, patres conscripti, qui nisi fuisset, quis nostrum esse potuisset? Advolabat ad urbem a Brundisio homo impotentissimus, ardens odio, animo hostili in omnis bonos cum exercitu Antonius. Quid huius audaciae et sceleri poterat opponi? Nondum ullos duces habebamus, non copias; nullum erat consilium publicum, nulla libertas; dandae ceruices erant crudelitati nefariae; fugam quaerebamus omnes, quae ipsa exitum non habebat.*

Certo, in un clima del genere qualunque passaggio, se isolato, può essere guardato con sospetto e ritenuto munito di una carica eversiva; ma, se questo vuole sostenersi per Ottaviano, non meno sovversivo dovrebbe allora giudicarsi il fatto che avviò la strategia di Ottaviano, cioè la *lex de permutatione provinciarum* fatta votare da Antonio dai *comitia centuriata*

⁴⁴ F. VON BLUMENTHAL, *Die Autobiographie des Augustus*. I, in *WS* 35, 1913, 113 ss.; II, in *WS* 34, 1914, 267 ss.; III, in *WS* 36, 1915, 84 ss.; R.T. RIDLEY, *Augustus: the Emperor writes his own account*, in G. MARASCO (a cura di), *Political Autobiographies and Memoirs in Antiquity*, Leiden 2011, 268 ss.; L. DE BIASI, A.M. FERRERO (a cura di), *Cesare Augusto Imperatore, Gli atti compiuti e i frammenti delle opere*, Torino 2003, 510 ss. Per L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., *praecipue* 225 ss., che ha indagato sulle fonti di Appiano, «mescolare' la storia repubblicaneggiante di Seneca padre con i *Commentarii* di Augusto era una buona trovata per inverare l'«imparzialità» tucididea, modello ormai innocuo se proiettato sulla storia di due secoli addietro».

⁴⁵ Appian., *Bell. civ.* 3.64.263-264. Senza considerare poi che il senato, dopo Modena, gli negò ogni onore nonostante le opposte raccomandazioni di Cicerone (*ad fam.* 11.20.1).

⁴⁶ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², cit., IV.1, 69 ss.

⁴⁷ P. DE FRANCISCI, *Preannunci del Principato nelle Filippiche di Cicerone*, in *BIDR* 67, 1964, 8. Ma quando de Francisci scrive che quella di Cicerone era «una proposta senza dubbio sovversiva della costituzione, in quanto egli veniva a contrapporre ad un console (sia pure colpevole di numerose malefatte) un privato (ma meritevole agli occhi repubblicani di aver salvato lo (stato))», travisa la realtà dei fatti perché omette di dire che Cicerone e il senato si schierarono con i nuovi due consoli Irzio e Pansa a cui associarono, ma in via subalterna, Ottaviano.

⁴⁸ L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 296 s., ha ragione nel richiamare il parallelismo con Pompeo, su cui vedi *infra*.

o *tributa*.⁴⁹ Con questo provvedimento legislativo Antonio si assicurava per il 43 a.C. per cinque anni il governo della Gallia Transalpina e della Gallia Cisalpina che veniva così sottratta a Decimo Bruto, destinato lì da Cesare, nonostante ne avesse già assunto la titolarità della giurisdizione. Impossibile, sotto il profilo squisitamente istituzionale e giuridico, non dare ragione a Cicerone che tuonava contro una *lex* illegittima: *per vim et contra auspicia lata*,⁵⁰ assunta contro il parere del senato e per giunta da parte di un'assemblea popolare non competente in materia. È comprensibile che lo schieramento avverso ad Antonio reagisse *iure*, avrebbero detto, e che Ottaviano riuscisse con insperato successo a inserirsi in questa palese e profonda spaccatura dell'assemblea dei *patres*.

Con questo non si vuol negare che non esistessero voci di dissenso interne al senato verso la linea politica ciceroniana di sostegno a Ottaviano; anzi, come abbiamo già ricordato, persino autorevolissimi esponenti dello 'schieramento repubblicano', come Bruto, non avevano esitato a mostrare sin dall'inizio perplessità e contrarietà. Non si vuol negare neppure che talune 'forzature' furono esercitate da Ottaviano, eppure è indubbio che la documentazione a nostra disposizione depone a favore di un quadro certo turbinoso ma nient'affatto eversivo bensì di rispetto della legalità, e che quelle 'forzature' perpetrate a favore di Ottaviano, qualificate invece come eversive da voci della storiografia antica e moderna, furono giocate sul terreno della politica e non della rottura delle forme costituzionali e comunque attribuibili al senato che decise con una votazione convergente e largamente favorevole determinatasi in assoluta libertà.

Nel luglio del 43 a.C., Cicerone scrive una lettera⁵¹ che spiega ancora a Bruto le ragioni della sua scelta obbligata dai propositi eversivi di Antonio (*his ardentibus perturbandae rei publicae cupiditate*):

⁴⁹ Nonostante Appian., *Bell. civ.* 3.30.115-119 parli di comizi centuriati, G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, 432, ritiene essersi trattato dei *comitia tributa*. Credo che gli strali ciceroniani (Cic., *Phil.* 1.11.25-26: [...] «*Quas tu mihi*» inquit «*intercessionem, quas religiones?*» *Eas scilicet quibus rei publicae salus continetur. «Neglegimus ista est nimis antiqua et stulta ducimus: forum saepietur; omnes cladentur aditus; armati in praesidiis multis locis conlocabuntur.*» [26] *Quid tum? Quod ita erit gestum, id lex erit?*), soprattutto quelli fondati sul disprezzo manifestato da Antonio verso la *religio*, inducono a dar ragione ad Appiano, giacché Antonio convocò *in foro* i comizi centuriati. Ma anche se si fosse trattato dei *comitia tributa*, cosa che supererebbe il problema della violazione del vetusto divieto religioso di convocazione del popolo in armi all'interno del pomerio, è palese che Antonio abbia violato le ordinarie norme procedurali soprattutto relative ai tempi di convocazione; a tal riguardo vedi P. BUONGIORNO, *La 'lex' in Cicerone al tempo delle 'Philippicae'. Fra teoria e prassi politica*, in J.-L. FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 554 ss. Sul tema delle promagistrature e della *prorogatio imperii* per tutti G. NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, I, Catania 1977, 218 ss.; F. ARCARIA - O. LICANDRO, *Diritto romano. I. Storia costituzionale di Roma*, Torino 2014, 151 ss.; I. BUTI, *Appunti in tema di "prorogatio imperii". I. Scansioni temporali delle magistrature*, in *Index* 19, 1991, 255 ss.; ID., *Appunti in tema di "prorogatio imperii". II. La casistica delle fonti fino al 218 a.C.*, in *Index* 20, 1992, 435 ss.; ID., *Considerazioni sul secondo periodo della prorogatio imperii*, in N. PALAZZOLO, L. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Omaggio ad un Maestro. Per gli ottanta anni di Giovanni Nicosia, Messina 28-29 settembre 2012*, Torino 2014, 65 ss.

⁵⁰ Cic., *Phil.* 5.3.7; *Phil.* 5.4.10; Liv., *Per.* 117.

⁵¹ Secondo L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 364, furono diciotto le lettere inviate da Cicerone a Bruto negli ultimi mesi di vita dell'oratore culminanti con la rottura tra i due. Secondo lo studioso, Attico inserì deliberatamente questo piccolo carteggio che risultò utile ad Augusto per l'uso propagandistico e strumentale che ne fece della figura e del pensiero politico di Cicerone.

Cic., *ad Brut.* 1.10.6-7: *Romam ut veni, statim in me incitavissem, consilia inire coepi Brutina plane (vestri enim haec sunt propria sanguinis) rei publicae liberandae. Longa sunt quae restant, mihi praetereunda; sunt enim de me. Tantum dico, Caesarem hunc adulescentem, per quem adhuc sumus, si verum fateri volumus, fluxisse ex fonte consiliorum meorum.* [7] *Huic habiti a me honores nulli quidem, Brute, nisi debiti, nulli nisi necessarii. Ut enim primum libertatem revocare coepimus, cum se nondum ne Decimi quidem Bruti divina virtus ita commovisset ut iam id scire possemus atque omne praesidium esset in puero qui a cervibus nostris avertisset Antonium, quis honos ei non fuit discernendus? Quamquam ego illi tum verborum laudem tribui eamque modicam, decrevi etiam imperium.*

Un vero manifesto politico e tattico, introdotto da Cicerone con il richiamo dell'abbattimento della tirannide dei Tarquini vanto della stirpe dei Bruti. Per quanto gli scritti ciceroniani sembrino falsare, come ha scritto Emanuele Narducci, la prospettiva storica, «accreditando l'immagine di un Cicerone che stava praticamente da solo al timone della *res publica*, e quasi oscurando le altre forze e istanze politiche che pure contribuivano a formare gli orientamenti del senato», non vi è dubbio che l'oratore fosse alla testa di uno schieramento trasversale filottaviano e in grado di manovrare con consumata perizia non pochi incerti.⁵²

Era necessario decretare quei riconoscimenti, quegli onori e quell'*imperium* a Ottaviano contro la *cupiditas dominandi* di Antonio. E nulla gli parve più assennato della sua proposta di decretare pure la concessione al giovane Cesare dell'ingresso a Roma con un'*ovatio* (Cic., *ad Brut.* 1.15.9: [...] *quod ut ovanti introire Caesari liceret decreverim [...] nihil mihi videor hoc bello sensisse prudentius*). Naturalmente le spiegazioni, la scelta di campo gli valsero la rottura con Bruto, e un disprezzo incontenibile espresso con l'asperrima accusa di non aver voluto tanto evitare un *dominus* quanto cercare un padrone amico!⁵³ Né vale scrivere, come pur autorevolmente qualcuno ha ritenuto di fare,⁵⁴ che si sia così legalizzato il *privatum consilium* di Ottaviano, cioè il meditato ma non ancora compiuto 'colpo di Stato', perché è difficile legalizzare qualcosa di non ancora compiuto.

Allora, se proprio un appunto si volesse muovere, si dovrebbe lamentare quello opposto della tronfiezza tracimante di *RGDA*. 1.1, in cui Augusto si attribuiva ingiustificatamente il merito intero di aver riscattato da solo dall'oppressione di una fazione la *res publica*, così restituita alla libertà (*annos undeviginti natus exercitum privato consilio et privata impensa comparavi, per quem rem publicam a dominatione factionis oppressam in libertatem vindicavi*). Mentre in realtà non solo il trionfo fu decretato solo per Decimo Bruto e unicamente al quale si riconobbe il comando per la continuazione della guerra contro Antonio, ma a Ottaviano fu negata persino l'*ovatio*, come pure fu escluso dalla commissione per la distribuzione dei premi ai veterani.⁵⁵

⁵² E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma-Bari 2009, 418 s.

⁵³ Cic., *ad Brut.* 1.16.7: *Deinde, quod pulcherrime fecisti ac facis in Antonio, vide ne convertatur a laude maximi animi ad opinionem formidinis. Nam si Octavius tibi placet a quo de nostra salute petendum sit, non dominum fugisse sed amicum dominum quaesisse videberis.*

⁵⁴ L. LABRUNA, *Le forme della politica tra innovazione e ripristino del passato. Dalle Idi di marzo ad Augusto principe*, in *Res publica e Princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello, 25-27 maggio 1994* (a cura di F. MILAZZO), Napoli 1996, 166.

⁵⁵ P. DE FRANCISCI, *Preannunci del Principato*, cit., 17 s.

Se queste furono, dunque, le basi della posizione di Ottaviano nei 16 mesi che intercorsero dalle Idi di marzo del 44 a.C. all'elezione al consolato del 19 agosto del 43 a.C., in maniera univoca nonostante qualche sfumatura attestata dalle fonti contemporanee e successive,⁵⁶ bisogna ammettere che la tesi del 'colpo di Stato', o del 'golpe', finisca eufemisticamente per sbiadire alquanto. Nella documentazione disponibile, qualche dubbio potrebbe sorgere soltanto grazie alla versione di Cassio Dione che, unico autore, ha raccolto e tramandato la notizia di un *senatus consultum ultimum* contro Ottaviano, divenuto così *hostis rei publicae*, con cui si affidava, in mancanza di consoli, ai pretori la difesa della *res publica* e il compito di notificare allo stesso Ottaviano di non avvicinarsi a Roma a meno di 750 stadii.⁵⁷ Una notizia, questa, presa come oro colato da una voce autorevole come Matthias Gelzer⁵⁸ e da lui persino fantasiosamente arricchita con l'individuazione di un improbabile proponente: Cicerone. Pure Ronald Syme dinanzi alla testimonianza di Cassio Dione ha manifestato una qualche perplessità e senza rinunciare a una distaccata ironia;⁵⁹ mentre in tempi recentissimi Luciano Canfora ha riconosciuto seccamente l'incauto errore di Gelzer su Cicerone, bollato come un'«inclinazione malsana a 'combinare' le fonti».⁶⁰

Diverso invece il convincimento di Canfora sul *senatus consultum ultimum* dichiarativo della condizione di *hostis rei publicae* di Ottaviano, che se davvero votato dal senato avrebbe sancito l'illegalità della sua azione: per quanto allo stato delle nostre fonti la storicità del *senatus consultum ultimum* sia del tutto indimostrabile, egli dà credito allo storico greco. Ma, assai più prudentemente di quanto nel 1939 lo sia stato Matthias Gelzer, stima che la versione dei fatti nota a Cassio Dione lo farebbe semplicemente supporre.⁶¹

Eppure ci sarebbero ben altri argomenti tali da far paurosamente vacillare la credibilità di Cassio Dione. Innanzitutto, è inverosimile l'invio di un'ambasceria di quattrocento soldati con irruzione nella curia senatoria a richiedere il consolato, mentre la versione di Appiano prevede una più credibile delegazione di ufficiali.⁶² In secondo luogo, è anacronistica l'alleanza di Ottaviano con Antonio e Lepido, quando invece l'inimicizia verso Antonio era già esplosa in maniera virulenta, avendo il giovane Cesare ricevuto dal senato l'investitura di condurre insieme ai consoli la guerra contro di lui. Quale sia la fonte di Cassio Dione su questi fatti è assai difficile capirlo, può osservarsi che qualche somiglianza si trova nella descrizione della *Periocha* 119 di Livio,⁶³ ove si menziona la 'strana alleanza' di Ottaviano

⁵⁶ Fonti: Appian., *Bell. civ.* 3.40-94; Cass. Dio 46.44-46; Un quadro dettagliato delle vicende convulse, dei repentini cambiamenti di alleanze politiche e tattiche, oltre che in R. SYME, *La rivoluzione romana*, cit., 197 ss., si trova nelle pagine di E. BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma* (a cura di G. CRIFÒ), Romae 1982, 474 ss.

⁵⁷ Cass. Dio 46.44.

⁵⁸ M. Gelzer, s.v. «*Tullius*», in PWRE VIIA, Stuttgart 1939, col. 1087.

⁵⁹ R. SYME, *La rivoluzione romana*, cit., 206: «Se il Senato abbia dichiarato Ottaviano nemico pubblico non si sa: tali formalità stavano perdendo sempre più importanza».

⁶⁰ L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 388 ss.

⁶¹ L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 383.

⁶² Appian., *Bell. civ.* 3.88.361.

⁶³ Liv., *perioch.* 119.6-7: *Adversus C. Caesarem, qui solus ex tribus ducibus supererat, parum gratus senatus fuit, qui Dec. Bruto obsidione Mutinensi a Caesare liberato triumphum honore decreto Caesaris militumque eius mentionem*

con Antonio decisiva per il conseguimento del consolato, mentre la dichiarazione di *hostis rei publicae* è riferita ad Antonio. Non può escludersi che Cassio Dione abbia appunto attinto a quei materiali di precedenti epitomi affetti da gravi imprecisioni, che finirono poi nelle *Periochae*, quando furono redatte proprio tra il III e il IV secolo d.C.

Anche Appiano fornisce una versione dei fatti collocata nell'alveo della legalità. A differenza di Cassio Dione, egli non dà notizie di violenze a cui si sarebbero abbandonati i legionari di Ottaviano, ma pensare, come fa Canfora, che Appiano abbia deliberatamente omesso di raccontare le violenze delle legioni di Ottaviano, in aderenza ai *Commentarii augustei*, è un'ipotesi forzata.⁶⁴ Se davvero Appiano avesse svolto quell'operazione selettiva, dovremmo tuttavia trovar traccia di atti eversivi e violenti in altre fonti, mentre di tutto ciò non vi è la benché minima traccia neppure nell'epistolario di Cicerone.⁶⁵ Né vale puntare poi sulla volubilità del popolo che repentinamente si schierò con Ottaviano mentre i pretori gli si consegnarono. Se atti di violenza ci furono, e, comunque non ci sarebbe da stupirsene, essi furono contenuti, se non sparuti, e probabilmente esercitati nei confronti di esponenti marginali dello schieramento di Antonio.

Quanto alla pretesa del consolato, sempre Cicerone informava Bruto, adirato dalla piega che la situazione prendeva in favore di Ottaviano, del lavoro in corso, probabilmente da parte di autorevoli senatori, di far intravedere al giovane Cesare la possibilità di ottenere la carica in coppia con Cicerone stesso.⁶⁶ Ma anche a tal proposito bisogna precisare quello che non appare un semplice dettaglio. Il braccio di ferro che Ottaviano ingaggiò con una parte consistente del senato non riguardava un aspetto legale: cioè Ottaviano non pretendeva un ulteriore 'strappo' alle regole a suo vantaggio, perché la deroga dell'età minima era stata già concessa con la precedente deliberazione senatoria (Cic., *Phil.* 5.17.46: «[...] *ob eas causas senatui placere, C. Caesarem, Gai filium, pontificem, pro praetore, senatorem esse sententiamque loco praetorio dicere, eiusque rationem, quemcumque magistratum peteret, ita haberi ut haberi per leges liceret, si anno superiore quaestor fuisset*»). Lo scontro politico si addensò invece sul tempo della convocazione dei comizi popolari, poiché il senato attraverso un abile gioco di veti e ostruzionismi ritardava appunto strumentalmente la convocazione del comizio centuriato per l'elezione dei nuovi consoli, come rivela ancora Cicerone in una lettera a Bruto.⁶⁷

Ora, in questo turbinio di fatti, di alternarsi e di continui capovolgimenti di posizioni e di schieramenti, individuare chi fosse fuori dall'alveo costituzionale è impresa non solo azzardata, ma sicuramente fuorviante. Certamente non ha facilitato, perché malcompresa, l'«imbarazzante» autodifesa senatoria condotta da Cicerone a proposito degli *exempla Pom-*

non satis gratam habuit. [7] Ob quae C. Caesar reconciliata per M. Lepidum cum M. Antonio gratia Romam cum exercitu venit et praecclusis adventu eius his qui in eum iniqui erant, cum xviii annos haberet, consul creatus est.

⁶⁴ L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 382 ss.

⁶⁵ Salvo ammettere anche la purga del *corpus* ciceroniano. Sulla 'bonifica' dello stesso vedi le idee di L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 413 ss.

⁶⁶ Cic., *ad Brut.* 1.10.3; cfr. Cic., *ad Brut.* 1.4a; Cic., *ad fam.* 10.24.6; Cass. Dio 46.42.2; Plut., *Cic.* 45.5; Appian., *Bell. civ.* 3.82.337-339, che evidentemente leggeva Cicerone ma disponeva anche di altre fonti ostili all'oratore.

⁶⁷ Cic., *ad Brut.* 1.5.4: *Omnino Pansa vivo celeriora omnia putabamus. Statim enim collegam sibi subrogavisset; deinde ante praetoria sacerdotum comitia fuissent. Nunc per auspicia longam moram video. Dum enim unus erit patricius magistratus, auspicia ad patres redire non possunt. Magna sane perturbatio.*

peii: aver arruolato un esercito privato;⁶⁸ aver governato due province in età inferiore a quella minima richiesta per l'accesso al senato; aver riportato un trionfo senza essere titolare di una regolare magistratura. E cosa dire, ancora, del gesto, in quel caso davvero al di fuori di ogni consuetudine o prassi, diremmo oggi, costituzionale e perciò causa dello scoppio della guerra civile, di cancellazione dello *ius intercessionis* dei tribuni della plebe?⁶⁹ Sebbene si dica ciclicamente che i precedenti del principato si inveroarono già nell'esperienza pompeiana, è ad Augusto che si attribuisce ogni responsabilità eversiva. Il che ci fa capire che, proprio partendo dalla biografia di Pompeo, potremmo misurare l'esagerazione nell'interpretazione dei moderni di taluni *gesta* augustei giudicati come colpi mortali alla *res publica*.

Luciano Canfora, da ultimo, ha richiamato le somiglianze tra le vicende politiche di Augusto e Pompeo, dall'irruzione assai giovani sulla scena politica agli *exempla* istituzionali; e al tempo stesso non ha mancato di sottolineare quanta consapevolezza Augusto manifestò pubblicamente nel rifarsi a Pompeo *princeps*, che non volle farsi né monarca né dittatore, come modello utilizzabile tanto da restaurare alcuni luoghi 'pompeiani', come la casa.⁷⁰

Se tutto questo è vero, sebbene da Eduard Meyer⁷¹ a Mario Attilio Levi⁷² sino ai nostri giorni si sia sostanzialmente sottovalutata la connessione tra Cicerone e Cesare scolpita limpidamente in alcuni passaggi della *pro Marcello*, su cui ci soffermeremo più avanti, e se la 'marcia su Roma' allora non costituì certo quel 'colpo di Stato' che tanti ancora affermano, appare assai più utile fermarsi e ritornare a rileggere le fonti, provare a districarsi in quel groviglio di notizie in un quadro istituzionale e politico da tempo profondamente e drammaticamente destrutturato, in cui individuare il principio di legalità costituzionale è forse una delle cose davvero più ardue da dimostrare. Soprattutto poi se consideriamo che in quell'esperienza la costituzione formale ebbe un ruolo del tutto residuale, come il pensiero acuto e l'occhio attento al passato come al presente di Giuseppe Branca avvertono: «Si può dire che trionfasse il tipo di comportamento favorevole al più forte nella comunità [...]: perciò la costituzione materiale era sempre in movimento, ora andava in un senso ora all'opposto. Il che rende vano, quanto meno nei settori in cui mancavano leggi e fino a quando queste ultime non intervenivano, ricercare una costituzione certa: quella che prevaleva era una costituzione elastica, perché approssimativa ed in continuo movimento pendolare, formata prevalentemente da apporti continui delle convenzioni; anzi, da convenzioni susseguenti a lotte più o meno aspre ovvero da convenzioni accettate dalle parti in conflitto come dichiarazioni di pace, quasi come armistizi».⁷³

⁶⁸ Ma Cicerone presentò come degne di lode anche azioni *contra leges* di Bruto e Cassio: Cic., *Phil.* 5.2.3; 5.11.28; 5.16.44; 10.11.23; 11.8.20; 11.12.27; 11.13.32; 14.2.4.

⁶⁹ Caes., *Bell. civ.* 1.7.2: *novum in re publica introductum exemplum queritur, ut tribunicia intercessio armis votaretur atque opprimeretur.*

⁷⁰ L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 298. Vedi anche F. HURLET, *Auguste et Pompée*, in *Athaeneum* 94, 2006, 467 ss.

⁷¹ E. MEYER, *Cäsars Monarchie und das Principat des Pompeius*, Stuttgart-Berlin 1918.

⁷² M.A. LEVI, *Ottaviano capoparte*, I, Firenze 1933.

⁷³ L. GAROFALO, *Alcuni appunti di Giuseppe Branca sulle «convenzioni costituzionali» nell'antica Roma*, in ID., *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, 34; cfr. G. BRANCA, *Convenzioni costituzionali ed antica repubblica romana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano 1988, 76 ss. Parla di 'norme

4. Dalla *commutatio* alla *restitutio rei publicae*.

Ora, se la propaganda augustea fu ossessivamente declinata all'insegna della *restitutio rei publicae*, vuol dire che dei cambiamenti dovettero pur verificarsi: il problema conseguentemente è accertare se, dinanzi a processi degenerativi della costituzione della tarda repubblica, Ottaviano abbia compiuto fatti o introdotto elementi di restaurazione. Allora, per provare a capirci meglio qualcosa, è utile ritornare sul campo della semantica per verificare cosa cambiò e cosa si restaurò. Questa rinnovata e rinvigorita esigenza di riflessione e di indagini su quegli anni sta producendo, sia pur lentamente, faticosamente, e nelle ricerche più avvertite, l'emersione di questi aspetti, tanto da indurre alcuni studiosi a 'reinterpretare' il significato giuridico-costituzionale di *restitutio rei publicae*, come ha fatto Jean-Louis Ferrary, intendendola in un'accezione ampia e labile di restaurazione di 'un gouvernement constitutionnel'.⁷⁴ Oppure come nel caso di Luciano Canfora, la cui posizione affidata a un recente libro (tra il *pamphlet* e l'intervista) merita davvero di essere riportata: «Augusto è un grande architetto costituzionale. Conserva in pieno il controllo degli eserciti, attribuendoli solo alle province di cui nomina lui stesso i governatori, e sottrae le forze militari alle province di pertinenza del Senato. Però formalmente Augusto "restauro la Repubblica": finita la lunga stagione triumvirale, non assume i poteri eccezionali su cui aveva puntato Cesare. Si assicura però la potestà consolare tutti gli anni, come Pericle del resto era stato eletto stratego ad Atene per trent'anni consecutivi. Siamo di fronte a due leader capaci di piegare l'ordinamento costituzionale a un potere personale di fatto, senza violarlo sul piano formale. Il capolavoro di Augusto è dunque una *res publica restituta*, cioè restaurata, in cui però l'*auctoritas* (concetto da lui reso quasi una "forma" costituzionale) è lo strumento della sua prevalenza come *princeps* rispetto al Senato. Nella sostanza è una geniale finzione per conciliare la tradizione di Roma con un equilibrio politico nuovo».⁷⁵

Quelle di Ferrary e di Canfora, per quanto con sfumature diverse, sono idee che riportano con merito sul terreno della ricerca la questione del rispetto delle forme costituzionali. Entrambe queste posizioni indubbiamente correggono o attenuano, come dicevo, la questione del 'colpo di Stato', della presa del potere attraverso la violenza e la forza militare, ma lasciano in sostanza irrisolto il dilemma se ci fu o no *restitutio rei publicae* o come questa debba comunque essere intesa. E, più in generale, cosa si intendeva per cambiamento di assetto istituzionale alla fine della repubblica.

Diversi possono essere i testi da cui prendere le mosse per addentrarci nel merito della questione; uno fondamentale ritengo sia quello è contenuto nella biografia svetoniana:

forti, come nucleo di norme costituzionali «attinenti all'esistenza stessa dello stato e perciò particolarmente rispettate e severamente difese contro i violatori, perseguiti con pene gravissime, privati a volte della cittadinanza, altre volte dichiarati nemici pubblici», A. GUARINO, *Forma e materia della costituzione romana*, in L. LABRUNA (diretto da), M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, Napoli 2006, 402. Più recentemente, P. CERAMI, *Prassi e convenzioni costituzionali nel sistema della libera res publica romana*, in AUPA 47, 2002, 121 ss.

⁷⁴ J.-L. FERRARY, *Res publica restituta*, cit., 421; cfr. ID., *À propos des pouvoirs d'Auguste*, cit., 101 ss.

⁷⁵ L. CANFORA, *Intervista sul potere* (a cura di A. Carioti), Roma-Bari 2013, 46 s. Usa l'espressione di «equilibrio [...] tra l'antica forma costituzionale della Repubblica e l'interprete della nascente monarchia», L. BRACCESI, *Giulia, la figlia di Augusto*, Roma-Bari 2012, 161. Per altri aspetti del confronto Pericle-Augusto vedi *infra*.

Svet., *Aug.* 28: *De reddenda re publica bis cogitavit: primum post oppressum statim Antonium, memor obiectum sibi ab eo saepius, quasi per ipsum staret ne redderetur; ac rursus taedio diuturnae valitudinis, cum etiam, magistratibus ac senatu domum accitis, rationarium imperii tradidit. Sed reputans et se privatum non sine periculo fore et illam plurimum arbitrio temere committi, in retinenda perseveravit, dubium eventu meliore an voluntate. Quam voluntatem, cum prae se identidem ferret, quodam etiam edicto his verbis testatus est: «Ita mihi salvam ac sospitem rem publicam sistere in sua sede liceat atque eius fructum percipere, quem peto, ut optimi status auctor dicar et moriens ut feram mecum spem, mansura in vestigio suo fundamenta rei publicae quae iecero». Fecitque ipse se compotem voti misus omni modo, ne quem novi status paeniteret.*

Siamo dinanzi a un capitolo fondamentale della biografia augustea, in cui Svetonio narra lo snodo centrale della strategia politico-istituzionale di Ottaviano. Dopo aver descritto il travaglio profondo del vincitore di Azio sulla necessità di *reddere rem publicam* (*de reddenda re publica bis cogitavit*) e sulla prospettiva istituzionale da assumere, di cui troviamo eco nella celeberrima discussione con Agrippa e Mecenate sulla futura *forma* da imprimere allo Stato (contenuta in Cass. Dio 52.1-40) e nel discorso tenuto in senato nel 27 a.C., riferito da Cass. Dio 53.2-12), Svetonio chiude con un passaggio interessante quanto la premessa, ovvero una citazione del futuro *princeps*, i cui *verba* sembrano essere tipici di un *edictum*: «Così mi sia concesso di porre salda e sicura la res publica nelle sue fondamenta e di coglierne il frutto che desidero: essere chiamato autore dell'ottima costruzione e portare con me morendo la speranza che rimarranno al loro posto le fondamenta della res publica che avrò gettato».

Sono parole orgogliose, piene di determinazione, in cui il lettore coglie la sintesi della missione augustea: restituire la *res publica*, ma porre accanto alle vecchie fondamenta altre di nuove che potessero assicurarne salvezza e vitalità nel tempo futuro. Negli ultimi anni il testo svetoniano è tornato sotto i riflettori degli studiosi grazie all'*aureus* del 28 a.C. che, con la sua legenda LEGES ET IVRA P.R. RESTITVIT, ha riaperto il dibattito, apparentemente sopitosi, intorno alla presunta o reale restaurazione repubblicana condotta da Augusto sin dal 29-28 a.C. E, dunque, ritorno anch'io, in questa sede, sul tema istituzionale, ribadendo quanto sia del tutto inutile intestardirsi sulla questione della sincerità o ipocrisia di Augusto con un registro storiografico ormai sempre più logoro. Appare sempre più incongruo provare a dimostrare la perfida astuzia augustea nello svuotamento, anzi nella mortificazione, delle istituzioni repubblicane dinanzi agli occhi di tutti, facendosene persino beffa nelle *Res Gestae*, senza considerare il dibattito politico relativo alle riforme per condurre in salvo la *res publica*.

Ora, diventa marginale persino appurare se quelle parole di Ottaviano nella veste in cui sono riferite da Svetonio costituirono effettivamente, come io credo, parte del corpo editto del 28 a.C. abrogativo delle norme eccezionali triumvirali, su cui più avanti tornerò, e del quale ci forniscono precise testimonianze sia Tacito sia Cassio Dione;⁷⁶ mentre è essenziale

⁷⁶ Tac., *Ann.* 3.28: *Sexto demum consulatu Caesar Augustus, potentiae securus, quae triumviratu iusserat abolevit deditque iura, quis pace et principe uteremur*; Cass. Dio 53.2.5: ἐπειδή τε πολλά πάνυ κατά τε τὰς στάσεις κὰν τοῖς πολέμοις, τε καὶ ἐν τῇ τοῦ Ἀντωνίου τοῦ τε Λεπίδου συναρχία, καὶ ἀνόμως καὶ ἀδίκως ἐτετάχει, πάντα αὐτὰ δι' ἐνὸς προγράμματος κατέλυσεν, ὅρον τὴν ἕκτῃ αὐτοῦ ὑπατείαν προτείς (E poiché, durante le agitazioni e le guerre, specialmente nel potere collegiale con Antonio e Lepido, [Ottaviano] aveva emanato moltissime disposizioni illegali e anti giuridiche, le abrogò tutte con un solo editto, ponendo come termine il suo sesto consolato). Sulla questione si rinvia a P. CEAUȘESCU, *Das Programmatische Edikt des Au-*

concentrarsi sulla portata del messaggio rivolto dal futuro *princeps* (e del *background* teorico e politico) all'opinione pubblica romana, cioè il messaggio preciso dell'avvio di una transizione istituzionale che avrebbe condotto la *res publica* su di un nuovo piano di equilibrio tra conservazione e innovazione.⁷⁷

Non vi è dubbio che per comprendere sino in fondo questo testo cruciale, credo che bisogna partire proprio dagli scritti di Cicerone in cui è riposta la giusta chiave di lettura per una corretta ricostruzione della vicenda augustea e delle concezioni che stettero alla base dei mutamenti istituzionali determinatisi nell'ultimo cinquantennio del I secolo a.C. Vedremo infatti che l'importanza di Svetonio apparirà ancor più chiara nel momento in cui si proverà a farlo dialogare con alcuni fondamentali testi di Cicerone; e dal dialogo si irraderà un fascio di luce nuova tale da consentire una rilettura delle *Res Gestae* (e di altri documenti) almeno nei suoi fondamentali passaggi istituzionali.

In un saggio di recente stampa, Elisabetta Todisco si è dedicata all'analisi della teoria ciceroniana delle *commutationes* che avrebbero interessato le ultime convulsioni della *res publica* romana.⁷⁸ La ricerca della studiosa ha l'indubbio merito di far emergere il dato quasi mai messo ben a fuoco della concezione dello Stato e delle riforme possibili espressa attraverso il concetto del *commutare* che Cicerone immetteva con forza e originalità nel dibattito politico e giuridico del tempo. Si tratta di documenti, come vedremo, che da un lato ci informano sulle reali teorizzazioni del pensiero 'politologico' e giuspubblicistico del tempo non filtrate dall'esperienza moderna; dall'altro lato, essi misurano l'abissale lontananza delle ricostruzioni storiografiche moderne, elaborate con gli strumenti del costituzionalismo contemporaneo, dalle concezioni formali e sostanziali della realtà istituzionale antica.

Nel 55 a.C., ancora a un decennio circa dalle Idi di marzo, ad Anzio, Cicerone scriveva una lettera allo storico Luceio, vecchio amico e suo sodale nello scontro con Catilina, perché mettesse mano alla redazione di un'opera incentrata sulle vicende pubbliche degli anni 64-57 a.C., per dar conto e interpretare i gravi turbamenti che afflissero la vita politica e istituzionale:

Cic., *ad fam.* 5.12.4: *Quod si te adducemus ut hoc suscipias, erit, ut mihi persuadeo, materies digna facultate et copia tua. A principio enim coniurationis usque ad reditum nostrum videtur mihi modicum quoddam corpus confici posse, in quo et illa poteris uti civilium commutationum scientia vel in explicandis causis rerum novarum vel in remediis incommodorum, cum et reprehendes ea quae vituperanda duces et quae placebunt exponendis rationibus comprobabis [...].*

Si coglie subito l'importanza di un documento simile in cui viene esposta, per quanto semplicemente abbozzata, una teoria delle *commutationes* istituzionali. Non vi è nient'altro del

gustus (Suet., *Aug.* 28, 2). *Ein missverstandene*, in *RhMPhil* 128, 1981, 348 ss.; K.M. GIRARDET, *Das Edikt des Imperator Caesar in Suetonius Augustus vita 28,2. Politisches Programm und Publikationszeit*, in *ZPE* 131, 2000, 231 ss.; D. WARDLE, *Suetonius and Augustus' 'Programmatic Edict'*, in *RhMPhil* 148, 2005, 181 ss.

⁷⁷ E. TODISCO, *Il nome Augustus e la «fondazione ideologica» del principato*, in *Antidoron. Studi in onore di Barbara Scardigli Foster* (a cura di P. DESIDERI, M. MOGGI, M. PANI, con la collab. di A. LAZZERETTI), Pisa 2007, 454 ss. Cfr. pure E.A. JUDGE, *'Res Publica Restituta'*, cit., 279 ss.; G. ZECCHINI, *Il cognomen «Augustus»*, in *Acta Classica* 32, 1996, 129 ss.

⁷⁸ E. TODISCO, *Cicerone politico e la scientia civilium commutationum*, in *Politica Antica* 3, 2013, 121 ss.

genere nella documentazione sopravvissuta: Cicerone, travagliato dagli scuotimenti del suo tempo, vive una fase di operosità intellettuale particolarmente stimolante. Ragiona, analizza, elabora dedicandosi alla comprensione dei mutamenti, soprattutto quelli degenerativi, per individuarne *causae*, secondo l'indirizzo storiografico-apodittico, e soprattutto *remedia* (*civilium commutationum scientia vel in explicandis causis rerum novarum vel in remediis incommodorum*). In una coeva lettera del febbraio del 55 a.C., indirizzata al proconsole Publio Lentulo, Cicerone lo invitava a riflettere sui cambiamenti già verificatisi nello Stato romano:

Cic., *ad fam.* 1.8.4: *Commutata tota ratio est senatus, iudiciorum, rei totius publicae.*

Tutto era già mutato: il ruolo del senato, l'impianto dei processi, l'assetto istituzionale (*rei totius publicae*).⁷⁹ A nessuno sfugge la preziosità di questi dati, spesso non sempre individuati, isolati e valorizzati dagli studiosi moderni; dati che ci permettono di mettere meglio a fuoco alcuni concetti generali tra i più significativi, come la concezione dell'esistenza di una pluralità di *formae* di *res publicae* e dunque la legittimità del passaggio a una di queste.

Tuttavia, tornando all'esortazione a Luceio, è chiaro come Cicerone non considerasse ogni *commutatio* esito di un processo degenerativo e/o eversivo. In questo senso, l'oratore ha disseminato nei suoi scritti spunti, elementi, riflessioni che non possono vedersi solo come il frutto della propria personale visione, ma elementi della ricchezza del serrato e appassionato dibattito giuspubblicistico del suo tempo sul tema dei mutamenti istituzionali. La riflessione sui mutamenti istituzionali in atto già da lunghi decenni e frutto dell'eredità annibalica lo conduceva a manifestare, quasi ossessivamente, la preoccupazione di assicurare una qualche *res publica*. Nella terza orazione contro Catilina l'idea della varietà delle *formae rei publicae* era già sufficientemente tracciata:

Cic., *Catil.* 3.10.25: *Atque illae tamen omnes dissensiones erant eius modi quae non ad delendam, sed ad commutandum rem publicam pertinerent. Non illi nullam esse rem publicam, sed in ea quae esset se esse principes, neque hanc urbem conflagrare, sed se in hac urbe florere voverunt. Atque illae tamen omnes dissensiones, quarum nulla exitium rei publicae quaesivit, eius modi fuerunt ut non reconciliatione concordiae sed interneccione civium diiudicatae sint.*

Descrivendo le discordie civili, da Silla e Mario a quella tra Lepido e Catulo, Cicerone ammetteva che l'obiettivo dei protagonisti di quelle vicende non era affatto la distruzione della *res publica*, dello Stato (*non ad delendam*), bensì quello di guidare una sua *commutatio* (*sed ad commutandum rem publicam*). Appare in questo brano uno dei motivi centrali della teorica ciceroniana, i *principes*, su cui torneremo più avanti.

La differenza di polarità dei concetti è però chiarissima: una cosa è parlare di *res publica* come precisa forma di governo repubblicano, altra cosa è intendere *res publica* come Stato, rispetto al quale era possibile condurre delle *commutationes*, cioè dei cambiamenti di *forma*, che non solo potevano essere varie ma soprattutto che si distinguevano dall'*evertere* e dalla

⁷⁹ Cfr. Cic., *ad Q. fr.* 3.5.4: [...] *Angor, mi suavissime frater, angor nullam esse rem publicam, nulla iudicia, nostrumque hoc tempus aetatis, quod in illa auctoritate senatoria florere debebat, aut forensi labore iactari aut domesticis litteris sustentari* [...]. Vedi C. D'ALOJA, *Legge di natura e lotta politica nell'opera di Cicerone*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 144 s.

seditio. Se dobbiamo credere alla convinzione con cui Cicerone scriveva ancora nel 45-44 a.C. della positiva *commutatio rerum*, cioè l'abbattimento del *regnum*, annunciata in sogno a Tarquinio il Superbo, mutamento della *forma civitatis* che avrebbe reso eccelso lo Stato romano (*de div.* 1.45.9), non vi è dubbio che siano proprio questi il senso e la portata nel pensiero ciceroniano del *commutare*, verbo che, ripeto, esprime un'idea e una concezione del cambiamento nell'alveo della legalità repubblicana, a differenza del *delere* che invece sposterebbe ogni azione nel campo dell'eversione e dell'illegalità costituzionale.⁸⁰

Eppure, le vicende politiche e le dinamiche istituzionali innescatesi, vissute e osservate con trepidazione da Cicerone, a partire dal conflitto tra Pompeo e Cesare, avevano creato una così profonda, grave *perturbatio* della *res publica*, da indurlo a confessare, nel maggio del 49 a.C., a Marco Celio i suoi più reconditi timori della sopravvivenza della *res publica* stessa:

Cic., *ad fam.* 2.16.5: *Filio meo, quem tibi carum esse gaudeo, si erit ulla res publica, satis amplum patrimonium relinquam in memoria nominis mei; sin autem nulla erit, nihil accidet ei separatim a reliquis civibus.*

Con il gioco semantico *ulla-nulla* Cicerone traduceva gli eventuali, possibili esiti istituzionali delle turbolenze politiche tali da mettere in discussione la sopravvivenza di una qualche *res publica* (*si erit ulla res publica*) e tali da generare il forte timore di un crollo definitivo (*nulla erit*).

Il 10 ottobre del 44 a.C., Cicerone tornava a scrivere di *forma rei publicae*:

Cic., *ad fam.* 12.23.3: *Habes formam rei publicae, si in castris potest res publica.*

C'è evidente sarcasmo nelle parole di Cicerone: come potesse mai parlarsi di *res publica in castris* gli riusciva incomprensibile; ma l'oratore anche stavolta ci fa capire cosa bisogna intendere per *forma rei publicae*, ovvero un assetto istituzionale nel gioco degli equilibri politici.

Nel luglio del 43 a.C., in una missiva a Bruto vaticinava con impressionante lucidità ciò che sarebbe accaduto nel successivo quindicennio:

Cic., *ad Brut.* 1.15.10: *Satis multa de honoribus. Nunc de poena pauca dicenda sunt. Intellexi enim ex tuis saepe litteris te in iis quos bello devicisti clementiam tuam velle laudari. Existimo equidem nihil a te nisi sapienter. Sed sceleris poenam praetermittere (id enim est quod vocatur ignoscere), etiam si in ceteris rebus tolerabile est, in hoc bello perniciosum puto. Nullum enim bellum civile fuit in nostra re publica omnium quae memoria mea fuerunt, in quo bello non, utrumque pars vicisset, tamen aliqua forma esset futura rei publicae: hoc bello victores quam rem publicam simus habituri non facile adfirmarim, victis certe ulla umquam erit.*

Lo stanco oratore e statista non riusciva a contenere il pessimismo che da qualche tempo lo attanagliava, che lo precipitava in un baratro di oppressione morale, quasi di prostrazione per l'incapacità di scorgere una prospettiva di salvezza dell'ordinamento repubblicano oltre le nubi tempestose già tagliate all'orizzonte: *nullum enim bellum civile fuit in nostra re publica omnium quae memoria mea fuerunt, in quo bello non, utrumque pars vicisset, tamen*

⁸⁰ Per altri testi si rimanda a E. TODISCO, *Cicerone politico*, cit., 124 ss.

aliqua forma esset futura rei publicae. Mai nella storia di Roma era accaduto – scrive Cicerone – di finire in una tale spirale di violenza e contrapposizione tra due schieramenti (*partes*) da rendere così incerta la sopravvivenza della *res publica*.

Cicerone, allora, non era turbato tanto dalla futura *forma* che la *res publica* avrebbe potuto assumere, quanto piuttosto dall'assoluta incertezza di poterne assumere una.⁸¹ Poco prima, sempre nella medesima lettera, Cicerone, nel rinnovare il plauso a Bruto e ai cesaricidi di aver spazzato la burrasca incombente del dominio di Cesare, non aveva lesinato accuse a Lepido e Antonio:

Cic., *ad Brut.* 1.15.4: *Post interitum Caesaris et vestras memorabilis Idus Martias, Brute, quid ego praetermissum a vobis quantamque impendere rei publicae tempestatem dixerim non es oblitus. Magna pestis erat depulsa per vos, magna populi Romani macula deleta, vobis vero parta divina gloria, sed instrumentum regni delatum ad Lepidum et Antonium, quorum alter incostantior, alter impurior, uterque pacem metuens, inimicus otio. His ardentibus perturbandae rei publicae cupiditate quod opponi posset praesidium non habebamus.*

Debellata la *magna pestis* cesariana, la sorte volle che il governo (*instrumentum regni*) spettasse a un incoerente, Lepido, e a una canaglia, Antonio, preoccupati soltanto di *perturbare* la *res publica* a vantaggio dei loro interessi. Il perturbamento dello Stato era dunque in atto da tempo, secondo Cicerone; gli scuotimenti erano tali non solo da aver incrinato irrimediabilmente la *forma rei publicae* da lui conosciuta ma anche tali, e di sicuro ancor più gravemente, da rendere persino incerta qualunque *forma* di *res publica*:

Cic., *ad Brut.* 1.15.12: *Sed haec quidem non ita necessaria, illud valde necessarium, Brute, te in Italiam cum exercitu venire quam primum. Summa est expectatio tui; quod si Italiam attigeris, ad te concursus fiet omnium. Sive enim vicerimus, qui quidem pulcherrime viceramus nisi Lepidus perdere omnia et perire ipse cum suis concupivisset, tua nobis auctoritate opus est ad collocandum aliquem civitatis statum; sive etiam nunc certamen reliquum est, maxima spes est cum in auctoritate tua tum in exercitu tuo viribus.*

Invocava, Cicerone, l'arrivo immediato di Bruto e del suo esercito perché potesse nutrirsi ancora qualche speranza per lo Stato romano. In questo frammento Cicerone usa un'espressione sinonimica *status civitatis*, che è assolutamente equivalente a *forma civitatis* o *rei publicae*. E altrettanti equivalenti sono le espressioni alle quali Cicerone consegna tutta la sua profonda preoccupazione: *aliqua forma rei publicae* = *aliqui status civitatis*: il dato inconfutabile che si ricava da questa comunque splendida lettera ciceroniana è la percezione della frantumazione dello Stato romano, cioè della *res publica*, in maniera così grave, così drammatica da far temere che non se ne potesse neppure plasmare una nuova *forma*.

Dello stesso tenore l'esortazione a Marco Marcello dell'agosto del 46 a.C.:

Cic., *ad fam.* 4.8.2: *Illud tamen vel tu me monuisse vel censuisse puta vel propter benevolentiam tacere non potuisse, ut, quod ego facio, tu quoque animum inducas, si sit aliqua res publica,*

⁸¹ A. LINTOTT, *Cicero as Evidence*, Oxford 2008, 418.

in ea te esse oportere iudicio hominum reque principem, necessitate cedentem tempori; sin autem nulla sit, hunc tamen aptissimum esse etiam ad exsulandum locum;

e ugualmente ad Aulo Torquato nel 45 a.C:

Cic., *ad fam.* 6.1.6: *Quod facere non debes nec dubitare quin aut aliqua re publica sis is futurus qui esse debes aut perdita non adflictiore condicione quam ceteri.*

Eppure, la recrudescenza delle vicende degli ultimi tempi era tale, e ormai talmente destabilizzante, da indurre Cicerone persino a riporre in Cesare la speranza di ripristinare una qualche *forma* di *res publica*. La tensione che attraversa Cicerone corre in tutti gli scritti di questi due anni (46-45 a.C.), ma è davvero palpabile in tutta la *pro Marcello*:

Cic., *pro Marcell.* 9.27: *Haec igitur tibi reliqua pars est; hic restat actus, in hoc elaborandum est ut rem publicam consituas, eaque tu in primis summa tranquillitate et otio perfruar.*

Tra agosto e settembre del 46 a.C., così scriveva a Lucio Papirio Peto:

Cic., *ad fam.* 9.17.1-2: [...] *primum quia de lucro prope iam quadriennium vivimus, si aut hoc lucrum est aut haec vita, superstitem rei publicae vivere; deinde quod scire quoque mihi videor quid futurum sit. Fiet enim quodcumque volent qui valebunt; valebunt autem semper arma. [...]. [2] [...] Qui si cupiat esse rem publicam qualem fortasse et ille vult et omnes optare debemus, quid faciat tamen non habet;*⁸²

era così profondo lo sconvolgimento del quadro politico e istituzionale, da far dire a Cicerone che non era vita sopravvivere alla *res publica* e che c'era da augurarsi che Cesare, almeno una qualche forma di *res publica*, la volesse. Similmente, nell'ottobre successivo, confidava a Publio Servilio Isaurico un'apertura verso Cesare, nutrendo nel dittatore la fiducia di coltivare una qualche *cura rei publicae*:

Cic., *ad fam.* 13.68.2: *Sperare tamen videor Caesari, collegae nostro, fore curae et esse ut habeamus aliquam rem publicam.*

Anche in questa lettera ricorre il tema della speranza di preservare un'*aliqua res publica*. Ora, non ci interessa tanto sapere quanta connessione ci sia con alcuni frammenti della *pro Marcello* nella svolta filocesariana praticata da Cicerone; qui ci basta prendere atto di come l'oratore, anche in un tornante difficilissimo, quale furono gli anni dal 46 al 44 a.C., fosse principalmente avvolto dalla preoccupazione di assicurare alla *res publica* una qualche *forma*.

Cicerone, dunque, non si preoccupava della repubblica, intesa quale precisa forma di governo, e per essere più precisi neppure di una precisa forma repubblicana, ma delle sorti

⁸² Vedi M. PANI, *Sul rapporto cittadino/politico a Roma tra repubblica e principato*, in *Politica antica* 1, 2011, 126, ntt. 12 e 13.

dell'intero Stato. *Res publica*, sebbene sia questione ampiamente nota, non va intesa come repubblica ma come Stato comunque opposto al *regnum* e alla tirannide:

Cic., *ad fam.* 6.21.2-3: *Atque utinam liceat aliquando aliquo rei publicae statu [...]. [3] De tuis rebus nihil esse quod timeas praeter universae rei publicae interitum tibi confirmo.*

Questo tema ricorrente, in modo quasi drammaticamente ossessivo, nelle opere e negli ultimi scritti di Cicerone, che potrebbero essere filtrati dalla lettura psicologica di un uomo prostrato dalla temperie infuocata che lo avvolgeva, in realtà ne contiene uno più generale già presente in lui da tempo. Cicerone, nella convulsione degli ultimi decenni, era mosso dall'urgenza di assicurare una qualche *forma* alla *res publica*, non una in particolare, ma certamente una che non somigliasse o non preludesse al *regnum* o peggio, ovvero l'assenza di *res publica*, di *res publica nulla*:

Cic., *de amicitia* 12.43: *Mihi autem non minori curae est, qualis res publica post mortem meam futura, quam qualis hodie sit.*

Anche nel *Laelius de amicitia*, scritto all'indomani della morte di Cesare, Cicerone, sempre più impegnato a promuovere una profonda riflessione etica, morale della politica e un programma di riforma dello Stato, non si trattiene dal ribadire ciò che più lo angustiava; un rovello continuo che non gli dava pace e che gli impediva di immaginare quale potesse essere dopo la sua morte la *res publica*. L'ossessione era tale da impegnarlo intellettualmente e preoccuparlo più per la *futura res publica* che per quella in cui stava vivendo.

Nel novembre del 44 a.C., proprio quando cominciava a stagliarsi all'orizzonte la figura di Ottaviano e decideva di ritagliare, con il sostegno al giovane astro, il proprio ruolo politico di guida del senato, Cicerone lavorava al *de officiis*. Sono i mesi che preludono all'ultima grande battaglia politica di Cicerone contro colui che si rivelerà il suo avversario mortale, Antonio:

Cic., *de off.* 1.11.35: *Mea quidem sententia paci, quae nihil habitura sit insidiarum, semper est consulendum. In quo si mihi esset obtemperatum, si non optimam, at aliquam rem publicam quae nunc nulla est.*

Nonostante l'attività politica incessante, Cicerone non riusciva a liberarsi dello sconforto che lo avvolgeva: la carta Ottaviano da giocare dinanzi al rifiuto del suo appello alla pace, lo induceva comunque a ritenere di essersi sprecata una straordinaria occasione di garantire un'*aliqua res publica*, mentre il *caos* che stava sempre più sovrastando la vita politica e istituzionale era il presagio dell'annientamento della stessa (*quae nunc nulla est*).

Sebbene in tutte le sue opere scorra forte questa tensione, il tema dell'*aliqua forma rei publicae* non costituiva affatto il frutto di un'esclusiva elaborazione ciceroniana, ma apparteneva alla concezione politica e istituzionale del tempo, quale organizzazione statale incompatibile col *regnum*. Nel carteggio tra Cicerone e il cesariano Dolabella vi è una lettera in tal senso particolarmente interessante:

Cic., *ad fam.* 9.9.2-3: *Satis factum est iam a te vel officio vel familiaritati, satis factum etiam*

partibus et ei rei publicae quam tu probas. [3] Reliquum est, ubi nunc est res publica, ibi simus potius quam, dum illam veterem sequamur, simus in nulla.

Dolabella, che mantenne sempre rapporti saldissimi con Cicerone (ne aveva sposato la figlia Tullia), probabilmente su mandato dello stesso Cesare alla vigilia della vittoria definitiva contro Pompeo, lo invitava alla neutralità; ma lo faceva consigliando a Cicerone di scegliere di vivere dove un'*aliqua res publica* comunque esisteva, piuttosto che ostinarsi nella ricerca di una *vetera res publica* ormai *nulla*.

In effetti Cicerone condivideva le valutazioni di Dolabella, riconosceva che un mutamento era già avvenuto; seppure a suo giudizio non si era trattato di una *commutatio* eversiva, come sosteneva in una lettera inviata nel 46 a.C. a Bruto, a raccomandazione del neoquestore M. Terenzio Varrone Gibba:

Cic., *ad fam.* 13.10.2: *Sed tamen causa communis ordinis mihi commendatissimi fecit amicitiam nostram firmiorem. Deinde versatus in utrisque subselliis optima et fide et fama iam ante hanc commutationem rei publicae petitioni sese dedit honoremque honestissimum existimavit fructum laboris suis.*

Nell'ultimo suo anno, esattamente nell'aprile del 43 a.C., Cicerone esortava Bruto a prendere in mano la situazione:

Cic., *ad Brut.* 2.1.2-3: *Ego autem ei qui sententiam dicat in principibus de re publica puto etiam prudentiam esse praestandan, nec me, cum mihi tantum sumpserim ut gubernacula rei publicae prehenderem, minus putarim reprehendum si inutiliter aliquid senatui suaserim quam si infideliter. [3] [...] Quam ob rem ita te para, Brute, ut intellegas aut, si hoc tempore bene res gesta sit, tibi meliorem rem publicam esse faciendam aut, si quid offensum sit, per te esse eandem recipendam.*

Dopo avergli ricordato che lui, Cicerone, non aveva esitato, tra gli uomini più illustri (*principes*) e competenti, a prendere in mano il timone dello Stato (*gubernacula rei publicae prehenderem*), lo invitava accuratamente ad analizzare le condizioni generali della *res publica* per assicurarle gli eventuali miglioramenti (*melioem rem publicam esse faciendam*) o addirittura restaurarla (*aut ... esse eandem recipendam*).

Le medesime considerazioni trovano però posto anche nelle opere teoriche di Cicerone. In questo senso interessantissimi sono alcuni passaggi come quello contenuto in ciò che resta del libro V del *de re publica* dedicato al *princeps, rector, moderator rei publicae*:

Cic., *de re publ.* 5.1.2: *Nostra vero aetas cum rem publicam sicut picturam accepisset egregiam, sed iam evanescentem vetustate, non modo eam coloribus isdem, quibus fuerat, renovare neglexit, sed ne id quidem curavit, ut formam saltem eius et extrema tamquam liniamenta servaret. [...] Nostris enim vitiis, non casu aliquo, rem publicam verbo retinemus, re ipsa vero iam pridem amisimus.*

Una *res publica* vecchia, logora, scolorita, sfocata nei lineamenti, tanto da essere diventata quasi un simulacro, una vuota espressione priva di sostanza (*rem publicam verbo retinemus, re*

ipsa vero iam pridem amisimus), è quella che ormai Cicerone vedeva, sin dal 54 a.C. e come scriveva anche in una lettera ad Attico.⁸³ La visione di una *res publica* priva di colore, esangue, atterrava l'oratore in cui prorompeva incontenibile l'aspirazione a quello che era il fine ultimo: la salvezza dello Stato romano (*res publica*), inteso in una qualunque *forma* che non fosse riconducibile però né a tirannide né a *dominatus multitudinis* (Cic., *de re publ.* 3.33.45).

Negli ultimi mesi della sua vita,⁸⁴ il tratto psicologico di Cicerone appare ancora più confuso e tormentato dal rovello drammatico dell'incertezza assoluta sulla futura *forma* della *res publica*:

Cic., *ad fam.* 12.10.4: *Persuade tibi igitur in te et in Bruto tuo esse omnia, vos exspectari, Brutum quidem iamque. Quod si, ut spero, victis hostibus nostris veneritis, tamen auctoritate vestra res publica exsurget et in aliquo statu tolerabile consistet. Sunt enim permulta quibus eirt medendum, etiam si res publica satis esse videbitur sceleribus hostium liberata.*

Dunque, l'auspicio della vittoria di Cassio e Bruto e, una volta conseguita questa, l'esortazione a rimettere in piedi la *res publica* e farle assumere uno *status tolerabilis*: naturalmente, siamo ormai assai lontani dalla discussione sui migliori ordinamenti della città di *de re publ.* 1.20.33: *Quam ob rem, ut hae feriae nobis ad utilissimos rei publicae sermones potissimum conferantur, Scipionem rogemus, ut explicet, quem existimet esse optimum statum civitatis.*

5. Le *leges* come strumento della *commutatio* e *remedia* ai mali della *res publica*.

Nella visione ciceroniana delle *commutationes*, a conferma di quanto sinora detto, un ruolo particolare era riservato alle leggi quali *remedia* contro le crisi istituzionali e strumenti fondamentali per varare riforme legittime.

Ripristinare condizioni di pace, ridare voce agli organi costituzionali repubblicani (senato e popolo) e procedere alle necessarie *commutationes* attraverso la *lex* era la strada indicata da Cicerone per uscire dalla gravissima crisi che scuoteva ormai da decenni la *res publica*:

Cic., *de inv.* 1.68: *Quinquepertita argumentatio est huiusmodi: "omnes leges, iudices, ad commodum rei publicae referre oportet et eas ex utilitate communi, non ex scriptione, quae in litteris est, interpretari. Ea enim virtute et sapientia maiores nostri fuerunt, ut in legibus scribendis nihil sibi aliud nisi salutem atque utilitatem rei publicae proponerent. Neque enim ipsi, quod obsess, scribere volebant, et, si scripsissent, cum esset intellectum, repudiatum iri legem intellegebant. Nemo enim leges legum causa salvas esse vult, sed rei publicae, quod ex legibus omnes rem publicam optime putant administrari. Quam ob rem igitur leges servari oportet, ad eam causam scripta omnia interpretari convenit: hoc est, quoniam rei publicae servimus, ex rei publicae commodo atque utilitate interpretemur. Nam ut ex medicina nihil oportet putare proficisci, nisi quod ad corporis utilitatem spectet, quoniam eius causa est instituta, sic a legibus nihil convenit arbitrari, nisi quod rei publicae*

⁸³ Cic., *ad Att.* 4.18.2: *Dices «Tu ergo haec quo modo fers?». Belle mehercule et in eo me valde amo. Amisimus, mi Pomponi, omnem, non modo sucum ac sanguinem sed etiam colorem et speciem pristinam civitatis. Nulla est res publica quae delectet, in qua acquiescam.*

⁸⁴ La lettera viene datata all'1 luglio del 43 a.C., cioè il giorno dopo la dichiarazione di Lepido come *hostis rei publicae*.

conducat, proficisci, quoniam eius causa sunt comparatae. Ergo in hoc quoque iudicio desinite litteras legis perscrutari et legem, ut aequum est, ex utilitate rei publicae considerate".

Ricorrendo alla metafora della medicina utile al benessere del corpo, Cicerone prospettava la somma utilità delle *leges* contro la crisi delle istituzioni repubblicane, il degrado e il malfunzionamento: «infatti come dalla medicina non si può richiedere nulla se non ciò che sia di giovamento al corpo, in quanto per questa ragione è stata istituita, così deve ritenersi che dalle leggi non si può richiedere nulla che non sia di beneficio per la *res publica*, perché le leggi sono state istituite per questo scopo». ⁸⁵

La metafora organicistica, come è noto, è un motivo che sarà largamente ripreso in età tardoantica, basti pensare alla chiusa finale del *de rebus bellicis*.⁸⁶ Ciò che conta è che anche grazie a questo testo esce rafforzata l'idea di un Cicerone nient'affatto contrario ai cambiamenti istituzionali in sé (*formae* diverse di *res publica*), purché condotti attraverso la *lex*: con queste modalità e non con altre, secondo il pensiero giuspubblicistico, comunque si preservava una qualche *forma* di *res publica*. Del resto, *lex* e *consensus*, quest'ultimo implicito nella forma istituzionalizzata della *voluntas populi*, costituivano cardini fondamentali nella teorica ciceroniana, ancora ribaditi in una solenne e assai nota domanda retorica del *de re publica*:

Cic., *de re publ.* 3.31.43: *Ergo illam rem populi, id est rem publicam, quis diceret tum, cum crudelitate unius oppressi essent universi, neque esset unum vinculum iuris nec consensus ac societas coetus, quod est populus?*

Già nel 1981, Claude Nicolet aveva colto l'«ansia riformatrice» di un conservatore, un apparente ossimoro, che avvertiva pericoli mortali per lo Stato romano se non modellato in altre forme, un'*aliqua forma rei publicae*; e che senza esitazione alcuna assumeva posizioni imprevedibili per la sua storia politica, dietro la forza argomentativa della necessità di interventi, qualunque fossero l'entità e la portata, sulla *forma* nel nome della *salus rei publicae*.⁸⁷

Cic., *ad fam.* 12.4.1: *Itaque ad nos concurritur, factique iam in re salutari populares sumus.*

Non vi è alcun dubbio che la concezione ciceroniana possa risultare non leggibile o incomprensibile ai moderni costituzionalisti che restano, giustamente, ancorati a una linea

⁸⁵ T.P. WISEMAN, *Cicero and the Body Political*, in *Politica Antica* 2, 2012, 133 ss.; E. TODISCO, *Cicerone politico*, cit., 126 ss.

⁸⁶ Anon., *de rebus bell.* 21.1-2: *Divina providentia, sacratissime imperator, domi forisque rei publicae praesidiis comparatis, restat unum de tua serenitate remedium ad civilium curarum medicinam, ut confusas legum contrariasque sententias, improbitatis reiecto litigio, iudicio augustae dignationis illumines. [2] Quid enim sic ab honestate consistit alienum quam ibidem studia exerceri certandi ubi, iustitia profertente, discernuntur merita singulorum?* Sui vari problemi su cui si è incentrato il dibattito scientifico vedi S. MAZZARINO, *Il de rebus bellicis e la gratiarum actio di Claudio Mamertino*, in ID., *Il basso impero. Antico, tardoantico ed era costantiniana*, I, Bari 1974, 221 ss.; ANONIMO, *Le cose della guerra* (a cura di A. GIARDINA), Roma 1996, *passim*.

⁸⁷ CL. NICOLET, *Legittimità di un interrogativo*, in *La rivoluzione romana. Inchiesta tra gli antichisti*, Napoli 1981, 8 ss.

di giurisprudenza costituzionale ancora oggi rinsaldata,⁸⁸ secondo cui la *salus rei publicae* non ammetterebbe rimedi extracostituzionali, in quanto ogni emergenza dovrebbe essere affrontata con i rimedi consentiti dall'ordinamento costituzionale. Eppure anche oggi la prassi è cosa ben diversa da questo orientamento teorico. Si pensi alle riforme, anche incostituzionali, imposte da organismi sovranazionali non elettivi; e ancora, se è lecito chiedersi, a costituzione scritta, rigida e lunga, se ci si trovi ancora con una forma di governo parlamentare oppure già con più di un piede in una repubblica dagli accentuati tratti di presidenzialismo?

Questa lunga rassegna di testi, forse meritevoli di ben altro approfondimento, ha dimostrato come il contenuto del dibattito storiografico moderno sul tema della *restitutio rei publicae* sia, non voglio dire fuorviante, ma certamente non l'unico punto di vista. Evitando di fraintendere questa espressione, inadeguata a essere letta e interpretata con le lenti delle nostre attuali concezioni, non assimilabile ai parametri del costituzionalismo moderno e della moderna teoria generale del diritto e dello Stato, ma secondo criteri, parametri e concezioni del tempo, altre vie di indagine e di ricostruzione sono possibili. Se così è, accertate la centralità e la forza del termine *forma*,⁸⁹ le moderne e variegate interpretazioni dell'espressione *restitutio rei publicae* mostrano tutte la loro intrinseca debolezza. Che significhi rimettere in piedi, o restaurare, o altro ancora, credo che bisogna prendere atto di ciò che Augusto nella sua estrema, lapidaria semplicità affermava: per quanto possa apparire banale, egli si limitava a dire di aver restaurato la *res publica*, obiettivo che in fin dei conti, come abbiamo sinora visto coincideva con l'aspirazione di Cicerone.

Il problema è semmai vedere quale fu alla fine la *forma* che essa, la *res publica*, ovvero lo Stato romano,⁹⁰ assunse.

6. I nuovi documenti e la loro intima connessione.

Una volta tratteggiato il quadro, in maniera sufficientemente chiara e coerente grazie al *corpus* ciceroniano, vediamo adesso l'aspetto, a mio giudizio, maggiormente sottovalutato, ovvero la gradualità del processo riformatorio di Augusto composto da una pluralità di *gesta*. Gradualità credo che sia infatti la prospettiva per lo più mancata nelle analisi dedicate alla genesi del principato: guerre, scontri, fazioni, attentati, colpi di Stato, atti di rottura hanno insieme contribuito perché si schiacciasse ogni profondità storica e si perdesse la prospettiva dinamica e processuale della costruzione del *novus ordo*. Eppure, in un penetrante saggio apparso nel 1986, Werner Eck aveva sottolineato che «in der heutigen Wissenschaft ein Faktor zu wenig zum Tragen zu kommen, der doch für die Beurteilung der augusteischen Politik von fundamentaler Bedeutung ist: der Faktor Zeit».⁹¹ Il 'fattore

⁸⁸ Cort. Cost. nn. 148, 151 e 198 del 2012.

⁸⁹ Cic., *Tusc.* 2.15.36: *Itaque illi, qui Graeciae formam rerum publicarum dederunt [...]*.

⁹⁰ Per ulteriori aspetti di carattere generale sono utili le pagine di F. GRELLE, *L'archeologia dello Stato in Savigny e Mommsen*, in B. DE GERLONI (a cura di), *Problemi e metodi della storiografia tedesca contemporanea*, Torino 1996, 133 ss. [= in ID., *Diritto e società nel mondo romano* (a cura di L. FANIZZA), Roma-Bari 2005, 433 ss.].

⁹¹ W. ECK, *Augustus' administrative Reformen: Pragmatismus oder systematisches Planen?*, in *Acta Classica* 29, 1986, 105. Vedi pure F. HURLET - A. DALLA ROSA, *Un quindicennio di ricerche*, cit., 206 s.

tempo' sostanzialmente negato dalla storiografia moderna diventa ineludibile per capire sino in fondo la strategia politica e le mosse istituzionali di Augusto: prudenza, pragmatismo, necessità dettarono scelte e tempi, di un capo incontrastato che si trovava dinanzi il problema di rassicurare quella medesima ed esausta opinione pubblica sui tratti del nuovo regime politico. Le forme costituzionali andavano rispettate, osservate, ripristinate, laddove violate o stravolte dal turbinio dell'ultimo decennio, dimostrando che il *novus ordo* di cui stava facendosi *auctor* sarebbe stato cosa ben diversa da quello espresso dagli odiati *nomina: rex e regnum*⁹² e che la nuova *forma rei publicae* sarebbe stata, come scriveva Cicerone, quantomeno *tolerabilis*.

Se proviamo allora a mettere in connessione il passo della biografia svetoniana relativo al 28 a.C. con alcuni tra i documenti di recente rinvenimento, questa ricostruzione acquista una particolare solidità. Cominciamo con l'*aureus*⁹³ del 28 a.C., su cui la legenda *leges et iura p(opuli) R(omani) restituit*,⁹⁴ ha permesso una ricostruzione convincente di Dario Mantovani, che mette in diretta connessione l'*aureus* con l'*edictum* del 28 a.C. menzionato da Cassio Dione e Tacito:

Cassio Dio 53.2.5: Ἐπειδὴ τε πολλὰ πάνυ κατὰ τε τὰς στάσεις κὰν τοῖς πολέμοις, ἄλλως τε καὶ ἐν τῇ Ἄντωνίου τοῦ τε Λεπίδου συναρχίᾳ, καὶ ἀδίκως ἐτετάχει, πάντα αὐτὰ δι' ἐνὸς προγράμματος κατέλυσεν, ὅρον τὴν ἕκτην αὐτοῦ ὑπατείαν προθεῖς;

Tac. *Ann.* 3, 28, 2: *Sexto demum consulatu Caesar Augustus, potentiae securus, quae triumviratu abolevit deditque iura, quis pace et principe uteremur;*

⁹² A. LA PENNA, *Sallustio*, cit., 60 ss.

⁹³ La prima notizia dell'*aureus* è apparsa in *Numismatica Ars Classica* 5, 1992, 400. Sugli studi dedicati alla moneta si rimanda a: J.W. RICH - J.H.C. WILLIAMS, *Leges et Iura P.R. Restituit: A New Aureus of Octavian and the Settlement of 28-27 BC*, in *NumChron* 165, 2005, 175 s.; H. ZEHACKER, *Quelques remarques sur le revers du nouvel aureus d'Octavien (28 av. J.-C.)*, in *BSFN* 58, 2003, 1 ss.; R. ABDY - N. HARLING, *Two Important New Roman Coins*, in *NumChron* 165, 2005, 175 s.; D. MANTOVANI, *Leges et iura p(opuli) R(omani) restituit. Principe e diritto in un aureo di Ottaviano*, in *Athenaeum* 96, 2008, 5 ss. [ora anche con aggiornamenti in *I tribunali dell'impero. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 7-10 giugno 2006)*, a cura di F. MILAZZO, Milano 2015, 41 ss.]; A. SUSPÈNE, *Aspects numismatiques de la res publica restituta augustéenne*, in F. HURLET, B. MINEO (a cura di), *Le principat d'Auguste. Réalités et représentations du pouvoir Autour de la Res publica restituta. Actes du colloque de l'Université de Nantes 1^{er}-2 juin 2007*, Rennes 2009, 145 ss.; O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi su Ottaviano Augusto. Appunti sulla transizione repubblicana*, in *BIDR* 105, 2011, 265 ss.; F. COSTABILE, *RG. 34.1: «[POT]JENS RE[RV]M OM[N]IVM»*, cit., 269 ss.; ID., *Caius Iulius Caesar*, cit., 100 ss. Dubita dell'autenticità il numismatico R. MARTINI, *Note in calce ad una falsa emissione aurea di Octavianus recentemente apparsa sul mercato antiquario*, in *AnnNum* 5, 1992, 94 s., a cui ha replicato H.-M. KAENEL, *Die Antike Numismatik und ihr Material*, in *Schweizer Münzblätter* 44, 1994, 1 ss.; e ulteriore controreplica ancora di R. MARTINI, *Nuova nota a conferma della falsità dell'"aureo" di Octavianus*, in *AnnNum* 21, 1996, 465 ss.

⁹⁴ Sullo scioglimento di *p.R.* al genitivo vedi principalmente D. MANTOVANI, *Leges et iura p(opuli) R(omani) restituit*, cit., 5 ss.; E. TODISCO, *La res publica restituta e i Fasti Praenestini*, in *Epigrafia e territorio. Politica e società. Temi di antichità romane*, VIII, Bari 2007, 341 ss.

editto di cui io non dubito, a differenza della cronologia immaginata da Girardet⁹⁵ e da Wardle,⁹⁶ trattarsi del medesimo di cui parla Svetonio (*de reddenda re publica*), quale probabile avvio formale della *restitutio rei publicae*.

Alcune voci della critica moderna sono incorse in un eccesso di semplificazione, operando un nesso tra l'*aureus* e il *rem publicam transferre* di *RGDA*. 34, 1. In realtà, si tratta di momenti e di profili diversi.⁹⁷ L'emissione monetaria del 28 a.C. attesterebbe che la *restitutio* non consistette affatto in quell'atto solenne e unico consumatosi teatralmente nella seduta senatoria del gennaio del 27 a.C., ma che ebbe carattere 'processuale', cioè che si trattò di una fase di restaurazione e di ricostruzione repubblicana che si dipanò in più atti e nell'arco cronologico di due anni, culminanti nella seduta del 27 a.C. In particolare, l'*aureus* allora, nella cui legenda il *restituere* significherebbe 'ripristinare' o 'rimettere in piedi' piuttosto che 'riconsegnare', celebrerebbe soltanto l'abrogazione dell'odiosa legislazione speciale triumvirale in assoluta concordanza con le versioni di Cassio e Dione che si integrano con quella di Svetonio.⁹⁸

Secondo un recente contributo, Alberto Dalla Rosa⁹⁹ ha affacciato l'ipotesi, ben argomentata, secondo cui l'abrogazione delle misure triumvirali, soprattutto quelle odiosissime sulle proscrizioni, fu l'ultimo atto di esercizio dei poteri speciali triumvirali da parte di Ottaviano, che aveva del resto già avviato il processo riformatorio e di restaurazione nel 29 a.C.

L'*aureus* con il suo forte messaggio politico era certamente il segno celebrativo di un accadimento, ma nel suo significato più ampio costituisce per noi la preziosa e inequivocabile documentazione dell'inizio della *restitutio rei publicae*. Come lo stesso Augusto scrive nel cap. 34.1, la *translatio rei publicae* avvenne durante il sesto e settimo consolato, ovvero in un preciso lasso di tempo, i due anni cruciali del 28 e del 27 a.C. Ora, se è indubbio che *leges et iura populi Romani restituere* sia cosa diversa da *rem publicam transferre*; altrettanto incontestabile è l'affinità tra *restitutio rei publicae* e *translatio rem publicam*. *Restituere rei publicae*, espressione di linguaggio figurato, esprimerebbe l'idea di Augusto che rimette in piedi uno Stato prostrato, mentre *transferre rem publicam* avrebbe una connotazione assai più politica e giuridica del ripristinato funzionamento dei legittimi organi costituzionali dello Stato romano.

In definitiva, schematizzando potremmo dire che nel 28 a.C. Ottaviano abrogò la legislazione triumvirale, rimesso i poteri speciali¹⁰⁰ e ripristinato il normale funzionamento delle cariche magistratuali nel loro rapporto istituzionale con le assemblee popolari; nel 27 a.C.,

⁹⁵ K.M. GIRARDET, *Das Edikt*, cit., 231 ss.

⁹⁶ D. WARDLE, *Suetonius and Augustus*, cit., 198 nt. 58, rende noto di aver raccolto, attraverso una comunicazione privata, l'opinione di J.W. Rich che giudica probabile si tratti dello stesso editto. Wardle però ritiene che la promulgazione risalga al 27 a.C. e in relazione alla *translatio rei publicae*.

⁹⁷ L. FANIZZA, *Autorità e diritto. L'esempio di Augusto*, Roma 2004, 93 ss.; cfr. P. BIANCHI, *Iura-Leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano 2007, 8 s. nt. 11.

⁹⁸ O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi*, cit., 265 ss.

⁹⁹ A. DALLA ROSA, *L'aureus del 28 a.C. e i poteri triumvirali di Ottaviano*, in T.M. LUCCHELLI, F. ROHR VIO (a cura di), *Viri militares. Rappresentazione e propaganda tra Repubblica e Principato*, Trieste 2015, 171 ss.

¹⁰⁰ Non convincente e per certi versi incomprensibile l'idea di F.J. VERVAET, *The Secret History: the Official Position of Emperor Caesar Divi Filius from 31 to 27 BC.*, in *Ancient Society* 40, 2010, 100 ss.: secondo lo studioso, Ottaviano avrebbe mantenuto la carica di *trimvir r.p.c.* sino al 27 a.C., occultandola con il consolato e il *consensus universorum*. Evidentemente Vervaet sottovaluta del tutto *RGDA*. 34.1.

invece, nel corso della celeberrima seduta senatoria del 13 gennaio, egli avrebbe perfezionato la 'restaurazione repubblicana' con l'affermazione della centralità del senato e il suo ritorno definitivo nell'alveo della legalità repubblicana conseguendo l'appellativo di *Augustus*.

All'*aureus* dovremmo affiancare l'*Edictum* del Bierzo,¹⁰¹ epigrafe del 15 a.C., dunque ben otto anni dopo la seconda celebre seduta senatoria del 23 a.C. in cui si modellarono i pilastri del potere augusteo. In questa preziosa e del tutto anomala epigrafe, nella parte contenente la titolatura imperiale, compare la prima e sino a oggi unica testimonianza coeva della titolarità di Augusto del proconsolato della *provincia Transduriana*, territorio particolarmente turbolento (poi riassorbito a seguito del riordino definitivo delle *Hispaniae*) ove il principe si era recato per sedare ribellioni di tribù iberiche. Da diverso tempo sostengo come questo documento eccezionale metta fine alla radicata e infondata tesi della divaricazione tra carica e poteri magistratuali comunemente,¹⁰² attribuita a Pietro de Francisci,¹⁰³ ma in realtà formulata da Pietro Bonfante nel 1903 nella prima edizione della sua *Storia del diritto romano*,¹⁰⁴ e poi tralattivamente raccolta dalla critica moderna;¹⁰⁵ tesi che ha portato sempre più ad allontanare le forme dalla sostanza nelle ricerche sulla trasformazione dell'architettura costituzionale repubblicana nel corso della transizione augustea, con inevitabili distorsioni per effetto delle moderne visioni della teoria dei poteri applicata allo Stato romano.

Nel 27 a.C. Augusto, rimettendo i poteri speciali, e assumendo soltanto il consolato, aveva reintrodotta il regime della *lex Pompeia de provinciis* del 52 a.C. relativo alle modalità di attribuzione dei governatorati, riconsegnando formalmente il potere decisionale al senato e ai comizi.¹⁰⁶ In cambio gli veniva attribuito per dieci anni (ma verosimile che il periodo sia stato un quinquennio) il governo delle Spagne, Gallie, Siria, Cipro ed Egitto. Ora, senza pensare al cumulo di *imperia* (quello consolare a cui si aggiungeva l'*imperium* decennale), Augusto ebbe un solo *imperium* e la natura di questo *imperium*, malgrado ancora si discu-

¹⁰¹ In merito alla letteratura accumulatasi sul documento epigrafico rinvio a O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi*, cit., 271 ss. e in special modo alla nt. 97, e all'aggiornamento contenuto in F. COSTABILE, *Tessera Paemeiobrigensis. Addendum al nuovo editto di Augusto dalla Spagna (con Aggiornamento critico dello status quaestionis*, di Stefania Romeo), in *Enigmi delle civiltà antiche dal Mediterraneo al Nilo. Atene La Magna Grecia L'Impero di Roma. II. L'Italia e le provinciae. Historia studiorum*, Reggio Calabria 2008, 519 ss.

¹⁰² F. COSTABILE - O. LICANDRO, *Tessera Paemeiobrigensis. Un nuovo editto di Augusto dalla «Transduriana provincia» e l'imperium proconsulare del princeps*, Roma 2000, 63 ss., posizione che A. DALLA ROSA, *Cura et tutela. Le origini del potere imperiale sulle province proconsolari*, Stuttgart 2014, 253, attribuisce al posteriore articolo di J.-L. FERRARY, *À propos des pouvoirs d'Auguste*, cit., 148 s.

¹⁰³ P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, II.1, Milano 1944, 288; Id., *Sintesi storica del diritto romano*⁴, Roma 1968, 280.

¹⁰⁴ P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano 1903, 191 (= 2ª ed., Milano 1909, 359).

¹⁰⁵ Ancora di recente e in via assai esplicita F. SERRAO, *Il modello di costituzione. Forme giuridiche, caratteri politici, aspetti economico-sociali*, in *Storia di Roma. Vol. II. L'impero mediterraneo. II. I principi e il mondo*, Torino 1991, 36.

¹⁰⁶ A. GIOVANNINI, *Consulare imperium*, Basel 1983, 116 ss.; J.A. CROOK, *Review of Giovannini, Consulare imperium*, in *JRS* 76, 1986, 288; K.M. GIRARDET, *Die lex Iulia de provinciis. Vorgeschichte, Inhalt, Wirkungen*, in *RhMPhil* 130, 1987, 292 ss.; J.-L. FERRARY, *À propos des pouvoirs d'Auguste*, cit., 106 s.; A. DALLA ROSA, *Ductu auspicioque. Per una riflessione sui fondamenti religiosi del potere magistratuale sino all'epoca augustea*, in *SCO* 49, 2003, 216 ss.; F. HURLET, *Le proconsul et le prince d'Auguste à Dioclétien*, Bordeaux 2006, 24 ss.; L. GAGLIARDI, *Cesare, Pompeo e la lotta per le magistrature: anni 52-50 a.C.*, Milano 2011, 89 ss.

ta a causa di una presunta ambiguità, o frammentarietà, delle voci antiche (per la verità ambigue per noi moderni mentre probabilmente non lo furono per i contemporanei), era indubbiamente consolare. Questo assetto ben documentato ancora una volta dissolve ogni dubbio sulla chiarezza, persino banale, di *RGDA*. 34.3, in cui Augusto afferma di essere stato titolare di una *potestas* pari a quella di coloro che gli furono colleghi nella magistratura, cioè i colleghi nel consolato.¹⁰⁷

Quando nel 23 a.C., per diverse ragioni politiche,¹⁰⁸ Augusto giungeva a un nuovo compromesso con il senato, relativo a una riorganizzazione degli organici delle magistrature,¹⁰⁹ rimetteva definitivamente anche il consolato per assumere il proconsolato. Questo proconsolato ampio, speciale, forgiato sull'esperienza degli *imperia extraordinaria* tardorepubblicani, e in particolare su quelli di Pompeo,¹¹⁰ ma anche di Cesare, era superiore (*maius*) rispetto a quello degli altri proconsoli, sebbene avesse bisogno di riconferme quinquennali *ex senato-consulto e lege* (secondo l'informazione assai attendibile di Cassio Dione).¹¹¹ L'equilibrio così raggiunto era assolutamente soddisfacente per Augusto. Quando il principe usciva dall'Urbe per recarsi nelle province rivestiva la carica di proconsole¹¹² per quelle direttamente assegnategli dal senato e ne usava il titolo, mentre per le altre assegnate a un altro proconsole poteva intervenire, come nel caso di Cirene, grazie al suo *imperium maius*. Ma quando rientrava a

¹⁰⁷ O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi*, cit., 253 ss. Nonostante si siano versati fiumi d'inchiostro per intendere quella chiusa finale e la magistratura a cui si riferisce, sino a forzature eccessive come quella di F. HURLET, *Les collègues du prince sous Auguste et Tibère. De la légalité républicaine à la légitimité dynastique*, Rome 1997, *passim*, praecipue 343 ss., che vi legge un riferimento a un collegio costituito dal *princeps* e dai correggenti. Improprio appare poi il riferimento ai proconsoli avanzato da M. PANI, *L'imperium di Tiberio principe*, in *Epigrafia e Territorio. Politica e Società. Temi di antichità romane*, VI, Bari 2001, 257.

¹⁰⁸ Da *RGDA*. 5.3 (*Consul[atum] quoqu[e] tum annum e[t] perpetuum mihi dela[tum non recepi]*) sembrerebbe che l'unica ragione sia stata la remora di Augusto di occupare permanentemente un posto di console; ma mi sembra convincente l'argomento addotto da A. DALLA ROSA, *Cura et tutela*, cit., 177 nt. 2, che centra l'attenzione sul consolato, carica su cui si addensava l'interesse dell'aristocrazia senatoria, a favore della quale Augusto decise di liberare il secondo posto.

¹⁰⁹ I pretori furono ridotti a dieci, numero dimezzato rispetto all'epoca triumvirale, mentre con Cesare erano stati portati a sedici raddoppiando l'organico sillano che ne contemplanava otto.

¹¹⁰ Importante A.E.R. BOAK, *The Extraordinary Commands from 80 to 48 B.C. A Study in the Origins of the Principate*, in *AHR* 24, 1918, 1 ss.

¹¹¹ Cass. Dio 53.13.1; 53.16.2; 54.12.4-5; 55.6.1; 55.12.3.

¹¹² Tuttavia, è giusto riconoscere che altri studiosi, pur in assenza di documenti incontrovertibili come il bronzo del Bierzo, avevano visto giusto e riconosciuto il proconsolato in capo al *princeps*; così G. FERRERO, *Grandezza e decadenza di Roma*, cit., III, 581 s.; J. BÉRANGER, *Recherches sur l'aspect idéologique du principat*, Basel 1953, 80 ss.; ma si vedano anche i saggi relativi a diversi e disparati aspetti del principato: ID., *L'imperium proconsulaire et la puissance tribunicienne dans l'Histoire Auguste*, in *Bonner Historia-Augusta-Colloquium 1977/1978*, Bonn 1980, 1 ss.; ID., *Principatus. Etudes de notions et d'histoire politiques dans l'Antiquité gréco-romaine*, Genève 1973, *passim*; E. BETTI, *La crisi della Repubblica*, cit., 564 ss., che giustamente ricorda in maniera secca come: «un *imperium* – e un *imperator* – *disgiunto da una magistratura* (nella quale si esprime il rapporto tra il detentore dell'*imperium* e il *populus* sovrano), ordinaria o straordinaria, che ne sia il sostrato e il titolo, non esiste secondo il diritto pubblico romano»; in questo senso già TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, Leipzig 1877, 845: «ein Imperium schlechthin kennt das römische gemeinwesen nicht».

Roma, senza essere costretto a rimmetterlo,¹¹³ per il governo civile si avvaleva della *tribunicia potestas* rinnovata annualmente.

In via generale, è questa ricostruzione che sembra stia facendosi ormai sempre più strada tra gli studiosi, nonostante qualche resistenza e salvo qualche profilo. Uno dei nodi ancora più dibattuti continua a essere quello dell'esistenza o meno di una gerarchia definita e istituzionalizzata tra gli *imperia*. Questa idea è stata messa in dubbio da autorevoli studi innovativi, da quelli di Giovannini¹¹⁴ e di Girardet,¹¹⁵ tendenti ad escludere *tout court* l'esistenza di un *imperium maius*, essendo quello *consulare* un *imperium* non subalterno ad altri, a quelli di Pani,¹¹⁶ che riconosce la strutturazione di una gerarchia di *imperia* soltanto da Tiberio in avanti, e Ferrary,¹¹⁷ propenso invece ad ammetterla ma a partire dal 23 a.C. anno in cui ad Augusto si assegnò la missione *ad ordinandum statum provinciarum* per le regioni orientali e per il tempo della permanenza del *princeps* in quelle province; per finire ai contributi di Alberto Dalla Rosa,¹¹⁸ sostenitore di un'interessante soluzione mediana, in virtù della quale, era logico ammettere una superiorità del *princeps* sul piano militare, mentre nessuna gerarchia esisteva tra *imperium* augusteo e *imperium* dei proconsoli in quanto, la superiorità rispetto a questi ultimi era assicurata dal fatto che «nella sua opera di revisione degli statuti cittadini e provinciali, il principe aveva un ruolo paragonabile piuttosto a quello del popolo o del senato».¹¹⁹

Tuttavia, è appena il caso di dire che ad ammettere con radicalità l'idea dell'inesistenza di un *imperium maius* si finirebbe per relegare dal 23 a.C. Augusto, non più console, sul piano formale in posizione quasi di subalternità ai consoli o di parità con essi e gli altri *proconsules*.¹²⁰ Però, nonostante il papiro contenente la *laudatio funebris* di Agrippa,¹²¹

¹¹³ Cass. Dio 54.10.5.

¹¹⁴ A. GIOVANNINI, *Les pouvoirs d'Auguste de 27 à 23 av. J.-C. Une relecture de l'ordonnance de Kymè de l'an 27 (IK 5 n° 17)*, in ZPE 124, 1994, 95 ss.

¹¹⁵ K.M. GIRARDET, *Die Entmachtung des Konsulates im Übergang von der Republik zur Monarchie und die Rechtsgrundlagen des augusteischen Prinzipats*, in Pratum Saraviense. Festschrift für P. Steimetz, Stuttgart 1990, 89 ss.; ID., *Zur Diskussion um das imperium consulare militiae im 1. Jh. v. Chr.*, in Cahiers du Centre G. Glotz 3, 1992, 202 ss.; ID., *Imperium 'maius'. Politische und Verfassungsrechtliche Aspekte. Versuch einer Klärung*, in A. GIOVANNINI (a cura di), *La révolution romaine après Ronald Syme. Bilans et perspectives*, Vandoeuvres-Genève, sept. 1999, Genève 2000, 167 ss.

¹¹⁶ M. PANI, *L'imperium di Tiberio principe*, cit., 253 ss.; ID., *L'imperium del principe*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. TASSI SCANDONE (a cura di), *La Lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi. Atti del Convegno Roma, 20-22 novembre 2008*, I, Roma 2009, 187 ss.

¹¹⁷ J.-L. FERRARY, *À propos des pouvoirs d'Auguste*, cit., 101 ss.; ID., *Res publica restituta*, cit., 419 ss. Cfr. F.J. VERVAET, *The Secret History* cit., 79 ss.

¹¹⁸ A. DALLA ROSA, *Cura et tutela*, cit., 83 ss.

¹¹⁹ A. DALLA ROSA, *Cura et tutela*, cit., 313.

¹²⁰ Questo è l'esito a cui si giunge, seguendo il ragionamento di A. DALLA ROSA, *Cura et tutela*, cit., 217 e nt. 26, che ritorna sulla superiorità costituzionale dei consoli sui proconsoli.

¹²¹ Sulla scorta di Cass. Dio 54.28.1, si ritiene che la prima concessione di *imperium maius* risalga al 13 a.C., ma non manca chi pensa di doverla anticipare al 18 a.C., come J.-M. RODDAZ, *Marcus Agrippa*, Roma 1984, 347 ss.; cfr. ID., *Imperium: nature et compétences à la fin de la République et au début de l'Empire*, in Cahiers du Centre G. Glotz 3, 1992, 189 ss.

l'iscrizione leidense di Kymè¹²² e il *Senatusconsultum de Cn. Pisone patre*¹²³ indichino chiaramente l'esistenza di un *imperium maius* in capo al *princeps* e ai correggenti (tutti *proconsules*), in questa sede è più congruo limitarci a osservare come, sebbene con sfumature diverse, il nocciolo comune delle posizioni dei suddetti studiosi sia l'inesistenza di un *imperium maius* di Augusto (e dunque di una gerarchia di *imperia*), cosa che comunque sgrava di ogni dubbio il fatto che Augusto godesse di una posizione di supremazia perché munito di un'*auctoritas* capace di eclissare tutti gli altri organi dello Stato romano. Di conseguenza, anche accettando la tesi dell'assenza di un *imperium maius*, non si intaccherebbe la sostanziale veridicità delle affermazioni autobiografiche di Augusto: una *res publica* in cui il miglior *civis* esercitava ἡ φροντίς ἢ τε προστασία τῶν κοινῶν πᾶσα, cioè una funzione di *cura et tutela*, per usare la più accreditata e affine traduzione latina della formula usata da Cassio Dione¹²⁴. Ora, sebbene Béranger abbia avvertito dell'inesistenza nei testi di età augustea dell'espressione latina (*cura et tutela rei publicae*),¹²⁵ la locuzione di Cassio Dione, che non è espressione del tecnicismo giuridico, corrispondeva a una valutazione politica dell'egemonia del *princeps* in un assetto istituzionale in cui l'*imperium* gli era conferito per *senatusconsultum* e *lex*, come documentano, oltre alle *Res Gestae*, la *Tabula Siarensis*¹²⁶ e il *Senatusconsultum de Cn. Pisone patre*. Il contesto generale, infatti, in cui si iscriveva la posizione del *princeps* era l'inalterata permanenza dell'impianto istituzionale dello Stato romano incentrato su *senatus* e *populus* e dei suoi valori fondanti, in altri termini la *res publica restituta*.

¹²² Pubblicata da H.W. PLEKET, *The Greek Inscriptions in the 'Rijksmuseum van Oudheden' at Leyden*, Leyden 1958, n. 57, 49 ss.; K.M.T. ATKINSON, *Restitutio in integrum and iussum Augusti Caesaris in an Inscription from Leyden*, in RIDA 7, 1960, 228 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Testi e documenti. VI: L'iscrizione leidense di Augusto*, in BIDR 64, 1961, 323 ss. [= in ID., *Studi epigrafici e papirologici (a cura di L. Bove)*, Napoli 1974, 629 ss.]; W. KUNKEL, *Über die Leidener Augustus-Inschrift aus Kymè*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano 1962, 593 ss.; R.K. SHERK, *Roman Documents from the Greek East. Senatus Consulta and Epistulae to the Age of Augustus*, Baltimore 1969, 317 ss.; N. CHARBONNEL, *À propos de l'inscription de Kymè et des pouvoirs d'Auguste dans les provinces au lendemain du règlement de 27 av. n. è.*, in RIDA 26, 1979, 177 ss.; da ultimo v. A. GIOVANNINI, *Les pouvoirs d'Auguste de 27 à 23 av. J.-C. Une relecture de l'ordonnance de Kymè de l'an 27 (IK 5 n° 17)*, in ZPE 124, 1994, 95 ss.; cfr. J.-L. FERRARY, *À propos des pouvoirs d'Auguste*, cit., 133 ss.

¹²³ A. CABALLOS - W. ECK - F. FERNÁNDEZ, *El Senadoconsulto de Gneo Pisón Padre*, Sevilla 1996 (= A. CABALLOS - W. ECK - F. FERNÁNDEZ, *Das «senatus consultum de Cneo Pisone patre»*, München 1997); W.D. LEBEK, *Das Senatus consultum de Cn. Pisone patre und Tacitus*, in ZPE 128, 1999, 183 ss.; F. GRELE, *Il senatus consultum de Cn. Pisone Patre*, in SDHI 66, 2000, 223 ss. [= in ID., *Diritto e società nel mondo romano*, a cura di L. FANIZZA, Roma-Bari 2005, 463 ss.].

¹²⁴ Cass. Dio 53.12.1. Naturalmente non si tratta di una novità: già E. BETTI, *Il carattere giuridico del principato di Augusto*, Città di Castello 1915 (= ID., *La crisi della repubblica*, cit., 542), che ha usato la formula di «diritto di alto controllo e ingerenza sull'amministrazione in nome proprio (autonoma) sia indiretta sia diretta»; impianto autoritario, conforme all'ideologia del tempo, in seguito approfondito da P. DE FRANCISCI, *La costituzione augustea*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano 1930, 13 ss.; e A. VON PREMERSTEIN, *Vom Weden und Wesen des Prinzipats*, München 1937, 117 ss.

¹²⁵ J. BÉRANGER, *Recherches sur l'aspect*, cit., 186 ss., 204.

¹²⁶ J. GONZÁLEZ, X. ARCE (a cura di), *Estudios sobre la Tabula Siarensis*, Madrid 1988; J. GONZÁLEZ, *Tácito y las fuentes documentales: ss. cc. de honoribus Germanici decernendis (Tabula Siarensis) y de Cn. Pisone patre*, Sevilla 2012.

Inoltre, l'iscrizione del Bierzo, permette di superare anche l'annosa questione del regime delle province. Le province erano tutte '*populi Romani*' (come io ritengo),¹²⁷ o '*publicae*' (come aggiunge, in alternativa, Fergus Millar)¹²⁸ e tutte attribuite a proconsoli, sebbene una parte rilevante avesse uno stesso speciale proconsole, cioè Augusto,¹²⁹ mentre sembra del tutto artificiale, nonché priva di qualunque aggancio alle fonti, la denominazione di 'province affidate col sistema del sorteggio', avanzata da Della Rosa.¹³⁰

Come si vede questi documenti permettono di assicurare una maggiore profondità alla ricostruzione storica e tutti convergenti sul motivo della graduale *restitutio rei publicae*. Del resto, a tal proposito, quelle appena esaminate non sono le uniche informazioni, perché tasselli significativi provenienti da altre iscrizioni irrobustiscono ulteriormente l'impianto complessivo: si pensi, ad esempio, alla registrazione dei *Fasti Praenestini* di Verrio Flacco *peritissimus* nello *ius pontificium*.¹³¹ In questo calendario marmoreo vi è l'incisione celebrativa

¹²⁷ F. COSTABILE - O. LICANDRO, *Tessera Paemeiobrigensis*, cit., 94 ss.

¹²⁸ F. MILLAR, *The Emperor, the Senate and the Provinces*, in JRS 56, 1966, 156 ss.; Id., *Senatorial Provinces. An Institutionalized Ghost*, in AncW 20, 1989, 93 ss.

¹²⁹ Allo stesso modo, del tutto infondata è la tradizionale e vetusta tesi dell'Egitto quale *unicum* tra i territori imperiali, in quanto proprietà privata di Augusto, trattandosi invece nient'altro che di una provincia romana, per l'esattezza *populi Romani*, governata da un *praefectus* munito di poteri conferiti però con *lex publica ad similitudinem* proconsulis; D. 1.17.1 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Praefectus Aegypti non prius deponit praefecturam et imperium, quod ad similitudinem proconsulis lege sub Augusto ei datum est, quam Alexandriam ingressus sit successor eius, licet in provinciam venerit: et ita mandatis eius continetur*. Luogo comune, ricco di suggestione ma del tutto infondato, come credo di aver dimostrato anche in *La prefettura d'Egitto fra conservazione e innovazione istituzionale*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano 2007, 387 ss. (= in MEP 10, 2007, 29 ss.); e, *amplius*, «*Aegyptum imperio populi Romani adieci*». *L'Egitto e la sua prefettura fra conservazione e innovazione nella politica augustea*, Napoli 2008, confortato dall'opinione di G. NICOSIA, *Considerazioni sull'amministrazione delle province in età imperiale*, in AUPA 52, 2007-2008, 27 ss. Cfr. L. CAPPONI, *Augustan Egypt. The Creation of a Roman Province*, New York-London 2005 (vedi a tal proposito A. JÖRDEN, Rec. di L. CAPPONI, *Augustan Egypt. The Creation of a Roman Province* [2005], in Laverna 17, 2006, 156 ss.); da ultimo G. GERACI, *L'Egitto provincia romana: prototipo di nuovi modelli d'organizzazione provinciale d'età imperiale?*, in *Pignora amicitiae. Scritti di storia antica e storiografia offerti a M. Mazza* (a cura di M. CASSIA, C. GIUFFRIDA, C. MOLÈ, A. PINZONE), III, Acireale-Roma 2012, 27 ss., che così scrive: «Che l'Egitto romano non sia stato formalmente una provincia è affermazione che se mai l'abbia avuto, oggi non ha certamente più senso sostenere». Nonostante ciò D. FAORO, *Praefectus, procurator, praeses. Genesi delle cariche presidiali equestri nell'Alto Impero Romano*, Firenze 2012, 2, continua a ravvisare nella prefettura d'Egitto un *unicum* nel panorama provinciale. Ovviamente non si spiega come mai il senato, e l'opinione pubblica generale, da un lato ammettessero ciò che alcuni moderni hanno ritenuto circa l'Egitto e la sua appartenenza ad Augusto e poi lasciassero testimonianze come l'iscrizione rinvenuta a Rocca di Piana nel 1897 relativa alle feste del primo agosto, ricorrenza della riduzione dell'Egitto sotto il dominio del popolo romano istituita come *dies* festivo mediante senatoconsulto: [- - - *Hoc mense*] *Aegyptus in potestatem p(opuli) R(omani) / [redacta est] / [K(alendae) Aug(ustae)]*, *np Victoriae. Victoriae / Virgini in Palatio, Spei in / foro Holitorio. Feria[e] ex s(enatus) c(onsulto)*, / *q(uod) e(o) d(ie) Imp. Cae[sar] Augustus rem*] / [*publicam tristissimo periculo liberavit*] (A. DEGRASSI, *Inscriptiones Italiae. XIII. Fasti et elogia, fasc. 2. Fasti anni Numani et Iuliani*, Roma 1963, 134 s., tav. XIV 1, 489 ss.).

¹³⁰ A. DALLA ROSA, *Cura et tutela*, cit., 61. Riscontro un'incoerenza nel ragionamento di Dalla Rosa, infatti se il *princeps* era un proconsole, seppure sottoposto a un regime speciale, anche le province a lui sottoposte erano proconsolari e quindi *provinciae populi Romani*, perché riconducibili a questo.

¹³¹ Macrob., *Sat.* 1.15.21. A. OTTAVIANI, *I Fasti di Verrio Flacco e i Fasti ovidiani nel commento di Foggini*,

della consegna della corona civica ad Augusto per la *restitutio rei publicae populi Romani*, secondo la revisione dell'integrazione mommseniana¹³² da parte di Elisabetta Todisco,¹³³ o per la *restitutio* di *leges et iura populi Romani*, secondo l'alternativa e seducente lettura avanzata da John Scheid;¹³⁴ o alla notizia di un'epigrafe sita nel Foro, oggi purtroppo scomparsa sebbene documentata da *Ligorius*, celebrativa di una *res publica conservata*.¹³⁵

In definitiva, come appare sufficientemente chiaro tutte le testimonianze sono coerenti e convergenti a favore della complessa operazione riformatrice, il cui manifesto politico era riassunto nei *verba* dell'editto del 28 a.C. riportati nella biografia augustea di Svetonio, a dimostrazione dell'attenzione rigorosa, anzi quasi ossessiva, di Augusto nel collocare le innovazioni istituzionali all'interno degli schemi repubblicani: "*Ita mihi salvam ac sospitem rem publicam sistere in sua sede liceat atque eius fructum percipere, quem peto, ut optimi status auctor dicar et moriens ut feram mecum spem, mansura in vestigio suo fundamenta rei publicae quae iecero*" (Aug. 28).

7. RGDA. 34.1: la *potentia* augustea.

Un ulteriore documento di straordinaria importanza, che si inserisce perfettamente nella ricostruzione che si sta dipanando come in una sequenza di fotogrammi, è costituito dal nuovo frammento di *RGDA. 34.1*, proveniente da Antiochia di Pisidia (rinvenimento dovuto a Paula Botteri).¹³⁶ Ritorno, pertanto anche a tal proposito, sulla nuova e assai diversa restituzione di quel passaggio e sul relativo dibattito scientifico che ne è scaturito e sempre più arricchitosi negli ultimi anni.¹³⁷ Come è noto, Theodor Mommsen, attraverso la sua proposta d'integrazione del mutilo *RGDA. 34.1*, aveva aperto il varco all'interpretazione dell'azione violenta esplicita dalla *factio* di Ottaviano, sfociata in un 'colpo di Stato', enfatizzata storiograficamente nel secolo scorso da Ronald Syme.¹³⁸ La ricostruzione per oltre un secolo accreditatasi negli studi politici e giuridici del principato augusteo si fondava sul *potitus rerum omnium*:

in G. LA BUA (a cura di), *Vates operose dierum. Studi sui Fasti di Ovidio*, Pisa 2010, 211 ss.

¹³² *CIL. I², 231 (= Inscr.It. XIII, 2): Corona querc[ea a senatu, uti super ianuam Imp. Caesaris] / Augusti poner[etur, decreta quod cives servavit, quod rem publicam] / p(opulo) R(omano) rest[it]u[it]*.

¹³³ *CIL. I², 231 (=Inscr.It. XIII, 2): Corona querc[ea a senatu, uti super ianuam Imp. Caesaris] / Augusti poner[etur, decreta quod cives servavit, re publica] / p(opuli) R(omani) rest[itu]t[a]*; E. TODISCO, *La res publica restituta*, cit., 341 ss.; O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi*, cit., 267 ss.

¹³⁴ J. SCHEID, *Res Gestae Divi Augusti*, cit., 89: *Corona querc[ea a senatu, uti super ianuam Imp. Caesaris] / Augusti poner[etur, decreta quod iura] / p(opuli) R(omani) rest[it]u[it]*; leggera variante in F. MILLAR, *The First Revolution: Emperor Caesar, 36-28 BC*, in A. GIOVANNINI (a cura di), *La révolution romaine après Ronald Syme. Bilans et perspectives*, Vandœuvres-Genève 2000, 6 s.: ... [*quod leges iura et iura] / p(opuli) R(omani) rest[it]u[it]*.

¹³⁵ *CIL. VI, 873 (= ILS. 81): Senatus Populusque Romanus Imp. Caesari Divi Iuli filio, consuli quinq[ue]nt(o), con(s)uli des(ignato) sept(im)o, imp(eratori) sept(im)o, re publica conservata*; cfr. O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi*, cit., 269.

¹³⁶ P. BOTTERI, *Missione in Turchia: il Monumentum Ancyranum*, in *QS* 54, 2001, 133 ss.; EAD., *L'integrazione mommseniana a Res Gestae 34, 1 e il testo greco*, in *ZPE* 144, 2003, 262 ss.; TH. DREW-BEAR - J. SCHEID, *La copie des Res Gestae d'Antioche de Pisidie*, in *ZPE* 154, 2005, 217 ss.

¹³⁷ Rinvio al mio *Documenti vecchi e nuovi*, cit., 235 ss.

¹³⁸ R. SYME, *La rivoluzione romana*, cit., nella nuova traduzione adesso disponibile.

RGDA. 34.1: *In consulatu sexto et septimo, postquam bella civilia extinseram, per consensum universorum potitus rerum omnium rem publicam ex mea potestate in senatus populique Romani arbitrium transtuli.*¹³⁹

Sulla base di *potiri* con ablativo o con genitivo, esprime la conquista del potere attraverso la forza, con atti ed eventi traumatici, si radicò largamente e in profondità la convinzione che Augusto avesse voluto ammettere, sia pure non in maniera del tutto esplicita, la conquista illegale del suo potere. Stravagante interpretazione questa: accusato di perfida ipocrisia, Augusto poi sarebbe stato sincero proprio su questo imbarazzante punto, confessando il peggior crimine politico?

Nella visione mommseniana, la successione degli eventi sarebbe stata la seguente: 1) acquisizione della posizione di dominio da parte di Augusto con il *consensus universorum*; 2) conduzione e fine delle guerre civili; 3) rimessione della *res publica* all'*arbitrium* del *senatus* e del *populus*.

Secondo questa ricostruzione, Augusto avrebbe deposto i poteri straordinari soltanto dopo essere divenuto padrone di ogni cosa, e *potitus*, *potiri* esprimerebbero oltre ogni ragionevole dubbio l'idea dell'uso della forza, della violenza al fine della conquista del potere: dunque, secondo l'opinione largamente condivisa, seppure non unanime, Augusto avrebbe conseguito il controllo dello Stato romano attraverso un nuovo 'colpo di Stato', di cui francamente vi sono ancor meno tracce del precedente. Il convincimento di studiosi del calibro di Francesco De Martino era inscalfibile: «il colpo di stato è quindi incontestabile e sarebbe davvero arduo per uno studioso del diritto pubblico romano ricercare una qualsiasi giustificazione legittima al potere assunto da Ottaviano»;¹⁴⁰ e ancora: «se il *potitus* si deve intendere nel senso di rendersi padrone, la deduzione che esso allude ad un fatto non legale e quindi implicitamente ammette un colpo di stato è irrefutabile».¹⁴¹ Dello stesso tenore Pietro de Francisci, solitamente tutt'altro che collimante con De Martino: «È quindi indiscutibile che, quando Augusto nelle sue R. G. – riferendosi alla fase in cui, pur essendo ancora Ottaviano, aveva affrontato la guerra contro Cleopatra ed Antonio per eliminare la peste delle guerre civili – affermava, che le sue imprese e la posizione da lui raggiunta erano state suffragate dalla *coniuratio Italiae et provinciarum* e quindi dal *consensus universorum*, che lo avevano sospinto a *potiri rerum omnium*, egli confessava di essersi prevalso di una forza politica nuova, che, (ma questo non lo diceva) era stata suscitata da un'abile e tenace propaganda svolta dai suoi amici e seguaci».¹⁴²

Quando sarebbe stato consumato questo secondo 'colpo di Stato', dopo quello dell'estate del 43 a.C., resta un mistero, anche perché sulla scena politica non vi sono più avversari

¹³⁹ Riporto le seguenti traduzioni: a) «Durante il mio sesto e settimo consolato, dopo ch'ebbi posto termine alle guerre civili, con i pieni poteri conferitimi per unanime consenso, trasferii il governo della *res publica* (Stato) alla libera determinazione del senato e del popolo romano» [F. GUIZZI, *Augusto. La politica della memoria*, Roma 1999, 143, 145]; b) «Durante il mio sesto e settimo consolato, dopo aver estinto le guerre civili, avendo conseguito tutto il potere attraverso il consenso universale, trasferii il governo dello Stato dalla mia potestà al libero volere del senato e del popolo romano» (L. DE BIASI - A.M. FERRERO [a cura di], *Cesare Augusto Imperatore. Gli atti compiuti e i frammenti delle opere*, Torino 2003, 217, 219).

¹⁴⁰ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², cit., IV.1, 112.

¹⁴¹ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², cit., IV.1, 118.

¹⁴² P. DE FRANCISCI, *Intorno a due passi delle Res gestae Divi Augusti*, in AG 175, 1968, 157 s.

temibili, tali da impensierire ancora Ottaviano. Dunque, un vero e proprio enigma; ma un enigma, che perderebbe molto della sua forza se, per esempio, il *potitus* fosse stato un semplice quanto banale, seppur comprensibile, errore di integrazione della lacuna epigrafica.

Se Augusto, infatti, avesse scritto altro di quanto Mommsen ha ipotizzato con la sua integrazione? Il quadro interpretativo naturalmente cambierebbe, e anche di molto. Paula Botteri,¹⁴³ che dal 1997 è alla direzione di un progetto di restauro e cura delle *Res Gestae*,¹⁴⁴ grazie alla piena collaborazione delle istituzioni politiche e culturali turche,¹⁴⁵ nel faticoso ma proficuo lavoro di riesame dei frammenti, provenienti da tutte le aree archeologiche della Turchia, ha avuto l'accortezza di soffermarsi su un minuscolo frammento di pietra proveniente da Antiochia di Pisidia in cui si legge TENS RE: sei lettere che nella loro limpida chiarezza consentono di emendare il *potitus* in *potens*. Botteri, dunque, con la pubblicazione dei risultati delle sue ricerche, dal 2003 ha spostato il terreno della ricerca. In tal modo l'apertura del cap. 34 avrebbe un tenore assai diverso:

RGDA. 34.1: In consulatu sexto et septimo, postqua[m b]el[la civil]ia exstinseram, per consensum univrsorum [po]tens re[rui]m om[n]ium rem publicam ex mea potestate in senat[us populi]que R[om]ani [a]rbitrium transtuli.

Ho già espresso il mio convincimento che il mutamento del frammento, adesso restituito, non sia cosa da poco, e che apra il varco a nuove e generali considerazioni che inevitabilmente implicano una rivisitazione di alcune tra le più consolidate e tratlizzate opinioni relative alla posizione costituzionale di Ottaviano a seguito della vittoria asiatica.¹⁴⁶ In effetti, da quel fortunato ritrovamento le acque sono cominciate a smuoversi e, oltre a un tempestivo rilievo di Dario Mantovani,¹⁴⁷ a cui è seguito uno studio penetrante di Giovanni Nicosia,¹⁴⁸ vi è la consapevolezza che emendare *potitus* in *potens* non costituirebbe affatto un mero dettaglio lessicale. A dire il vero, già nel 1936 Helmut Berve aveva colto che qualcosa non tornava nella restituzione mommseniana del cap. 34.1; tuttavia lo studioso si limitava pur con netta determinazione ad avanzare la lettura alternativa secondo cui la posizione di preminenza di Augusto si conclamò dopo le guerre civili, cioè dopo Azio e non prima.¹⁴⁹

Il seme gettato da Berve, per quanto non riuscisse a germogliare con vigore tra gli studiosi, dimostrava una certa vitalità, tanto che nel 1957 Wolfgang Seyfarth,¹⁵⁰ interpretando *potitus rerum omnium* come la confessione augustea del possesso di un potere assoluto, proponeva

¹⁴³ P. BOTTERI, *L'integrazione mommseniana a Res Gestae 34, 1 e il testo greco*, in ZPE 144, 2003, 262 ss.

¹⁴⁴ Cfr. P. BOTTERI, *Missione in Turchia: il Monumentum Ancyranum*, in QS 54, 2001, 133 ss.

¹⁴⁵ In realtà la scoperta del minuscolo ma importantissimo frammento era già avvenuta, vedi a tal proposito quanto in TH. DREW-BEAR - J. SCHEID, *La copie des Res Gestae d'Antioche de Pisidie*, in ZPE 144, 2005, 217 ss. Il frammento è classificato dai due studiosi "34j".

¹⁴⁶ O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi*, cit., *passim*.

¹⁴⁷ D. MANTOVANI, *Leges et iura p(opuli) R(omani) restituit*, cit., 44, nt. 111.

¹⁴⁸ G. NICOSIA, *Potens rerum omnium*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Torino 2010, 2317 ss.

¹⁴⁹ H. BERVE, *Zum Monumentum Ancyranum*, in Hermes 71, 1936, 241 ss.

¹⁵⁰ W. SEYFARTH, *Potitus rerum omnium. Ein Beitrag zur Deutung der RGDA, Kapitel 34*, in Philologus 101, 1957, 305 ss.

di emendare *potitus* in *potiens*, quale forma rara del participio presente di *potiri* (presente, ad esempio, in Cic., *Tusc.* 3.41). Più recentemente, Felice Costabile¹⁵¹ ha riproposto questa lettura del frammento recuperato: non *potens* ma *potiens*, attraverso un accurato esame paleografico. Secondo Costabile, non saremmo in presenza di un participio presente di *possum*, ma dinanzi al participio presente di *potiri* e dunque di «un uso tecnico nell'espressione *rerum potiri*, "impadronirsi del potere", ovvero "essere padrone del potere", oppure ancora "essere padrone dello Stato". A confronto della lettura del Mommsen, prevale il valore "locativo", lo *status quo* nel possesso dell'onnipotenza, anziché la "dinamica" della conquista del potere, che si credeva di scorgere nel presunto participio passato '[*potitus*]'.¹⁵² L'integrazione suggerita da Costabile e le osservazioni che ne fa scaturire non dissolvono tuttavia ogni dubbio sul piano epigrafico, come prudentemente anche lui stesso riconosce,¹⁵³ mentre non cambia nulla neppure sul piano della ricostruzione generale rispetto a quanto prima sostenuto assumendo la lettura *potens*.

In realtà, già Krömer¹⁵⁴ in perfetta solitudine, muovendo da un'acuta analisi lessicale a partire dagli *Annales* tacitiani, si era spinto un po' più avanti sino a pervenire a risultati di un certo interesse: a) l'espressione *rerum potiri* appare inconsueta nella letteratura latina e sembra appartenere peraltro a un'età più tarda; b) il verbo *potiri* è, per lunga tradizione, utilizzato dagli autori antichi per rappresentare vicende di conquista del potere attraverso azioni violente e illegali. Nella sua essenza l'acuta conclusione dello studioso, sulla scorta della suggestiva intuizione del suo maestro, Rudolf Kassel,¹⁵⁵ stava nell'emendare *potitus* in *potens*.

Adesso questa intuizione troverebbe una piena conferma epigrafica che ricolloca nell'alveo della legalità repubblicana le azioni di Augusto:

RGDA. 34.1: In consulatu sexto et septimo, postqua[m b]el[la civil]ia exstinseram, per consensus universorum po[titus] re[ru]m om[n]ium rem publicam ex mea potestate in senat[us] populi]que R[om]ani [a]rbitrium transtuli.

RGDA. 34.1: In consulatu sexto et septimo, postqua[m b]el[la civil]ia exstinseram, per consensus universorum [po]tens re[ru]m om[n]ium rem publicam ex mea potestate in senat[us] populi]que R[om]ani [a]rbitrium transtuli.

[Durante il mio sesto e settimo consolato, dopo aver estinto le guerre civili, essendomi impadronito di tutto il potere attraverso il consenso universale, trasferii il governo dello Stato (*res publica*) dalla mia potestà al libero volere del senato e del popolo romano].

[Durante il mio sesto e settimo consolato, dopo aver estinto le guerre civili, potente su tutto per consenso universale, trasferii il governo dello Stato (*res publica*) dalla mia potestà al libero volere del senato e del popolo romano].

¹⁵¹ F. COSTABILE, *Caius Iulius Caesar*, cit., 95 ss.

¹⁵² F. COSTABILE, *Caius Iulius Caesar*, cit., 100.

¹⁵³ F. COSTABILE, *Caius Iulius Caesar*, cit., 98.

¹⁵⁴ D. KRÖMER, *Textkritisches zu Augustus und Tiberius (Res gestae c. 34 – Tac. Ann. 6, 30, 3)*, in ZPE 28, 1978, 127 ss. Cfr. W.D. LEBEK, *Res gestae divi Augusti 34,1: Rudolf Kassels potens rerum omnium und ein neues Fragment des Monumentum Antiochenum*, in ZPE 146, 2004, 60 ss.

¹⁵⁵ D. KRÖMER, *Textkritisches zu Augustus*, cit., 135.

In altri termini, quell'emendamento produrrebbe la caduta dell'idea dell'ammissione del colpo di Stato da parte di Augusto, cioè dell'acquisizione del suo potere, e pertanto della sua supremazia, in maniera irregolare e attraverso forzature traumatiche, come invece il *potitus* indurrebbe, e sino ad ora ha effettivamente indotto, a credere. Verrebbe cioè meno l'idea che quella posizione di supremazia sia stata conseguita attraverso un singolo atto in un preciso momento temporale, mentre comincerebbe a delinarsi assai più nitidamente una genesi e uno svolgersi del principato augusteo nei termini assai diversi della transizione, in cui il passaggio del 27 a.C. non dovrebbe più intendersi come il momento improvviso e solenne in cui Augusto rinunciò teatralmente alla sua posizione di potere agguantata illegalmente per assestare su una base di ipocrita legalità costituzionale la nuova fase di dominio. O, almeno, non è questo che Augusto 'confesserebbe' nelle *Res Gestae*. Come ha giustamente affermato Nicosia, «Augusto dà palesemente per scontato che l'acquisita posizione costituzionale di predominio (dall'alto della quale discendeva la sua rinuncia) si era ormai stabilizzata, era da considerare definitiva, ed egli avrebbe potuto avvalersene con assoluta tranquillità e sicurezza».¹⁵⁶

Credo dunque che possa mantenersi la lettura *potens; lectio* accettata dallo stesso Luciano Canfora nel suo ultimo libro in cui propone la concordanza con Appiano, quando nel proemio al terzo libro sulle Guerre civili, annota che il governo di Augusto fu *χρόνιος*, cioè duraturo, e *ἐγκρατής*, vale a dire fondato sulla forza = *potens rerum omnium*.¹⁵⁷ *Potens* (o pure *potiens*), che va strettamente legato a *rerum omnium*, indicherebbe non l'ammissione di un'attività violenta ed eversiva volta all'impossessamento del potere ma semplicemente la situazione di assoluta supremazia fondata, non sulla *coniuratio*, ma su un *consensus universorum* – ricordato in diversi documenti come l'elogio funebre di Augusto (P. Köln VI, 249)¹⁵⁸ e un denario su cui è riportato *Imp(eratori) Caes(ari) Aug(usto) comm(uni) cons(ensu)* – la condizione di detentore di un potere sostanziale totale, conseguita da Ottaviano dopo la vittoria aziaca: appunto, *potentiae securus*, come lo descriveva Tacito. Nella fase postaziaca, il futuro Augusto era consapevole del superamento della drammatica rottura che si era prodotta, la vera rottura della costituzione e dello Stato romano con la *coniuratio Italiae* e delle province occidentali,¹⁵⁹ cioè quando il mondo romano si divise in due, e si divisero, scegliendo l'una o l'altra parte, anche le figure istituzionali (magistrati e senatori). La siderale distanza tra *coniuratio Italiae et provinciarum* e *consensus universorum* sta non solo nei rispettivi primi termini ma ancor più nei genitivi di specificazione, laddove *coniuratio* implica la scelta di una parte per una parte (Italia e province per Ottaviano), non importa se più legittima dell'altra avversa, ma pur sempre una *pars*; mentre

¹⁵⁶ G. NICOSIA, *Potens rerum omnium*, cit., 2327.

¹⁵⁷ L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 250 ss.

¹⁵⁸ L. KOENEN, *Die «Laudatio funebris» des Augustus für Agrippa auf einem neuen Papyrus (P. Colon. inv. nr. 4701; vgl. Taf. VIIIa)*, in ZPE 5, 1970, 217 ss.; E.W. GRAY, *The Imperium of M. Agrippa. A Note on P. Colon. inv. nr. 4701*, in ZPE 6, 1970, 227 ss.; E. MALCOVATI, *Il nuovo frammento augusteo della Laudatio Agrippae*, in Athenaeum 50, 1972, 142 ss.; M. GRONEWALD, *Ein neues Fragment der Laudatio funebris des Augustus auf Agrippa*, in ZPE 52, 1983, 61 s.; W. AMELING, *Augustus und Agrippa zu PKöln VI 249*, in Chiron 24, 1994, 1 ss.; F. HURLET, *Les collègues du prince*, cit., 42 ss.

¹⁵⁹ RGDA. 25.2: *Iuravit in mea verba tota Italia sponte sua et me be[lli], quo vici ad Actium depoposcit. Iuraverunt in eadem ver[ba] provinci[ae] Galliae, Hispaniae, Africa, Sicilia, Sardinia.*

consensus universorum indica la condivisione generale, senza alcuna frattura.¹⁶⁰ Interpreta bene le cose Strabone, secondo cui con la *coniuratio* Ottaviano diventava signore (*κύριος*) della pace e della guerra,¹⁶¹ come d'altro canto *προστασίαν τῆς ἡγεμονίας* sono termini indicanti primato, prestigio e non una ben definita e istituzionalizzata carica. È questo il punto che bisogna mettere a fuoco e ben isolare. Il conflitto tra Antonio e Ottaviano aveva condotto lo Stato romano fuori dalla repubblica, a disarticolarsi con la *coniuratio Italiae et provinciarum*, che a ben vedere non costituisce neppure essa l'atto culminante di un colpo di Stato: nel vuoto di potere determinatosi nel 32 a.C., con i consoli dell'anno fuggiti nel campo di Antonio insieme a trecento senatori, chi era titolare del potere legittimo? Antonio o Ottaviano? Entrambi e al tempo stesso nessuno! Quel momento sancì la fine istituzionale, scatenando processi e dinamiche analoghe al nostro 8 settembre.

Allora, l'accusa di ipocrisia – che è quanto di più incisivo, ma fuorviante e condizionante, la critica moderna abbia saputo costruire nell'interpretazione dell'azione politica augustea – riceve così un altro colpo. Se stiamo ancora alle parole usate da un brillante conoscitore della tarda repubblica come Luca Canali ci facciamo un'idea della complessità della fase: «pochi documenti politici, nella storia d'ogni tempo, sono ingannevoli e insieme veritieri al pari delle *Res gestae divi Augusti*. Intere sezioni di accertata realtà vi sono ignorate, altre presentate, nel complesso o nei dettagli, da una angolatura risolutamente partigiana: e tuttavia le *R. g.* sono forse la *summa* politica, istituzionale, costituzionale e ideologica più concisa e illuminante del passaggio da un'era all'altra dell'intera storia dell'umanità».¹⁶²

A me pare, alla luce della mole dei documenti e degli argomenti sin qui addotti, che le *Res Gestae* non nascondano nulla, ma proprio nulla, e che Augusto sia stato orgogliosamente sincero. Augusto era sincero quando ricordava di aver rifiutato l'epiteto di *Romulus* perché strettamente connesso alla monarchia e alla preminente caratura militare della figura romulea;¹⁶³ era sincero quando rifiutò l'offerta della dittatura e del consolato a vita; non fingeva quando rifiutò per ben tre volte la *praefectura morum* e tutte quelle cariche in aperto e intimo contrasto con le forme repubblicane:

RGDA. 6.1-2: [Consulibus M(arco) V(in)icio et Q(uinto) Lucretio] et postea P(ublio) Lentulo et Cn(aeo) L(entulo et terti)um [Paullo Fabio Maximo et Q(uinto) Tuberone senatu populoq] u[e Romano consentientibus,] ut cu[rator legum et morum summa potestate solus crearer, nullum magistratum contra morem maiorem delatum recepi. [2] Quae tum per me geri senatus] v[o]luit, per trib[un]ici[a]m p[otestatem] perfeci, cuius potes]tatis conlegam et [ips]e ultro [quinq]uiens a sena]tu [de]poposci et accepi.

¹⁶⁰ O. LICANDRO, *Documenti vecchi e nuovi*, cit., 245 ss. Incomprensibile il dibattito tra i moderni su quali poteri conferisse la *coniuratio*. Ciò che resta essenziale è che quel giuramento indicava l'adesione a una causa e il vincolo si scioglieva alla conclusione della guerra; così anche A. DALLA ROSA, *Cura et tutela*, cit., 134 ss.

¹⁶¹ Strab., *Geogr.* 17.3.25.

¹⁶² L. CANALI, *Il «manifesto» del regime augusteo*, in L. CANALI (a cura di), *Potere e consenso nella Roma di Augusto. Guida storia e critica*, Roma-Bari 1975, 233.

¹⁶³ G. ANSELMO ARICÒ, *Numa Pompilio e la propaganda augustea*, in *AUPA* 57, 2014, 48 ss.

E non sfuggono alcuni contorcimenti storiografici, come per esempio quello che capita di leggere ancora nel pur brillante saggio di Luca Canali: «La più importante fra tutte è la formale restaurazione della legalità costituzionale, nel riconoscimento, e anzi nella vigorosa sottolineatura del punto di partenza extra legale e rivoluzionario di tale presunto ritorno alla *res publica* e al *mos maiorum*, che in realtà era la sanzione di un radicale mutamento».¹⁶⁴

Ora, per quanto simili posizioni resistano ostinatamente, sono anche da guardare con attenzione i segnali del dischiudersi di una positiva ‘fase revisionista’: non è senza significato che, appena qualche anno fa, un attento studioso di ‘cose augustee’, come Tullio Spagnuolo Vigorita, abbia giustamente ribadito come il rispetto esibito da Augusto verso la legalità repubblicana non fosse «una facciata, ma una necessità politica».¹⁶⁵ Similmente, in recentissime pagine, Luigi Capogrossi Colognesi ha riconosciuto che nelle *Res Gestae* non costituisce certo «una menzogna la lettura della sua azione di governo e del suo potere in linea con le istituzioni repubblicane», semmai una sintesi incompleta.¹⁶⁶ Augusto era ben conscio della necessità vitale di evitare i medesimi errori in cui incorse Cesare; il consolato continuo, la dittatura perpetua, la prefettura dei costumi, come ricorda in una pagina memorabile Svetonio,¹⁶⁷ furono errori che non solo gli costarono la vita, ma anche il giudizio di assoluta riprovazione politica e morale che ne stette alla base dell’omicidio giudicato ‘*iure*’ dall’opinione pubblica repubblicana: *ut et abusus dominatione et iure caesus existimetur*, scrisse Svetonio, condensando in queste parole il trauma avvertito dal sentimento repubblicano.

Si torna così per l’appunto a Svetonio, che costituisce il ‘*prequel*’ di *RGDA*. 34: chiusa l’emergenza con la sconfitta degli avversari, sebbene formalmente soltanto *consul*, Augusto era ormai *potens rerum omnium* grazie a un *consensus universorum* e poteva restituire la *res publica* al suo normale funzionamento attraverso i suoi organi repubblicani (*senatus e populus*).¹⁶⁸ La *res publica* del *novus ordo* augusteo era salva e incolume nella sua sede, ma

¹⁶⁴ L. CANALI, *Il «manifesto» del regime augusteo*, cit., 245.

¹⁶⁵ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La repubblica restaurata e il prestigio di Augusto. Diversioni sulle origini della cognizione imperiale*, in *Studi per G. Nicosia*, VII, Milano 2007, 532.

¹⁶⁶ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere. La formazione di un ordinamento giuridico*, Bologna 2014, 228.

¹⁶⁷ Svet., *Iul.* 76.1-3: *Praegravant tamen cetera facta dictaque eius, ut et abusus dominatione et iure caesus existimetur. Non enim honores modo nimios recepit: continuum consulatum, perpetuam dictaturam praefecturamque morum, insuper praenomen Imperatoris, cognomen Patris patriae, statuam inter reges, suggestum in orchestra; sed et ampliora etiam humano fastigio decerni sibi passus est: sedem auream in curia et pro tribunali, tensam et ferculum circensi pompa, templa, aras, simulacra iuxta deos, pulvinar, flaminem, lupercos, appellationem mensis et suo nomine; ac nullos non honores ad libidinem cepit et dedit. [2] Tertium et quartum consulatum titulo tenuis gessit contentus dictaturae potestate decretae cum consulatibus simul atque utroque anno binos consules substituit sibi in ternos novissimos menses, ita ut medio tempore comitia nulla habuerit praeter tribunorum et aedilium plebis praefectosque pro praetoribus constituerit, qui absente se res urbanas administrarent. Pridie autem Kalendas Ianuarias repentina consulis morte cessantem honorem in paucas horas petenti dedit. [3] Eadem licentia spreto patrio more magistratus in pluris annos ordinavit, decem praetoris viris consularia ornamenta tribuit, civitate donatos et quosdam e semi-barbaris Gallorum recepit in curiam. Praeterea monetae publicisque vectigalibus peculiares servos praeposuit. Trium legionum, quas Alexandreae relinquebat, curam et imperium Rufioni liberti sui filio exoleta suo demandavit.*

¹⁶⁸ F. COSTABILE, *RG*. 34.1: «[POT]IENS RE[RV]M OM[N]IVM» e l’*Edictum de reddenda re publica*, in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges*, Torino 2012, 255 ss.; Id., *Caius Iulius Caesar*, cit., 95 ss.

per affrontare il futuro andava rafforzata da nuove fondamenta: *"Ita mihi salvam ac sospitem rem publicam sistere in sua sede liceat atque eius fructum percipere, quem peto, ut optimi status auctor dicar et moriens ut feram mecum spem, mansura in vestigio suo fundamenta rei publicae quae iecero"* (Svet., *Aug.* 28).

8. Dalla *potentia* all'*auctoritas*.

La nuova restituzione di *RGDA*. 34.1, che ci descrive la reale condizione in cui venne a trovarsi Ottaviano dopo la vittoria di Azio, quella cioè di *potens omnium rerum*,¹⁶⁹ da un lato, induce ad archiviare la teoria del 'golpe', mentre, dall'altro lato, dà piena luce alla successiva affermazione dei fatti del 27 e della seduta senatoria in cui gli si assegnò quell'epiteto di *Augustus* che lo rese da quel momento impareggiabile per *auctoritas*.

Ma procediamo con ordine, cominciando da *potens* e *potentia*. Si dubita che l'uso di questi termini fosse effettivamente invalso nel latino del tempo. Si tratta, a ben guardare, di preoccupazioni ingiustificate, di perplessità davvero infondate. A tal proposito, per quanto di poco successivo, potrebbe bastare richiamare ancora una volta il noto passo degli *Annales* tacitiani:

Tac., *Ann.* 3.28.2: *Sexto demum consulatu Caesar Augustus, potentiae securus, quae triumviratu abolevit deditque iura, quis pace et principe uteremur.*

Il testo si riferisce anch'esso a quel cruciale 28 a.C., quando Ottaviano, console per la sesta volta, ormai sicuro della posizione di assoluta preminenza politica (*potentiae securus*), decideva appunto di chiudere definitivamente la fase straordinaria del triumvirato con l'emanazione dell'*edictum de reddenda re publica* relativo all'abrogazione della legislazione eccezionale. Tacito, insomma, da un lato conferma la versione di Cassio Dione sulla svolta del 28 a.C.: «e poiché, durante le agitazioni e le guerre, specialmente nel potere collegiale con Antonio e Lepido, (Ottaviano) aveva emanato moltissime disposizioni illegali e antiggiuridiche, le abrogò tutte con un solo editto, ponendo come termine il suo sesto consolato»;¹⁷⁰ e aiuta pure a mettere meglio a fuoco il passo di Svetonio. Ma, dall'altro lato, e sul punto la cosa assume particolare interesse, il suo latino mostra una straordinaria corrispondenza, per non dire un'assoluta coincidenza, con la nuova restituzione del cap. 34.1 delle *Res Gestae*; un'equivalenza tra le due espressioni tanto

¹⁶⁹ F. COSTABILE, *Caius Iulius Caesar*, cit., 95 ss., ha riproposto la lettura del frammento recuperato, già avanzata da W. SEYFARTH, *Potitus rerum omnium. Ein Beitrag zur Deutung der RGDA, Kapitel 34*, in *Philologus* 101, 1957, 305 ss., *potiens* piuttosto che *potens*, attraverso un accurato esame paleografico. Secondo Costabile, non saremmo in presenza di un participio presente di *possum*, ma dinanzi al participio presente di *potiri* e dunque di «un uso tecnico nell'espressione *rerum potiri*, "impadronirsi del potere", ovvero "essere padrone del potere", oppure ancora "essere padrone dello Stato". A confronto della lettura del Mommsen, prevale il valore "locativo", lo *status quo* nel possesso dell'onnipotenza, anziché la "dinamica" della conquista del potere, che si credeva di scorgere nel presunto participio passato '[*potitus*]». L'integrazione suggerita da Costabile e le osservazioni che ne fa scaturire non dissolvono tuttavia ogni dubbio sul piano epigrafico, come prudentemente anche lui stesso riconosce, mentre non cambia nulla neppure sul piano della ricostruzione generale rispetto a quanto prima sostenuto assumendo la lettura *potens*.

¹⁷⁰ Cass. Dio 53.2.5.

combaciante da far dire a Dario Mantovani¹⁷¹ che il tacitano *potentiae securus* sarebbe un calco dell'autobiografico *potens rerum omnium* di *RGDA*. 34.1.

Si potrebbe obiettare sulla forza non decisiva dell'uso di *potentia* fattone da Tacito;¹⁷² e tuttavia diventa insuperabile quanto invece si ricava da Cicerone. La *potentia*, i *potentes* sono figure assai ricorrenti del lessico ciceroniano. E si tratta di concetti a cui Cicerone attribuiva una precisa valenza negativa, se non contraria, certamente estranea alla *res publica* e al suo corretto funzionamento. Nella *pro Quinct.* 1.9, Cicerone non esitava a bollare la *potentia* quale aspetto precipuo delle tendenze oligarchiche e illegali della classe dirigente romana. Nella sua teorica del *princeps*, come ben sottolineato da Ettore Lepore,¹⁷³ l'oratore plasmava un governo della *res publica* assolutamente alieno da quei tratti, contrapposto nella cultura e nella prassi alla *potentia* e alle *opes* dei *pauci* o ancor più del singolo:

Cic., *pro Sest.* 66.139: *Sudandum est iis pro communibus commodis, adeundae inimicitiae, subeundae saepe pro re publica tempestates, cum multis audacibus, improbis, nonnumquam etiam potentibus dimicandum.*

Il governo ideale, secondo Cicerone, doveva accantonare ogni pulsione verso la *potentia*, espressione di un dominio di fatto, fuori da ogni *ordo* o schema di matrice repubblicana, per assumere il volto morbido, rassicurante e legale dell'*autoritas*, ovvero il prestigio politico-morale, come spiega chiaramente nella *pro Milone*:

Cic., *pro Mil.* 5.12: *Declarant huius ambusti tribuni pl. illae intermortuae contiones, quibus cotidie meam potentiam invidiose criminabatur cum diceret senatum non quod sentiret, sed quod ego vellem decernere. Quae quidem si potentia est appellanda potius quam propter magna in rem publicam merita mediocris in bonis causis auctoritas aut propter hos officiosos labores meos non nulla apud bonos gratia, appelletur ita sane, dummodo ea nos utamur pro salute bonorum contra amentiam perditorum.*

Il *princeps* ciceroniano ci svela così le intime ragioni politiche di *RGDA*. 34.1-4, cioè il passaggio dalla *potentia* all'impareggiabile *autoritas* augustea. Anche questo aspetto, non ancora sufficientemente evidenziato né davvero assimilato, conferma come Augusto seppe muoversi con prudenza e far propri elementi, idee, concetti repubblicani comunque abbozzati o espressi compiutamente dall'elaborazione ciceroniana. Chiuse le guerre civili, *potens rerum omnium*, Augusto ammetteva la sua *potentia*, lo stato di assoluto predominio che gli avrebbe consentito un controllo totale dello Stato romano.

Certo, era un *potentia* derivata da un *consensus universorum*, e pertanto cosa assai diversa

¹⁷¹ D. MANTOVANI, *Leges et iura p(opuli) R(omani) restituit*, cit., 44 nt. 111.

¹⁷² In verità, oltre a Tacito, vi è anche Vell., *Hist. rom.* 2.93.1: *Ante triennium fere, quam Egnatianum scelus erumperet, circa Murenae Caepionisque coniurationis tempus, abhinc annos quinquaginta, M. Marcellus, sororis Augusti Octaviae filius, quem homines ita, si quid accidisset Caesari, successorem potentiae eius arbitrabantur futurum, ut tamen id per M. Agrippam securo ei posse contingere non existimarent, magnificentissimo munere aedilitatis edito decessit admodum iuvenis, sane, ut aiunt, ingenuarum virtutum laetusque animi et ingenii fortunaque, in quam alebatur, capax.*

¹⁷³ E. LEPORE, *Il princeps ciceroniano e gli ideali politici della tarda repubblica*, Napoli 1954, 296 ss.

dalla *coniuratio* occidentale, perché costituiva dopo anni di sangue e lutti la «prima manifestazione dell'unanimità dei consensi [...] nata come reazione contro la più patente rottura dell'unione civica». ¹⁷⁴ Eppure, quella *potentia*, bollata dal pensiero politico repubblicano come condizione destabilizzante se non eversiva della *res publica*, manteneva Ottaviano lungo un binario pericoloso. Egli aveva infatti piena e lucida consapevolezza che tale condizione di *omnipotentia*, come scrive efficacemente Giovanni Nicosia, ¹⁷⁵ finiva per collocarlo su di un piano extracostituzionale, incompatibile con la tradizione politica e istituzionale romana: perciò avviò la transizione. Una transizione determinata, irreversibile, ma prudente e formalmente collocata nell'alveo repubblicano. Una transizione che significava appunto *transferre* o *reddere rem publicam* e *restitutio rei publicae*: da quel momento egli fu superiore a tutti soltanto per *auctoritas*, individuando in questa l'elemento ordinante ¹⁷⁶ della nuova *forma rei publicae*.

Egli, *princeps* per quarant'anni, secondo l'orgoglio smisurato tarboccante da quelle parole, si distingueva radicalmente dal *potens* o dai *potentes* che avevano sino ad allora condizionato negativamente la vita dello Stato romano: mentre costoro erano guidati dalla *cupiditas dominandi* e tante macerie avevano causato attraverso quell'*inutilis potentia* e le *invidiosae operae*, il *princeps* invece fondava il proprio ruolo e la propria azione sulla *moderatio*, ricorrendo alla *vis* soltanto quando era in gioco la difesa della *res publica*. ¹⁷⁷

Nel disegno consapevole di riportare la pace e di ripristinare il patto di alleanza con gli dèi era necessaria abbandonare la dimensione negativa e minacciosa della *potentia* per assumere una nuova posizione conforme alla normalizzazione religiosa. Da qui la sua *auctoritas* in quanto *Augustus*. Dopotutto, c'è un dato interessante a tal proposito nella versione greca delle *Res Gestae*. Non a caso, nel lessico greco per esprimere il passaggio da *potentia* ad *auctoritas*, in assenza di una precisa corrispondenza terminologica tra i due concetti, si è fatto ricorso ad *αξιωματι*, ovvero a un termine poliseno che va da onore, stima a potenza politica e che, come è noto, sino alla scoperta del frammento Theodor Mommsen aveva versato in latino con *dignitate*. ¹⁷⁸

Il senso della scelta di *Augustus*, secondo la *sententia Plancii*, ¹⁷⁹ costituisce, dunque, il suggello della strategia elaborata e avviata con determinazione nel biennio 29-27 a.C. L'innovazione e l'ampliamento della valenza di *augustus* furono straordinarie. Come leggiamo in Festo, prima di allora, il termine aggettivava esclusivamente *loca*:

Fest. s.v. «Augustus» (ed. Lindsay, 2): *Augustus locus sanctus ab avium gestu, id est quia ab avibus significatus est, sic dictus; sive ab avium gustatu, quia aves pastae id ratum fecerunt.*

¹⁷⁴ M. HUMBERT, *Le guerre civili*, cit., 22.

¹⁷⁵ G. NICOSIA, *Potens rerum omnium*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Torino 2010, 2326 s.

¹⁷⁶ P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nella esperienza costituzionale romana*, Torino 1987, 186 ss.

¹⁷⁷ Cic., *Phil.* 5.18.50: *Cuius igitur singularem prudentiam admiramur, eius stultitiam timemus? Quid enim stultius quam inutilem potentiam, invidiosas opes, cupiditatem dominandi praecipitem et lubricam anteferre verae, gravi, solidae gloriae?*

¹⁷⁸ Per un quadro delle coordinate dell'intenso dibattito storiografico sull'*auctoritas principis* mi limito a rinviare al denso libro di C. LANZA, *Auctoritas principis*, I, Milano 1996.

¹⁷⁹ Svet., *Aug.* 7.2: *Munatii Planci sententia, quum, quibusdam censentibus Romulum appellari oportere, quasi et ipsum conditorem urbis, prevaluisset ut Augustus potius vocaretur, non tantum novo, sed etiam ampliore cognomine.* Cfr. Vell., *Hist. rom.* 2.91.1; Flor. 2.34; Cass. Dio 53.16.7-8; Cens., *De die nat.* 21.8.

Su questi *loca* primeggiava Roma, così qualificata da Ennio ([...] *sicut etiam Ennius docet scribens: "Augusto augurio postquam incluta condita Roma est"*);¹⁸⁰ eppure dal quel gennaio del 27 a.C., *augustus* fu riferito per la prima volta a una persona, certamente non un uomo comune, la cui azione, la cui vita, la cui aurea si legavano indissolubilmente a Roma.¹⁸¹ Quel *cognomen* non a caso proiettava colui che ne veniva insignito su un piano prossimo agli dèi (Ovid., *Fast.* 1.587-590, 607-608: *Idibus in magni castus Iovis aede sacerdos / semimaris flammis viscera libat ovis. / Redditaque est omnis populo provincia nostro / et tuus Augusto nomine dictus avus. [...] Sed tamen humanis celebrantur honoribus omnes: / hic socium summo cum Iove nomen habet*).¹⁸²

9. *Restitutio rei publicae* tra semantica, politica e istituzioni.

Le resistenze ad accettare una ricostruzione più distaccata, alcuni direbbero filoaugustea e assolutoria, sono, e continueranno ad essere notevoli; eppure è oltremodo difficile negare la mole di documenti disponibili. Ormai, per quantità e portata, essi appaiono decisivi e convergenti nell'attestare il gradualismo della *restitutio rei publicae* augustea, tanto inadeguatamente rappresentata dalla moderna storiografia come espressione di una palese e insopportabile modalità di comunicazione di Augusto e del suo *staff*, quasi una sentina di vizi intrisa di ipocrisia, furbizia, astuzia e cinismo. Fu invece un magistrale programma politico che determinò giustamente la grande fortuna e il duraturo consenso augusteo, concretizzatosi in una serie rilevante di *gesta*, il cui catalogo è fornito con assoluta chiarezza ed efficacia da Velleio Patercolo:

Vell., *Hist. rom.* 2.89.3: *Finita vicesimo anno bella civilia, sepulta externa, revocata pax, sopitus ubique armorum furor, restituta vis legibus, iudiciis auctoritas, senatui maiestas, imperium magistratuum ad pristinum redactum modum, tantummodo octo praetoribus adlecti duo. Prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata.*

Davvero notevole quanto scrive Velleio Patercolo, magistrato, alto ufficiale, assai vicino agli eventi augustei, che, dobbiamo presumere, fosse assai meno assillato di altri da problemi di documentazione. È giusto osservare subito come nella concezione velleiana sia sottesa una presa di distanza rispetto agli *imperia extraordinaria* della tarda repubblica.¹⁸³ E nel tentativo

¹⁸⁰ Svet., *Aug.* 7.

¹⁸¹ Così anche G. ANSELMO ARICÒ, *Numa Pompilio* cit., 54 s.

¹⁸² Per il dibattito imponente e inesauribile si rinvia ai seguenti studi grazie ai quali risalire a ulteriore bibliografia: L. ROSS TAYLOR, *Livy and the Name Augustus*, in CR 32, 1918, 158 ss.; G. PUGLIESE CARRATELLI, *Auctoritas Augusti*, in PP 4, 1949, 29 ss.; G. DUMEZIL, *Remarques sur «augur», «augustus»*, in REL 35, 1957, 126 ss.; S. MAZZARINO, *Le alluvioni del 54 a.C./23 a.C., il cognomen Augustus, e la data di Hor. Carm. I.2*, in Helikon 6, 1966, 621 ss.; A. DEGRASSI, *I nomi dell'imperatore Augusto. Il praenomen Imperatoris*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, 574 ss.; M. MORANI, *Augurium, augur, augustus: una questione di metodo*, in Glotta 62, 1984, 65 ss.; G. ZECCHINI, *Il cognomen «Augustus»*, in Acta Classica 32, 1996, 129 ss.; E. TODISCO, *Il nome Augustus e la «fondazione» ideologica del principato*, in *Antidoron. Studi in onore di B. Scardigli Foster*, Pisa 2007, 441 ss.

¹⁸³ Così F. GRELE, *«Antiqua forma rei publicae revocata»: il principe e l'amministrazione dell'impero nell'analisi di Velleio Patercolo*, in *Res publica e Princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordina-*

augusteo del ripristino dell'antico regime magistratuale non si può affatto escludere che il *princeps*, o almeno così vedevano i suoi contemporanei o gli storici di epoca immediatamente successiva, abbia provato a ritornare alla concezione magistratuale presillana, a cominciare dall'*imperium* consolare, secondo cui i consoli erano titolari di un *imperium* potenzialmente illimitato (*maius e infinitum*)¹⁸⁴ rispetto a quello delle altre magistrature ad eccezione, non casualmente, del *dictator*, perché proprio quella pretesa di ricoprire la dittatura vitalizia costituì il più grave errore, rivelatosi appunto mortale, di Giulio Cesare.

Questa potrebbe essere un'interpretazione plausibile, tuttavia nulla può nascondere l'estrema difficoltà di capire cosa intendesse davvero Velleio con *prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata*. Anche Seneca in un passo del *de beneficiis* relativo al rimprovero a Bruto parla di una *forma* precedente:

Sen., *de benef.* 2.20.1-2: *Disputari de M. Bruto solet, an debuerit accipere ab divo Iulio vitam, cum occidendum eum iudicaret. [2] Quam rationem in occidendo secutus sit, alias tractabimus; mihi enim, cum vir magnus in aliis fuerit, in hac re videtur vehementer errasse nec ex institutione Stoica se egisse. Qui aut regis nomen extimuit, cum optimus civitatis status sub rege iusto sit, aut ibi speravit libertatem futuram, ubi tam magnum praemium erat et imperandi et serviendi, aut existimavit civitatem in priorem formam posse revocari amissis pristinis moribus futuramque ibi aequalitatem civilis iuris et staturas suo loco leges, ubi viderat tot milia hominum pugnancia, non an servirent, sed utri! Quanta vero illum aut rerum naturae aut urbis suae tenuit oblivio, qui uno interempto defuturum credidit alium, qui idem vellet, eum Tarquinius esset inventus post tot reges ferro ac fulminibus occisos.*

Questi passi, al di là delle differenti letture che possono far sgorgare, ci fanno anche capire quale fosse la reale percezione dei contemporanei e come a Bruto, per esempio, Seneca addebitasse l'errata valutazione di poter riportare la *res publica* alla sua forma precedente (*in priorem formam*, ma quale?) perduti gli antichi *mores*.¹⁸⁵ A cosa si riferivano Velleio e Seneca? Forse all'equilibrio dei poteri raggiunto con la restaurazione aristocratica sillana o a quello modificato da Pompeo, oppure ancora intendevano la *forma* precedente all'insorgere del movimento graccano e poi dei *populares*? Difficile davvero, allo stato della documentazione, rispondere alla domanda, intendere sino in fondo a cosa essi guardassero. Certamente, come ha sottolineato Francesco Grelle,¹⁸⁶ agli occhi dello storico campano la *prisca forma rei publicae* costituiva innanzitutto un modello attuale soprattutto alternativo a un *novus status* vagheggiato da alcuni sediziosi ambienti militari, questa sì una *nova res publica* che avrebbe condotto a nuovi pericoli e *caos*,¹⁸⁷ a differenza di quanto assicurato invece dalla restaurazio-

mento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello, 25-27 maggio 1994 (a cura di F. MILAZZO), Napoli 1996, 329 [= in ID., *Diritto e società nel mondo romano* (a cura di L. FANIZZA), Roma-Bari 2005, 419].

¹⁸⁴ Oltre che TH. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*³, I, Leipzig 1887-1888, 53 ntt. 3-4, è da ricordare P. DE FRANCISCI, *Preannunci del Principato*, cit., 29 ss.

¹⁸⁵ Vedi ancora E. TODISCO, *Cicerone politico*, cit., 139 nt. 68.

¹⁸⁶ F. GRELLE, «*Antiqua forma rei publicae revocata*», cit., 330 s., 336.

¹⁸⁷ Vell., *Hist. rom.* 2.125.1-2: *Tulit protinus et voti et consilii sui pretium res publica, neque diu latuit aut*

ne augustea.¹⁸⁸

Un significativo aiuto alla comprensione, però, lo scoviamo ancora una volta tra i documenti ciceroniani:

Cic., *pro Marcell.* 8.23-24: *Omnia sunt excitanda tibi, C. Caesar, uni quae iacere sentis belli ipsius impetu, quod necesse fuit, perculsa atque prostrata: constituenda iudicia, revocanda fides, comprimendae libidines, propaganda suboles, omnia quae dilapsa iam difflexerunt severis legibus vincienda sunt.*¹⁸⁹

È un testo fondamentale, di rara potenza, a torto poco considerato o frainteso dagli studiosi, in cui Cicerone non vedeva ormai altra strada che quella di rivolgersi a Giulio Cesare, per risollevarne una *res publica* prostrata, in terra giacente; ed è un documento la cui portata eccezionale ci stupisce ancor di più se messo in ‘dialogo’ con quello di Velleio Patercolo:

Cic., *pro Marcell.* 8.23-24: *Omnia sunt excitanda tibi, C. Caesar, uni quae iacere sentis belli ipsius impetu, quod necesse fuit, perculsa atque prostrata: constituenda iudicia, revocanda fides, comprimendae libidines, propaganda suboles, omnia quae dilapsa iam difflexerunt severis legibus vincienda sunt.*

Vell., *Hist. rom.* 2.89.3: *Finita vicesimo anno bella civilia, sepulta externa, revocata pax, sopitus ubique armorum furor, restituta vis legibus, iudiciis auctoritas, senatui maiestas, imperium magistratuum ad pristinum redactum modum, tantummodo octo praetoribus adlecti duo. Prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata.*

[A te solo, Cesare, spetta di rimettere in piedi tutto lo Stato che tu vedi giacere per terra, completamente rovinato sotto i colpi violenti della guerra, com’era inevitabile; a te spetta riorganizzare l’amministrazione della giustizia, ristabilire la *fides*, reprimere gli eccessi del malcostume, favorire l’incremento demografico e frenare con una severa legislazione quel disordine generale che è ormai dilagante].

[Finirono dopo vent’anni le guerre civili, furono chiuse definitivamente quelle esterne in corso, riportata la pace, sopito ovunque il furore delle armi, restituita forza alle leggi, autorità ai tribunali, maestà al senato, ricondotto il potere dei magistrati alle modalità, originarie, solo che furono aggregati due pretori, scelti dal principe, agli otto eletti (dai comizi). Fu così richiamata in vita quell’originaria forma costituzionale, che lo Stato aveva avuta un tempo].

quid non impetrando passuri fuisset aut quid impetrando profecissemus. Quippe exercitus, qui in Germania militabat praesentisque Germanici imperio regebatur, simulque legiones, quae in Illyrico erant, rabie quadam et profunda confundendi omnia cupiditate novum ducem, novum statum, novam quaerebant rem publicam; quin etiam ausi sunt minari daturos se senatui, daturos principi leges; [2] modum stipendii, finem militiae sibi ipsi constituere conati sunt. Processum etiam in arma ferrumque strictum est et paene in ultima gladiatorum erupit impunitas, defuitque, qui contra rem publicam duceret, non qui sequerentur.

¹⁸⁸ Vell., *Hist. rom.* 2.89.4: *Rediit cultus agris, sacris honos, securitas hominibus, certa cuique rerum suarum possessio.*

¹⁸⁹ Significativa anche l’esortazione contenuta in Cic., *pro Marcell.* 9.27: *Haec igitur tibi reliqua pars est; hic restat actus, in hoc elaborandum est ut rem publicam constituas, eaque tu in primis summa tranquillitate et otio perfruarere.*

Il confronto è illuminante. Cicerone elencava a Cesare un preciso programma di governo e di restaurazione della *res publica*: riportare la pace; riformare l'amministrazione della giustizia; ristabilire la *fides*; colpire il malcostume;¹⁹⁰ una politica demografica; una severa legislazione per il dilagante disordine generale; e la pace, spegnendo ogni residuo focolaio di guerra civile. Non vi è solo la coincidenza programmatica con quanto è espresso, sia pure con toni e termini diversi e andamento più asciutto sotto il profilo istituzionale, nel passo di Velleio che, invece, traeva il bilancio della politica augustea: pace; leggi; *fides* e rigore morale; tribunali; senato; magistrature. Vi è di più: in questi due testi vi è il riflesso preciso, analitico, dettagliato, della *restitutio rei publicae* che continuiamo a leggere nella scarnificata e apologetica sintesi autobiografica delle *Res Gestae*.

Ripristinata la pace, Augusto scacciava il *caos* e riportava l'ordine istituzionale tanto da potersi dire, secondo Velleio, *prisca illa et antiqua rei publicae forma revocata*. Per questa ragione penso abbia torto Dalla Rosa nell'affermare che la *restitutio rei publicae* sia destinata «a rimanere un mito della storiografia moderna su Augusto ancora per molto tempo»,¹⁹¹ oppure che abbia ragione nella misura in cui i moderni continuano a equivocare l'espressione. Il punto centrale, quasi impercettibile, è l'ambiguità semantica dell'espressione *restitutio rei publicae* che apparentemente sembra far slittare ora su un piano ora su un altro l'interpretazione istituzionale dei passaggi.

Tornando così alla storiografia contemporanea, credo che proprio sul versante filologico sia giunto il contributo fondamentale e davvero decisivo per la corretta interpretazione, a cui queste pagine sono in parte debitrice e in parte complementari: mi riferisco al denso e importante saggio di Mario Citroni. Concentrandosi sull'uso ciceroniano della formula *res publica restituta*, Citroni ha finemente avvertito della doppia ambiguità semantica dell'espressione in questione: una prima ambiguità è relativa a *res publica* che «può indicare lo 'stato' [...], la compagine politico-istituzionale di una comunità, indipendentemente dagli ordinamenti costituzionali adottati e dalle sedi e le forme di esercizio effettivo dei poteri. Oppure può indicare lo stato in quanto garante degli interessi, dei diritti e della *libertas* di tutti i membri di una comunità [...] in opposizione implicita o esplicita a uno stato che è invece gestito nell'interesse solo di una parte, o di un unico despota». Mentre una seconda ambiguità è invece pertinente a *restituere* che «può indicare il restauro di un edificio danneggiato, il recupero di un corpo debilitato, il ridar vita e vigore a istituzioni o a pratiche decadute o abolite, la ricollocazione di cosa o persona in una posizione che le era propria e idonea e che è stata perduta e in generale il ripristino di una situazione precedente. Oppure può significare la riconsegna a qualcuno di qualcosa che gli era appartenuto e di cui era stato privato, o di cui si era privato. Solitamente questo secondo significato si distingue in modo netto dal primo. Ma si dovrebbe tenere presente che i due significati sono in realtà intrinsecamente connessi, perché la riconsegna a qualcuno di ciò che gli appartiene rappresenta il ripristino di un equilibrio che era temporaneamente stato alterato, indipendentemente dal fatto che ciò fosse avvenuto

¹⁹⁰ Motivo altamente repubblicano; Liv. 39.41.4: [...] *castigare nova flagitia et priscos revocare mores* (a proposito di della candidatura di Catone alla censura nel 189 a.C.): sul tema in generale E. ROMANO, «*Allontanarsi dall'antico. Novità e cambiamento nell'antica Roma*», in *Storica* 12.34, 2006, 7 ss.

¹⁹¹ A. DALLA ROSA, *L'aureus del 28 a.C.*, cit., 194.

per concorde volontà delle parti o per prevaricazione di una di esse, o per altra circostanza. Il senso etimologico di ‘ricollocare (o rimettere in piedi, e quindi in vigore) facendo tornare allo stato anteriore’ (da *re-* che indica movimento all’indietro, e *statuo*) si riconosce dunque anche nell’idea di ‘riconsegna’». ¹⁹²

L’illustre latinista prova in tal modo a rimette le cose sul giusto binario e ci riesce, indicando la corretta chiave di volta per interpretare quelle formule che tanto interesse e letteratura hanno prodotto: ¹⁹³ *restituere rem publicam*, espressione di linguaggio figurato, allora esprimerebbe l’idea di Augusto che rimette in piedi uno Stato prostrato, ovvero un’intensa e prolungata attività di restaurazione, attraverso l’abrogazione delle orribili leggi triumvirali, la riconsegna ai suoi organi politici costituzionali dei poteri sovrani e delle funzioni pubbliche, e la riaffermazione, come parametri della vita politica e istituzionale, di diritti e *libertas* di una comunità di *cives* e non di sudditi a un potere tirannico. Con l’azione restauratrice di Augusto tornava a prendere corpo una *res publica* in cui ridivenivano cardini centrali della cultura politica antichi valori come il merito, l’aspirazione al pubblico riconoscimento delle proprie virtù, l’ideologia del primato del bene dello Stato persino sui legami famigliari. Erano le massime speranze nutrite da Cicerone e da lui affidate ai suoi scritti. Insomma, risorgeva uno Stato comunque riparato dai guasti della dittatura cesariana e dei terribili anni triumvirali, in cui l’ordinamento giuridico nel suo complesso divenne oggetto di uno spaventoso sovvertimento con drammatici risvolti sociali. ¹⁹⁴

Per avere un’idea, basta ricordare il potere immenso e inusitato accordato dalla *lex Titia* ai triumviri: essi potevano designare tutti i magistrati, attribuirsi tutti i territori provinciali sostituendosi al senato e ai comizi; avevano il potere di esautorare i proconsoli sgraditi; i loro editti, al pari delle leggi, non subivano limiti territoriali ed erano vincolanti per qualunque magistrato o promagistrato. Augusto cominciava a realizzare dunque la *restitutio rei publicae* nel 28 a.C. con lo smantellamento della legislazione triumvirale, mentre con la rinuncia al titolo e ai poteri speciali e con il ristabilimento della centralità del consolato nel 27 a.C., come sottolineava anche Tacito, ¹⁹⁵ metteva clamorosamente in atto la *translatio rei publicae*, cioè la fase finale della *restitutio rei publicae*, ovvero con la ‘riconsegna’ dello Stato romano all’*arbitrium* del senato (all’interno del quale mantenne sino alla morte il titolo di *princeps*

¹⁹² M. CITRONI, *Cicerone e il significato della formula res publica restituta*, in M. CITRONI (a cura di), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all’Impero. In ricordo di E. Narducci*, Pisa 2012, 165 s.

¹⁹³ Oltre ai saggi indicati *supra* nella nt. 13, è sufficiente ricordare i numerosi contributi contenuti nel volume collettaneo *Le Principate d’Auguste. Réalités et représentations du pouvoir Autour de la Res publica restituta. Actes du colloque de l’Université de Nantes 1^{er}-2 juin 2007* (a cura di F. HURLET, B. MINEO), Rennes 2009.

¹⁹⁴ Sul tema L. CANFORA, *Proscrizioni e dissesto sociale nella repubblica romana*, in A. GIARDINA, A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica. III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari 1981, 215 ss.; cfr. E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma-Bari 2009, 3 ss.; O. LICANDRO, *La pax deorum e l’imperatore Augusto (che “iniziò a porre ordine nell’ecumene”)*, in *Scritti per A. Corbino* [in corso di pubblicazione]. In generale, resta fondamentale E. GABBA, *Appiano e la storia delle guerre civili*, Firenze 1956.

¹⁹⁵ Tac., *Ann.* 1.2.1.

senatus) e del popolo, che tornavano ad acquistare la pienezza delle loro funzioni¹⁹⁶ e il controllo dei territori e degli eserciti (almeno in gran parte) grazie alla restituzione delle province all'*imperium* del popolo Romano, per la cui assegnazione ritornava in vigore il regime della *lex Pompeia* del 52 a.C.

Augusto rimetteva in vigore lo Stato romano, riconsegnandolo ai suoi legittimi e ordinari organi costituzionali o centri di potere e ripristinando, per usare sempre le parole di Citroni, «la sua natura di *res publica*» e l'identità di *res populi*.¹⁹⁷ Chi, e perché, dei contemporanei avrebbe potuto smentirlo sul piano politico-istituzionale? E perché dovrebbero oggi ritenersi che le orgogliose affermazioni delle *Res gestae* fossero improntate alla più bieca ipocrisia?

Restitutio rei publicae contrassegnava così la valutazione complessiva dell'azione riformatrice o, come sarebbe più corretto e consono alle fonti, restauratrice augustea, mentre *translatio rei publicae* possedeva una portata più limitata consistente più concretamente nell'atto formale di deposizione dei poteri speciali triumvirali e di conseguenza anche della rinuncia a quella *potentia* acquistata per *consensus universorum* dal 31 a.C. dopo la vittoria di Azio. Questa interpretazione di *restitutio rei publicae*, ampia e duttile, che appare inequivocabilmente ricorrente nel *corpus* ciceroniano, era certamente quella più invalsa e condivisa nel mondo della politica e delle istituzioni negli anni della crisi e della transizione repubblicana. Ma non solo. Non deve trascurarsi neppure il fatto che il motivo della *restitutio* punteggi la storia del principato sino a Traiano. La restaurazione repubblicana non si trova enunciata soltanto nelle *Res Gestae*, perché restaura la *res publica* Galba alla morte di Nerone, e ancora la restaura Nerva dopo Domiziano, mentre Plinio è convinto di vivere nella *res publica* sotto Traiano.¹⁹⁸

Allora, in questo senso ha ragione Felice Costabile¹⁹⁹ nell'aver ricordato l'inadeguatezza delle lenti della moderna dottrina nell'applicazione all'esperienza augustea delle categorie di matrice ottocentesca del 'colpo di Stato' o 'golpe'.²⁰⁰ La visione appannata e distorta ha impedito di prendere atto che ciò che appariva come una palese violazione della legalità in

¹⁹⁶ Sulla produzione legislativa comiziale in età augustea si leggano le recenti pagine di J.-L. FERRARY, *La législation augustéenne et les dernières lois comitiales*, in J.-L. FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 569 ss. Che anche su questo aspetto, ovvero di un legame molto stretto con il popolo nella sua funzione legislativa, Augusto sentisse l'influenza di Cicerone e ne seguisse le indicazioni, si può desumere da *de leg.* 2.4.9, in cui *populares leges*, contrariamente a quanto possa *ictu oculi* sembrare, esprime non una matrice politica (i *populares*), ma il senso di leggi votate dal popolo. P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, 125.

¹⁹⁷ M. CITRONI, *Cicerone e il significato*, cit., 187. Cfr. E.T. SALMON, *The Evolution of Augustus' Principate*, in JRS 5, 1956, 456 ss.; D. EARL, *The Age of Augustus*, London 1968, 66; J.-L. FERRARY, *Res publica restituta*, cit., 419 ss. Secondo F. MILLAR, *Triumvirate and Principate*, in JRS 63, 1973, 63, *res publica* non poteva affatto intendersi come repubblica prima del consolidamento del regime costituzionale imperiale, e dunque la locuzione indicava lo Stato nella forma ereditata e conosciuta dai romani. Tuttavia, questa interpretazione accettabile in linea di massima, appare però eccessivamente generica, perché resta irrisolto da Millar a quale tipo di assetto ci si riferisse.

¹⁹⁸ Per tutti, L. CANFORA, *Giulio Cesare. Il dittatore democratico*, Roma-Bari 1999, 423.

¹⁹⁹ F. COSTABILE, *Caius Iulius Caesar*, cit., 108 s.

²⁰⁰ Cfr. F. D'IPPOLITO, *Modelli storiografici fra Otto e Novecento, con un inedito di Francesco De Martino*, Napoli 2007; F. LUCREZI, G. NEGRI (a cura di), *Modelli storiografici fra Otto e Novecento. Una discussione*, Napoli 2011.

realtà non lo era per la semplice conseguenza dell'assenza, in quanto estranea alla cultura giu-
spubblicistica romana, di un *corpus* di principi costituzionali codificati, ad eccezione dell'*ad-*
fectatio regni, vera *grundnorm* del regime repubblicano; e i nuovi documenti di età augustea
letti alla luce delle testimonianze tardorepubblicane, provenienti dall'archivio di Cicerone,
uno degli indiscussi protagonisti della temperie di allora, ci trasmettono il geniale, vasto e
autentico processo riformatorio di Augusto, lontano da ogni spirito o disegno demolitorio
della *res publica* e assai aderente alle posizioni ciceroniane.

10. Dai *principes* ciceroniani al *princeps* augusteo.

Nonostante si sia interrogata su quale fosse la *forma rei publicae* vagheggiata da Cicerone,
Elisabetta Todisco ritiene che dagli scritti dell'oratore non si possa ricavare alcun indizio
utile a favore di una precisa ipotesi identificativa: «potrebbe trattarsi di una correzione della
quarta forma di *res publica* (la costituzione mista) ovvero dell'attuazione di una delle altre tre
forme possibili (considerate se non ottime tollerabili, *de re publ.* 1.43) addirittura della pro-
posta di una nuova, quinta, forma di *res publica*». ²⁰¹ Questa la conclusione della studiosa.

Per comodità riportiamo il celeberrimo frammento del *De re publica* (1.45.69), ove Ci-
cerone ricordava come ai tre *genera* della monarchia, oligarchia e democrazia, possano suc-
cedersi le rispettive degenerazioni (*dominus, factio, e turba et confusio*), mentre una forma
con elementi di regalità, temperata da taluni poteri deferiti all'*autoritas* dei *principes* e a una
riserva di poteri al popolo sarebbe quella sempre preferibile perché assai più stabile e non
foriera di *commutationes* negative:

Cic., *de re publ.* 1.45.69: *Quod ita cum sit, ex tribus primis generibus longe praestat mea sen-*
tentia regium, regio autem ipsi praestabit id, quod erit aequatum et temperatum ex tribus optimis
rerum publicarum modis. Placet enim esse quiddam in re publica praestans et regale, esse aliud
autoritati principum impartitum ac tributum, esse quasdam res servatas iudicio voluntatique
multitudinis. Haec constitutio primum habet aequabilitatem quandam magnam, qua carere
diutius vix possunt liberi, deinde firmitudinem, quod et illa prima facile in contraria vitia con-
vertuntur, ut existat ex rege dominus, ex optimatibus factio, ex populo turba et confusio, quodque
ipsa genera generibus saepe commutantur novis, hoc in hac iuncta moderateque permixta constitu-
tione rei publicae non ferme sine magnis principum vitiis evenit. Non est enim causa conversioni,
ubi in suo quisque est gradu firmiter collocatus et non subest, quo praecipiter ac decidad.

Questo testo, in cui riecheggiano com'è ampiamente noto, i tratti della teoria polibiana
dell'anaclosi, ²⁰² mostra tutta la freddezza della riflessione pacata e distaccata delle 'esperien-
ze statuali', ed è un documento su cui la scienza romanistica si è sempre misurata; tuttavia
è assai utile anche adesso perché in esso ricorrono tutte le coordinate della nostra discus-

²⁰¹ E. TODISCO, *Cicerone politico*, cit., 139.

²⁰² J. THORNTON, *La costituzione mista in Polibio*, in D. FELICE (a cura di), *Governo misto. Ricostruzione di un'idea*, Napoli 2011, 67 ss.; U. ROBERTO, *Aspetti della riflessione sul governo misto nel pensiero politico romano da Cicerone all'età di Giustiniano*, in D. FELICE (a cura di), *Governo misto. Ricostruzione di un'idea*, Napoli 2011, 119 ss.

sione: il tema della stabilità delle varie *formae* o *genera rei publicae*, quello connesso delle *commutationes* e la deduzione facile del convincimento di come non ogni *commutatio* debba ineluttabilmente possedere una valenza negativa e assimilabile all'eversione o alla *seditio*. E soprattutto, come detto prima, è un testo importante perché Cicerone vi manifesta la preferenza verso la forma di *res publica* a guida ottimata, quella cioè fondata sull'attribuzione di poteri di governo a una ristretta cerchia di *principes* attraverso il fondamento dell'*auctoritas*: *placet enim esse quiddam in re publica praestans et regale, esse aliud auctoritati principum impartitum ac tributum*. Nel rifiuto dell'impianto 'biologico' polibiano, Cicerone distingueva le *res publicae* sulla base degli equilibri tra centri di potere politico (*senatus/principes, populus, magistratus*), e individuava in tal modo come forma ottimale la costituzione mista a guida ottimata perché idonea in astratto a sottrarre (o almeno a preservare per un lungo arco cronologico) la *res publica* alle leggi di natura e alle ineluttabili forme degenerative.²⁰³

Nell'epistolario troviamo una migliore definizione di questa *forma*:

Cic., *ad fam.* 1.9.21: *Accepisti quibus rebus adductus quamque rem causamque defenderim quique meus in re publica sit pro mea parte capessenda status. De quo sic velim statuas, me haec eadem sensurum fuisse si mihi integra omnia ac libera fuissent. Nam neque pugnandum arbitrarer contra tantas opes neque delendum, etiam si id fieri posset, summorum civium principatum neque permanendum in una sententia conversis rebus ac bonorum voluntatibus mutatis, sed temporibus adsentiendum. Numquam enim in praestantibus in re publica gubernanda viris laudata est in una sententia perpetua permansio; sed ut in navigando tempestate obsequi artis est etiam si portum tenere non queas, cum vero id possis mutata velificatione adsequi stultum est eum tenere cum periculo cursum quem coeperis potius quam eo commutato quo velis tamen pervenire, sic, cum omnibus nobis in administranda re publica propositum esse debeat, id quod a me saepissime dictum est, cum dignitate otium, non idem semper dicere sed idem semper spectare debemus.*

È il dicembre del 54 a.C., e Cicerone invia una lunga lettera, per noi di straordinaria importanza, a Publio Cornelio Lentulo Spinther. Dopo un'esplicito richiamo dell'impianto ideologico di Platone (*ad fam.* 1.9.12: *erant praeterea haec animadvertenda in civitate quae sunt apud Platonem nostrum scripta divinitus, quales in re publica principes essent talis reliquos solere esse civis*), Cicerone spiega e rivendica il cambiamento di opinioni verso Cesare; non nasconde il suo legame con il dittatore anche attraverso il fratello Quinto (e il giurista Trebazio Testa). Poi giunge al passaggio più pregnante, con la metafora della navigazione, che richiede una mano sicura e capace di assecondare i flutti perigliosi per cambiare ove necessario direzione (la *mutata velificatio*).²⁰⁴ Nel contesto

²⁰³ Vedi U. ROBERTO, *Aspetti della riflessione sul governo misto*, cit., 123 ss., e A. EVERITT, *Cicerone. Vita e passioni di un intellettuale*, Roma 2006, 199 ss. Cicerone, inoltre, marcava un'altra differenza rispetto a Polibio, in quanto non individuava in un solo uomo l'artefice del sistema politico e della sua costituzione, ma, abbracciando la visione catoniana, li riponeva nella sagacia e nell'ingegno di intere generazioni: Cic., *de re publ.* 2.1.1-3; sul testo che mette a nudo le differenze tra costituzionalismo greco e romano, si rinvia a G. MANCUSO, *Sulla definizione ciceroniana dello Stato*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli 1984, 609 ss.; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento*, cit., 57 ss.

²⁰⁴ M.C. MITTELSTADT, *Cicero's Political velificatio mutata: 54 B.C. - 51 B.C. Compromise or Capitulation*,

di questa efficace e suggestiva metafora dell'arte del comando ovvero dell'esercizio del potere, Cicerone richiamava il primato dei *principes* che insieme costituivano il tratto saliente della *forma rei publicae* a lungo vagheggiata: il *summorum civium principatus*, quale guida necessaria della *res publica* contrapposta a uno Stato con assetto monarchico. Il *principatus*, quel sostantivo, che neppure Tacito usava, appare già nel linguaggio politico a metà del I secolo a.C.

Ora, il tema delle vere o presunte influenze ciceroniane su Augusto e la tesi del principato come continuazione o restaurazione repubblicana (tra tutti i sostenitori si annoverano, oltre a un battagliero Fritz Schulz,²⁰⁵ Guglielmo Ferrero, Jean Béranger e, più recentemente, Helmut Castritius)²⁰⁶ sono problematiche ben conosciute e studiate, che tuttavia forse oggi meritano una nuova messa a punto. A parte il corposo saggio di Pietro de Francisci, apparso sul *Bullettino* nel 1964, con l'eloquente titolo *Preannunci del Principato nelle Filippiche di Cicerone*²⁰⁷ non molto altro è stato prodotto. E malgrado il titolo evocativo, il contributo di de Francisci, dedicato a verificare quanto negli scritti dell'Arpinate fossero chiaramente tratteggiati alcuni dei futuri mutamenti istituzionali, restava lontano dall'aderire allo schieramento dei continuisti, mentre continuava a giudicare eversive non solo la condotta di Ottaviano ma persino le mosse politiche di Cicerone. Diversa è stata invece l'attenzione posta da Ettore Lepore, in quello che ormai appare a buon diritto un classico della storiografia moderna.²⁰⁸ La riflessione di Lepore, solidamente incentrata sul pensiero politico e sull'elaborazione teorica e istituzionale di Cicerone, nei flutti della tempesta tardorepubblicana, contiene elementi di estremo interesse ai nostri fini.

Lepore ha giustamente sottolineato come il *summorum civium principatus*, di cui Cicerone scriveva a Publio Cornelio Lentulo Spinther, fosse del tutto «alieno da ogni concezione di predominio e governo del singolo e non confondibile, se non agli occhi del lettore suggestionato dagli avvenimenti contemporanei e poco accorto, con una dittatura o con un potere di tipo monarchico».²⁰⁹ Sarebbe un grave errore sganciare la cultura politica e istituzionale di Cicerone da uno dei concetti fondamentali della tradizione repubblicana, cioè l'avversione radicale verso ogni forma di monarchia (o *regnum*), incompatibile in quanto tale con i valori repubblicani (Cic., *de re publ.* 2.51.69). «Contro siffatte latenti esigenze e aspirazioni», continua Lepore, «vi sono appunto nelle lettere accenni chiaramente ostili che dovrebbero, a nostro avviso, metter in guardia su ogni prammatica identificazione». Anzi a dire il vero,

in PP 40, 1985, 13 ss.

²⁰⁵ F. SCHULZ, *Das Wesen des römischen Kaisertums der ersten zwei Jahrhunderte*, Paderbon 1916.

²⁰⁶ G. FERRERO, *Grandezza e decadenza di Roma*, cit., III, *passim*; J. BÉRANGER, *Recherches sur l'aspect*, cit., 80 ss.; ID., *Cicéron précurseur politique*, in *Hermes*, 1959, 103 ss.; H. CASTRITIUS, *Der Römische Prinzipat als Republik*, Husum 1982. Mentre di evoluzione sulla base di presupposti tradizionali e secondo strumenti legali parla A.H.M. JONES, *Studies in Roman Government and Law*, Oxford 1960, 1 ss.; lungo la medesima scia si colloca W. EDER, *Augustus and the Power of Tradition*, in K. GALINSKY (a cura di), *The Cambridge Companion of the Age of Augustus*, Cambridge 2005, 13 ss., che vede in Augusto il «missing link» tra Repubblica e Impero.

²⁰⁷ P. DE FRANCISCI, *Preannunci del Principato*, cit., 8, 21.

²⁰⁸ E. LEPORE, *Il princeps ciceroniano e gli ideali politici della tarda repubblica*, Napoli 1954, *passim*.

²⁰⁹ E. LEPORE, *Il princeps ciceroniano*, cit., 313.

il *summorum civium principatus* costituiva il superamento di una fase conflittuale tra due leader, Cesare e Pompeo, colpiti dall'accusa di *licentia cupiditatum suarum*.²¹⁰

Il termine *principatus*, quindi, indica una precisa evoluzione del pensiero di Cicerone e della sua visione istituzionale e, com'è evidente, in quella lettera egli anticipava, prefigurava il quarto *genus rei publicae* che avrebbe teorizzato e argomentato nel *De re publica*, ovvero la costituzione mista, segnata dal rafforzamento del potere esecutivo conseguito nelle forme legali e temperata dalla guida dei *principes*, ovvero i più ragguardevoli *cives* tra gli ottimati.

Identici motivi li ritroviamo ancora in:

Cic., *pro Balb.* 27.61: *C. Caesarem senatus et genere supplicationum amplissimo ornavit et numero dierum novo. Idem in angustiis aerari victorem exercitum stipendio adfecit, imperatori decem legatos decrevit, lege Sempronia succedendum non censuit. Harum ego sententiarum et princeps et auctor fui, neque me dissensionis meae pristinae putavi potius adsentiri quam praesentibus rei publicae temporibus et concordiae convenire;*

ove ritorna la rivendicazione della duttilità nel confronto politico, che agevola il cambiamento di rotta del timoniere nel guidare la *res publica* tra le onde di una burrasca. Osserviamo qui non solo un Cicerone *princeps* e *auctor* di proposte favorevoli a Cesare alla guida del senato, ma ancor più di una *res publica* in gravissime difficoltà.

Eppure, quella visione legata a una concezione aristocratica dello Stato romano a guida collettiva (i *principes*), che consentiva a Cicerone di sconfiggere il pessimismo insito nell'ineluttabile anaclosi polibiana e di individuare così nella costituzione mista romana la forma perfetta ed eterna, possedeva tuttavia un 'tallone di Achille': il presupposto dell'esistenza di uomini degni di essa e capaci di guidarla. La loro mancanza avrebbe condotto inevitabilmente al declino dello Stato (*res publica*) e Cicerone sapeva bene come ormai non vi fosse più alcuno spazio politico per un assetto istituzionale, possiamo ben dire a questo punto di una precisa forma di *res publica* caratterizzata dalla guida senatoria caratterizzata da una pluralità di *principes*. L'amara disillusione gli faceva levare alto il lamento verso l'assenza di *leader* di vera caratura politica e morale un lamento che leggiamo nell'ottava *Filippica*:

Cic., *Phil.* 8.7.22: *Dolenter hoc dicam potius quam contumeliose: deserti, deserti, inquam, sumus, patres conscripti, a principibus.*²¹¹

Dov'erano i *principes*? Dov'era ormai il *summorum civium principatus*? Devastazioni, sovvertimento politico e istituzionale, sangue; le terribili vicende delle guerre civili avevano a tal punto assottigliato lo spazio politico da permetterne l'esistenza di uno solo: il *princeps*, a cui

²¹⁰ Cic., *Phil.* 13.1.2: [...] *Proximo bello si aliquid de summa gravitate Pompeius, multum de cupiditate Caesar remisisset, et pacem stabilem et aliquam rem publicam nobis habere licuisset.*

²¹¹ Cic., *Phil.* 7.2.5: *Et quidem dicuntur vel potius se ipsi dicunt consularis: quo nomine dignus est nemo, nisi qui tanti honoris nomen potest sustinere;* Cic., *ad fam.* 12.4.1: *Vellem Idibus Martiis me ad cenam invitasses; profecto reliquiarum nihil fuisset. Nunc me reliquiae vestrae exercent, et quidem praeter ceteros me. Quamquam egregios consules habemus, sed turpissimos consularis; senatum fortem, sed infimo quemque honore fortissimum. Populo vero nihil fortius, nihil melius, Italiaque universa, nihil autem foedius Philippo et Pisone legatis, nihil flagitiosius.*

affidarsi e affidare le sorti della *res publica*. Cicerone dovette dunque ben presto archiviare la sua costruzione e, dinanzi alle torsioni autoritarie e alla sua incapacità di scorgere un approdo sicuro, così spingersi sino a riporre le ultime speranze in un uomo solo, in Cesare. Egli rimodellava in tal modo il suo impianto di *res publica* fondata dapprima sull'*auctoritas* dei *principes* infine soltanto su quella del *princeps*. È una delle ultime carte giocate da Cicerone, che mai abbandonò l'idea di continuare a essere un protagonista della ricostruzione:

Cic., *ad fam.* 9.2.5: [...] *non deesse si quis adhibere volet, non modo ut architectos verum etiam ut fabros, ad aedificandam rem publicam, et potius libenter accurrere [...]*.

Non si rassegnava a uscire di scena, e anche soltanto come semplice operaio e non architetto, Cicerone non nascondeva l'ambizione di esercitare il suo compito di difesa e puntello dello Stato, di indicazione della rotta da intraprendere; e la rotta lo conduceva direttamente a Cesare.²¹² Ritorniamo a quel passo della *pro Marcello*:

Cic., *pro Marcell.* 8.23-24: *Omnia sunt excitanda tibi, C. Caesar, uni quae iacere sentis belli ipsius impetu, quod necesse fuit, percussa atque prostrata: constituenda iudicia, revocanda fides, comprimendae libidines, propaganda suboles, omnia quae dilapsa iam diffluxerunt severis legibus vincienda sunt. [24] Non fuit recusandum in tanto civili bello, tanto animorum ardore et armorum quin quassata res publica, quicumque belli eventus fuisset, multa perderet et ornamenta dignitatis et praesidia stabilitatis suae, multaque uterque dux faceret armatus quae idem togatus fieri prohibuisset. Quae quidem tibi nunc omnia belli volnera sananda sunt, quibus praeter te mederi nemo potest.*

Ne abbiamo già sottolineato la portata; v'è da aggiungere ora come indubbiamente questo frammento chiave della *pro Marcello* renda chiaro lo slittamento impresso da Cicerone dal *summorum civium principatus* all'unico *princeps* (Giulio Cesare), capace di realizzare un forte programma di riforme;²¹³ cosa del resto già non del tutto estranea a Cicerone, di cui è noto l'ammirazione periclea nel *De re publica* (*de re publ.* 1.16.25: [...] *Pericles ille, et eloquentia et consilio princeps civitate suae*, uomo indisturbato al governo per diversi decenni). Cicerone è ormai del tutto convinto della ineluttabilità di una fase di transizione in cui la *res publica* fosse guidata da un uomo solo: un *princeps*. E ammette che, proprio perché uno Stato resta comunque sconvolto da un'esperienza di guerra civile (*in tanto civili bello, tanto animorum ardore et armorum quin quassata res publica, quicumque belli eventus fuisset, multa perderet et ornamenta dignitatis et praesidia stabilitatis suae*), questa guida deve sanare le dolorose ferite (*nunc omnia belli volnera sananda sunt*); anche in questa occasione è agevole raccogliere l'eco di un tipico motivo di vanto augusteo: il pacificatore, il *princeps* che restituisce pace e ordine. Appena più avanti, lungo questo solco, puntando sull'onore e sull'orgoglio di Cesare, l'oratore cesellava ancora una precisa esortazione:

²¹² Cfr. R. CRISTOFOLI, *La strategia della mediazione. Biografia politica di Aulo Irzio prima del consolato*, in *Historia* 59, 2010, 469 s.

²¹³ In generale, A. TEDESCHI, *Lezione di buon governo per un dittatore. Cicerone, Pro Marcello: saggio di commento*, Bari 2005.

Cic., *pro Marcell.* 9.27: *Haec igitur tibi reliqua pars est; hic restat actus, in hoc elaborandum est ut rem publicam constituas, eaque tu in primis summa tranquillitate et otio perfruare: tum te, si voles, cum et patriae quod debes solveris et naturae ipsam expleveris satietate vivendi, satis diu vixisse dicito.*

Come in un quadro di assi cartesiani, Cicerone tracciava le coordinate etico-politiche del *princeps*: un nuovo assetto da garantire alla *res publica* e una vecchiaia serena di aver servito la propria patria. Tuttavia, pur nell'acutezza, nella profetica lucidità di analista, osservatore e protagonista sino alla morte della scena politica, Cicerone sbagliò²¹⁴ intravedendo quel *princeps* in Cesare, definito *optimus civis* in una lettera indirizzata al dittatore stesso, ma da consegnargli soltanto previo consenso di Attico e di una ristretta cerchia di cesariani.²¹⁵ E del resto il senso dell'elogio ciceroniano, non gratuitamente concesso, è preciso. Cicerone esigeva da Cesare, in quanto vero ἀνὴρ πολιτικός, «l'adeguarsi dell'uomo agli ideali della *bonitas*, la presenza di quel carattere morale e del suo contenuto programmatico; soprattutto quale fondamento dell'azione, la *res publica* restaurata e il *consensus omnium bonorum*, che è per eccellenza *consensus Italiae*».²¹⁶

Il dittatore, al contrario, deluse le aspettative di Cicerone e di tutti coloro che nutrivano ancora qualche speranza per un governo moderato e costituzionale giacché la sua *cupiditas* di potere lo fece agire senza più alcuna remora, senza bussola, per sfociare in un falso principato. Purtroppo Cesare non ricercò l'approdo sperato, ma al contrario il drammatico epilogo della sua vicenda politica fu soltanto frutto di un'insana temerità:²¹⁷

Cic., *de off.* 1.8.26: *Declaravit id modo temeritas C. Caesaris, qui omnia iura divina et humana pervertit propter eum, quem sibi ipse opinionis errore finxerat, principatum.*

Temeritas, causa di sovvertimento di *iura divina et humana*, e irrimediabile arroganza furono i tratti cesariani sottovalutati da Cicerone. Egli ammetteva di aver compiuto una valutazione totalmente sbagliata nell'affidarsi a Cesare, eppure l'amaro pessimismo non gli impediva di continuare nella ricerca di colui che avrebbe potuto interpretare la figura del *princeps*:

Cic., *Phil.* 5.14.44: *Caesar ipse princeps exercitus faciendi et praesidi comparendi fuit;*

e, dopo Cesare, non restava molto altro; non restava che l'ultimo azzardo di puntare su Ottaviano, un *puer*, per quanto virtuoso ai suoi occhi pur sempre un *puer*. Così Cicerone nel

²¹⁴ Nella lettera del 46 a.C. indirizzata a L. Papirio Peto, Cicerone non nasconde la cifra enorme della scommessa politica (Cic., *ad Att.* 9.17.3).

²¹⁵ Cic., *ad Att.* 12.51.2. Credo che M. PANI, *Augusto e il Principato*, Bologna 2013, 39, dietro il condizionamento del *Somnium Scipionis* (6.12), forzi il testo interpretandolo come una manifestazione di consenso dell'oratore verso una dittatura costituente.

²¹⁶ E. LEPORE, *Il princeps ciceroniano*, cit., 361 s.

²¹⁷ Ritiene che sia Giulio Cesare il precursore dell'impianto politico e costituzionale augusteo P. CERAMI, *Caesar dictator e il suo progetto costituzionale*, in *Res publica e Princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello, 25-27 maggio 1994* (a cura di F. MILAZZO), Napoli 1996, 101 ss.

44 a.C. cesellava ancor più compiutamente la teorizzazione di una nuova *forma rei publicae* fondata su di un *dignus principatus*:

Cic., *de off.* 1.25.86: *Hinc apud Athenienses magnae discordiae, in nostra re publica non solum seditiones, sed etiam pestifera bella civilia; quae gravis et fortis civis in re publica dignus principatu fugiet atque oderit tradetque se totum rei publicae neque opes aut potentiam consecrabitur totamque eam sic tuebitur, ut omnibus consulat.*

Il *princeps* è già ben configurato in questo frammento ciceroniano che, tra tanti può ben individuarsi come quello contenente la ‘cifra politica’ della teorica del *principatus*,²¹⁸ o se preferiamo il canone a cui si ispirò l’azione e la propaganda augustea poi incise nelle *Res Gestae*. L’aspetto lessicale non è mai un dettaglio, ancor meno lo è nella genesi imperiale, in cui è importante anche osservare l’affinità, l’assonanza tra il linguaggio e il tono ciceroniani e quelli augustei.²¹⁹ A mo’ d’esempio si confrontino i testi corrispondenti alla ‘controllata’ irruzione sulla scena politica di Augusto:

Cic., <i>Phil.</i> 3.5.12: [...] <i>Faciendum est igitur nobis, patres conscripti, ut D. Bruti privatum consilium auctoritate publica comprobemus.</i>	<i>RGDA.</i> 1.1: <i>Annos undeviginti natus exercitum privato consilio et privata impensa comparavi, per quem rem publicam a dominatione factionis oppressam in libertatem vindicavi.</i>
--	--

Augusto, insomma, raccoglieva l’eredità ciceroniana e la attuava: pacificatore, mise fine allo sconvolgimento dei *iura divina et humana*; costruì la propria immagine di predestinato, di uomo più amato dagli dèi, in grado di riportare la *pax deorum*, valore primordiale e insuperabile della *res publica* quale realtà sociale prima ancora che organizzazione politica. Ma si fece anche restauratore della *res publica*, attraverso la restituzione dell’autorità al *senatus* e al *populus* (in tutte le opere ciceroniane quando si fa riferimento alla *res publica* nelle sue articolazioni costituzionali il riferimento è congiuntamente al senato e al popolo).²²⁰ Augusto fu pure autore di una riforma vasta e profonda dell’amministrazione della giustizia con le *leges iudiciorum*, promosse la severissima legislazione matrimoniale che prefigurava anche obiettivi di crescita demografica, e infine si fece inflessibile *auctor* di una riforma etica attraverso il richiamo agli antichi *mores* con il loro diretto rinvigorimento attraverso le nuove *leges*.

Conservando un sereno distacco, è difficile negare come ogni passaggio di Augusto ci riporti a Cicerone e viceversa: straordinaria è l’analogia tra l’Augusto di Svetonio (*Aug.* 28: *“Ita mihi salvam ac sospitem rem publicam sistere in sua sede liceat atque eius fructum percipere, quem peto, ut optimi status auctor dicar et moriens ut feram mecum spem, mansura in*

²¹⁸ Cic., *Phil.* 2.11.26; *Phil.* 4.1.1; 2; *Phil.* 5.11.28; *ad fam.* 10.6.3; *ad fam.* 12.24.2.

²¹⁹ Sul tema, meritevole di maggior approfondimento, cfr. A. MAGDELAIN, *Auctoritas principis*, Paris 1947, 40 s.; E. LEPORE, *Il princeps ciceroniano*, cit., 384 ss.

²²⁰ Considerazioni significative di G. FERRERO, *Grandezza e decadenza di Roma*, cit., III, 580 ss. Anche M. HUMBERT, *Le guerre civili e l’ideologia del principato nel pensiero dei contemporanei*, in *Res publica e Principes. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano, Copanello 25-27 maggio 1994* (a cura di F. MILAZZO), Napoli 1996, 15 ss., punta sulla continuità e ravvisa le radici dell’ideologia imperiale nel periodo delle guerre civili.

vestigio suo fundamenta rei publicae quae iecero) e l'ultimo Cicerone (*ad fam.* 12.25.4: *Ego, mi Cornifici, quo die primum in spem libertatis ingressus sum et cunctantibus ceteris a. XIII Kal. Ian. fundamenta ieci rei publicae*).²²¹ L'*Optimus status* augusteo, naturalmente, costituisce il superamento del quarto *genus rei publicae*, come abbiamo già accennato, tracciato da Cicerone un decennio prima, nel 54 a.C., nel *De re publica* (1.45.69). Il modello della *res publica* guidata dai *principes* corrispondeva a una visione non più attuale neppure agli occhi di Cicerone. Le Idi di marzo avevano spazzato via tutto e non restava che provare ad approdare a quella *restitutio rei publicae* che l'oratore aveva cominciato ad abbozzare guardando a Cesare, puntando dunque sul potere di un uomo solo, con una forma inedita, tanto inedita da sfuggire a qualunque inquadramento: sfuggente certamente, come appena detto, a quello aristotelico-polibiano dei cicli e delle relative degenerazioni (monarchia-tirannia, aristocrazia-oligarchia, democrazia-oclocrazia); una *forma* anche assai diversa negli equilibri politici da quella espressa nel quarto *genus* prima descritto, da apparire addirittura una quinta forma, in cui Cicerone mette da parte la figura tratteggiata nel *Somnium Scipionis* (6.12) del dittatore costituente, per modellare quella del *princeps auctor* che pervade la *pro Marcello*.²²² Ecco i tratti di continuità con il regime istituzionale repubblicano piuttosto che la concezione mommseniana del principe/magistrato. Il *princeps* nella sua genesi non fu certo una carica immediatamente istituzionalizzata, forgiata mediante un intervento di ingegneria costituzionale e quindi innestata nell'impianto repubblicano, ma cominciò a esserlo, e a venire così percepita, con i successori di Augusto,²²³ come si può trarre da un celebre resoconto di Tacito relativo a un discorso tenuto nel 22 d.C. da Tiberio in senato, in cui il *princeps* richiamava tutti alle proprie responsabilità:

Tac., *Ann.* 3.53.3: *Sed illi quidem officio functi sunt, ut ceteros quoque magistratus sua munia implere velim; mihi autem neque honestum silere neque proloqui expeditum, quia non aedilis aut praetoris aut consulis partes sustineo: maius aliquid et excelsius a principe postulat.*

Se avessimo fatto più attenzione alla limpida eredità ciceroniana, ai suoi scritti, al suo vastissimo e inestimabile epistolario, magari avremmo mutato i corni del dilemma e ci saremmo interrogati non tanto se fu vera *restitutio rei publicae* o menzogna, ci saremmo chiesti cosa fu la *res publica commutata* o *res publica conservata*, come vorrebbe l'epigrafe del Foro letta da *Ligorius*, oggi scomparsa (*CIL.* VI. 873).

²²¹ Cfr. pure Cic., *de nat. deorum* 3.1.5: *Cumque omnis populi Romani religio in sacra et in auspicia divisa sit, tertium adiunctum sit si quid praedictionis causa ex portentis et monstris Sibyllae interpretes haruspicesve monuerunt, harum ego religionum nullam umquam contemnendam putavi mihi que ita persuasi, Romulus auspiciis Numam sacris constitutis fundamenta iecisse nostrae civitatis, quae numquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset.*

²²² Di avviso diverso è E. TODISCO, *Cicerone politico*, cit., 139 ss., secondo cui «negli scritti di Cicerone non vi è nulla che ne consenta un'ipotesi identificativa». Posizione eccessiva che invece non tiene conto al riguardo della notevole quantità di elementi assai precisi, sebbene in conclusione del suo saggio riconosca nel *principatus* augusteo «nei fatti una realizzazione (certo personale e svincolata) di quella intuizione politica rappresentata dalla *commutatio* continuamente cercata per tutto il I sec. a.C. e (forse) mai da Cicerone stesso completamente formalizzata o ammessa nelle sue estreme conseguenze».

²²³ M. WEBER, *Economia e società*, IV, Milano 1922, 229 ss.

Ha sbagliato nel 1940 Pierre Grenade nel suo radicale rifiuto di isolare e osservare i contatti straordinari e molteplici tra Cicerone e Augusto e nella simmetrica denuncia dell'abisso che li separava;²²⁴ ma deve pure dirsi che Cicerone non fu affatto un semplice 'précurseur politique', per dirla con Jean Béranger,²²⁵ fu assai di più: egli fu il lucido e fine teorico di una riforma dello Stato romano, nelle condizioni profondamente mutate dell'ultimo trentennio del I secolo a.C., una riforma incentrata sui valori fondamentali di quello Stato che i Romani ereditarono e conobbero come costruzione di tante generazioni opposta al *regnum*. Augusto raccolse l'eredità ciceroniana nella forma più ampia possibile, seguendo, oltre alla concezione principesca del senato²²⁶ e al *princeps auctor*, anche altre precise indicazioni politico-ideologiche disseminate qua e là nelle sue opere, come il tema della difesa dell'Occidente, dell'Italia e dei municipi (Cic., *ad fam.* 12.5.3: *Populi vero Romani totiusque Italiae mira consensus est*); la critica a Pompeo di perseguire una monarchia di stampo orientale; il motivo generale e decisivo del *consensus*.

Non devono, pertanto, sorprendere le notizie sullo stretto legame tra Cicerone e Ottaviano che abbondano nella biografia plutarca: l'ossequio del giovane Cesare che giunse persino a chiamarlo padre;²²⁷ la difesa contro le terribili pulsioni di vendetta nutrite da Antonio e la capitolazione dietro a un compromesso;²²⁸ il colloquio tra Augusto e un giovane nipote, forse il piccolo Claudio figlio di Druso sorpreso a leggere scritti di Cicerone, e il giudizio amaramente nostalgico dell'oratore:²²⁹ un uomo saggio (o di alto valore) e un patriota, *λόγιος* e *φιλόπατρις*.²³⁰ Non bisogna neppure nascondere che non è soltanto Plutarco a testimoniare l'intimo e intenso rapporto che legò i due uomini, perché lo stesso risulta da Nonio Marcello,²³¹ mentre Seneca, nel *De Clementia*,²³² dipinge un giovane triumviro che compila a cena e sotto dettatura del potente Antonio le liste di proscrizione, che videro in testa proprio Cicerone: un'immagine umiliante e assai diversa dal consueto cinico Ottaviano solitamente descritto, freddo calcolatore pronto ad abbandonare i propri amici alla ferocia dei nuovi alleati;²³³ un fotogramma, quello di Seneca, che forse costituisce la più corretta chiave di lettura per comprendere il senso risarcitorio dell'elezione a console voluta per il figlio di Cicerone, atto non necessario ed eminentemente simbolico sul piano politico.

Lungo queste coordinate politiche, Augusto seppe muoversi con straordinaria abilità e fredda spregiudicatezza in un'era di piombo; e restaurò lo Stato romano. L'azione augustea si

²²⁴ P. GRENADE, *Remarques sur la théorie cicéronienne du princeps*, in MEF 57, 1940, 32 ss.

²²⁵ J. BÉRANGER, *Diagnostic du principat: l'empereur romain, chef de parti*, in ID., *Principatus. Etudes de notions et d'histoire politiques dans l'Antiquité gréco-romaine*, Genève 1973, 259 ss.

²²⁶ Sottovaluta questo aspetto M. PANI, *Augusto e il Principato*, cit., 28 s.

²²⁷ Plut., *Cicero* 45.1-2.

²²⁸ Plut., *Cicero* 46.5.

²²⁹ Plut., *Cicero* 49.5.

²³⁰ Per tutti, L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 418 ss.

²³¹ Ha richiamato recentemente i diversi relativi frustoli contenuti nel *De compediosa doctrina*, L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., 396 ss.

²³² Sen., *de clem.* 1.9.1-3.

²³³ Cfr. Svet., *Aug.* 27.1; Vell., *Hist. rom.* 2.66.

inseriva perfettamente nel solco della denuncia dolorosamente gridata da Cicerone a Planco nel settembre del 44 a.C.:

Cic., *ad fam.* 10.1.1: *Quae potest enim spes esse in ea re publica in qua hominis impotentissimi atque intemperantissimi armis oppressa sunt omnia et in qua nec senatus nec populus vim habet ullam nec leges ullae sunt nec iudicia nec omnino simulacrum aliquod vestigium civitatis?*

Il senato e il popolo non contavano più nulla; non c'erano più leggi né tribunali, e neppure la minima parvenza o traccia di Stato. Il fine supremo chiesto e ricercato da Cicerone era *reddere rem publicam*.²³⁴ Augusto compì quella riconsegna, attuò quella *restitutio rei publicae* con la forma che ai più apparve come un ritorno all'antico, ma che in verità conteneva già in sé un grande e fecondo seme innovativo: il *princeps* dell'ultimo Cicerone.

L'affilata lama di un gladio aveva reciso quella potente voce, ma non arrestato la forza di imprimere il cambiamento. Non c'è verso a comprendere davvero il *princeps* augusteo e la sua sostanza politico-istituzionale senza ricorrere a Cicerone; che la matrice fosse ciceroniana non sfuggiva, secoli dopo, neppure a Sant'Agostino:

Aug., *de civ. Dei* 5.13: *'etiam Tullius hinc dissimulare non potuit in eisdem libris quos de re publica scripsit, ubi loquitur de instituendo principe civitatis, quem dicit alendum esse gloria, et consequenter commemorat maiores suos multa mira atque praeclara gloriae cupiditate fecisse'*.

Allo stesso modo, è un fatto notevole che nell'epoca dell'autocrazia e dell'affermazione dell'imperatore quale legge vivente, il *praefectus praetorio* Menodoro recuperava Cicerone e la sua prospettiva aristocratica repubblicana per assimilare il ruolo del principe a quello del *rector* (o *princeps*) ciceroniano.²³⁵

La figura del *rector*, o *gubernator*, teorizzata nel *De re publica* come elemento di moderazione, detentore della *civilis prudentia*, tale da proteggere la costituzione mista da fenomeni degenerativi adesso assume diversa veste semantica e diventa il *princeps*. Egli è superiore agli altri *principes*, è espressione senatoria e si pone come elemento di guida e coordinamento, poiché il suo ruolo fondamentale consiste nella salvezza dello Stato romano.²³⁶ Sbaglia chi crede che sin dall'inizio si sia repentinamente consolidato un regime di monarchia assoluta. Basti ricordare quanto ancora in età augustea si discutesse sul governo misto, come testimonia Giovanni Stobeo²³⁷ che nell'*Anthologium* ha fortunatamente conservato al riguardo un interessante frammento di Ario Didimo, filosofo e consigliere di Augusto. Ora, se a un intellettuale alla corte del principe era consentito di discutere delle forme costituzionali secondo l'impianto repubblicano e, dobbiamo presumere, del *De re publica* ciceroniano; oppure se Claudio, come

²³⁴ Cic., *ad fam.* 12.13.1: *Est enim tua toga omnium armis felicior; quae nunc quoque nobis paene victam rem publicam ex manibus hostium eripuit ac reddidit.*

²³⁵ Vedi letteratura in U. ROBERTO, *Aspetti della riflessione sul governo misto*, cit., 155 ss., ntt. 77-78.

²³⁶ Non concordo con U. ROBERTO, *Aspetti della riflessione sul governo misto*, cit., 139 ss.

²³⁷ Io. Stob., *Anth.* 2.7.150-151 (ed. Wachsmuth). Fondamentale S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, II, Roma-Bari 1990, 319 s.

racconta Svetonio,²³⁸ tirò un sospiro di sollievo alla fine di quei due angosciosi giorni, dopo la congiura ai danni di Caligola, in cui si discusse una *commutatio rei publicae*, intendendosi quella augustea, è evidente che le cose fossero assai diverse da quanto i moderni intendono ancora oggi ricostruire e che sia comunque azzardato sostenere una fine repentina della *libertas*.

Il termine *princeps* non era di nuovo conio, abbiamo scorso alcuni testi inequivocabili nella conferma della sua matrice appartenente alla cultura repubblicana politica e giuridica; esso indicava il migliore *civis*, al plurale i migliori *cives*; ma sul piano squisitamente istituzionale vi era un *princeps*, qualificato da un genitivo *senatus*, sicché l'espressione *princeps senatus* spettava al senatore più autorevole e carismatico, colui che apriva la seduta e veniva consultato per primo; era comunque una guida, un capo, un *princeps*. Augusto era smisuratamente orgoglioso del titolo di *princeps* tenuto per quarant'anni:

RGDA. 7.2: [P]rinceps s[enatus fui usque ad e]um d[iem, quo scrip]seram [haec per annos] quadra[ginta] fui;

e questo titolo a cui si associava automaticamente la smisurata *auctoritas* costituì, assai più di qualunque altro potere, il cardine principale del regime che plasmò nei lunghi decenni di governo. Un nuovo 'Pericle' *princeps* di Roma al potere per quarant'anni; la funzionalità del parallelismo fu, non a caso, utilizzata da Cicerone:

Cic., *de re publ.* 1.16.25: *Pericles ille, et auctoritate et eloquentia et consilio, princeps civitatis suae.*

Alla figura del *princeps* e della sottostante ideologia del primato, ha detto bene Canfora,²³⁹ Cicerone lavorò a lungo, e non sfuggono gli innumerevoli riferimenti, le allusioni di Augusto. L'esperienza di Pericle, eletto per quasi trent'anni alla carica di stratego e al 'potere' per quaranta, il suo legame con il popolo, le riforme realizzate che produssero uno spostamento di poteri politici e giudiziari in capo al Consiglio dell'Areopago e all'assemblea del popolo, esercitavano un fascino straordinario su chi era alla ricerca di nuovi equilibri e di una guida autorevole.²⁴⁰ Come non sentire allora l'eco dell'esaltazione ciceroniana della durata del potere pericleo, il suo dominio quarantennale,²⁴¹ nell'orgoglio smisurato di quel rigo prima ricordato delle *Res Gestae* in cui Augusto magnificava il mantenimento del titolo di principe

²³⁸ Svet., *Claud.* 11: *Imperio stabilito nihil antiquius duxit quam id biduum, quo de mutando rei p. statu haesitatum erat, memoriae eximere.*

²³⁹ L. CANFORA, *Alle origini del «principato»*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, I, Napoli 2007, 639 ss.

²⁴⁰ L. CANFORA, *Il mondo di Atene*, Roma-Bari 2011, 113 ss.; M.H. HANSEN, *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.* (ed. it. a cura di A. MAFFI), Milano 2003, *passim*.

²⁴¹ Cic., *de orat.* 3.34.138: [...] *itaque hic doctrina, consilio, eloquentia excellens quadraginta annis praefuit Athenis et urbanis eodem tempore et bellicis rebus; de orat.* 1.49.216; *de re publ.* 4.10.11; Plut., *Pericl.* 16.3. Sul tema vedi L. CANFORA, *Sulle fonti del princeps ciceroniano*, in *L'incidenza dell'antico. Studi in memoria di E. Lepore*, I, Napoli 1995, 207 ss.; A. BANFI, *Il governo della Città. Pericle nel pensiero antico*, Napoli 2003; C. MOSÈ, *Pericle. L'inventore della democrazia*, Bari 2009, 195 ss.; F. COSTABILE, *Caius Iulius Caesar*, cit., 147 ss.

per quarant'anni! Augusto, insomma, leggeva e utilizzava continuamente Cicerone.²⁴² E che si discuta pure se la fonte di Cicerone fosse Demetrio Falereo o Teopompo, ma ciò che non deve perdersi di vista è che il sostanziale modello pratico resta quello di Tuciddide nella visione di Pericle come il 'primo degli Ateniesi',²⁴³ uno statista che restò a lungo, molto a lungo, al governo della città attraverso iterazioni della carica e nel rispetto delle forme legali.

Non deve così sorprenderci né costringerci ad astruse interpretazioni, quando in tempi successivi, Tacito, alla morte del principe, faceva asserire in un immaginario dibattito sulla *forma civitatis* ai suoi sostenitori *non regno tamen neque dictatura, sed principis nomine constitutam rem publicam* (Ann. 1.9.5). Non c'è dubbio che il testo tacitano ci mette dinanzi alla conservazione della percezione sin dai momenti genetici da parte dell'opinione pubblica di una *forma rei publicae* nuova, ai suoi tempi ormai consolidatasi, non inquadrabile nei tradizionali schemi aristotelici-polibiani e non meglio definibile se non attraverso la posizione egemone di un primo cittadino, del migliore, del *princeps* che, nella sostanza politica e istituzionale, sovrastava i tradizionali organi costituzionali con la propria ineguagliabile *auctoritas*.

Lo stesso Velleio ricordava l'enorme concentrazione di potere nelle mani di Tiberio,²⁴⁴ ma quell'*imperium* trovava pur sempre fondamento nel senato e nel popolo.²⁴⁵ Ciò del resto corrispondeva davvero a un senso comune nel racconto di Velleio Patercolo, che a proposito della posizione di Crasso, raggiunta dopo la vittoria su Spartaco, parlava di lui principe con il consenso di tutti (Vell., *Hist. rom.* 2.30.6: *Huius patrati gloria penes M. Crassum fuit, mox rei publicae omnium consensu principem*), oppure quando esaltava la capacità di coinvolgimento da parte del principe delle migliori risorse nella ricostruzione della città (Vell., *Hist. rom.* 2.89.4: *Principes viri, triumphisque et amplissimis honoribus functi, adhortatu principis ad ornandam urbem inlecti*). Oppure ancora, quando a proposito di Tiberio, ne parlava come di un *princeps eminentis*:

Vell., *Hist. rom.* 2.124.2: *Una tamen veluti luctatio civitatis fuit, pugnantis cum Caesare senatus populi que Romani, ut stationi paternae succederet, illius, ut potius aequalem civem quam eminentem liceret agere principem.*

In questo assetto, che Velleio descriveva come un ritorno alla *prisca forma rei publicae*, il principe era compatibile, perché il principe eminente era evidentemente tale perché vi erano altri *cives principes* che, sebbene non *eminentes*, primeggiavano sui restanti *cives*.²⁴⁶ Questa visione aristocratica repubblicana e non monarchica nella sua fase genetica non era

²⁴² Come del resto ci informa lo stesso Cicerone che attraverso Marcello, già nel giugno del 44 a.C. inviava suoi scritti a Ottaviano (Cic., *ad Att.* 15.12.2: [...] *Sed tamen alendus est et, ut nihil aliud, ab Antonio seiungendus. Marcellus praeclare, si praecipit nostra; cui quidem ille deditus mihi videbatur*); sul punto cfr. E. TODISCO, *Cicerone politico*, cit., 142 nt. 78.

²⁴³ Thuk. 1.139.

²⁴⁴ Vell., *Hist. rom.* 2.126.4: *Namque facere recte civis suos princeps optimus faciendo docet, cumque sit imperio maximus exemplo maior est.*

²⁴⁵ Così giustamente F. GRELLE, «*Antiqua forma rei publicae revocata*», cit., 330.

²⁴⁶ In questo senso anche F. GRELLE, «*Antiqua forma rei publicae revocata*», cit., 330 ss.

comprensibile da Tacito né dall'egiziano Appiano (smisurato *fan* dell'istituzione monarchica conforme del resto alla millenaria cultura politica egizia), e neppure da Cassio Dione: essi vivevano invece pienamente l'approdo monarchico dell'evoluzione istituzionale dello Stato romano, la sua stabilizzazione perdendo di vista appunto il carattere inizialmente assai instabile. Instabilità all'origine e successiva stabilizzazione in senso monarchico della *res publica*: ecco i due poli, di partenza e di arrivo, del principato, rispetto a cui la dissonanza tra le voci antiche non è il frutto di una perfida ipocrisia,²⁴⁷ fu piuttosto diretta conseguenza della peculiarità dell'azione riformatrice e restauratrice di Augusto che seppe imprimere alle fondamenta, anche quelle di carattere più innovativo, come abbiamo sin qui visto, il segno repubblicano.

In questo senso, credo sia giusto affermare, in conseguenza del fatto che il regime istituzionale repubblicano era il risultato di «una straordinaria combinazione di ossequio alla tradizione e apertura al mutamento»,²⁴⁸ che quella attuata da Augusto fu una transizione morbida verso uno *status rei publicae* che il *princeps* non esitò a definire *felicissimus*,²⁴⁹ in una lettera inviata in occasione del suo sessantaquattresimo anno al nipote Gaio, impegnato in operazioni militari in Siria.

11. Conclusioni.

Siamo giunti alla fine. Da queste pagine sembrerebbe uscirne, se non una riabilitazione, una rivalutazione di Augusto, insomma una ricostruzione buona a confutare quanto, per esempio, nel 1981 Vito Antonio Sirago scriveva con un'inusuale ed eccessiva perentorietà filosymeniana: «Mi dispiace per Augusto, ma dopo la *Rivoluzione Romana* del Syme credo che non si alzerà più nella stima dei posteri. Il “buon Augusto” di Dante aveva riempito d'ammirazione compiaciuta decine e decine di generazioni, per raggiungere l'acme degli applausi osannanti nell'Italia fascista che si riempiva la bocca nell'esaltazione retorica del mito augusteo. Il libro del Syme, analitico, documentato, spietato, che mostra tutte le pieghe dell'“avventuriero senza scrupoli”, ha il merito soprattutto di essere uscito nel 1939 (ma scritto nel 1938) quando il fascismo, alleato al nazismo, stava per scatenare la più orrenda guerra micidiale del mondo moderno, in nome d'un principio a dir poco arcaico, dell'egemonia sui cosiddetti “popoli vecchi”. Sotto tal profilo la *Rivoluzione Romana* è un testo di coraggiosa denuncia, di avvertimento appassionato ai popoli liberi della bufera che sta per scatenarsi, sull'esempio del più illustre episodio della storia antica. Difatti, resta l'episodio più illustre, sempre degno di meditazione: la libertà civile, in senso democratico, che pur c'era stata per lunghi secoli sia in Grecia che in Italia e in Occidente, con tutte le limitazioni dei tempi, fu soppressa per sempre. Il Syme spogliava Augusto di tutto il retoricume che l'interessata cultura ufficiale da Dante in poi aveva accumulato sul “fondatore dell'impero”».²⁵⁰

²⁴⁷ Vedi L. CANFORA, *Augusto figlio di Dio*, cit., *passim*.

²⁴⁸ Così M. PANI, *Augusto e il Principato*, cit., 21 s.

²⁴⁹ Gell., *N.A.* 15.7.3.

²⁵⁰ V.A. SIRAGO, *L'aspetto economico dell'opera di Augusto*, in *La rivoluzione romana. Inchiesta tra gli antichisti*, Napoli 1981, 258.

Forse qualcun altro, in queste stesse pagine, scorgerà una profonda influenza di Guglielmo Ferrero, fautore dell'opposta tesi della piena restaurazione repubblicana. Oltre a quanto esposto nel suo trattato, immeritabilmente oscurato in Italia, non bisogna dimenticare che in un libriccino stampato nel 1925 dal titolo *La democrazia in Italia*, sfortunatamente subito sequestrato e dunque non distribuito, Ferrero tornava sulle analogie delle violente affermazioni di Cesare e Mussolini, sottolineando tuttavia ancora una volta la profonda differenza che invece distanziava quelle esperienze dalla storia politica e istituzionale di Augusto:

*«Io non ho mai creduto che il fascismo, dopo aver conquistato il potere, violando la legalità, potrebbe risanare lo Stato; ho sempre creduto che avrebbe aggravato la malattia; non mi sono mai cullato in nessuna illusione, appunto perché il difetto era nel procedimento. [...] Mi venne l'idea di scrivere una lettera aperta al Presidente del Consiglio, pregandolo, poiché mi sembrava non disprezzare come certi suoi colleghi le lezioni di storia, di voler leggere con particolare attenzione non il secondo, ma il quarto e il quinto volume: quelli che raccontano la storia della "ricostruzione" di Augusto. La lettera restò nella penna; ma se l'avessi scritta, avrei detto che i tempi richiedevano non un Cesare ma un Augusto, il quale restaurasse lo Stato, incominciando dal principio, ossia dalla legittimità del governo. Poiché questa è oggi la suprema necessità, sulla quale occorre non cessar mai di battere e ribattere, non ostante tutte le ingiurie di chi non capisce o di chi capisce anche troppo. Augusto insegna».*²⁵¹

Oggi non importa tanto schierarsi con Syme o con Ferrero;²⁵² semmai, credo che sia giunto il tempo di cominciare ad ammettere che l'influenza esercitata dalla retorica e dalla propaganda fascista, che repentinamente da Cesare spostarono i riflettori su Augusto per dare natali illustri alla sgangherata rinascita dell'impero, ha fatto perdere ai moderni, impegnati in una simmetrica ricerca di riequilibrio, la percezione delle concezioni e delle dinamiche politiche e delle forme istituzionali degli ultimi decenni repubblicani, su cui ancora occorre indagare più a fondo, tenendo ben distinte, e non invece costrette nelle visioni della contemporaneità, forma e sostanza.²⁵³

²⁵¹ G. FERRERO, *La democrazia in Italia*, Soveria Mannelli 2000, 83 ss.; sul tema si rinvia al bel saggio di C. SCHIANO, *Borghese, Ferrero e la marcia su Roma*, in QS 71, 2010, 110 ss.; vedi pure L. POLVERINI, *Cesare e Augusto nell'opera di Guglielmo Ferrero*, in K. CHRIST, E. GABBA (a cura di), *Römische Geschichte und Zeitgeschichte in der deutschen und italienischen Altertumswissenschaft während des 19. und 20. Jahrhunderts, I: Caesar und Augustus*, Como 1989, 277 ss.

²⁵² Sulla visione negativa e antimommseniana di Cesare elaborata da Ferrero e vicina a quella di Eduard Meyer (*Kaiser Augustus*, in *Historia Zeitschrift* 91, 1903, 385 ss.) si legga E. GABBA, *Cesare e Augusto nell'interpretazione di Ed. Meyer*, in RSI 94, 1982, 581 ss.; L. POLVERINI, *Cesare e Augusto nell'opera storica di Guglielmo Ferrero*, in K. CHRIST, E. GABBA (a cura di), *Caesar und Augustus*, Como 1989, 277 ss.; E. NARDUCCI, *Cicerone e Cesare nella Grandezza e decadenza di Roma di Guglielmo Ferrero*, in Id., *Cicerone e i suoi interpreti. Studi sull'Opera e sulla Fortuna*, Pisa 2004, 349 ss.; sul clima culturale europeo e sulle influenze reciproche sulle teorie 'elitiste' vedi pure il saggio di L. FEZZI, *Matthias Gelzer, Guglielmo Ferrero e Gaetano Mosca*, in QS 76, 2012, 155 ss.

²⁵³ Del tutto condivisibile l'approccio demartiniano, secondo cui: «la storia di una costituzione politica non dovrebbe mai essere soltanto storia delle forme giuridiche, ma dovrebbe essere ad un tempo storia del potere, quindi della classe di governo» (F. DE MARTINO, *Una rivoluzione mancata?*, cit., 30).

Luciano Canfora, pure con il suo ultimo libro, per la verità più dedicato ad Appiano che ad Augusto, continua autorevolmente a rinnovare la freschezza del parallelismo Augusto-Mussolini lanciato sulla scena storiografica internazionale da un Ronald Syme profondamente impressionato dalle vicende italiane del 1922 e dalla drammatica diffusione dei fascismi in Europa. In quel suggestivo quanto efficace parallelismo i protagonisti dell'antichità e dell'attualità sembravano giocare un'eterna partita pronta a ripetersi nella Storia: così Cicerone-Giolitti che tenta di usare Ottaviano-Mussolini, «ed il giovane e abile demagogo che lascia ai vecchi e sperimentati statisti tale illusione per poi impadronirsi con un colpo a sorpresa di tutto il potere».²⁵⁴ Eravamo, e siamo ancora, dinanzi a un Syme che ha fatto brillantemente calzare alla vicenda augustea il calco di quel passaggio storico in cui il re d'Italia accoglieva l'usurpatore e gli affidava il 28 ottobre del 1922 l'incarico di primo ministro.²⁵⁵ Eppure, ciò che bisogna evitare è proprio di piegare alle visioni moderne quelle antiche. Ma non solo. In questi ultimi decenni una storiografia contemporanea più avvertita e attenta ai documenti aiuta a liberarci anche dei fantasmi del passato e di facili alibi. Grazie alla utilizzazione rigorosa di tutti i materiali disponibili, quei concetti di

²⁵⁴ L. CANFORA, *La prima marcia su Roma*, cit., 72; cfr. ID., *Ottaviano e la prima «marcia su Roma»*, in *I giorni di Roma*, Bari-Roma 2007, 51 s.

²⁵⁵ «Il principato nacque dall'usurpazione», con queste dure e taglienti parole Ronald Syme segna l'esordio del suo *Tacito*, I, Brescia 1967, 7. Invero, la prospettiva di Syme, per quanto possa apparire paradossale, risente tanto, da esserne profondamente condizionata, proprio dei motivi retorici e ideologici del regime fascista: fondamenti genetici del principato di Augusto: nazionalismo, leaderismo carismatico, rivoluzione, salvezza della civiltà occidentale, ecc. Un saggio di ciò lo incontriamo in alcune interessantissime pagine apparse nel 1937, cioè esattamente due anni prima del *The Roman Revolution* di Syme, su una rivista ufficiale del regime fascista. Quelle pagine recavano la firma di P. DE FRANCISCI, *Augusto e l'Impero*, in *Quaderni dell'Ist. Naz. di Cultura Fascista* 15, 1937, 5 ss., e ancora oggi sono esemplari nella loro gonfiezza di sconfinata e orgogliosa retorica; sono sufficienti a farsene un'idea queste righe conclusive: «Si andava così poderosamente affermando una forma di cosmopolitismo, nel quale diventava virtù operante l'idea del genere umano; si compiva una costruzione politica di incommensurabile portata storica nella quale si manifestava il valore universale della potenza di Roma, e si consolidava un patrimonio ideale, che si sarebbe trasmesso per secoli quale inesauribile eredità spirituale, quale sistema di forze vive informatrici di tutta la civiltà occidentale. Patrimonio ideale nel quale trovano radice alcuni di quegli elementi fondamentali che il Fascismo, romano di sapienza e di energia, rinnova, sviluppa e consolida. Mai anzi, come oggi, di fronte all'opera Mussoliniana, quadrata, salda, poderosa nelle sue strutture e chiara, equilibrata nei suoi contenuti ideali, noi abbiamo sentito rinnovarsi la coscienza profonda della virtù perenne di molti valori spirituali che nell'impero di Roma ebbero il loro germe e che il Duce, realizzatore vittorioso, ha trasformato in fermenti rivoluzionarii, composto in una nuova armonia, trasfuso nella sua costruzione politica, resi operanti in tutta la vita nazionale. E non in questa soltanto: perché tuttocciò che da Roma trae il suo nascimento assume – sia detto con buona pace di un certo antiromanesimo che va diventando di moda al di là delle Alpi – universale. Nella vecchia Europa affaticata, percorsa da visioni apocalittiche agitate da falsi profeti, una voce fu udita, che può e deve essere di monito e di guida a quanti vogliono dare una ragione di vita alla loro azione, a quanti credono che si debba coraggiosamente e risolutamente operare per la salvezza anzi per la risurrezione della nostra civiltà. Questa voce, e voce di tale che non ha oggi al mondo chi l'uguagli, viene, ancora una volta, da Roma». Con recentissime e assai godibili pagine A. GIARDINA, *L'impero di Augusto*, in *I volti del potere*, Roma-Bari 2010, 23 ss., ha tracciato il quadro della ricerca (tanto spasmodica quanto grottesca) del regime fascista di un ideologico parallelismo tra l'imperialismo della Roma antica e quello italiano all'insegna del culto del *Dux* del XX secolo. Si legga anche U. BARTOCCI, *L'Istituto di diritto Romano 'Vittorio Scialoja' negli archivi dell'Accademia d'Italia*, in *BIDR* 107, 2013, 335 ss.

rivoluzione e colpo di Stato, come abbiamo avvertito all'inizio di questo contributo, stanno entrando in un cono d'ombra, mentre nuova luce si getta su aspetti sinora oscurati da propaganda e ideologia, accrescendo la consapevolezza che – ben oltre le suggestioni, per quanto profonde e di forte impatto, e gli aspetti propagandistici e di comunicazione – le vicende politiche e costituzionali sono complesse e sovente ingannevoli. E allora, restando al tema di queste pagine, cioè al parallelismo Augusto/Mussolini e alle relative marcie su Roma, in conclusione è utile menzionare la recente ricerca di Donald Sassoon, contenuta in un acuminato e godibilissimo libro dedicato all'avvento al potere della cosiddetta rivoluzione fascista iniziata con la marcia su Roma dell'ottobre del 1922, di cui riporto il seguente brano:

*«La mattina del 30 ottobre 1922 Benito Mussolini arrivò a Roma, non a cavallo, come forse avrebbe vagheggiato inizialmente, ma nel vagone letto di un treno notturno proveniente da Milano, consapevole che re Vittorio Emanuele lo avrebbe nominato presidente del consiglio e gli avrebbe dato l'incarico di formare un governo di coalizione. Mentre il futuro Duce discuteva di strategie con i compagni di viaggio e rifletteva nel suo scompartimento, i suoi sostenitori si avvicinavano alla capitale: alcuni in automobile, altri a piedi, ma soprattutto a bordo di treni speciali, noleggiati con l'aiuto del governo. Era la cosiddetta "Marcia su Roma", che aveva avuto inizio il 28 ottobre. [...] Accade spesso che coloro che agiscono illegalmente cerchino di procurarsi delle ragioni legali per giustificare quanto fatto. A volte i rivoluzionari insistono sulla legittimità delle proprie azioni, ignorando le scorciatoie che dovettero prendere. Nel caso di Mussolini avvenne piuttosto il contrario. Il Duce volle fingere di aver preso il potere con la forza, di averlo conquistato sul campo di battaglia. Ma la sua ascesa al potere, tecnicamente parlando, avvenne all'interno della legge. Come l'ex presidente del consiglio Giovanni Giolitti spiegò nel discorso di Dronero del 16 marzo del 1924, Mussolini era stato nominato costituzionalmente, aveva prestato giuramento al re e alla Costituzione e presentato il suo programma al parlamento al quale aveva chiesto e ottenuto pieni poteri. [...] Venti anni dopo, nel 1944, mentre il Duce affrontava la sconfitta, [...] ridotto ormai a un patetico fantoccio dei nazisti, fuggito dalla prigione nella quale era stato rinchiuso dallo stesso monarca che gli aveva dato l'incarico, Mussolini riconobbe che il fascismo non era salito al potere con una rivoluzione. Una vera rivoluzione, scrisse, avrebbe richiesto un fondamentale mutamento nella cornice istituzionale dello stato, ma questa non era stata nemmeno scalfita dagli eventi dell'ottobre del 1922: "Sia prima che dopo c'era un re". Aveva dimenticato di aggiungere che il re non gli si sarebbe rivoltato contro se il Gran Consiglio del Fascismo non lo avesse obbligato a dare le dimissioni. Il dittatore era salito al potere legalmente e legalmente ne era stato rimosso, non soltanto da una vecchia istituzione come la monarchia, ma anche da una, il Gran Consiglio del Fascismo, che lui stesso aveva creato».*²⁵⁶

Non occorre commentare, se non appena osservare come a volte sul piano della ricerca storiografica si consolidino luoghi comuni, errati e difficili da estirpare, perché non sempre i processi e gli elementi genetici necessariamente coincidano con gli sviluppi e gli approdi successivi; e questo vale sia nelle esperienze statali moderne sia in quelle dell'antichità. Avvento al potere e caduta di Mussolini, in buona sostanza, avvennero nelle forme legali, nulla

²⁵⁶ D. SASSOON, *Come nasce un dittatore. Le cause del trionfo di Mussolini*, Milano 2010, 9 ss.

mutò in quel ventennio la preesistente forma dello Stato italiano che rimase una monarchia, soltanto in seguito archiviata dall'esito di un *referendum* popolare.

Appare invece calzante ricorrere alle parole conclusive di un saggio di Riccardo Orestano licenziato alle stampe nel 1981, il cui titolo, *Rivisitazione di Augusto*, ben si attaglia anche a queste pagine, circa l'importanza delle nozioni di fatto normativo, di costituzione materiale, di costituzionalità: «Se c'è cosa anzi a fare un po' di meraviglia – oggi – è che, dopo quante il nostro secolo ne ha viste, il concetto stesso di 'costituzionalità' non sia dissolto e qui ancora ne sia dato liberamente discorrere, anche se in modi mutati e attenuati, con qualche attendibilità e fondamento; e confidando, per il futuro, in buone 'costituzioni materiali', ché quelle 'scritte' ormai son tutte belle, sovente anche troppo».²⁵⁷

²⁵⁷ R. ORESTANO, *Rivisitazione di Augusto*, in *La rivoluzione romana. Inchiesta tra gli antichisti*, Napoli 1981, 307 (= in Id., *Scritti. IV. Sezione prima. Saggistica*, Napoli 1998, 1976).

SARA LONGO
(Università di Catania)

Il credito del *servus* nei confronti di un *extraneus*:
'*naturale*' *creditum*?

ABSTRACT

The almost common doctrinal opinion which excludes the '*naturale*' character of the *creditum servi* towards an *extraneus*, is questioned through the careful exegesis of D. 44.7.14 (Ulp. 7 *disput.*), in order to give the right value to the Ulpiano's expression '*servi naturaliter obligant*', which cannot be separated from the accurate analysis of the larger context in which it is used: the relationship between the classical jurisprudential notion of *naturalis obligatio*, including the compulsory restrictions of a *servus*, and the praetorian regulations concerning *peculium*.

PAROLE CHIAVE

Naturalis obligatio; *servus*-creditore; *peculium*; adempimento; *ius civile*; efficacia liberatoria.

IL CREDITO DEL *SERVUS* NEI CONFRONTI DI UN *EXTRANEUS*: ‘*NATURALE CREDITUM*?*

SOMMARIO: 1. D. 44.7.14 (Ulp. 7 *disput.*) nella visuale della dottrina. — 2. I tentativi volti a salvare l’attendibilità della testimonianza ulpiana. — 3. Eseggesi di D. 44.7.14. — 4. Rapporti tra la normativa pretoria in tema di *peculium* e la creazione giurisprudenziale della nozione di ‘*naturalis obligatio*’. a) I debiti dello schiavo verso i terzi e verso il proprio *dominus*. — 5. *Segue*. b) I debiti del *dominus* verso il proprio schiavo. — 6. *Segue*. c) I debiti dei terzi verso lo schiavo. — 7. Interpretazione di D. 44.7.14: il *servus* obbliga ‘*naturaliter*’ l’*extraneus*.

1. D. 44.7.14 (Ulp. 7 *disput.*) nella visuale della dottrina.

Nell’ambito dei rapporti obbligatori di cui è parte un *servus*, se la configurazione giurisprudenziale come *naturalis obligatio*¹ tanto dei debiti contratti dal *servus* – sia verso terzi sia verso il proprio *dominus*² – quanto di quelli contratti dal *dominus* verso il proprio *servus*³

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti per Alessandro Corbino*.

¹ Per un esauriente ragguaglio bibliografico in tema di *naturalis obligatio* rinvio al mio contributo «*Actio*» contro il «*fideiussor servi*» e «*actio de peculio*» contro il «*dominus*», in *Labeo* 44, 1998, 377 nt. 2. Per la letteratura successiva *adde*, principalmente, Ph.L. LANDOLT, «*Naturalis obligatio*» and bare social duty, Köln-Weimar-Wien 2000, *passim*; H. HONSELL, ‘*Naturalis obligatio*’, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli 2001, 365 ss.; W. WALDSTEIN, *Natura debere, ius gentium und natura aequum im klassischen römischen Recht*, in *AUPA* 52, 2007-2008, 429 ss.; S. LONGO, *Naturalis obligatio*, in *Handwörterbuch der antiken Sklaverei* (HAS), hrsg. von H. HEINEN, CD-ROM, I-II, Stuttgart 2008, *passim*; L. DI CINTIO, *Natura debere. Sull’elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli 2009, *passim*; A.S. GIUMELLI, *Quia nec natura debet. Una riflessione di Nerazio sulla solutio del pupillo*, in *RIDA* 57, 2010, 217 ss.

² Così Gai. 3.119a; D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 46.1.6.2 (Ulp. 47 *ad Sab.*); D. 46.1.7 (Iul. 53 *dig.*); D. 46.1.16.3 (Iul. 53 *dig.*), e D. 46.1.21.2 (Afric. 7 *quaest.*). La qualifica di *naturale debitum* in capo al *servus* emerge poi indirettamente da tutti quei passi che si limitano ad attestare la valida garanzia *ex fideiussione* del debito servile, alla quale potevano efficacemente ricorrere tanto il terzo (v. D. 15.1.50.2 [Pap. 9 *quaest.*]; D. 44.2.21.4 [Pomp. 31 *ad Sab.*]; D. 46.1.35 [Paul. 2 *ad Plaut.*]; D. 46.3.38.2 [Afric. 7 *quaest.*]) quanto il *dominus* (v. D. 15.1.3.7 [Ulp. 29 *ad ed.*]; D. 46.1.56.1 [Paul. 15 *quaest.*]; D. 46.1.70.3 [Gai. 1 *de verb. oblig.*]), contro il rischio di insufficienza del *peculium* a coprire il debito: ora, dal momento che la *fideiussio* accede validamente ad ogni tipo di *obligatio*, sia *civilis* che *naturalis* (Gai. 3.119a), e non potendo di certo considerarsi *civilis obligatio* il debito contratto dallo schiavo, esso si configura necessariamente e implicitamente come *naturalis obligatio*.

³ Ancorché i testi di riferimento siano di numero alquanto limitato (su questa considerazione v. *infra*, § 7): così D. 35.1.40.3 (Iav. 2 *ex post. Lab.*), e D. 12.6.64 (Tryph. 7 *disput.*).

appare del tutto pacifica in dottrina⁴, la stessa cosa non può dirsi per i debiti contratti da *extranei* in favore del *servus*, il cui inquadramento nel novero delle *naturales obligationes* classiche⁵ è stato, e continua ad essere, fortemente contrastato.

Sul piano testuale, ad alimentare la *vexata quaestio* contribuisce una testimonianza di Ulpiano tratta dai *libri disputationum*,

⁴ Le contrarie teorie di H. SIBER, *Naturalis obligatio*, estr. da *Gedenkschrift für L. Mitteis*, Leipzig 1926, 1 ss., e di P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève 1964, 84 ss., circa la non classicità della *naturalis obligatio servi* (sul punto v. per grandi linee, rispettivamente, *infra*, nt. 17, e § 4 nt. 97; *amplius*, rinvio al mio contributo *D. 46.1.16.3-4 (e D. 44.7.10): ancora una riflessione*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, a cura di C. CASCIONE e C. MASI DORIA, V, Napoli 2007, 2940 ss.) sono rimaste pressoché isolate in dottrina, dove – sulle orme di O. GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, in *Festgabe der juristischen Fakultät zu Königsberg für ihren Senior J.Th. Schirmer zum 1. August 1900*, Königsberg i. Pr. 1900, 139 ss. – appare, per contro, consolidato l'orientamento che individua nelle *obligationes servorum* il nucleo 'originario' della *naturalis obligatio* classica. La diversa, estrema, posizione di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma 1928, 33 ss. e, *amplius*, ID., *Interpretazione di Gaio III 119a*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano 1930, 73 ss. (= ID., *Scritti giuridici*, a cura di U. BRASIELLO, II, Milano 1948, 629 ss.), per il quale il sistema giuridico classico avrebbe individuato nella obbligazione di cui è parte un *servus* l'unica figura di *obligatio naturalis*, non ha avuto séguito tra gli studiosi (a parte una prima adesione, ben presto però abbandonata, di E. ALBERTARIO, *Rec. di H. SIBER, Naturalis obligatio* [1926], in *AG* 102, 1929, 235 s. [pubbl. successivamente, con il titolo *A proposito di obligatio naturalis*, in E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano. III. Obbligazioni*, Milano 1936, 63 s.]), non potendosi sicuramente escludere dal novero delle obbligazioni naturali classiche i debiti contratti dal *filius* col proprio *pater* o altro componente la *familia*.

⁵ Riecheggiando precedenti posizioni dottrinali, essenzialmente basate sul celebre frammento giuliano *D. 46.1.16.3-4 (Iul. 53 dig.)* attestante nella sua stesura attuale (ma v. *infra*, § 4 e nt. 95) l'esistenza di una dicotomia di *naturales obligationes*, quelle fornite di azione e quelle incoercibili la cui efficacia si esplica nella irripetibilità dell'eventuale pagamento spontaneo (cfr. G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Étude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon 1932, 605; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, 132 ss.; R. VOGGENSPERGER, *Der Begriff des «ius naturale» im römischen Recht*, Basel 1952, 48 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano 1954, 345 e nt. 6, e analogamente nelle edizioni successive delle *Istituzioni* fino all'ultima, VI ed., Milano 2004, 424 e nt. 1; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali*, Padova 1962, 35 ss.; J.A.C. THOMAS, *Naturalis obligatio pupilli*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, hrsg. von W.G. BECKER und L. SCHNORR VON CARLSFELD, Berlin 1970, 476 ss.), si è fatto strada un recente orientamento il quale, pur riconoscendo come originari i *naturalia debita* dei *potestati subiecti*, attribuisce ai giuristi severiani la tendenza ad estendere la qualifica di '*naturalis*' – ancorché con un significato meno tecnico – alle *obligationes iuris gentium* basate sulla *fides*. Così, tra gli altri, M. KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München 1971, 335; A. BURDESE, *La «naturalis obligatio» nella più recente dottrina*, in *Studi Parmensi* 32, Milano 1983, 73 s., 78 (= ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 218, 222); P. JÖRS-W. KUNKEL-L. WENGER, *Römisches Recht*, IV Aufl., bearbeitet von H. HONSELL, Th. MAYER-MALY und W. SELB, Berlin-Heidelberg-New York 1987, 216 s.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011, 566 s.; un atteggiamento più cauto assumono, al riguardo, A. MANTELLO, '*Beneficium servile - Debitum naturale. Sen., de ben. 3.18.1 ss. - D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post. Lab.)*', I, Milano 1979, 196 nt. 16; M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (storia). a) diritto romano*, in *ED* 29, Milano 1979, 66 e nt. 458, e, da ultimo, H. HONSELL, '*Naturalis obligatio*', cit., 375 nt. 20.

D. 44.7.14 (Ulp. 7 *disput.*): *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor,*

nella quale il giurista, anzitutto qualifica a chiare lettere come ‘*naturalis*’ non soltanto la posizione debitoria dello schiavo, ma anche la sua posizione creditoria: ‘*servi ... ex contractibus ... naturaliter et obligantur et obligant*’; quindi prosegue, prospettando il caso di un prestito pecuniario concesso da un *servus* ad un *extraneus* il quale, adempiendo in qualità di mutuatario allo schiavo manomesso, si libera del suo debito: ‘*si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor*’; il pagamento del terzo debitore, in altri termini, è efficace.

Il passo ulpiano è stato variamente utilizzato sia dalla manualistica sia, e in special modo, dalla dottrina specialistica.

La prima lo ha nel tempo sottoposto, alternativamente, a sorti diverse.

Da una parte, si tende a far leva – ora in maniera espressa, ora solo implicitamente – su D. 44.7.14 per argomentare la configurazione classica come *naturale creditum* ‘anche’ del credito servile nei confronti di un *extraneus*. Emblematico in tal senso il modo di esprimersi, tra gli altri, di Arangio-Ruiz: «Il paradigma dell’obbligazione naturale è offerto ... dai debiti e crediti degli schiavi; sappiamo che dal contratto dello schiavo nasce un credito del padrone, e che in certi casi il padrone ne rimane anche obbligato verso il terzo contraente. Ma indipendentemente da tali rapporti fra padrone ed estraneo, che sono obbligazioni vere e proprie, i Romani riconoscono fra il servo stesso e l’estraneo un rapporto sociale analogo all’obbligazione, a cui danno il nome di *obligatio naturalis* ... Così, se il servo ha un peculio, il pagamento da lui fatto entro i limiti di esso è pienamente valido, e non può essere revocato né dal servo stesso né dal padrone; egualmente valido è il pagamento fatto dal servo, o dall’estraneo a lui, dopo la manumissione⁶; come pure quello di Volterra: «Né il *servus* né la persona libera potevano agire per ottenere l’adempimento, ma se il *servus*, anche dopo che fosse stato manomesso, adempiva all’impegno che aveva assunto, né egli né il suo *dominus* avevano azione per ripetere quanto era stato pagato; se la persona libera adempiva al suo impegno verso il *servus* anche dopo la manomissione di questo, non aveva neanche essa azione per ripetere dal *servus* o dal *dominus* di

⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1966 (rist. 1991), 410. In questa direzione già E. PETIT, *Traité élémentaire de droit romain*⁵, Paris 1906, 521 e nt. 6; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, III, Torino 1922, 54 e nt. 80; E. COSTA, *Storia del diritto privato romano. Dalle origini alle compilazioni giustinianee*², Torino 1925, 421 e nt. 4; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, VIII éd. revue et mise à jour par F. SENN, Paris 1929, 681 e nt. 2; P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, II, publié et mis au courant par les soins de R. MONIER, Paris 1929, 251; E. BETTI, *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova 1935, 134 s., e, in termini più espliciti, ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1942, 62: «... la giurisprudenza romana costruisce il concetto di una obbligazione di fatto (*obligatio naturalis*) che sorge quando lo schiavo contrae verso una persona libera o una persona libera contrae verso lo schiavo un vincolo mediante un negozio che varrebbe a costituire un’obbligazione vera e propria se i contraenti fossero entrambi capaci di diritto»; A.E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, I³, Paris 1938, 203 e nt. 2; J.C. VAN OVEN, *Leerboek van romeinsch Privaatrecht*³, Leiden 1948, 385 e nt. 447; W.W. BUCKLAND, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*², Cambridge 1950, 552, e ID., *A manual of roman private law*², Cambridge 1953 (rist. Aalen 1981), 336; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, IV ed. curata e integrata da G. GROSSO, Milano 1953, 422; S. DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino 1954, 228.

questo quanto aveva pagato: tali pagamenti non costituivano *indebiti solutio*⁷. Nella medesima direzione si pongono, in tempi più recenti, le affermazioni di Guarino: «nella giurisprudenza classica ... si indusse ... a considerare gli schiavi ... debitori o anche creditori naturali in ordine alle obbligazioni derivanti da atti leciti. Questa impostazione ... comportò principalmente che il diritto alla *soluti retentio* ... potesse essere fatto valere, dallo stesso schiavo manomesso, in veste di creditore naturale, nei confronti di chi avesse spontaneamente adempiuto un'obbligazione assunta, per causa lecita e prima dell'affrancazione, a favore di lui»⁸; e di Giuffrè: «... non fu ammesso a ripetere quanto prestato chi avesse contratto un impegno con un servo, e l'avesse soddisfatto dopo la liberazione di costui»⁹.

Dall'altra, per contro, o si tende – sul presupposto della inattendibilità di D. 44.7.14 – ad inquadrare il debito assunto dal terzo in favore dello schiavo nella categoria postclassico-giustiniana delle obbligazioni naturali¹⁰, oppure si fa una utilizzazione 'parziale' della testimonianza ulpiana, richiamata u n i c a m e n t e quale (ulteriore) argomentazione testuale a sostegno del carattere 'naturale' dei debiti servili, circoscrivendo così indirettamente l'attenzione alla frase '*servi naturaliter obligantur*' per ignorare, invece, la successiva proposizione '*et (sott. naturaliter) obligant*'¹¹.

Tra queste, ben definite, prese di posizione si registra poi, e peraltro in termini più diffusi, un atteggiamento volutamente cauto – ma, proprio per questo, altresì ambiguo – da parte

⁷ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 636 s.

⁸ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 785 s. e nt. 64.3.2; cfr. altresì J.A.C. THOMAS, *Textbook of roman law*, Amsterdam-New York-Oxford 1976, 220; A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, I, Santiago de Chile 1996, 698 e nt. 66. Assolutamente generico, sul punto, il pensiero di U. VINCENTI, in E. CANTARELLA-V. MAROTTA-B. SANTALUCIA-A. SCHIAVONE-E. STOLFI-U. VINCENTI, *Diritto privato romano. Un profilo storico*², a cura di A. SCHIAVONE, Torino 2003, 336 s.: «Il vincolo al quale è assoggettato l'obbligato ... manca in quei rapporti che i Romani qualificavano *obligationes naturales* ... In tali situazioni, in cui almeno uno dei soggetti – *servus*, *filius familias* ... – era privo di capacità giuridica patrimoniale, non era possibile che corresse un *vinculum iuris* ..., non essendoci alcuna *obligatio* ... Lo stesso valeva però dove il rapporto fosse intercorso tra schiavo e padrone ...»; come pure quello di G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, VI ed. rinnovata, Catania 2013, 415: «... i beni facenti parte del *peculium* potevano costituire anche grandi patrimonii, che permettevano di svolgere attività commerciale e intrattenere, di fatto, rapporti di dare ed avere, non solo con i terzi, ma perfino col proprio ... *dominus*. Non si trattava di pretese a tutela delle quali si potesse esperire un'azione, ma i giuristi parlarono di *naturales obligationes*, e ricollegarono ad esse rilevanti effetti giuridici ...».

⁹ V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*⁴, Napoli 2006, 364.

¹⁰ Mi riferisco, tra gli altri, a R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II⁵, Paris 1954 (rist. Aalen 1970), 252.

¹¹ Così G. CORNIL, *Droit romain*, Bruxelles 1921, 249; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni (Dalle lezioni)*, Roma 1925, 401 (= rist. corretta, a cura di G. BONFANTE e di G. CRIFÒ, Milano 1979, 208); M. KASER, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*¹⁴, München 1986, 155 (nonché, da ultimo, M. KASER-R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*¹⁷, München 2003, 191); G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA, Torino 1991, 523 (mentre nell'ultima edizione di G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, elaborata con la collaborazione di R. FERCIA, L. PEPPE, G. ROSSETTI, M.V. SANNA, M.U. SPERANDIO, Torino 2012, 309, per un verso non si fa alcun cenno a D. 44.7.14, per altro verso vengono inquadrati tra le *naturales obligationes* classiche i debiti contratti dal *servus* verso terzi nonché i debiti contratti tra *servus* e *dominus*); P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Genève-Zurich-B le 2008, 340 e nt. 1008.

di coloro che fanno passare sotto silenzio il *debitum* contratto dal terzo verso lo schiavo; *debitum* che risulta così non essere preso in alcuna considerazione all'interno della trattazione delle figure di *obligatio naturalis*¹². Anzi, sotto questo aspetto, non mancano altresì quegli studiosi che non accennano alla posizione creditoria 'naturale' dello schiavo neppure verso il proprio *dominus*, nonostante questa costituisca con tutta probabilità la prima attestazione giurisprudenziale di *naturale debitum*¹³, limitandosi per conseguenza ad inquadrare tra le *naturales obligationes* classiche soltanto i debiti servili: quelli contratti con terzi estranei e quelli contratti con l'avente potestà¹⁴.

Passando a considerare la letteratura specifica, notoriamente copiosa, gli studiosi che si sono accostati al tema della *naturalis obligatio* hanno costantemente messo in discussione la genuinità di D. 44.7.14, per tutta una serie di contraddizioni che il testo presenterebbe nella sua redazione attuale, non immune da probabili ingerenze compilatorie formali e sostanziali, mostrandosi conseguentemente propensi, in misura pressoché univoca, a negare, almeno per

¹² Cfr., ad es., B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965, 404 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 529 (e Id., *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001, 269); H. HAUSMÄNGER-W. SELB, *Römisches Privatrecht*⁸, Wien-Köln-Weimar 1997, 268 s.; J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Paris 1998, 250; H. HONSELL, *Römisches Recht*⁵, Berlin-Heidelberg-New York 2002, 82; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, X ed. curata ed aggiornata da A. CORBINO e A. METRO, Soveria Mannelli 2002, 286 s.; P. VOCI, *Istituzioni*⁶, cit., 424; R. LAMBERTINI, in D. DALLA-R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 2006, 314 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 409, 196; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino 2008, 349 s.; M. BRUTTI, *Il diritto privato*², cit., 565 s.; A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti Fondamenti Discipline*³, Padova 2014, 610 s.

¹³ Secondo quanto risulta da D. 35.1.40.3 (Iav. 2 *ex post. Lab.*): testimonianza notissima, la più antica che contenga il richiamo alla figura della *naturalis obligatio*. Sul punto, W. WALDSTEIN, *Iavolen D. 35,1,40,3 und Ulpian D. 12,4,3,7 als Beispiele für den Einfluss der griechischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft*, in OIR 9, 2004, 224 s., 227 s., pur non disconoscendo la fondatezza di tale assunto, ritiene (interpretando in tal senso l'opinione di Labeone riferita da Ulpiano in D. 47.4.1.1 [Ulp. 38 *ad ed.*]: *Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio* ...) che il concetto di *natura debitum*, deducibile dal riferimento labeoniano alla *naturalis aequitas*, fosse già noto al giurista tardo repubblicano per effetto di quegli stessi influssi della filosofia greca, che avrebbero poi segnato le posizioni dei Sabiniani di cui Giavoleno fu lo scolarca. Questi risultati vengono confermati dall'a. in W. WALDSTEIN, *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE, Pavia 2007, 317 ss. Su D. 35.1.40.3 v. *infra*, § 5.

¹⁴ È questa l'impostazione seguita, tra gli altri, da G. LONGO, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino 1939, 284; E. WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*², Basel 1949, 267; F. SCHULZ, *Classical roman law*, reprint of the ed. Oxford 1951, enlarged by W. ERNST, Aalen 1992, 461; R.W. LEE, *The elements of roman law*⁴, London 1956, 285; J. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid 1992, 270; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino 1994, 358; A. D'ORS-X. D'ORS, *Derecho privado romano*⁹, Pamplona 1997, 415; J. IGLESIAS, *Derecho romano*, XII ed. revisada con la colaboración de J. IGLESIAS-REDONDO, Barcelona 1999, 247; Th. MAYER-MALY, *Römisches Recht*², Wien-New York 1999, 105; A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 2003, 422; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*², Torino 2008, 33; E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010, 356, e Id., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 2015, 265 s.; F. LUCREZI, in F.M. D'IPPOLITO-F. LUCREZI, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*³, Napoli 2012, 224; R. MARTINI-S. PIETRINI, *Appunti di diritto privato romano*³, Padova 2013, 139 s.; A. LOVATO, in A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino 2014, 445; A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino 2015, 357.

il sistema giuridico classico, la configurabilità in capo al terzo di un *natura debere* a favore del servo.

In tempi più remoti è Siber a ravvisare nel tratto iniziale del passo ulpiano diverse alterazioni¹⁵. Per un verso, lo studioso si mostra sorpreso del fatto che la contrapposizione *civilis-naturalis*, presente in D. 44.7.14 a proposito delle *obligationes ex contractu*, non si riscontri invece rispetto alle *obligationes ex delicto*: posto che il debito nascente da atto illecito non poteva in sede processuale farsi valere contro lo schiavo autore del *delictum* se non *post manumissionem*, allora anche siffatto debito si sarebbe dovuto qualificare come *obligatio naturalis* se con tale espressione si fosse inteso fare riferimento al debito privo di azione; per altro verso, egli considera sospetta nel brano la mancanza di simmetria tra i debiti servili da contratto, per i quali troviamo detto che gli schiavi '*civiliter ... non obligantur, sed naturaliter ... obligantur*', e i crediti servili da contratto, rispetto ai quali invece si legge solamente che gli schiavi '*naturaliter obligant*', senza cioè la specificazione '*civiliter non obligant*'¹⁶. Da qui l'autore ricostruisce la possibile stesura originaria di D. 44.7.14 in questi termini¹⁷: '*Servi ex delictis quidem obligantur [et], si manumittantur, [obligati remanent:] ex contractibus autem [civiliter quidem] non obligantur[, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor]*'¹⁸.

Benché la ricostruzione del passo proposta da Siber non ha avuto complessivamente séguito nella romanistica¹⁹ che ha respinto sia i tagli ingiustificatamente operati sul tratto testuale dedicato alle obbligazioni servili *ex delicto*²⁰, sia la natura compilatoria del richiamo

¹⁵ Per i sospetti di interpolazione avanzati dalla dottrina ancora precedente, e per le relative ricostruzioni proposte cfr. l'*Index itp.*, *ad h.l.*

¹⁶ H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 35 ss.; cfr. pure *ibidem*, 18, 43.

¹⁷ In linea, peraltro, con la sua teoria (v. *supra*, nt. 4) la quale, facendo leva tanto su alcune testimonianze dei *Digesta* (D. 50.17.84.1; D. 19.2.1; D. 12.6.15 pr.; D. 45.1.126.2) quanto sulla definizione gaiana del *ius gentium* quale *ius* basato sulla *naturalis ratio* (Gai. 1.1), ricollega nel sistema giuridico classico la qualifica tecnica di *naturales obligationes* ai rapporti obbligatori *iuris gentium*; mentre alle obbligazioni servili, in quanto prive di azione, i giuristi avrebbero attribuito la semplice denominazione di *debita* (e mai di *obligationes*), produttivi di effetti giuridici limitati, quali l'irripetibilità del *solutum*, la *deductio peculii*, la possibilità di prestare *fideiussio*. Sarebbero stati i giustinianeî, alla luce del nuovo concetto di *ius naturale* (D. 1.1.11; I. 1.2.11), ad estendere la nozione di *naturalis obligatio* al *debitum servi*, creando così non poca confusione, in quanto avrebbero finito per ricondurre a un concetto unitario due fattispecie distinte: le obbligazioni coercibili, che i classici avevano qualificato *naturales* perché basate sul *ius gentium* (sinonimo di *ius naturale*), e i debiti incoercibili prima denominati soltanto *debita*.

¹⁸ H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 35; cfr. pure ID., *Römisches Recht. II. Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 166 s., dove però risulta escluso dalla ricostruzione testuale di D. 44.7.14 il periodo finale '*denique si servo - liberor*'.

¹⁹ Se si eccettua qualche caso isolato: cfr. aa. citt. *infra*, nt. 20 in fine.

²⁰ Tagli contro i quali si pronunciano, tra gli altri, B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in AUPA 10, 1925, 175; F. PRINGSHEIM, *Rec. di H. SIBER, Naturalis obligatio* (1926), in ZSS 46, 1926, 359; O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, in ZSS 47, 1927, 18 (= ID., *Gesammelte Schriften*, herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND und F. D'IPPOLITO, IV, Napoli 1992, 508); G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano 1930, 503 s. nt. 9, 524 s. nt. 80, 526 s. nt. 86, 591 e nt. 260 (= ID., *Scritti vari di diritto romano*, con prefazione di G. GROSSO, Torino 1952, 253 s. nt. 9, 281 ss. nt. 80, 284 s. nt. 86, 373

alla *naturalis obligatio* in capo al *servus*, salvando per contro la genuinità dell'ulpiano 'naturaliter obligantur', la nostra testimonianza non è comunque rimasta estranea ai sospetti di interventi interpolazionistici fortemente nutriti dalla dottrina successiva.

Mi riferisco, in primo luogo, a Burdese, il quale nei suoi molteplici lavori dedicati alla figura dell'*obligatio naturalis*²¹ tiene sempre a sottolineare l'impossibilità di utilizzare D. 44.7.14 a sostegno della pretesa classicità del *naturale creditum* servile verso *extranei*²², portando avanti due argomentazioni fondamentali²³. Anzitutto, è significativa per l'autore la circostanza che nelle fonti non si rinviene nessun'altra attestazione di *naturalis obligatio* contratta dal terzo in favore dello schiavo; sicché il testo di Ulpiano costituirebbe l'unico caso di 'coesistenza' del credito naturale in capo al *potestati subiectus* con il credito civile in capo all'avente potestà, entrambi derivanti dal medesimo atto negoziale. E poi, la fattispecie ulpiana 'si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor' va inquadrata – secondo lo studioso – nella regolamentazione pretoria in tema di *peculium* circa la legittimazione dello schiavo manomesso a ricevere, con efficacia liberatoria, il pagamento del debito civile²⁴ che l'estraneo, avendo assunto con il *servus* prima della *manumissio*, ha verso il *dominus*²⁵. Per cui, ferma restando la genuinità della soluzione al caso illustrato in chiusura di D. 44.7.14, ciò che invece per Burdese dovrà ascriversi all'iniziativa compilatoria è «il suo collegamento con la possibilità, riconosciuta al servo, di obbligare *naturaliter* l'estraneo, oltre che la stessa menzione di tale presunta ipotesi di *naturalis obligatio*»²⁶.

e nt. 262); J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930, 157 nt. 73; H.J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in ZSS 53, 1933, 317 e nt. 3. *Contra*, alla ricostruzione proposta dallo studioso tedesco per D. 44.7.14 aderiscono K. HELDRICH, *Rec.* di B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico* (1925), in ZSS 46, 1926, 430, e G. PACCHIONI, *L'«obligatio naturalis» nel diritto romano classico e nel diritto attuale*, in *Riv. dir. civ.* 18, 1926, 47, accanito sostenitore, più in generale, della teoria di Siber: al riguardo, cfr. pure ID., *Manuale di diritto romano*, Torino 1935, 438 ss.

²¹ Cfr., in particolare, dell'autore: *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino 1955, *passim*; *Dubbi in tema di «naturalis obligatio»*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano 1972, 485 ss.; *La «naturalis obligatio»*, cit., 45 ss. (= A. BURDESE, *Miscellanea*, cit., 195 ss.); *adde* le *Recc.* di G.E. LONGO, *Ricerche sull'«obligatio naturalis»* (1962), in *Iura* 14, 1963, 264 ss., di I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»* (1976), in *Iura* 27, 1976, 202 ss., e di A. MANTELLO, *'Beneficium' servile – 'Debitum' naturale. Sen., de ben. 3.18.1 ss. – D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post. Lab.)*, I (1979), in *Iura* 30, 1979, 166 ss.

²² Sviluppando, peraltro, precedenti posizioni dottrinali in tal senso: così G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, cit., 629 ss., e E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*, III, Milano 1938, 121.

²³ A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 45 ss.

²⁴ I passi richiamati in proposito da Burdese sono D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 46.3.32 (Iul. 13 *dig.*), e D. 40.3.3 (Pap. 14 *resp.*); su queste testimonianze (alle quali lo studioso affianca *Fragm. Vat.* 260 [Pap. 12 *resp.*], che riguarda però un caso di pagamento effettuato dall'*extraneus* al figlio *post emancipationem*) v. *infra*, § 6 in fine.

²⁵ E ciò sulla scia di J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, cit., 156 s.: «... lo schiavo a cui si è un altro obbligato, non può naturalmente *acceptum facere*, e accettando il pagamento libera il debitore non come un creditore naturale, ma solo nella sua funzione di persona legittimata ad accettare il pagamento dal creditore, e così libera il debitore dal vero creditore, non trattandosi di altro» (*ibidem*, 157 nt. 70).

²⁶ A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 47; anche per questo aspetto l'a. fa proprio un precedente pensiero espresso da J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, cit., 157.

Non meno duri si rivelano gli attacchi alla testimonianza ulpiana mossi da Giovanni Elio Longo e da Cornioley, peraltro alimentati pure dalla più generale propensione, che accomuna i due autori, ad escludere dal sistema giuridico classico la configurazione di qualsivoglia tipo di *naturale creditum* servile. Il primo, rifiutatosi espressamente persino di occuparsi della «pretesa» esistenza di crediti naturali dello schiavo verso terzi²⁷, si limita a recepire asetticamente i rilievi critici variamente mossi a D. 44.7.14²⁸, ritenendo del tutto «superfluo aggiungere alcunché sul passo visibilmente alterato»²⁹. Il secondo si sofferma più a lungo sul brano di Ulpiano, ma per giungere ugualmente alla medesima conclusione di escludere il carattere ‘naturale’ al credito del *servus*, il quale nel pensiero giurisprudenziale classico si sarebbe configurato unicamente come credito civile del *dominus*³⁰; mentre relativamente al tratto ‘*servi ... ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant*’, lo studioso francese propone di espungere come insiticia la frase [*et obligantur et obligant*]³¹.

Migliore fortuna non può dirsi abbia avuto il nostro D. 44.7.14 in tempi successivi.

Così per la sua inutilizzabilità si pronuncia, tra gli altri, Mantello, ancorché con toni cauti: «Tralascio ... di mettere a frutto D. 44.7.14 ... per le difficoltà testuali che pone a proposito del richiamo al *credere* dello schiavo; e soprattutto perché, anche a considerare non insiticio l’*et obligant*, la frase immediatamente successiva a quella trascritta sembra circoscrivere la soluzione piuttosto a un credito spettante al servo verso l’estraneo»³²; mentre

²⁷ G.E. LONGO, *Concetto e limiti dell’obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, in SDHI 16, 1950, 91 nt. 12.

²⁸ G.E. LONGO, *Ricerche sull’«obligatio naturalis»*, Milano 1966, 90 s.; cfr. pure *ibidem*, 95, 294 e nt. 2 (e già ID., *Concetto e limiti dell’obbligazione naturale dello schiavo*, cit., 98).

²⁹ G.E. LONGO, *Ricerche sull’«obligatio naturalis»*, cit., 90 (e già ID., *Concetto e limiti dell’obbligazione naturale dello schiavo*, cit., 98).

³⁰ P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l’origine et l’évolution*, cit., 170: «Il n’est pas contesté en effet que les créances acquises par l’esclave passent directement au titulaire de la *potestas*, qui devient seul créancier, de sorte que la notion même de créance de l’esclave envers un *extraneus* est inconnue du droit classique». A sostegno testuale di ciò, l’a. richiama D. 45.3.40 (Pomp. 33 *ad Q. Mucium*): *Quidquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulit in alienationem vel manumissionem suam, tamen nobis id acquisitum erit, quia potestas eius tunc, cum id contraheret, nostra fuit ...*, e D. 15.1.41 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et, si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur*; su quest’ultima testimonianza ulpiana v. ampiamente *infra*, § 7.

³¹ P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l’origine et l’évolution*, cit., 168 ss.; cfr. pure *ibidem*, 149, 163, 217 nt. 154, 270; mentre l’affermazione che risulta dall’espunzione, ‘*ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter*’, andrebbe interpretata, in sintonia con la teoria dell’a. basata sull’ambivalenza della nozione di *naturalis obligatio* – obbligazione non formale *iuris gentium*, e stessa obbligazione non formale ma incoercibile in quanto contratta da un *potestati subiectus* – «comme une allusion aussi bien à la nature des contrats par lesquels les esclaves peuvent s’obliger qu’à l’absence d’action qui caractérise leurs obligations» (*ibidem*, 149). Perplesività, sulle considerazioni espresse da Cornioley in merito a D. 44.7.14, manifesta M. KASER, *Rec. di P. CORNIOLEY, Naturalis obligatio. Essai sur l’origine et l’évolution de la notion en droit romain* (1964), in ZSS 83, 1966, 469 e ntt. 42, 44.

³² A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile*–‘*Debitum naturale*, I, cit., 219 s. nt. 54, il quale sul punto si richiama espressamente a A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 46.

Talamanca non usa mezzi termini quando, dopo aver indicato quali casi paradigmatici di *naturalis obligatio* classica gli obblighi contratti dal *servus* (e dal *filius familias*), osserva come «Egualemente vengono in considerazione i crediti delle *personae alieni iuris* verso l'avente potestà o gli altri soggetti alla medesima potestà, non verso gli estranei, dacché codesti sono obbligati, *civiliter*, verso il *pater* o *dominus*»³³, non dando in tal modo credito, indirettamente ma anche inequivocabilmente, alla testimonianza ulpiana³⁴.

2. I tentativi volti a salvare l'attendibilità della testimonianza ulpiana.

All'interno di questo quadro dottrinale così compatto si registra, in effetti, qualche dissonanza rappresentata, a più riprese, da alcuni interventi volti in qualche modo a difendere, ora con toni espressi ora per via indiretta, l'autenticità di D. 44.7.14.

È il caso di Perozzi il quale, seppur in un contesto di trattazione generale qual è la sua opera istituzionale, evidenzia la possibilità che il credito servile verso l'*extraneus*, che è anzitutto un credito civile del *dominus*, divenga 'anche' credito naturale dello schiavo quando dal *dominus* gli sia stato permesso di contrarlo come affare riguardante lo stesso schiavo³⁵; una prospettiva, questa, aspramente criticata sia da Longo, per il quale essa «non trova fondamento nelle fonti: occorre infatti guardarsi dal riferire ogni caso di attività o passività peculiare all'esistenza di una *obligatio naturalis*; le fonti son ben lontane dall'offrire una base a tale riferimento, né configurano come *obligatio naturalis* un caso come quello menzionato dal Perozzi»³⁶, sia, in termini praticamente analoghi, da Burdese³⁷, per poi essere ben presto fatta cadere nel nulla³⁸.

Nell'analizzare D. 44.7.14, anche Devilla mostra di non lasciarsi condizionare dall'interpretazione della *communis opinio*, proponendo del brano una lettura complessivamente più conservativa³⁹. In particolare lo studioso, senza discostarsi dal concorde presupposto dottrinale secondo cui, diversamente dai debiti servili verso terzi e verso il *dominus* che si configurano quali *obligationes naturales*, i crediti servili verso terzi erano crediti '*civiles*' del *dominus*⁴⁰, prova

³³ M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni*, cit., 59 nt. 418.

³⁴ Dubbioso, invece, si mostra a questo proposito M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, I, cit., 481 nt. 23: «Ob Ulp. D. 44,7,14 (verkürzt) Naturalschulden Dritter gegenüber dem Sklaven beweist, ist fraglich». Successivamente, però, l'a. cambierà opinione (cfr. ID., *Ein Studienbuch*¹⁴, cit., 155, nonché, da ultimo, M. KASER-R. KNÜTEL, *Ein Studienbuch*¹⁷, cit., 191), escludendo dal novero delle *naturales obligationes* classiche il *debitum* contratto dall'estraneo in favore dello schiavo, e ponendosi così in linea con quell'orientamento della manualistica che attribuisce carattere compilatorio all'*et obligant* di D. 44.7.14: v. *supra*, nt. 11.

³⁵ S. PEROZZI, *Istituzioni*, II², cit., 34 s.

³⁶ G.E. LONGO, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo*, cit., 91 s. nt. 12.

³⁷ A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 28 nt. 2; v. pure *infra*, nt. 38.

³⁸ Già lo stesso Burdese nei contributi successivi alla monografia del 1955 (v. *supra*, § 1 nt. 21) mostra infatti di ignorarla, seguito in ciò dagli altri specialisti in tema di *obligatio naturalis*, ad eccezione di I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, Napoli 1976, 250 nt. 61; mentre V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, in *Studi Sassaesi* 17, Sassari 1939-40, 235 e nt. 127, addirittura travisa, su questo punto, il pensiero di Perozzi, includendo erroneamente lo studioso tra coloro che escludono il carattere di *naturale debitum* all'obbligazione contratta dall'*extraneus* in favore del *servus*.

³⁹ V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 239 ss.

⁴⁰ V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 239, 240.

a salvare come genuina nel passo ulpiano la frase ‘*naturaliter ... et obligant*’, con la quale il giurista severiano avrebbe inteso richiamarsi sì ai crediti servili *ex contractibus*, ma per indicare i soli crediti contratti dallo schiavo nei confronti del proprio *dominus*, che erano appunto crediti naturali. Sennonché, per rendere siffatta interpretazione coerente con il séguito di D. 44.7.14, Devilla non può comunque sottrarre il testo dal dubbio della mano compilatoria, vedendosi costretto a ritenere rimaneggiato, nella forma e nella sostanza, il periodo finale ‘*denique si servo-liberor*’, di cui peraltro appare per l’autore fortemente sospetto il verbo ‘*liberor*’ che non si adatterebbe a designare l’effetto tipico dell’adempimento di una *naturalis obligatio* estrinsecantesi nella irripetibilità del pagamento⁴¹; per contro, Ulpiano nella redazione originaria del brano «esprimeva il concetto che il *servus* ... non risponde, che naturalmente, da debiti *ex contractu*, e può obbligare altri in via naturale, come avviene nel caso in cui il *servus* abbia dato a mutuo del danaro al *dominus* e costui abbia pagato dopo la manumissione: ... *si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, [liberor]* <repetere non potero>»⁴².

Ma anche il suggerimento interpretativo di Devilla non trova terreno fertile⁴³ nella letteratura specialistica⁴⁴ che non indugia a ritenerlo, ora «per nulla persuasivo»⁴⁵, ora «del tutto infondato»⁴⁶. Tanto che lo stesso studioso, lasciandosi forse suggestionare da queste critiche, assumerà sul punto un atteggiamento decisamente più prudente quando ritorna ad occuparsi di *obligatio naturalis*, limitandosi a prendere in considerazione D. 44.7.14 unicamente ad ‘ulteriore’ conferma testuale della configurazione classica come *naturalia debita* degli obblighi servili contratti sia con *extranei* sia con il *dominus*; così facendo, egli mette a tacere il riferimento ulpiano tanto ai crediti naturali del *servus* quanto, conseguentemente, all’ipotesi di pagamento da parte del terzo-mutuatario allo schiavo manomesso, autore del prestito⁴⁷.

⁴¹ V. DEVILLA, *Studi sull’obligatio naturalis*, cit., 240: «Il *liberor* ... non è da ascrivere ad Ulpiano, perché *liberari, liberatio*, designa la liberazione non di una *obligatio naturalis* ma di una *civilis*. Nei casi in cui i giuristi parlano di adempimento di una *obligatio naturalis*, non accennano mai ad alcun effetto liberatorio, ma a quello tipico della esclusione della *condictio indebiti*».

⁴² V. DEVILLA, *Studi sull’obligatio naturalis*, cit., 241. Nell’attuale fattispecie ‘*denique si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor*’ è oltremodo visibile – tiene a precisare lo studioso – «la direttiva giustiniana di generalizzare ... Se si traduce (scil. *denique*) con *perfino*, con *anzi*, *basti dire che*, si potrebbe credere che esistano numerosi casi in cui il *servus* abbia ad obbligare altri *ex contractu* e che quello del credito verso il *dominus*, costituisca un esempio. Che questo senso abbiano voluto dare i compilatori è probabile; essi non potevano ammettere una obbligazione naturale nel caso in cui lo schiavo assume un debito e negarla quando riveste la qualità di creditore» (*ibidem*, 240).

⁴³ Mentre assolutamente inutilizzabile si rivela quello di E. LEVY, *Natural law in roman thought*, in SDHI 15, 1949, 15 e nt. 120, il quale sembrerebbe dar credito a D. 44.7.14 quando afferma che «... a payment made under this contract, whether by him (scil. the slave) or a third person, could not be recovered ... The jurists, however, coined it *obligatio naturalis*»; sennonché subito dopo, a conferma di questa sua asserzione, l’a. richiama del testo ulpiano soltanto la frase secondo cui gli schiavi non si obbligavano *civiliter*, ma *naturaliter*.

⁴⁴ *Contra*, mostra di ricollegarsi sostanzialmente ad esso H. KRELLER, *Rec. di A. BURDESE, La nozione classica di naturalis obligatio* (1955), in SDHI 22, 1956, 394.

⁴⁵ Così G.E. LONGO, *Concetto e limiti dell’obbligazione naturale dello schiavo*, cit., 98 nt. 35, e *Id.*, *Ricerche sull’obligatio naturalis*, cit., 90 nt. 126.

⁴⁶ Così A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 46 nt. 42.

⁴⁷ Cfr. V. DEVILLA, *L’obbligazione naturale nel diritto classico*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, 367, 373 e nt. 24.

In tempi successivi, la genuinità di D. 44.7.14 viene data per scontata da Senn, il quale però propone del testo di Ulpiano una interpretazione evidentemente erronea (e per questo del tutto ignorata in dottrina), posto che l'autore individua in colui che adempiendo al servo *post manumissionem* si libera del suo debito, non un *extraneus* bensì la persona del *dominus*⁴⁸, adducendo infatti a mo' di esempio i casi, attestati nelle fonti⁴⁹, di *naturale debitum* gravante sul *dominus* a favore del proprio *servus*; mentre piuttosto ambigue rispetto al nostro brano si rivelano tanto la posizione di Scherillo, quando questi afferma che «L'obbligazione naturale, nel testo (*scil.* D. 44.7.14), mi par proprio che sia quella costituita dal solo precetto primario: il precetto secondario manca e quindi l'obbligazione è incoercibile, ma il pagamento ha piena efficacia; può essere – la cosa è tutt'altro che da escludere – che il testo sia stato rimaneggiato dai giustiniane, ma il principio mi pare che da esso emerga con sufficiente chiarezza»⁵⁰, quanto quelle di Albanese e, da ultimo, di Honoré, i quali si richiamano in termini genericissimi al passo ulpiano quale base testuale, ora del riconoscimento ad opera della giurisprudenza classica «... di *obligationes naturales*, ben distinte dalle *obligationes civiles*, a favore o a svantaggio del servo stesso»⁵¹, ora della posizione giuridico-negoziale dei *servi* che «... are not civilly bound by contracts, but by nature they bind and are bound»⁵².

Decisamente più energica e articolata nelle sue argomentazioni appare, per contro, l'interpretazione suggerita per D. 44.7.14 da Buti, nell'ambito di uno studio dedicato alla capacità patrimoniale dei *servi*⁵³. Nello specifico lo studioso, puntando sull'autenticità dell'asserzione ulpiana '*servi ... naturaliter ... obligant*' – i cui dubbi interpolazionistici si ridimensionerebbero se solo si provasse a leggerla senza i pregiudizi dei principi di *ius civile* propri della condizione giuridica degli schiavi – attribuisce già alla giurisprudenza classica la configurazione del credito servile verso terzi estranei (non solo quindi verso il *dominus*) quale *naturale creditum*, in quanto del tutto coerente con la considerazione che gli stessi crediti servili⁵⁴ ricevevano dalla regolamentazione peculiare. Ancorché, poi, la mancanza di altre esplicite attestazioni in tal senso sia indicativa di come nella pratica non dovesse essere avvertita la necessità di invocare la nozione di *naturale creditum*, di per sé adatta a qualificare il rapporto tra *servus* ed *extraneus*, «pare molto probabile ... che in tutti i numerosi casi in cui i giuristi parlano di debiti nei confronti del servo, o di suoi crediti, intendono riferirsi proprio ad una *naturalis obligatio*, stante anche l'impossibilità di un diverso riferimento»⁵⁵; né a questa conclusione potrebbe fare da ostacolo la regola *iure civili* che il credito

⁴⁸ F. SENN, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, in RHD 36, 1958, 166 s.

⁴⁹ D. 35.1.40.3 (*lav. 2 ex post. Lab.*), e D. 12.6.64 (*Tryph. 7 disput.*); su questi testi rinvio, *amplius*, a *infra*, § 5.

⁵⁰ G. SCHERILLO, *Le obbligazioni naturali*, in AG 175, 1968, 550.

⁵¹ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 139 e nt. 603; cfr. pure *ibidem*, 162 e nt. 715.

⁵² T. HONORÉ, *Ulpian, natural law and stoic influence*, in TR 78, 2010, 202 e nt. 36.

⁵³ I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 242 ss., spec. 245 ss.

⁵⁴ «Del resto», osserva I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 250 nt. 61, «a giustificare l'esistenza anche di crediti dello schiavo sta una considerazione elementare e cioè che non si vede come un patrimonio (anche se solo quasi-patrimonio) quale il peculio potrebbe sussistere se ad esso facessero capo solo i debiti e non anche i crediti».

⁵⁵ I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 250 s.

contratto dallo schiavo verso il terzo era credito dell'avente potestà: per quanto la titolarità in capo al *dominus* dell'azione nascente dall'atto negoziale posto in essere dallo schiavo di sua iniziativa facesse inevitabilmente passare in secondo piano la posizione creditoria servile, ciò non avrebbe comunque impedito ai giuristi classici di tenere concettualmente distinte ma al tempo stesso coesistenti la nozione di *creditum 'civile'* in capo al *dominus* e la nozione di *creditum 'naturale'* in capo al *servus*⁵⁶. Quanto, infine, al tratto di chiusura della testimonianza ulpiana, '*denique si servo-liberor*', poche battute vengono ad esso dedicate da Buti, il quale contro i sospetti sull'uso di '*liberor*', che mal si adatterebbe agli effetti propri della nozione classica di *naturalis obligatio*⁵⁷, tiene a sottolineare la possibilità, attestata nelle fonti⁵⁸, di cedere allo schiavo manomesso le azioni a tutela dei suoi crediti contratti anteriormente alla *manumissio*; sicché «in tale prospettiva ... appare del tutto corretto che si affermi che il debitore che paga viene liberato»⁵⁹.

Neppure Buti però riesce, con le sue argomentazioni logiche e testuali, a sortire nella dottrina l'effetto almeno di 'rivedere' in qualche modo il comune orientamento favorevole alla inutilizzabilità di D. 44.7.14 nella parte attestante il *naturale creditum* servile.

Puntuali arrivano infatti le critiche alla suddetta proposta interpretativa da parte, tra gli altri, di Burdese che, anzitutto evidenzia la contraddittorietà del ragionamento di Buti, il quale fa leva sull'esistenza di crediti facenti parte del *peculium* quale presupposto necessario e sufficiente perché gli stessi costituissero ipotesi di *naturales obligationes* a carico degli *extranei*, quando poi lo stesso studioso riconosce che nella soluzione dei problemi concreti non si rendeva necessario il ricorso a siffatta loro configurazione⁶⁰; inoltre, egli trova occasione per ribadire come, attribuendo valore probante alla testimonianza ulpiana, la stessa «... finirebbe per fondare sulla sua possibilità di obbligare il terzo *naturaliter ex contractu* l'efficacia liberatoria del pagamento da questi effettuato allo schiavo manomesso, ove in altri testi (*scil.* D. 46.3.18; 46.3.32; 40.3.3)⁶¹ tale questione è posta esclusivamente in termini

⁵⁶ Come, d'altronde, dal lato passivo (ovvero, relativamente ai debiti servili contratti con i terzi) anche l'obbligo pretorio (*de peculio*) in capo al *dominus* coesisteva con quello '*naturalis*' in capo al servo; così, tra gli altri, D. 15.1.50.2 (Pap. 9 *quaest.*): *Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.* Cfr., sul punto, I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 244, 250 nt. 61.

⁵⁷ È la considerazione a suo tempo avanzata da V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 240 (v. *supra*, in questo stesso paragr.), e ripresa successivamente da P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution*, cit., 171.

⁵⁸ Al riguardo, I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 246, richiama D. 15.1.53 (Paul. 11 *quaest.*): *Si Sticho peculium cum manumitteretur ademptum non est, videtur concessum: debitores autem convenire nisi mandatis sibi actionibus non potest.*

⁵⁹ I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 246.

⁶⁰ A. BURDESE, *Rec.* di I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 209; la stessa compensazione tra il debito gravante sullo schiavo *statuliber* nei confronti dell'erede e quanto l'erede deve allo schiavo – attestata in D. 40.7.20.2 (Paul. 16 *ad Plaut.*) che I. BUTI, *op. ult.*, cit., 243, menziona, tra gli altri, quale brano da cui risulterebbe indirettamente la possibilità di qualificare il servo come creditore naturale – «... può fondarsi anche soltanto sul regime del peculio, al quale appartiene il credito dello *statuliber* verso l'erede attuale suo *dominus*, senza alcun riferimento implicito alla nozione di *naturalis obligatio*» (*ibidem*, 208 s.).

⁶¹ Sui quali a suo tempo già Burdese aveva fatto leva: v. *supra*, § 1 e nt. 24.

di legittimazione a ricevere del manomesso, riconosciutagli in assenza di *ademptio peculii* o nell'ignoranza di essa da parte del terzo»⁶².

Così i vari tentativi in favore della sostanziale genuinità di D. 44.7.14⁶³, che si sono qui richiamati a grandi linee, pur costituendo inevitabili battute d'arresto⁶⁴, non hanno per nulla scalfito l'idea sostanziale di fondo, volta a negare origini classiche alla configurazione del credito servile verso terzi quale *naturale creditum*; idea che ne è uscita più fortificata di prima, e sulla quale la romanistica ha continuato a puntare anche in tempi successivi⁶⁵ con percorsi talvolta diversi, ma sempre per ribadirla a chiare lettere.

Lo fa, tra gli altri, Didier⁶⁶ che, significativamente, da una parte richiama D. 44.7.14 tra i brani attestanti il *naturale creditum* dello schiavo nei confronti del proprio *dominus*⁶⁷; dall'altra, e in coerenza con ciò, egli riferisce il contenuto della testimonianza ulpiana fino a 'et obligant', omettendo l'intera chiusa 'denique si servo – liberor', per sottintenderne evidentemente il carattere compilatorio⁶⁸.

Come pure Pastori il quale, pur non contestando apertamente la genuinità di D. 44.7.14, ne propone una traduzione tale da non individuare alcun collegamento tra la frase 'servi ...

⁶² A. BURDESE, *Rec. di I. BUTI, Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 209. Critici verso la propensione di Buti ad inquadrare nel pensiero giurisprudenziale classico il *naturale creditum* del servo verso persone estranee alla *familia* anche R. MARTINI, *Autonomia negoziale dei servi e «obligationes naturales»*, in *Labeo* 26, 1980, 108, e R. VIGNERON, *Rec. di I. BUTI, Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»* (1976), in *BIDR* 84, 1981, 286 e nt. 61, 287 e nt. 62.

⁶³ Per la quale, da ultimo, si pronuncia L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 208 nt. 36. Sennonché, anzitutto siffatta presa di posizione è in contrasto con l'affermazione che la stessa a. tiene a fare in premessa, quando osserva che il passo ulpiano «... è talmente breve che la questione della sua classicità pare irrisolvibile»; e poi, favorevole all'autenticità di D. 44.7.14 la di Cintio si mostra non sulla base di argomentazioni esegetico-testuali e/o sostanziali, bensì facendo leva unicamente sui risultati circa la classicità della struttura propria dei *libri disputationum* ulpiani, di recente raggiunti da A. LOVATO, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari 2003, *passim*. «Dunque» – conclude la studiosa – «se il testo è attribuibile a Ulpiano, si può dedurre da esso la presenza della possibilità che i servi fossero debitori e creditori, senza distinguere l'altra parte dell'obbligo, *dominus* o terzo, in via naturale».

⁶⁴ Non possono ritenersi tali i generici e sporadici riferimenti, *sic et simpliciter*, alla nostra testimonianza ulpiana quale attestazione classica delle *naturales obligationes* servili in favore dei terzi; così, tra gli altri, H.J. WIELING, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*, in *ZSS* 102, 1985, 307 e nt. 72 (dove, per errore, viene indicato il giurista Pomponio come autore del frammento riportato in D. 44.7.14), e G. VAN NIEKERK, *People as property: systems of servitude in traditional Africa and ancient Rome*, in *RIDA* 51, 2004, 346 e nt. 40, che richiama D. 44.7.14 per argomentare l'affermazione secondo cui «in the law of contract slaves, like sons in power, could contract for their master».

⁶⁵ È il caso, ad es., dello stesso A. BURDESE, *La «naturalis obligatio»*, cit., 74 (= *Id.*, *Miscellanea*, cit., 219), che ritorna sull'argomento, benché con toni decisamente più prudenti: «ad obbligazioni naturali facenti capo al servo si riferisce ancora D. 44.7.14 (l. 7 *disp.*), ove sembra peraltro risultato di un accorciamento del testo genuino l'affermazione generale della capacità dello schiavo di obbligare *naturaliter* gli altri mediante contratto».

⁶⁶ Seguendo peraltro una impostazione che solo parzialmente può accostarsi all'interpretazione suggerita a suo tempo da Devilla per D. 44.7.14, per la quale v. *supra*, in questo stesso paragrafo.

⁶⁷ Accanto, infatti, a D. 35.1.40.3 (lav. 2 *ex post. Lab.*), e D. 12.6.64 (Tryph. 7 *disput.*); su questi passi v. *infra*, § 5.

⁶⁸ Ph. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des I^e et III^e siècles*, in *SDHI* 47, 1981, 257.

naturaliter ... et obligant e il periodo successivo *'denique si servo-liberor'*: «Gli schiavi sono obbligati per i delitti: invece non sono civilmente obbligati per i contratti, ma naturalmente si obbligano e obbligano. In fine sono liberato se ho pagato allo schiavo, dopo la sua manumissione, la somma che egli mi aveva data a mutuo»⁶⁹; Ulpiano cioè – seguendo la visuale dello studioso che attribuisce a *'denique'* il significato di *'infine'* – nel sottolineare che gli schiavi obbligano *'naturaliter'*, si sarebbe implicitamente riferito ai crediti naturali servili verso il *dominus*; mentre con il tratto di chiusura del testo il giurista avrebbe richiamato il *'diverso'* caso di pagamento allo schiavo manomesso da parte di un terzo che in tal modo si liberava del proprio debito nei confronti del *dominus*.

Ancora, in tempi più recenti, Maria Miceli, all'interno di una ricerca più ampia sulla struttura delle cc.dd. *actiones adiecticiae qualitatis*, riporta nuovamente all'attenzione la nostra testimonianza ulpiana, per sottolineare senza mezzi termini la «forte incongruenza» – facilmente riscontrabile, a suo dire – tra la parte finale di D. 44.7.14 incentrata sull'efficacia liberatoria del pagamento effettuato al *servus manumissus*, e quella iniziale del passo volta ad evidenziare le conseguenze della *manumissio* dal punto di vista non delle pretese creditorie che i servi affrancati potevano vantare, bensì dei vincoli obbligatori preesistenti in capo ad essi⁷⁰; di conseguenza l'*et obligant* apparirebbe estraneo al tenore originario del brano⁷¹, nel quale con tutta probabilità Ulpiano, considerando il caso di un *delictum* commesso da uno schiavo poi manomesso, intendeva precisare che, mentre dalla commissione di atti illeciti derivava per gli schiavi un vincolo di natura personale, permanente peraltro *post manumissionem*, dagli atti negoziali invece nasceva a loro carico una *naturalis obligatio*⁷².

3. Esegesi di D. 44.7.14.

Ora, per quanto nella romanistica, recente e meno recente, si presenti sostanzialmente univoca – come è emerso dal panorama dottrinale prima tracciato – la tendenza a considerare D. 44.7.14 del tutto inattendibile⁷³ ai fini di una pretesa configurazione classica del

⁶⁹ F. PASTORI, *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano 1988 (rist. 1991), 41, e ID., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*³, Milano 1992, 833.

⁷⁰ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino 2001, 70.

⁷¹ «È possibile» – afferma M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 70 – «che l'espressione *obligant ...* sia stata aggiunta successivamente, forse dai compilatori, per collegare il frammento originario con la chiusa, che riguardava, invece, il credito naturale vantato dal servo nei confronti del proprio *dominus*, e che doveva essere probabilmente estranea alla primigenia configurazione del responso».

⁷² M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 70. Più cauto, ma al contempo ambiguo, l'atteggiamento di L. ATZERI, *Natura e ius naturale fra tradizione interna ed esterna al Corpus Iuris giustiniano*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE, Pavia 2007, 751 s., nel punto in cui l'a. afferma che «Ulpiano appare ... ancora più esplicito circa la qualità naturale non solo delle obbligazioni contratte dai *servi*, ma anche – sempre che tale estensione non sia frutto di interventi posteriori sul testo, come sospettato da taluni – di quelle assunte nei loro confronti» (*ibidem*, 751); ed ancora (richiamandosi, peraltro, la studiosa a G.E. LONGO, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo*, cit., 98 e nt. 35): «Questo passo non è tuttavia rimasto immune da sospetti d'interpolazione» (*ibidem*, 751 nt. 108).

⁷³ «Frammento oltremodo rimaneggiato», dice di esso A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*,

debito contratto da *extranei* in favore del *servus* come *naturale debitum*, e conseguentemente ad inquadrare lo stesso nella 'variegata' categoria giustiniana delle obbligazioni naturali⁷⁴, mi sembra tuttavia quanto mai opportuno ritornare ancora una volta sull'argomento con il proposito di una lettura serena della testimonianza ulpiana, completamente scevra di qualsivoglia preconetto sulla sua genuinità, al fine di ricavarne un significato che sia logico e soprattutto coerente con il contesto giurisprudenziale della nozione classica di *naturalis obligatio*, all'interno del quale essa va necessariamente inserita.

Riprendiamo il contenuto di D. 44.7.14 per analizzarlo sul piano esegetico in tutti i suoi aspetti:

(Ulp. 7 *disput.*): *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.*

L'attenzione va, anzitutto, rivolta alla posizione obbligatoria del *servus* derivante da atto illecito ('*ex delictis*') così come risulta descritta da Ulpiano, e dunque alla contrapposizione che il giurista, subito dopo, intende mettere in evidenza tra questa e la (diversa) posizione obbligatoria del *servus* derivante da atto lecito ('*ex contractibus*')⁷⁵.

L'affermazione di apertura del passo, in effetti, se presa alla lettera non appare immediatamente compatibile con il regime della nossalità: non solo leggiamo che gli schiavi si obbligano da atto illecito, ma ciò viene pure indirettamente rimarcato precisandosi che la loro posizione obbligatoria è la stessa prima e dopo la *manumissio* ('*obligati remanent*'). Ora, posto che questa *obligatio ex delicto*, compiuto l'atto della manumissione, era obbligazione tecnicamente 'coercibile' concretizzandosi in un *oportere*, se ne dovrebbe dedurre che anche in stato di schiavitù essi fossero stati gravati del medesimo *oportere*; mentre sappiamo bene che l'*actio noxalis* si dirigeva non contro il sottoposto autore del *delictum*, bensì contro il suo avente potestà.

In realtà qui Ulpiano, nel sottolineare che i servi '*ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent*', ancorché ricorrendo a un modo di esprimersi non rigorosamente esatto, utilizza '*obligari*' in una duplice accezione che rispecchia l'iter semantico del termine: l'*obligari* del servo *ex delicto* ci richiama il concetto originario di *obligatio* quale

Milano 1991, 167, riferendosi all'ampio tratto del brano '*ex contractibus-liberor*', «in relazione al terremoto che la teoria delle obbligazioni naturali ha subito nella evoluzione del diritto romano e nelle interpretazioni della scienza romanistica moderna»; analogamente ID., *Obligatio personae et obligatio rei dans l'histoire du droit romain*, in RHD 70, 1992, 188, e ID., *La genesi del concetto classico di «obligatio»*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, coordinación y presentación de J. PARICIO, Madrid 1994, 28.

⁷⁴ Emblematiche, per tutte, le parole a suo tempo espresse da J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, cit., 157: «I compilatori, i quali hanno generalizzato il concetto della *naturalis obligatio*, e l'hanno costruito come base di ogni obbligazione, non potevano ammetterlo nel caso in cui lo schiavo assume una obbligazione, ed invece negarlo in quello in cui egli accetta una promessa. Ciò non di meno, nel diritto giustiniano stesso questa *naturalis obligatio* vale più teoricamente che praticamente».

⁷⁵ Come sottolinea correttamente L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 102 nt. 1, 208 nt. 36, nel contesto del brano il termine *contractus* è da intendere nell'accezione ampia di atto lecito.

vincolo materiale⁷⁶, nel senso di assoggettamento dello schiavo delinquente, con il proprio corpo, al potere della persona offesa⁷⁷; l'*obligari* del (servo colpevole) manomesso *ex delicto* ci richiama, per contro, il concetto evoluto di *obligatio* quale vincolo potenziale all'adempimento di una prestazione⁷⁸. E il comune denominatore delle due situazioni era l'idea di 'vincolo' insito nella parola *obligatio*⁷⁹: il *servus* che commetteva un atto illecito era sempre e comunque '*obligatus*'⁸⁰, sia da schiavo incorrendo in una responsabilità corporale, sia da

⁷⁶ Ma in questa, risalente, accezione l'esistenza di una *obligatio* in capo al servo di certo non giustifica affatto la creazione a carico dello stesso di un *oportere*; in tal senso inequivocabili le parole di O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, cit., 18 (= ID., *Gesammelte Schriften*, IV, cit., 508): «keinem römischen Juristen aber ist es jemals eingefallen und konnte es einfallen, aus dieser Personalhaftung ein vermögensrechtliches *oportere* abzuteilen, den Sklaven zu Schadenersatz oder gar, wie beim *furtum*, zu einer vergleichweisen Abfindung (*damnum decidere*) des Geschädigten verpflichten zu wollen».

⁷⁷ La quale in età predecemvirale avrebbe avuto la facoltà, seppur non confermata dalle fonti, di infliggere essa stessa al colpevole la sanzione diretta di carattere personale, assicurandosi vendetta e soddisfazione; così V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 238, e, più recentemente, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 128 e nt. 559, che fa leva, quali indizi a sostegno di siffatta ricostruzione, su alcuni caratteri propri del sistema nossale: il significato originario di '*noxæ caput sequitur*' nel senso di '*la pena inerisce al colpevole*', nonché la possibilità, persistente in epoca classica, di consegnare validamente alla parte offesa il colpevole da morto oppure, ma limitatamente all'ipotesi di *iniuria*, da vivo per essere fustigato. Su quest'ultimo aspetto cfr., per tutti, T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Actio iniuriarum noxalis*», in *Labeo* 15, 1969, 33 ss.

⁷⁸ Per la compatibilità, in D. 44.7.14, dell'affermazione iniziale con il sistema della nossalità si pronunciano anche A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 46, e I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 246, senza però argomentarla in alcun modo.

⁷⁹ Al duplice significato di *obligatio*, come *obligatio rei* e *obligatio personæ*, si richiama E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, 96 s. (cfr. già ID., *Diritto romano*, I, cit., 557 nt. 8): «la prima volta egli (*scil.* Ulpiano) allude alla *obligatio rei* in senso traslato (specie di vincolo reale di garanzia che grava sul corpo dello schiavo, ossia di persona diversa dal soggetto della concomitante responsabilità), la seconda volta allude ad una vera *obligatio personæ*: posizione di responsabilità che si concreta in un vincolo di garanzia gravante sul corpo del suo stesso soggetto». Su questa stessa linea, in tempi più recenti, anche A. BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., 165 ss., spec. 167 (nonché ID., *Obligatio personæ et obligatio rei*, cit., 188 s., e ID., *La genesi del concetto classico di «obligatio»*, cit., 27 s.), e M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 69 ss.; mentre G.L. FALCHI, *Sulla posizione del «servus obligatus»*, in SDHI 46, 1980, 500 ss., nel ribadire come i giuristi attuassero la coercibilità dell'*obligatio servi ex delicto* costruendo una '*Haftung*', analoga alla 'garanzia reale', gravante sul corpo dello schiavo (*obligatio rei* – *obligatio servi*), tiene a precisare però, ora che «nel caso, la garanzia è relativa a un *debitum* del servo ed anzi trattasi di garanzia eccezionale data la fonte del debito; ciò è bene evidenziato dal trasformarsi e persistere della garanzia qualora lo schiavo venga manomesso: in tale caso egli continuerà a rispondere sia con il patrimonio (*missio in bona*) sia con il corpo (*manus iniectio*)» (*ibidem*, 501 nt. 56); ora che la «Differenza tra la '*obligatio rei*' e la '*obligatio servi*' è che la prima può costituirsi, e dommaticamente costruirsi, quale diritto reale di garanzia su cosa altrui, mentre la seconda evidenzia essenzialmente il fenomeno del servo assoggettato alla soddisfazione di un'aspettativa di persona diversa dal suo *dominus*» (*ibidem*, 501).

⁸⁰ Ma non nel senso che una *obligatio* dello schiavo costituisse la base di una *obligatio* del *dominus* (così invece A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*. II. *Über die Verbalobligation*, Uppsala 1941, 68, 429), bensì nel senso che il servo era '*noxæ obligatus*', rimanendo tenuto in sua vece il *dominus* chiamato a pagare con il corpo altrui: cfr. E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 183 s. Tra l'altro, vi è un'altra testimonianza, sempre di Ulpiano, nella quale troviamo pure indicato il servo come '*obligatus*' per aver commesso un *delictum*, quello di furto: D. 50.16.174 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Aliud est promittere furem non esse, aliud furto noxaque solutum: qui enim*

libero – e dunque parte di un rapporto giuridico – gravato di un *oportere*⁸¹, essendo anche in questo caso astretto da un vincolo sulla persona⁸².

Queste considerazioni contribuiscono a rendere logico e coerente il confronto ulpiano tra gli effetti, per il servo, derivanti dalla commissione di un *delictum* e gli effetti derivanti dalla conclusione di un *contractus*.

Asserendo, in uno stile essenziale e stringato, che '*servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent*'³ il giurista, volutamente, non distingue la diversa natura di responsabilità gravante sullo schiavo autore dell'illecito – *noxae deditio* permanendo la servitù, convenibilità in giudizio avvenuta la manumissione –, perché l'obiettivo cui mira è dare rilievo ad un aspetto che era comune ad entrambe le suddette situazioni, ovvero l'esistenza di un vincolo in capo al *servus*: commesso il *delictum*, la responsabilità cadeva sempre sulla persona, sia mediante l'*actio noxalis* contro il *dominus* se questi optava per l'abbandono del suo sottoposto in favore dell'offeso, sia mediante azione diretta contro il colpevole *post manumissionem*. In questo modo, il diverso regime valevole per gli schiavi relativamente agli atti leciti, descritto subito dopo, determina una contrapposizione chiara e netta nella visuale del giurista: dall'attività negoziale servile nessuna responsabilità, né come vincolo di natura personale, né come vincolo potenziale all'adempimento di una prestazione, nasceva a carico del *servus*, il quale – precisa subito dopo Ulpiano – poteva considerarsi obbligato solo *naturaliter*.

Un'aggiunta, questa della sussistenza di una *naturalis obligatio*, che, proprio perché spontaneamente dettata da comprensibili ragioni di completezza, richiedeva a sua volta un'altra consequenziale puntualizzazione: ovverosia, che per effetto dell'attività contrattuale posta in essere dagli schiavi, questi, oltreché essere debitori naturali, potevano diventare anche creditori naturali.

Il discorso di Ulpiano, in altri termini, proprio su questo punto ha la struttura di una serratissima concatenazione logica. Nel sottolineare che i servi '*ex contractibus civiliter non obligantur*'⁴, e dunque che non era configurabile dal punto di vista del *ius civile* il debito da contratto diversamente dal debito da delitto, diventava opportuno – direi quasi inevitabile – chiarire altresì che su di loro gravava comunque un debito ancorché come '*naturale*' *debitum*.

dicit furem non esse, de hominis proposito loquitur, qui furtis noxaeque solutum, nemini esse furti obligatum promittit.

⁸¹ Che, ovviamente, si ricollega alla responsabilità durante la schiavitù; ma il fatto che ci si trovi in questo caso peculiare di fronte a due situazioni connesse e interdipendenti, non comporta che le stesse siano identiche; sul punto cfr., per tutti, G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953, 245 ss. (= ID., *Scritti giuridici scelti. I. Diritto romano*, Napoli 1985, 505 ss.).

⁸² Coglie nel segno G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari*, cit., 525 s. nt. 80 (= ID., *Scritti vari*, cit., 281 ss. nt. 80), quando evidenzia un'analogia tra la posizione obbligatoria *tout court* dello schiavo *ex delicto* e la cosa data in pegno, traendo peraltro spunto di ciò da D. 39.6.18.3 (Iul. 60 *dig.*), dove appunto il servo '*noxae nomine obligatus*' è trattato alla stessa stregua del '*fundus obligatus*', ovvero del fondo dato in pegno: *Qui hominem noxae nomine ... obligatum mortis causa acceperit, tantum cepisse intellegendus est, quanti is homo venire potuisset. Idem in fundo qui obligatus est observari poterit, ut pretium excutiat; tanto l'atto illecito quanto il pegno sono costitutivi di un vincolo, rispettivamente, sul corpo dello schiavo e sul fondo, ed entrambi pongono il *dominus* di fronte all'alternativa o di abbandonare la *res* o di pagare, rispettivamente, la pena e il debito.*

Ma a questo punto, evidenziando che i servi *'naturaliter obligantur'*, s'imponeva ancora una volta una specificazione per avvertire che al medesimo risultato di una obbligazione naturale scaturente dall'attività negoziale servile si perveniva pure (*'et'*) dal lato attivo; sicché la precisazione (*'scil. naturaliter) et obligant'*⁸³, lungi dall'essere inadatta o comunque estranea al contesto tesuale, costituisce una sorta di *'integrazione'* quanto mai pertinente.

Quindi, a chiusura dell'argomento Ulpiano prospetta il caso di chi restituisce a un (ex) servo *post manumissionem* la somma di danaro che da questi aveva ricevuto in prestito durante la schiavitù, per sottolineare che siffatto adempimento libera il terzo mutuatario dal suo debito: *'si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor'*; ed è fin troppo evidente che con questo periodo finale il giurista abbia inteso esplicitare, rafforzandolo, il contenuto della precedente affermazione *'servi ... naturaliter ... et obligant'* – a cui quello risulta collegato dall'avverbio *'denique'*⁸⁴ nel significato di *'in seguito a ciò'*, *'e così'*⁸⁵ – la quale, per conseguenza, va inequivocabilmente interpretata nel senso che il credito del *servus* verso persone estranee alla *familia* costitutiva un caso di *'naturale' creditum*.

4. Rapporti tra la normativa pretoria in tema di *peculium* e la creazione giurisprudenziale della nozione di *'naturalis obligatio'*. a) I debiti dello schiavo verso i terzi e verso il proprio *dominus*.

Constatata la linearità testuale e la coerenza contenutistica della testimonianza ulpiana, soffermiamoci adesso sulla frase *'servi ... naturaliter ... et obligant'* – la cui autenticità, come prima si è visto, è stata da più parti variamente contestata – e, dunque, sulla natura dei debiti contratti dai terzi in favore dello schiavo, per valutare se anche siffatti rapporti obbligatori fossero inquadrati o meno, nel sistema giuridico classico, tra le *obligationes naturales*.

Questione che, a mio avviso, non può affrontarsi correttamente se non all'interno di un contesto più ampio al quale essa è strettamente collegata, che è quello dei rapporti tra la nozione giurisprudenziale classica di *naturalis obligatio*, comprensiva dei vincoli obbligatori di cui è parte un *servus* o, più in generale, un *potestati subiectus*, e le regolamentazioni pretorie in materia di *peculium*; rapporti che vanno qui opportunamente ridisegnati nelle loro linee essenziali.

⁸³ «In tale esposizione» – osserva giustamente I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 246 – «è implicita l'impossibilità, per il servo, di *obligare civiliter* e resta così assorbito l'argomento che Siber vorrebbe trarre, a favore della tesi dell'interpolazione del passo ulpiano, dalla mancata precisazione (qui superflua) che i servi *civiliter non obligant*»; precisazione che sarebbe stata pure in totale disarmonia con l'andamento del testo. Sull'interpretazione proposta dallo studioso tedesco per D. 44.7.14 v. *supra*, § 1.

⁸⁴ Tra gli altri, sottolineano a chiare lettere questo imprescindibile collegamento A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 46, e G. SCHERILLO, *Le obbligazioni naturali*, cit., 550: «È nel testo (*scil. D. 44.7.14*) considerata esplicitamente l'ipotesi che lo schiavo sia non debitore, ma creditore, e quanto vi si dice della obbligazione naturale serve da premessa alla decisione del caso».

⁸⁵ Cfr., s.v. *denique*, H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1907 (= rist.¹⁰ Graz 1958), 134; A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, II, Patavii 1940, 63 s.; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des Mots*³, Paris 1951, 301; A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, I, Heidelberg 1938, 339 s.

Come è noto, a fronte del principio generale *iure civili* secondo cui il sottoposto non poteva peggiorare, ma soltanto rendere migliore la condizione giuridico-patrimoniale del proprio avente potestà⁸⁶, si pose già in epoca repubblicana l'opera del pretore il quale, anzitutto, con l'obiettivo di agevolare il valore di scambio nelle transazioni commerciali dei *potestati subiecti* e dunque, nello specifico, di delineare una sfera di autonomia dei *servi*, introdusse per via edittale una serie di azioni, le cc.dd. *actiones adiecticiae qualitatis*⁸⁷, tra le quali ebbe larghissima diffusione – appunto perché presupponeva la sola concessione del *peculium* – l'*actio de peculio* con cui il *dominus* era chiamato a rispondere degli atti di natura patrimoniale e obbligatoria compiuti dallo schiavo con un estraneo, senza che si richiedesse la *voluntas* o il *consensus* dell'avente potestà; anzi persino contro un espresso divieto di quest'ultimo, non oltre però la consistenza patrimoniale del *peculium* esistente al momento della pronuncia della *condemnatio*.

Inoltre, e in connessione a ciò, anche al fine di delimitare la responsabilità *de peculio* dell'avente potestà, da una parte si stabilì che la massa peculiare andava comunque calcolata detraendo da essa, e quindi in definitiva sottraendo all'aggressione dei creditori, quanto eventualmente dovuto dallo schiavo al proprio *dominus*; sicché anche a questa tipologia di debiti servili il pretore diede una iniziale, parziale, considerazione attraverso il sistema della c.d. *deductio peculii*⁸⁸. Dall'altra, in un *iudicium de peculio*, anzitutto il *dominus* convenuto non poteva disconoscere l'esistenza di suoi eventuali precedenti debiti verso lo schiavo, debiti che andavano ad incrementare l'attivo peculiare pregiudicando altrimenti la pretesa

⁸⁶ V. D. 50.17.133 (Gai. 8 *ad ed. prov.*); D. 16.1.27.1 (Pap. 3 *resp.*), e, con riferimento al *filius familias*, D. 12.2.24 (Paul. 28 *ad ed.*). Principio al quale si ricollegano tutta una serie di enunciazioni, estremamente rigide, espressione dell'assoluta mancanza di considerazione dello schiavo, nel pensiero giuridico romano, quale possibile 'soggetto' di diritti. Ulpiano, ad es., è reciso quando afferma che '*quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur*' (D. 50.17.32 [Ulp. 43 *ad Sab.*]; nello stesso senso Gai. 3.104), nonché quando nega la capacità per il *servus*, ora di obbligarsi: '*in personam servilem nulla cadit obligatio*' (D. 50.17.22 pr. [Ulp. 28 *ad Sab.*]), ora di possedere: '*qui in servitute est ... possidere non videtur*' (D. 50.17.118 [Ulp. 12 *ad ed.*]); e Gaio, da parte sua, tiene a sottolineare l'incapacità processuale servile: '*cum servo nulla actio est*' (D. 50.17.107 [Gai. 1 *ad ed. prov.*]), come pure a precisare che ogni acquisto del *servus* è a favore del padrone: '*quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur*' (Gai. 1.52 = D. 1.6.1.1 [Gai. 1 *instit.*]).

⁸⁷ Sulla cui origine terminologica rinvio, per tutti, al mio *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino 2012, 43 nt. 101.

⁸⁸ V. Gai. 4.73; D. 15.1.5.4; D. 15.1.9.2-8; D. 15.1.11.2-6, e D. 15.1.17, tutti tratti dal lib. 29 *ad edictum* di Ulpiano, per i quali rimando all'attenta disamina di F. REDUZZI MEROLA, «*Servo parere*», Napoli 1990, 68 ss.; a queste testimonianze è da accostare, poi, una costituzione di Diocleziano e Massimiano riportata in C. 4.26.12 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Victori): *Dominum per servum obligari non posse ac tantum de peculio (deducto scilicet, quod naturaliter servus domino debet) eius creditoribus dari actionem vel, si quid in rem eius versum probetur, de in rem verso edicto perpetuo declaratur* [a. 294]. Ancora, i debiti in favore dell'avente potestà ebbero rilievo per calcolare l'entità del *peculio* oggetto di un *legatum per vindicationem*: D. 33.8.6 pr. (Ulp. 25 *ad Sab.*): *Si peculium legetur et sit in corporibus, puta fundi vel aedes, si quidem nihil sit, quod servus domino vel conservis liberisve domini debeat, integra corpora vindicabuntur: sin vero sit, quod domino vel supra scriptis personis debeatur, deminui singula corpora pro rata debebunt. Et ita et Iulianus et Celsus putant*; nella stessa direzione si pone D. 33.8.8 pr. (Ulp. 25 *ad Sab.*) dove, prospettata l'ipotesi di un credito fatto dall'erede ad uno *statuliber* al quale era stato legato il *peculio*, viene richiamata l'opinione di Pegaso: '*id ipso iure detrahi et corpora singula etiam per hoc aes alienum deminui*'.

creditoria dell'attore⁸⁹; e poi, la presenza nella formula dell'*actio de peculio* della *clausula doli*⁹⁰, costituendo un affidamento soddisfacente per i creditori, al tempo stesso finiva con l'essere anch'essa strumento finalizzato a dare un primo, ancorché limitato, riconoscimento (precluso *iure civili*) ai crediti vantati dallo schiavo nei confronti del suo avente potestà.

Se la disciplina pretoria peculiare rappresenta un primo tentativo, riuscitissimo, di considerazione del rapporto obbligatorio servile, un notevole passo avanti farà da parte sua la giurisprudenza classica nell'attribuire rilevanza giuridica 'diretta' alla posizione, debitoria e creditoria, del

⁸⁹ Così, tra gli altri, D. 15.1.7.6 (Ulp. 29 *ad ed.*): '(sott. *servus*) *id quod dominus sibi debet in peculium habebit*'; D. 15.1.17 (Ulp. 29 *ad ed.*): '*peculium ... augebitur, ... quemadmodum si dominus servo suo debeat*'; D. 33.8.5 (Paul. 4 *ad Sab.*): '*insuper ipsum (scil. heredem) si quid debeat servo, reddere legatario debere*', nonché la chiusa di D. 15.1.4.1 (Pomp. 7 *ad Sab.*): '*si vero nomina ita fecerit dominus, ut quasi debitorem se servo faceret, cum re vera debitor non esset, contra puto: re enim, non verbis peculium augendum est*'; testi dai quali si desume come l'accrescimento del peculio sia anche effetto del *debere* dominicale. V. pure D. 33.8.6.4 (Ulp. 25 *ad Sab.*), dove si afferma la rilevanza, sempre al fine di determinare la consistenza patrimoniale del peculio legato, di ciò che il *dominus* deve al *servus* sullo stesso piano di ciò che, viceversa, il *servus* deve al *dominus*: *Sicut autem aes alienum, hoc est quod debetur domino, minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo augere debet*. A tale principio sembrerebbe opporsi un *rescriptum imperatoris* che, stando all'attuale redazione del passo ulpiano, negava al liberto al quale era stato legato il peculio, la *petitio* di quanto egli affermasse aver speso per conto del *dominus*: ... *Sed huic sententiae adversatur rescriptum imperatoris nostri et patris eius, quod ita est: 'Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniae, quam se in rationem domini impendisse dicit*'; secondo F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen 1969, 176 nt. 15 (conformemente I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 177 nt. 67, e A. MANTELLO, '*Beneficium servile – Debitum naturale*', I, cit., 281 s.), tale contrasto in realtà non sussiste, dal momento che la disposizione normativa faceva specifico richiamo al caso in cui le spese sostenute risultassero soltanto dall'affermazione contabile del servo manomesso (mancando così quella '*causa civilis*' di cui parla Pomponio in D. 15.1.49.2, ovvero giuridicamente idonea a far nascere un'*obligatio* tra soggetti *sui iuris*, in contrapposizione alla '*nuda ratio*', intesa quale mera annotazione contabile di un credito che il servo vanta verso il proprio *dominus*: [Pomp. 4 *ad Q. Mucium*] *Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est: ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem*). In questo modo si spiega la seconda parte di D. 33.8.6.4, in cui Ulpiano accoglie la soluzione di Pegaso, Nerva e Atilicino nel senso della non imputabilità al peculio legato delle relative partite creditizie, poiché non contratte in maniera tale che se lo schiavo fosse stato libero, sarebbe divenuto creditore *iure civili* del *dominus*: ... *Quid tamen si haec voluntas fuit testatoris? Cur non possit consequi? Certe compensari debet hoc quod impendit cum eo quod domino debetur. An et quod dominus scripsisset se servo debere, peculio legato cederet? Pegasus negat: idem Nerva: ... Atilicinus existimavit legato non cedere ...* Così, osservando in chiusura '*quod verum est, quia consonat rescripto*', il giurista unisce il caso risolto negativamente dalla giurisprudenza con quello, altrettanto negativo, della decisione imperiale. Siffatta interpretazione viene respinta da R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, III, Padova 1979, 18, secondo il quale, invece, il *rescripto* di cui in D. 33.8.6.4 negava in maniera assoluta l'esistenza del *debitum* dominicale nei confronti del servo; e ciò troverebbe conferma in I. 2.20.20, dove in riferimento a questo stesso intervento autoritativo è detto a chiare lettere che lo schiavo sostenne effettivamente le spese. Conseguentemente, il tratto finale '*quod verum est, quia consonat rescripto*', lungi dall'esprimere una riflessione ulpiana, sarebbe stato inserito – a giudizio dell'a. – dai compilatori giustiniani. Su D. 33.8.6.4 cfr., da ultimo, M.A. LIGIOS, '*Ademptio peculii*' e *revoca implicita del legato: riflessioni su D. 34.4.31.3 (Scaev. 14 dig.)*, in *Index* 34, 2006, 512 ss.

⁹⁰ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, 276: '*QUOD CUM EO, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ESSET (est?), NEGOTIUM GESTUM ERIT, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit factum erit, quo minus peculii esset, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo*'.

servus attraverso la costruzione della figura della *naturalis obligatio*, quale risultato di una faticosa ‘mediazione’ tra le rigide regole del *ius civile* e la realtà del *subiectus* che partecipava di fatto alla vita commerciale, contraendo numerosi debiti tanto verso l’aveute potestà quanto verso persone estranee alla famiglia. Il *naturale debitum* restava sì incoercibile, non potendosi esperire nessuna azione nei confronti del sottoposto, però poteva essere garantito da un *fideiussor* che rispondeva interamente del debito peculiare, tutelandosi così più efficacemente, anzitutto la posizione del terzo che altrimenti avrebbe rischiato di non vedere realizzata, in tutto o in parte, la propria pretesa creditoria per mancanza di attivo nel patrimonio peculiare o, comunque, per insufficienza del *peculium* a coprire la prestazione obbligatoria; e pure lo stesso aveute potestà poteva avvalersi di valida garanzia fideiussoria, qualora i beni peculiari non bastassero a soddisfare il credito da lui eventualmente vantato nei confronti del proprio sottoposto⁹¹. Inoltre, in caso di spontaneo pagamento da parte dello schiavo, anche *post manumissionem*, il creditore (l’*extraneus* o il *dominus*) tratteneva il *solutum*, in quanto né lo stesso debitore divenuto *sui iuris*, né l’aveute potestà (nel caso di debito assunto verso un terzo) potevano ricorrere alla *condictio indebiti* per la restituzione⁹², essendo stato adempiuto non propriamente un *indebitum* bensì un *natura debitum*⁹³.

Un fondamento giuridico, questo della *naturalis obligatio* classica, che viene evidenziato a chiare lettere da Giuliano⁹⁴ in

D. 46.1.16.3-4 (Iul. 53 dig.): *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur*: et ideo pro servo et filio familias obligetur, quorum>. 4. *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine <non> competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusivam intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*⁹⁵;

come pure in

⁹¹ V., in proposito, i passi richiamati *supra*, § 1 nt. 2.

⁹² Effetto, questo, che nelle fonti troviamo costantemente indicato con l’espressione ‘*repeti non posse*’ (v., tra gli altri, D. 46.1.16.4 [Iul. 53 dig.]; D. 44.7.10 [Ulp. 47 *ad Sab.*]; D. 12.6.38.1-2 [Afric. 9 *quaest.*]; D. 12.6.64 [Tryph. 7 *disput.*]; è nella terminologia degli interpreti – come correttamente tiene a precisare G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali*⁶, cit., 416 – che si parla, al riguardo, di *soluti retentio* per indicare che quanto adempiuto, non dovendosi restituire, poteva così essere trattenuto.

⁹³ V. D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 12.6.38 pr.-2 (Afric. 9 *quaest.*); D. 44.7.10 (Ulp. 47 *ad Sab.*); D. 46.1.7 (Iul. 53 dig.); D. 46.1.16.4 (Iul. 53 dig.).

⁹⁴ Così come risale, con tutta probabilità, a questo giurista (v. *infra*, nt. 103) il pensiero espresso in D. 46.1.21.2, circa il valido ricorso alla garanzia fideiussoria e la inutilizzabilità della *condictio indebiti* quali elementi che contraddistinguono la *naturalis obligatio* del sottoposto: (Afric. 7 *quaest.*) *Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fideiussorem accepi. Si quidem in eam obligationem fideiubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait: sin vero in naturalem suam, potius ut nihil agatur: non enim intellegi posse, ut quis pro se fideiubendo obligetur. Quod si hic servus manumissus fideiussori suo heres existat, durare causam fideiussionis putavit et tamen nihilo minus naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit. Nec his contrarium esse, quod, cum reus fideiussori heres existat, fideiussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. Retro quoque si fideiussor servo manumisso heres extiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur nec pro se quis fideiubere possit.*

⁹⁵ Il noto frammento giuliano viene qui richiamato nella ricostruzione da me proposta in S. LONGO, D. 46.1.16.3-4 (e D. 44.7.10), cit., 2949 ss.

D. 46.1.7 (Iul. 53 dig.): *Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse*⁹⁶.

Tutto ciò fa bene comprendere come il concetto tecnico di *naturale debitum*, dove inquadrate i rapporti obbligatori servili sia al fine di ammettere valido ricorso a un *fideiussor* sia per escludere la ripetizione di quanto ricevuto debitamente, fosse stato costruito dai giuristi per un ambito di applicazione in cui il debito del *subiectus* si presentava del tutto autonomo dal *peculium*, eccedeva i limiti della disciplina peculiare, riemergendo così fortemente la sua irrilevanza *iure civili*.

All'interno dei confini, ancorché ristretti, del riconoscimento pretorio sia dei debiti servili verso terzi – mediante l'*actio de peculio* – sia dei debiti tra *servus* e *dominus* – attraverso la *deductio peculii* e la operatività della *clausula doli* – la eventuale configurazione del debito come '*naturale*' *debitum* non avrebbe determinato risultati pratici di rilievo, o comunque si sarebbe limitata a rafforzare una tutela, quella accordata *iure honorario*, già esistente; ma se e quando il vincolo obbligatorio contratto con lo schiavo era del tutto disancorato da implicazioni peculiari, apparendo come entità a se stante e non meramente funzionale alla determinazione dell'ammontare del *peculium*, allora gli strumenti pretori non bastavano più; e solo attraverso il ricorso alla figura della *naturalis obligatio* la giurisprudenza poté dare a queste fattispecie obbligatorie di cui era parte un *servus* (o un *filius*), rilevanza immediata e autonoma, riuscendo così a scalzare la preclusione *iure civili* al loro riconoscimento.

Esplicite in questo senso si rivelano le fonti.

Così, relativamente ai debiti assunti dal *servus* in favore di *extranei*, fondamentale appare

D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *Naturaliter etiam*⁹⁷ *servus obligatur: et ideo, si quis no-*

⁹⁶ Che il passo, per quanto visibilmente alterato, esprima nella sostanza un pensiero classico, appare indubbio: al riguardo, rimando *amplius* alle mie considerazioni in S. LONGO, *D. 46.1.16.3-4 (e D. 44.7.10)*, cit., 2967 s.

⁹⁷ Se si parte dal corretto presupposto che ancora in epoca classica i debiti (verso terzi) del *filius familias* erano *naturales obligationes* (in argomento rinvio, *amplius*, al mio *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano 2003, *passim*), l'*etiam*, tutt'altro che insiticio – come pure è stato sostenuto in dottrina (così, tra gli altri, J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, cit., 190, e V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 230) in quanto espressione della nuova prospettiva giustiniana di considerare l'obbligazione servile come uno dei tanti casi di *naturalis obligatio* – starebbe ad indicare che 'anche' il *servus*, allo stesso modo cioè del *filius* (al quale Paolo non è da escludere avesse originariamente fatto cenno poco prima), si obbligava *naturaliter*. Interessante è altresì l'ipotesi avanzata da A. MANTELLO, '*Beneficium*' *servile* – '*Debitum*' *naturale*, I, cit., 210 nt. 38, il quale, tenuto conto che nell'originario contesto di D. 12.6.13 pr. il giurista trattava della *condictio indebiti* (cfr. O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, col. 1281 s.), così spiega la presenza nel passo della congiunzione: «... non è escluso che Paolo facesse pure un elenco dei casi nei quali la *condictio indebiti* fosse improponibile per il principio dell'irripetibilità del pagato. Mi sembra ipotizzabile, quindi, che l'*etiam* fungesse da semplice elemento di raccordo linguistico, volto ad integrare o completare siffatto elenco attraverso il ricordo delle *obligationes servi*». Per l'autenticità di '*etiam*' in D. 12.6.13 pr. si pronuncia pure P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution*, cit., 161 s., che però vede in tale congiunzione un importante indizio esegetico a favore della sua tesi sul tardo riconoscimento del debito servile come *naturalis obligatio* (tale nozione, per l'a., mentre inizialmente avrebbe qualificato le obbligazioni contrattuali *iuris gentium* basate sulla *fides*, dalla tarda giurisprudenza classica – sulla base della riconosciuta persistenza della *naturalis obligatio post capitis deminutionem*, come risulterebbe da D. 4.5.2.2 [Ulp. 12 *ad ed.*] – sarebbe stata invece estesa agli stessi tipi di obbligazione non formale ma incoercibile, in quanto contratta da *servi* o *fili*

*mine eius solvat vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat*⁹⁸, *repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur ...*⁹⁹.

familias; in età postclassico-giustiniana, con la caduta del formalismo negoziale solo quest'ultima categoria di rapporti obbligatori si sarebbe identificata con la *naturalis obligatio*); mentre I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 255 ss., tende a considerare la frase '*naturaliter etiam servus obligatur*' un lemma sabiniano (ma, *contra*, rimando alle giuste argomentazioni addotte da A. MANTELLO, *op. ult.*, cit., 326 ss.). Da ultimo, cfr. L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 203 s.

⁹⁸ Fortemente sospetta, come è stato unanimemente riconosciuto in dottrina, risulta la specificazione '*cuius liberam administrationem habeat*' che nel contenuto attuale del passo appare, oltre che irrilevante, manifestamente incompatibile con l'ipotesi, richiamata poco prima, di pagamento eseguito dallo schiavo il quale, essendo già stato manomesso, dispone non più di un *peculium*, e quindi di un patrimonio di fatto, bensì di un vero e proprio patrimonio di diritto. Per superare una contraddizione così evidente, se da una parte – sulle orme di O. GRADENWITZ, *Natur und Sklave*, cit., 171 – si è visto nell'inciso in questione un'aggiunta compilatoria ispirata forse ad esigenze di completezza (così G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in TR 8, 1928, 322; E. ALBERTARIO, *Sulla libera administratio peculii*, in RIL 61, 1929, 843 [= ID., *Studi di diritto romano. I. Persone e famiglia*, Milano 1933, 149 s.]; G. LONGO, *Libera administratio peculii. I limiti e lo spirito di una innovazione giustiniana*, in BIDR 38, 1930, 43 s. [= ID., *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, 398]; J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, cit., 154; V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 229; A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 44; in senso dubitativo G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, cit., 505 nt. 32), dall'altra si è proposto di inserire un *vel* (o un *aut*) tra '*manumissus*' e '*ut Pomponius scribit*' (che sarebbe stato omissso da un copista), si da individuare una nuova ipotesi, quella appunto del pagamento effettuato in condizione servile, in aggiunta agli altri due casi, ricordati prima da Paolo, di adempimento eseguito da un terzo o dallo stesso *servus manumissus*: cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 1281, fr. 1820; Th. MOMMSEN, *Editio maior, ad h.l.*; P. BONFANTE, Ediz. Milano dei *Digesta, ad h.l.* In proposito, I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 183, precisa ulteriormente che la congiunzione andrebbe inserita non dopo '*manumissus*' ma dopo '*scribit*', facendo leva su un frammento di Pomponio, D. 46.3.83 (Pomp. 14 *ex var. lect.*: *Si tuo servo credidero eumque redemero et is manumissus mihi solverti, non repetet*), dal quale «... risulta appunto che il giurista ha scritto effettivamente del pagamento del manomesso (mentre non si sa se lo abbia fatto anche per quello del servo)»; nello stesso ordine d'idee anche Ph. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel*, cit., 257, e M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 162 e nt. 190. Entrambe queste ipotesi suggerite per D. 12.6.13 pr. vengono respinte da G.E. LONGO, *Ricerche sull'«obligatio naturalis»*, cit., 80 s. Ciò che non convince lo studioso è, della prima, l'attribuire ai compilatori l'inciso discusso il quale, lungi dal chiarire il pensiero del giurista, lo avrebbe reso ancora più incomprensibile: «Invero, se nel testo v'è qualcosa fuori di luogo, ciò a nostro parere potrebbe benissimo considerarsi proprio l'ipotesi di un pagamento fatto da altri che lo schiavo durante la servitù; a un pagamento fatto da quest'ultimo *manente potestate* può infatti unicamente riferirsi l'inciso '*ex peculio, cuius liberam administrationem habeat*'» (*ibidem*, 80); anche la seconda ricostruzione è inammissibile – ad avviso di Longo – non potendosi assimilare il caso di *solutio* compiuta dallo stesso schiavo debitore alle ipotesi di *solutio* eseguita da estranei o dal *servus post manumissionem*. Il tenore originario della testimonianza paolina viene così ricostruito dall'a.: '*Naturaliter (etiam?) servus obligatur: et ideo, si [quis nomine eius solvat vel] ipse <solvat> [manumissus] ex peculio (cuius liberam administrationem habeat?), repeti non poterit ...*'; ma anche tale ricostruzione in ogni caso non smentisce, come vedremo, le riflessioni che si vogliono esprimere in questa sede. In argomento cfr., da ultimo, A. WACKE, *Die libera administratio peculii. Zur Verfügungsmacht von Hauskindern und Sklaven über ihr Sondergut, in Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für H.J. Wieling zum 70. Geburtstag*, hrsg. von T. FINKENAUER, Berlin-Heidelberg-New York 2006, 251 ss., spec. 292.

⁹⁹ Alquanto problematico si presenta in chiusura di D. 12.6.13 pr. il collegamento, del tutto irrilevante comunque ai nostri fini, tra la *naturalis obligatio servi* e il *pignus*: ... *et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneraticia reddenda est*; cfr., al riguar-

Nel passo Paolo prospetta le ipotesi di un *debitum* servile che venga adempiuto sia da un terzo *servi nomine* sia dallo stesso schiavo dopo essere stato manomesso (o quando si trova ancora sotto la *dominica potestas*¹⁰⁰); un *debitum* dunque che rileva a prescindere dal possibile esercizio dell'*actio de peculio*, con la conseguenza che la irripetibilità del *solutum* può trovare la sua giustificazione soltanto attraverso la costruzione dell'*obligatio naturalis*: '*naturaliter etiam servus obligatur*'. Il giurista prosegue, poi, affermando che '*et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur*': essendo quella contratta dallo schiavo una *naturalis obligatio*, per ciò solo ('*et ob id*'), indipendentemente cioè dall'esistenza del *peculium*, tale *obligatio* può essere garantita da un fideiussore, il quale direttamente '*tenetur*', ovvero risponde interamente dell'obbligazione servile¹⁰¹, rafforzando in tal modo la posizione dell'*extraneus* creditore. È, in altri termini, per effetto della configurazione come *naturale debitum* del debito servile in sé (in quanto tale) che il terzo creditore, per un verso, trae vantaggio dall'eventuale atto di adempimento spontaneo del debitore *subiectus* trattenendo il *solutum*, per altro verso, dispone di un 'sicuro' strumento giudiziario (agendo contro il garante) per poter ottenere il soddisfacimento del proprio credito.

Altrettanto inequivocabile si presenta il quadro testuale rispetto ai debiti contratti con il proprio avente potestà; così il passo di Africano, ancorché prospettante l'ipotesi in cui sia un *filius familias* ad obbligarsi nei confronti del proprio *pater*:

D. 12.6.38.1 (Afric. 9 *quaest.*): *Quaesitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit. Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisse*¹⁰²;

al quesito se il *filius* possa richiedere la restituzione di quanto pagato dopo l'*emancipatio*, per un prestito ricevuto dal *pater* quando era *in potestate*, Giuliano per bocca di Africano¹⁰³

do, O. GRADENWITZ, *Natur und Sklave*, cit., 171; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II², cit., 45 nt. 1; E. ALBERTARIO, *Corso. Le obbligazioni*, III, cit., 204; A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 44, e G.E. LONGO, *Ricerche sull'«obligatio naturalis»*, cit., 81. A favore della genuinità del riferimento paolino alla *datio pignoris pro servo* si pronunciano I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 236, e P. VOGLI, *Istituzioni*⁶, cit., 424 nt. 5.

¹⁰⁰ Su questa possibile ipotesi v. *supra*, nt. 98.

¹⁰¹ '*In solidum tenetur, etiamsi nihil in peculio sit*' dice sempre Paolo, a proposito del *fideiussor pro servo*, in D. 46.1.35 (Paul. 2 *ad Plaut.*).

¹⁰² Del passo si è occupata, da ultimo, L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 61 ss. (dove sono stati ripresi, per questa parte, i risultati cui l'a. era precedentemente pervenuta in L. DI CINTIO, *Considerazioni sulla naturalis obligatio del filiusfamilias (a proposito di Afr. D. 12.6.38 e Ven. 14.6.18)*, in RIDA 53, 2006, 199 ss.), alla quale pure rimando per l'indicazione della letteratura essenziale su D. 12.6.38 pr.-2; *adde* Th. MAYER-MALY, *Argumentum*, in ZSS 125, 2008, 265 s.

¹⁰³ È noto che le *Quaestiones* di Africano riproducono quasi sempre decisioni giuliane, introdotte da *ait, respondit, existimavit, inquit*, ma senza che venga esplicitato il soggetto: cfr. I. CUIACIUS, *Ad Africanum Tractatus*, I, in *Opera omnia*, I, Venetiis-Mutinae 1758, col. 1095; Th. MOMMSEN, *Über Julians Digesten*, in ZRG 9, 1870, 90 ss. (= ID., *Gesammelte Schriften*. II. *Juristische Schriften*, 2, Berlin 1905, 14 ss.); H. BUHL, *Africans Quaestiones und ihr Verhältnis zu Julian*, in ZSS 2, 1881, 180 ss., spec. 197 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*. I. *Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig 1885, 713 s.; O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 2 s. nt. 1, e ID., *Africans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in ZSS 51, 1931, 1 ss. (= ID.,

risponde escludendo la *repetitio*, se il *pater* nulla abbia trattenuto dal peculio per il proprio credito. Ma per giungere a questa soluzione il giurista deve necessariamente qualificare come *naturalis obligatio* il debito del *potestati subiectus*, poiché questo si presenta qui con una consistenza propria, del tutto libero dal vincolo peculiare¹⁰⁴; per cui, solo dando rilievo giuridico autonomo a tale debito mediante la qualifica tecnica di *naturalis obligatio*, che permane anche dopo il venir meno della condizione di *alieni iuris*, si può escludere all’atto dell’adempimento il carattere di *indebiti solutio*, negando così l’esperibilità della *condictio indebiti*.

5. *Segue*. b) I debiti del *dominus* verso il proprio schiavo.

Ai medesimi risultati conducono le testimonianze che attestano in capo al *dominus* il ‘*naturale debitum*’ nei confronti del proprio *servus*.

Mi riferisco, in primo luogo, al notissimo brano di Giavoleno:

D. 35.1.40.3 (Iav. 2 *ex post. Lab.*): *Dominus servo aureos quinque*¹⁰⁵ *eius*¹⁰⁶ *legaverat: ‘he-*

Gesammelte Schriften, IV, cit., 655 ss.). Cfr. pure H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*², Halle 1908 (rist. Osnabrück 1965), 31 s.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², München-Leipzig 1912, 195 e nt. 27; F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford 1946, 230 s.

¹⁰⁴ Vero è che risultano attestati casi, una volta costruita la *naturalis obligatio* classica, di utilizzazione di tale nozione anche in connessione al regime peculiare: basti pensare, ad es., all’osservazione ulpiana ‘*naturalia enim debita spectamus in peculii deductione*’ che si legge nel contesto di D. 15.1.11.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed si a debitore dominico servus exegerit, an domini debitorem se fecerit, quaeritur: et Iulianus libro duodecimo digestorum non aliter dominum deducturum ait, quam si ratum habuisset quod exactum est: eadem et in filio familias dicenda erunt. Et puto veram Iuliani sententiam: naturalia enim debita spectamus in peculii deductione: est autem natura aequum liberari filium vel servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse*. Così anche D. 35.2.56.2 (Marcell. 22 *dig.*): *SCAEVOLA notat: quid ergo, si idem servus defuncto et alii dena debuit et una decem habuit? Augetur scilicet et his hereditas, decem, quae defuncto naturaliter debebantur, in hereditate manentibus*; considerata l’ipotesi in cui diventi erede il *dominus* dello schiavo che si era obbligato nei confronti del *de cuius* (come risulta dal *principium* e dal § 1 del frammento), ci si chiede come debba essere valutato il credito del defunto – ai fini dell’applicazione della *lex Falcidia* – qualora lo schiavo, avendo un ammontare peculiare pari a dieci, si fosse obbligato a dare dieci al defunto e ad un terzo. Scevola risponde che il credito va valutato dieci; e ciò sul presupposto che il *de cuius* (creditore), agendo *de peculio* contro il *dominus*, avrebbe potuto chiedere l’intero credito, con il risultato che i dieci, ‘*quae defuncto naturaliter debebantur*’, restavano all’eredità. Ma si tratta, appunto, di testimonianze dalle quali appare evidente come alle soluzioni giurisprudenziali di volta in volta in esse prospettate, fosse possibile pervenire semplicemente sulla base delle regolamentazioni editali in materia di *peculium*, senza necessità di ricorrere al concetto di *natura debitum*; laddove l’individuazione di questa qualifica tecnica risultò invece indispensabile per dare consistenza giuridica ‘autonoma’ (sganciata, cioè, dalla normativa peculiare) al vincolo obbligatorio del *potestati subiectus* sia sotto il profilo della *fideiussio*, sia ai fini dell’inesperibilità della *condictio indebiti*.

¹⁰⁵ La proposta (generalmente accolta) di O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 306, fr. 186 ntt. 1-2, di sostituire [*aureos quinque*] con <sestertium quinque milia>, viene criticata da Ph. DIDIER, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in RIDA 19, 1972, 248 nt. 21: «On n’a pas attendu les reformes de Constantin pour connaître l’*aureus*»; ma contro questa osservazione rimando alle giuste riflessioni di I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 268 nt. 115bis, condivise da A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile*’–‘*Debitum naturale*’, I, cit., 237 nt. 77.

¹⁰⁶ L’*eius* si trova nella *Florentina*, e Th. MOMMSEN, *Editio maior, ad h.l.*, propone che lo stesso venga

*res meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato. Nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur*¹⁰⁷.

In esso viene presa in considerazione l'ipotesi di un *dominus* che, nel manomettere *testamento* il proprio schiavo, dispone in favore di questi un legato avente ad oggetto la somma di denaro della quale egli stesso si reputa debitore: mentre Servio, chiamato a pronunciarsi sul valore di siffatta disposizione di ultima volontà, aveva risposto negativamente – secondo quanto riferisce Namusa – sulla base della considerazione che il *dominus* non può essere considerato debitore del servo¹⁰⁸, Giavoleno, per contro, attribuendo rilievo alla *mens testatoris*, ritiene che debba guardarsi non al *debitum* dal punto di vista del *ius civile*, ma al '*naturale debitum*'; e – conclude il giurista – '*eo iure utimur*'¹⁰⁹.

preceduto da '*rationis*'; la *Vulgata* presenta, invece, la lezione '*sic*' che troviamo accolta in P. BONFANTE, Ediz. Milano dei *Digesta, ad h.l.* In ogni caso, accogliendosi sia l'una che l'altra lezione, il tenore del frammento non cambia.

¹⁰⁷ Per una sintesi delle principali interpretazioni del testo suggerite in dottrina, rinvio a L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 31 ss.

¹⁰⁸ L'atteggiamento di Servio richiama immediatamente un'altra testimonianza, D. 40.7.3.2 (Ulp. 27 *ad Sab.*), dalla quale sembra emergere una diversa posizione del giurista, sempre in ordine al *credere servile* verso l'avente potestà: *Inde quaeritur, si forte debeatur pecunia huic servo vel ab herede, quod in domini rationem plus erogaverat, vel ab extraneo, nec velit heres debitorem convenire vel statulibero solvere pecuniam: an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiatur. Et aut legatum huic statulibero fuit peculium aut non: si legatum peculium fuit, Servius scribit moram eum libertatis passum ob hoc ipsum, quod ei aliquid ex ratione dominica deberetur nec ei ab herede praestaretur: quam sententiam et Labeo probat. Idem Servius probat et si in eo moram faciat heres, quod nolit exigere a debitoribus: nam perventurum ad libertatem ait. Mibi quoque videtur verum quod Servius ait ...* (sul passo v. pure *infra*, nt. 110, e § 6 nt. 129). È già merito della critica moderna (cfr., per tutti, A. WATSON, *The law of persons in the later roman republic*, Oxford 1967, 208 ss.; conformemente I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 176 nt. 67) l'aver tentato di superare l'apparente contraddizione del pensiero di Servio, evidenziando come il giurista non attribuisse portata generale ai principi civilistici, bensì li utilizzasse là dove il *debere* del padrone, estraneo a relazioni peculiari (qual era quello considerato in D. 35.1.40.3), andava valutato isolatamente e autonomamente; mentre, se e quando esso appariva come partita contabile del *peculium* (così nella fattispecie descritta in D. 40.7.3.2), Servio non aveva difficoltà a dargli un certo rilievo (v. altresì D. 15.1.9.2 e D. 15.1.17, Ulp. 29 *ad ed.*: anche qui le posizioni servili, questa volta debitorie – dello schiavo verso il *dominus*, dello schiavo verso il conservo, del *servus ordinarius* verso il *servus vicarius* –, non avevano per Servio considerazione autonoma, ma rilevavano in stretta correlazione con il regime peculiare, ed in particolare per meglio fissare i limiti della responsabilità adietizia rispetto al terzo creditore). Sempre in questa prospettiva, l'apparente conflitto tra D. 40.7.3.2 e D. 35.1.40.3 in ordine al pensiero di Servio sul debito dominicale è stato, da ultimo, ampiamente approfondito da A. MANTELLO, '*Beneficium servile – Debitum naturale*', I, cit., 225 ss.; sul punto, cfr. pure R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, III, cit., 19 ss.

¹⁰⁹ Fortemente discussa in dottrina è stata la soluzione di Giavoleno, quale risulta dalla stesura attuale del passo. Già H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 25 s., in linea con la sua teoria circa l'origine giustiniana del concetto di *obligatio naturalis* relativamente ai rapporti obbligatori servili, eliminava il riferimento in D. 35.1.40.3 al *naturale debitum*, provando a ricostruire così l'originario pensiero del giurista: '*... ego puto secundum mentem testatoris [naturale] <factum> magis quam [civile debitum] <ius> spectandum esse, et eo*

Ora, la spiegazione di questa divergenza di vedute tra i due giuristi va ricercata nella peculiarità della fattispecie descritta nel passo, dove si sta trattando non del *legatum peculii*¹¹⁰ ma del *legatum* di ciò che il padrone deve allo schiavo: il *debitum domini* non si presenta qui come entità peculiare, non appare finalizzato alla corretta valutazione dell'ammontare peculiare, bensì si configura autonomamente, senza legame alcuno con il *peculium*. In questo quadro trova giustificazione l'opinione di Servio il quale, non individuando nel caso concreto sottopostogli un *debitum* da computare nel peculio, nega valore al legato, con la motivazione che '*dominus servo nihil debere potuisset*', aggrappandosi così alla rigidità dei principi civilistici che non riconoscevano valore giuridico ai vincoli obbligatori tra *dominus* e *servus*. Ma soprattutto si comprende bene la diversa posizione di Giavoleno che, per salvare la validità della disposizione di ultima volontà, tenta di superare gli schemi angusti del *ius civile* ricorrendo al concetto di '*naturale debitum*'; in tal modo egli può dare consistenza in sé al *debere* del *dominus* verso lo schiavo¹¹¹, anche quando questo si presenta come entità distinta, completamente svincolato da

iure utimur' (analogamente G. PACCHIONI, *L'«obligatio naturalis» nel diritto romano classico*, cit., 41 s., e E. ALBERTARIO, *Corso. Le obbligazioni*, III, cit., 129 s.); in tempi successivi l'ultima parte di D. 35.1.40.3 viene attaccata da G.E. LONGO, *Ricerche sull'«obligatio naturalis»*, cit., 85 ss., e P. CORNOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution*, cit., 52 s., 171 ss., sul presupposto che i giuristi classici non avrebbero qualificato come *naturalis* il *debere* del *dominus* nei confronti del *servus*. Contro i risultati dei due studiosi, riaffermandosi così il carattere genuino e sostanzialmente innovativo della posizione giavoleniana (che resiste anche a possibili indizi formali di rimaneggiamento, come la finale '*et eo iure utimur*' in disarmonia con il precedente '*puto*'), cfr., tra gli altri, A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 54 e nt. 66, e ID., *Dubbi in tema di «naturalis obligatio»*, cit., 499 s.; F. SENN, *La leçon de la Rome antique*, cit., 166, 179; V. DEVILLA, *L'obbligazione naturale*, cit., 372, 377 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., 36; M. JACOTA, *Lesclave créancier*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino 1968, 220 s.; F. HORAK, *Rationes decidendi*, I, cit., 105 s. e nt. 12; J.A.C. THOMAS, *Naturalis obligatio pupilli*, cit., 465 nt. 54, 474 s.; Ph. DIDIER, *Les obligations naturelles*, cit., 248 ss.; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 243, 263 ss.; O. ROBLEDA S.J., *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma 1976, 90 nt. 406; A. MANTELLO, '*Beneficium servile – Debitum naturale*', I, cit., 185 ss. Da ultimo, M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 158 s., e Ph.L. LANDOLT, '*Naturalis obligatio*', cit., 234 nt. 332.

¹¹⁰ Come invece avviene in D. 40.7.3.2 dove, discutendosi se nel *peculium* legato debba ritenersi compreso ciò che il servo '*in domini rationem plus erogaverat*', trova applicazione la disciplina peculiare, con la quale si concilia pienamente la rilevanza che Servio dà al *debitum domini* (v. *supra*, nt. 108, e *infra*, § 6 nt. 129). Ne è conferma la seconda parte della testimonianza ulpiana, incentrata sul caso inverso in cui il *peculium* non sia stato legato: (Ulp. 27 *ad Sab.*) ... *Cum igitur veram putemus sententiam Servi, videamus, an et si non fuerit praelegatum peculium servo, idem debeat dici: constat enim statuliberum de peculio posse dare vel ipsi heredi iussum vel alii: et si eum dare impediatur, perveniet statuliber ad libertatem. Denique etiam remedii loco hoc monstratur domino statuliberi, ut eum extraneo iussum dare prohibeat, ne et nummos perdat cum statulibero. Proinde defendi potest et si non vult exigere vel ipse solvere, ut hic habeat, unde conditioni pareat, libertatem competere: et ita Cassius quoque scribit*, richiamato il principio generale secondo cui lo *statuliber* acquista la *libertas* qualora l'erede gli impedisca il rispetto della condizione, il giurista considera impedimenti in tal senso anche il '*non velle exigere*' o il '*non velle solvere*', da parte dell'erede, quanto dovuto allo schiavo. Ed è sintomatico il fatto che Ulpiano, nel riferire tale soluzione, non menzioni più Servio, ma riporti il pensiero di Cassio, potendosi così ritenere verosimile che in mancanza di un *legatum peculii* Servio si sarebbe pronunciato diversamente.

¹¹¹ All'esame del *naturale debitum* del *dominus* verso il proprio schiavo e dei problemi interpretativi legati a D. 35.1.40.3 dedica un ampio e accurato studio A. MANTELLO, '*Beneficium servile – Debitum naturale*', I, cit., *passim*, spec. 183 ss., con acuti rilievi critici. Più recentemente cfr. W. WALDSTEIN, *lavolen*

eventuali connessioni peculiari¹¹². E ciò che consente al giurista di arrivare ad una soluzione così innovativa rispetto a quella serviana, è proprio l'interpretazione della *voluntas* testamentaria, come emerge dalle parole '*secundum mentem testatoris*'¹¹³.

Ancora, il '*naturale debitum*' del padrone in favore del proprio schiavo risulta attestato in un altro brano, questa volta di Trifonino:

D. 12.6.64 (Tryph. 7 *disput.*): *Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum*: *ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est*;

considerato il caso di un *dominus* che paghi al proprio *servus manumissus* quanto gli doveva, il giurista sottolinea l'impossibilità per lui, ancorché abbia (erroneamente) ritenuto di essere perseguibile con una qualche azione, di ripetere il pagamento effettuato, poiché '*naturale adgnovit debitum*'. Il frammento viene ritenuto gravemente alterato dalla dottrina, divisa unicamente circa l'ampiezza del rimaneggiamento: se alcuni si limitano a considerare insitica la frase finale '*ut enim libertas – naturaliter intelligenda est*', altri mettono in dubbio anche la genuinità della giustificazione '*quia naturale adgnovit debitum*'¹¹⁴.

D. 35.1.40.3 and Ulpian D. 12.4.3,7, cit., 221 ss., il quale nell'analizzare la testimonianza di Giavoleno, giunge a risultati in parte diversi.

¹¹² Cfr., al riguardo, J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, cit., 144; A. MANTELLO, '*Beneficium servile – Debitum naturale*', I, cit., 252; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 142.

¹¹³ Argomentazione, questa, di per sé sufficiente a respingere i sospetti sulla natura compilatoria dell'inciso '*secundum mentem testatoris*', avanzati soprattutto dagli studiosi meno recenti (cfr., per tutti, G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 323, e G. GROSSO, *Sulla falsa demonstratio nelle disposizioni di ultima volontà*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano 1930, 208 nt. 48) e probabilmente originati dai contrasti legati alle indagini di O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887, 170 ss., sui problemi interpretativi degli atti negoziali nell'esperienza romana, in particolare sull'antitesi tra interpretazione *secundum verba* e interpretazione *secundum voluntatem* nelle disposizioni di ultima volontà. Successivamente la dottrina si è pronunciata a favore della genuinità della suddetta espressione: così, tra gli altri, G. DONATUTI, *Rec. di G.E. LONGO, Ricerche sull'«obligatio naturalis»* (1962), in *BIDR* 65, 1962, 314; A. BURDESE, *Rec. di G.E. LONGO, Ricerche sull'«obligatio naturalis»*, cit., 268; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. II. Parte speciale*, Milano 1963, 336, 855 s.; L. LABRUNA, «*Naturalis obligatio*», in *Labeo* 10, 1964, 290; R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura* 37, 1986, 17 e nt. 96 (= *Id.*, *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, 19 e nt. 96); O. FORZIERI VANNUCCHI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano 1973, 124 s. e nt. 20; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, III, cit., 45 s.; A. MANTELLO, '*Beneficium servile – Debitum naturale*', I, cit., 358 s.; M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni*, cit., 61 nt. 431.

¹¹⁴ Per la natura compilatoria dell'intero tratto '*quia naturale adgnovit debitum – naturaliter intelligenda est*' si pronunciano H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 6 s.; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 323; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, Roma 1928, 91 nt. 2, 100 nt. 3; E. ALBERTARIO, *Corso. Le obbligazioni*, III, cit., 175 ss.; V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 129 s.; S. SOLAZZI, *Ancora dell'errore nella conditio indebiti*, in *SDHI* 9, 1943, 65 nt. 39, 86 nt. 104 (= *Id.*, *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1963, 414 nt. 39, 432 nt. 104); G. LOMBARDI, *Sul concetto di "ius gentium"*, Roma 1947, 118 ss.; G.E. LONGO, *Ricerche sull'«obligatio naturalis»*, cit., 92 (e già *Id.*, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo*, cit., 96); in senso dubitativo G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare obligari*, cit., 284 nt. 86 (= *Id.*, *Scritti vari*, cit., 526 s. nt.

In effetti, non si può non riconoscere che la seconda parte di D. 12.6.64 presenti gravi indizi di rimaneggiamento. Anzitutto, dalle parole 'ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est' sembra emergere la nuova visione giustiniana del *ius naturale* che, quale diritto 'semper aequum ac bonum'¹¹⁵, 'firmum atque immutabile'¹¹⁶, è concetto diverso dal *ius gentium*, spiegandosi così perché la schiavitù, che dai classici era detta *iuris naturalis* in quanto *iuris gentium*, per i giustinianeî, invece, è *iuris gentium* ma '*iuri naturali contraria*'¹¹⁷; in secondo luogo, soltanto alla luce di quanto ora chiarito si potrebbe comprendere la presenza dell'avverbio *naturaliter* in riferimento alla *condictio*; infine, non meno trascurabile è la circostanza che in luogo di *servitus*, troviamo utilizzato nel passo il termine inconsueto di '*dominatio*'¹¹⁸.

Già sulla base di queste osservazioni essenziali, è legittimo allora pensare che l'intero tratto finale del testo di Trifonino contenga una di quelle frequenti divagazioni con cui i compilatori, traendo spunto da una fattispecie classica, piegano quest'ultima ai nuovi prin-

86). Per contro, difendono l'autenticità della frase '*quia naturale adgnovit debitum*', circoscrivendo l'interpolazione di D. 12.6.64 al periodo di chiusura '*ut enim libertas – naturaliter intelligenda est*', P. BONFANTE, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, in *Foro it.* 18, 1893, I, 162 (= ID., *Scritti giuridici varii*. III. *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino 1926, 15); P. FREZZA, *Ius gentium*, in *Mélanges F. De Visscher*, I = RIDA 2, 1949, 304 nt. 64; A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 56, e ID., *Dubbi in tema di «naturalis obligatio»*, cit., 500 (più cauto l'a. in *La «naturalis obligatio»*, cit., 76 (= ID., *Miscellanea*, cit., 220 s.); G. DONATUTI, *Rec. di G.E. LONGO, Ricerche sull'«obligatio naturalis»*, cit., 314; P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution*, cit., 171 e nt. 26 (lo studioso, comunque, in armonia con la sua idea per cui '*debitum*' e '*obligatio*', anche se affiancati dall'attributo *naturalis*, avevano in età classica significati distinti – indicando il primo le relazioni obbligatorie facenti capo agli schiavi e *iure civili* prive di valore, mentre per i rapporti obbligatori regolati dai principi di *ius civile* si sarebbe utilizzato il termine tecnico di *obligatio* – nega che nel frammento di Trifonino l'espressione '*naturale debitum*' equivallesse a '*naturalis obligatio*'); G. BROGGINI, *Recc. di G.E. LONGO, Ricerche sull'«obligatio naturalis»* (1962), e di P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain* (1964), in SDHI 31, 1965, 372 (pubbl. successivamente, con il titolo *Obligatio naturalis*, in G. BROGGINI, *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966, 499); I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 243. Da ultimo L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 213 ss., partendo dal presupposto che i concetti espressi nella seconda parte di D. 12.6.64 «... non stanno a fondamento del *naturale debitum*, ma sono da considerarsi separatamente, poiché reciprocamente autonomi ... Infatti, i due periodi del brano parlano di argomenti affatto diversi tra loro, che giustappongono semplicemente l'obbligazione naturale al diritto naturale, facendo distintamente riferimento prima al *naturale debitum*, poi al *ius naturale*» (*ibidem*, 214 s.), così conclude: «... si può pensare che probabilmente i compilatori hanno accostato, operando una sorta di 'taglia e incolla', due diversi brani di Trifonino, inserendo il collegamento sintattico *enim*. I due periodi potrebbero anche appartenere a un unico scritto di Trifonino malamente accorciato; in entrambi i casi il *ius naturale* va valutato autonomamente rispetto all'obbligazione naturale» (*ibidem*, 217).

¹¹⁵ V. D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*).

¹¹⁶ V. I. 1.2.11.

¹¹⁷ V. I. 1.2.2.

¹¹⁸ Quanto invece al rilievo, che pure è stato fatto (cfr. aa. citt. *supra*, nt. 114 in apertura), secondo cui la *condictio indebiti* sarebbe esclusa dall'esistenza della *naturalis obligatio* e non dal suo riconoscimento, lo stesso viene giustamente così respinto da A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 56 nt. 70: «il giureconsulto imposta la questione avendo riguardo all'*animus* del solvente, come dimostra la frase '*quamvis existimans ei aliqua teneri actione*' ... e quindi non può stupire che parli, anziché di esistenza del debito naturale, di riconoscimento da parte del solvente di un tale debito ...».

cipi giustiniane¹¹⁹. Ma tutto questo, comunque, non autorizza a coinvolgere nei sospetti di cui abbiamo accennato, anche la frase ‘*quia naturale adgnovit debitum*’; anzi, è proprio fornendo questa spiegazione che Trifonino – non diversamente da Giavoleno – può dare rilevanza autonoma al *debitum domini* che emerge dopo la *manumissio*, ovvero privo di ogni implicazione peculiare, giustificando così la irripetibilità del pagamento¹²⁰.

Certamente, se si tiene conto che, mentre Giavoleno operò sotto Domiziano e Traiano, Trifonino fu giurista dell’età dei Severi, non può negarsi che la motivazione ‘*quia naturale adgnovit debitum*’ adottata da quest’ultimo presupponga un travaglio giurisprudenziale sui rapporti obbligatori di cui è parte lo schiavo, molto più profondo di quanto non sembri emergere dalla posizione di Giavoleno. In ogni caso, però, è possibile individuare tra la fattispecie prevista in D. 35.1.40.3 e quella prospettata in D. 12.6.64 un comune denominatore: sia Giavoleno che Trifonino prendono in considerazione il *debitum domini* verso il *servus*; *debitum* che assunto durante la schiavitù, emerge poi, una volta estintasi la *dominica potestas*, come entità autonoma¹²¹. Ed entrambi i giuristi si sforzano di salvare questa aspettativa creditizia servile¹²², altrimenti *iure civili* irrilevante, ricorrendo al concetto tecnico di *naturale debitum*.

¹¹⁹ Non è, comunque, mancato chi ritiene di poter trarre anche dalla seconda parte di D. 12.6.64 spunti classici: in questo senso C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 173 s.; E. LEVY, *Natural law in roman thought*, cit., 16 e nt. 21; G. NOCERA, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Milano 1962, 96; M. KASER, *Rec. di P. CORNIOLEY, Naturalis obligatio. Essai sur l’origine et l’évolution*, cit., 464 nt. 14; ID., *Das röm. Privatrecht*, I, cit., 284 nt. 7, 480 s., e ID., *Ius gentium*, cit., 77, 159 s., al quale aderisce W. WALDSTEIN, *Natura debere, ius gentium und natura aequum*, cit., 441 s., 455, 459. Ancora, la genuinità della finale ‘*ut enim libertas – naturaliter intelligenda est*’ viene energicamente difesa con ampie argomentazioni da A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile – Debitum naturale*, I, cit., 194 nt. 15; nella stessa direzione anche U. ZILLETI, *In tema di ‘servitus poenae’ (Note di diritto penale tardoclassico)*, in SDHI 34, 1968, 40 e nt. 25; F. WYCISK, ‘*Alimenta*’ e ‘*victus*’ dans le droit romain classique, in RHD 50, 1972, 220; J. MODRZEJEWSKI, ‘*Aut nascuntur aut fiunt*’: les schémas antiques des sources de l’esclavage, in BIDR 79, 1976, 14 s. e nt. 43; Ph. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel*, cit., 247 ss., spec. 256; P. CERAMI, ‘*Ordo legum*’ e ‘*iustitia*’ in Claudio Trifonino, in AUPA 40, 1988, 13 ss.; J. PLESCIA, *Conflict of laws in the roman empire, in Labeo* 38, 1992, 46 e nt. 71; Ph.L. LANDOLT, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 204 s., e, da ultimo, D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE, Pavia 2007, 362 s. nt. 147; mentre L. ATZERI, *Natura e ius naturale*, cit., 755 nt. 16, individuando nella fonte tardo classica una certa relazione tra la *naturalis obligatio* (del dominus verso il proprio servus) e il *ius naturale*, non esclude che la stessa possa essere il risultato di rimaneggiamenti posteriori.

¹²⁰ Del tutto isolata è rimasta l’opinione di G.E. LONGO, *Ricerche sull’«obligatio naturalis»*, cit., 91 ss. (e già ID., *Concetto e limiti dell’obbligazione naturale dello schiavo*, cit., 96 s.), il quale per negare nel passo di Trifonino il riconoscimento classico del *debitum domini* come *obligatio naturalis*, non soltanto evidenzia il preteso carattere insitico della motivazione ‘*quia naturale adgnovit debitum*’, ma fa altresì leva su un frammento di Ulpiano, D. 12.6.26.8 (su cui v. *infra*, § 7 nt. 140), nel quale, nonostante esso tratti una fattispecie analoga a quella prospettata in D. 12.6.64 (ma riguardante la figura del *filius familias*), la *condictio indebiti* risulta giustificata in modo diverso, ovvero senza il richiamo alla nozione di *naturale debitum*. *Contra*, rimando alla giusta obiezione di A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 57.

¹²¹ In questo senso anche A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile – Debitum naturale*, I, cit., 215 ss., al cui pensiero aderisce M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*, cit., 143 s. nt. 153.

¹²² Ne è conferma l’‘*ego puto ...*’ con cui Giavoleno fa precedere la qualifica di *naturale debitum* attribuita al debito dominicale nei confronti del servo.

Alle fattispecie considerate da Giavoleno e Trifonino può poi accostarsi il caso prospettato da Africano il quale, sebbene relativo al *filius familias*, è applicabile pure al *servus* essendo entrambe le posizioni di questi *potestati subiecti*, in età classica, del tutto analoghe relativamente alla costruzione giurisprudenziale dell'*obligatio naturalis*:

D. 12.6.38.2 (Afric. 9 *quaest.*): ... *si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur, quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur. Eademque erunt et si extraneus heres exheredato filio solverit, id quod ei pater debuisset*¹²³;

anche Giuliano-Africano¹²⁴, al fine di escludere la ripetizione di quanto pagato dal *pater* al *filius emancipatus* per un *debitum* assunto nei suoi confronti *manente potestate*, deve ammettere l'esistenza di una *naturalis obligatio*, perché anche questo *debitum* dell'avente potestà verso il proprio sottoposto non si configura nella fattispecie affrontata dal giurista¹²⁵ come partita contabile, ovvero come elemento da computare nella massa peculiare in caso di proposizione dell'*actio de peculio*, presentandosi per contro quale debito autonomo, senza relazione alcuna con il *peculium*.

6. *Segue.* c) I debiti dei terzi verso lo schiavo.

Ora, in questa dinamica di rapporti intercorrenti tra la normativa *iure honorario* in tema di *peculium* da una parte, e la creazione giurisprudenziale della nozione di *naturalis obligatio* dall'altra, si inseriscono anche i crediti servili verso i terzi.

Quanto alla regolamentazione peculiare, il rigido principio civilistico '*quodcumque per servum adquisitur, id domino adquisitur*'¹²⁶, in virtù del quale il credito contratto dallo schiavo nei confronti di un estraneo era credito dell'avente potestà, fu contrassegnato da tutta una serie di temperamenti.

Anzitutto, fermandoci a contemplare l'ipotesi in cui il terzo debitore del *servus* fosse inadempiente, ancorché l'azione contro di lui, a tutela della pretesa creditoria, spettasse *iure civili* al *dominus*, l'ammontare ricavato dal concreto esercizio dell'azione¹²⁷ *manente potestate*,

¹²³ Per la dottrina su questo passo v. *supra*, § 4 nt. 102.

¹²⁴ V. *supra*, § 4 nt. 103.

¹²⁵ Fattispecie 'esattamente' inversa a quella prevista nel precedente § 1 per la quale, coerentemente, la soluzione giurisprudenziale è la medesima: v. *supra*, § 4 in fine.

¹²⁶ V. Gai. 1.52 (= D. 1.6.1.1 [Gai. 1 *instit.*]).

¹²⁷ Con la quale, peraltro, il *dominus* non agiva *suo nomine* ma '*servi nomine*', come sottolinea in D. 44.7.56 Pomponio, il quale utilizza in proposito l'espressione '*quaecumque actiones*' che, seppur immediatamente allusiva alle *actiones* derivanti da illeciti commessi dal servo, è idonea per la sua genericità a ricomprendere anche i casi di atti negoziali compiuti dallo stesso: (Pomp. 20 *ad Q. Mucium*) *Quaecumque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere vel ex duodecim tabulis vel ex lege Aquilia vel iniuriarum vel furti, eadem durant, etiamsi servus postea vel manumissus vel alienatus vel mortuus fuerit. Sed et conditio ex furtiva causa competit, nisi si nactus possessionem servi aut alienavero aut manumisero eum*. Ed è oltremodo significativo che nella *formula* si facesse menzione dello schiavo non come soggetto nel cui interesse si assumeva il giudizio, bensì in qualità di chi avesse 'occasionato' l'atto obbligatorio, dando origine e fondamento

non era destinato ad incrementare il patrimonio dominicale, bensì andava considerato parte del *peculium*.

Le fonti sono esplicite in questo senso. Si veda, ad esempio,

D. 15.1.7.5-6 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed et si quid furti actione servo deberetur vel alia actione, in peculium computabitur: hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait. 6. Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem eius dominus convenit. Quare si forte ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi*¹²⁸;

quanto sarebbe dovuto allo schiavo a seguito dell'esperienza dell'*actio furti* (o di *alia actio*) – evidenza a chiare lettere Ulpiano – ‘in *peculium computabitur*’, verrà computato nel peculio. Affermazione che il giurista tiene a rimarcare ripetutamente nel prosieguo del frammento (§ 6): anzitutto, quando sottolinea che ‘(sott. *servus*) in *peculium habebit*’, andrà cioè compreso tra l'attivo peculiare quanto il *dominus* deve al proprio schiavo, o perché questi ha sostenuto delle spese per conto di lui (‘in *domini rationem impendit*’) o perché, appunto, il *dominus* ha agito contro un debitore proprio dello schiavo (‘*debitorem eius dominus convenit*’)¹²⁹; e poi, quando tiene ad evidenziare in chiusura che ‘in *peculium servi erit conversum*’

all'azione. In tal senso cfr. pure I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 167 s., e M. MICELI, *Sulla struttura formale delle «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 61 s.

¹²⁸ Per W.W. BUCKLAND, *The roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 685 e nt. 5, il brano è «probably interpolated»; più esplicito G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS 66, 1948, 196, che si pronuncia per la natura compilatoria dei periodi ‘*sed et id quod dominus sibi debet—quare*’ e ‘*nisi forte dominus—in peculium servi*’. Anche G.E. LONGO, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo*, cit., 100 e nt. 39, sospetta interventi successivi sul testo ulpiano per la presenza in esso di alcune sgrammaticature, come ‘*dominus sibi debet*’, ‘*habere in peculium*’, ‘*esse in peculium*’ (ma, a questo proposito, cfr. I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 169 s. nt. 56), precisando che si tratta, comunque, di una interpolazione solo formale, la quale non intacca la sostanza, sicuramente classica, del passo; mentre di rimaneggiamenti sostanziali parla, da ultimo, M.A. LIGIOS, ‘*Ademptio peculii*’ e *revoca implicita del legato*, cit., 540 nt. 101. *Contra*, per la genuinità di D. 15.1.7.5-6 propendono, tra gli altri, R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, III, cit., 18; A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano 1982, 160 e nt. 37; L. AMIRANTE, *Lavoro di giuristi sul peculio. Le definizioni da Q. Mucio a Ulpiano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, III, Milano 1983, 10.

¹²⁹ Ipotesi quest'ultima che, insieme alla precedente, ritroviamo considerate anche in D. 40.7.3.2 (Ulp. 27 *ad Sab.*): *Inde quaeritur, si forte debeatur pecunia huic servo vel ab herede, quod in domini rationem plus erogaverat, vel ab extraneo, nec velit heres debitorem convenire vel statulibero solvere pecuniam: an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiatur. Et aut legatum huic statulibero fuit peculium aut non: si legatum peculium fuit, Servius scribit moram eum libertatis passum ob hoc ipsum, quod ei aliquid ex ratione dominica deberetur nec ei ab herede praestaretur: quam sententiam et Labeo probat. Idem Servius probat et si in eo moram faciat heres, quod nolit exigere a debitoribus: nam perventurum ad libertatem ait. Mihi quoque videtur verum quod Servius ait ...* (sul passo v. anche *supra*, § 5 ntt. 108, 110). La fattispecie descritta nel testo è quella di uno schiavo a favore del quale sia stata fatta una *manumissio testamento* sotto condizione di dare un *quantum* all'erede o ad un terzo; ma per realizzare tale *condicio* e ottenere così la *libertas*, lo *statuliber* ha necessità di riscuotere i crediti che vanta o nei confronti dell'erede (per erogazioni patrimoniali fatte

il doppio eventualmente percepito dal *dominus*, a titolo di evizione, da una compravendita che era stata effettuata dal servo (*ex servi emptione*).

Analoga considerazione si riscontra in

D. 15.1.9.1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Plane si conservus dedit damnum vel subripuit, in peculium videtur haberi, et ita Pomponius libro undecimo scribit: nam et si quid dominus ab eo qui rem peculiarem subripuit vel consecutus est vel consequi potest, in peculium esse ei imputandum Neratius libro secundo responsorum scribit;*

ancora una volta è Ulpiano, sempre in sede di interpretazione dell’editto sulla responsabilità *de peculio*, ad affermare – riferendo, al riguardo, il pensiero di Pomponio e quello di Nerazio – che quanto il *dominus* abbia conseguito (o possa conseguire) da chi ha sottratto una *res peculiaris*, ‘*in peculium videtur haberi*’, ‘*in peculium esse imputandum*’, va cioè a confluire nel peculio: in questo modo si dà rilievo a un credito peculiare del *servus*, per l’illecito subito dal *conservus*, nei confronti del *dominus*, così da calcolare la consistenza patrimoniale del *peculium*.

Come pure, particolarmente indicativa ai nostri fini si presenta una testimonianza di Scevola:

D. 15.1.51 (Scaev. 2 *quaest.*): *Quod debetur servo ab extraneis, agenti de peculio non omnimodo dominus ad quantitatem debiti condemnandus est, cum et sumptus in petendo et eventus executionis possit esse incertus et cogitanda sit mora temporis quod datur iudicatis, aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit. Ergo si paratus sit actiones mandare, absolvetur. Quod enim dicitur, si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum, quia sit cum socio actio, in eodem redibit, si actiones paratus sit praestare: et in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est.*

Qui il giurista, nell’ambito di un *iudicium de peculio*, tiene a precisare, da un canto, che quanto dovuto al servo da terzi estranei non va considerato interamente nel computo patrimoniale del peculio, dovendosi tener conto delle spese del giudizio, dell’incertezza legata all’esecuzione della *condemnatio* nonché della dilazione di tempo per l’adempimento del giudicato e la *bonorum venditio*; dall’altro, che il *dominus* potrà non perseguire i crediti del servo qualora ritenga per lui conveniente cedere le relative azioni a chi lo convenga con l’*actio de peculio*, sfuggendo così alla sentenza di condanna.

Passando a considerare l’ipotesi, inversa, di spontaneo adempimento da parte del debitore *extraneus*, anche il pagamento (allo schiavo) dei *nomina pecularia* ricevette una prima

in domini rationem) o nei confronti di un estraneo; *quid iuris* se l’erede si rifiuta di pagare allo *statuliber* quanto gli doveva, o di convenire in giudizio il *debitor servi*? Servio risponde che ‘*si legatum peculium fuit*’, allora l’inerzia dell’erede costituisce impedimento all’avverarsi della *condicio*, sicché lo *statuliber* consegue ugualmente la libertà; e Ulpiano concorda con Servio. Appare, quindi, evidente, dalla questione prospettata in D. 40.7.3.2 come a tutela dello schiavo manomesso *cum peculio* la consistenza patrimoniale di questo andasse calcolata tenuto conto delle somme che l’erede doveva allo schiavo o *ex ratione dominica*, o per ciò che egli stesso aveva ricavato convenendo in giudizio il *debitor servi*.

rilevanza, avendo la normativa pretoria cura di distinguere questo dagli altri pagamenti che lo schiavo fosse stato eventualmente abilitato a ricevere.

Così, mentre in caso di crediti del *dominus* (ovvero contratti per suo conto o per suo volere), la *solutio*, se non ricevuta personalmente dal creditore, aveva efficacia liberatoria per il terzo debitore solo se fatta al *servus* autorizzato in tal senso dal *dominus*:

D. 13.7.11.5 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendi praeposito ...*¹³⁰;

per contro, il *servus* poteva ricevere ‘*recte*’ la prestazione oggetto dell’atto negoziale da lui compiuto autonomamente (‘*ex peculio suo*’), essendo sufficiente l’assenza di un contrario avviso da parte del *dominus*:

D. 46.3.35 (Alf. 2 *dig. a Paulo epitom.*): *Quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei, sive venisset sive manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa interciderit, ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi. Sed et si quis dominicam pecuniam ab eo faeneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem iuris est: videtur enim voluntate domini qui cum servo negotium contraheret et ab eo accipere et ei solvere*¹³¹.

¹³⁰ Analogamente la prima parte di D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficet, quod ignoraverit manumissum ...*, dove è sempre Ulpiano a precisare che l’adempimento libera il terzo se effettuato allo schiavo ‘*praepositus pecuniis exigendis*’ (o ‘*praepositus kalendario*’, come sottolineato in D. 12.1.41 [Afric. 8 *quaest.*]); mentre, laddove sia stato fatto *post manumissionem*, ha un tale effetto per il debitore solo se questi abbia ignorato l’avvenuto atto di affrancazione. Nella medesima direzione si collocano D. 46.3.51 (Paul. 9 *ad ed.*): *Dispensatori, qui ignorante debitore remotus est ab actu, recte solvitur: ex voluntate enim domini ei solvitur, quam si nescit mutatam, qui solvit liberatur*, in cui Paolo, a giustificazione della validità del pagamento eseguito nelle mani del *servus dispensator*, tiene a sottolineare che ‘*ex voluntate enim domini ei solvitur*’ (di *servus dispensator* si parla anche in Gai. 3.160 e in D. 46.3.62 [Paul. 8 *ad Plaut.*]), nonché D. 16.2.19 (Pap. 11 *resp.*): *Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit: obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculii fini, quod servus publicus habebit*, dove Papiniano esclude la rettitudine del pagamento da parte di un debitore di denaro pubblico a un *servus publicus*, con conseguente persistenza dell’originaria obbligazione, qualora lo stesso venga compiuto ‘*citra voluntatem eorum ... quibus debitum recte solvi potuit*’. V. inoltre D. 46.3.49 (Marcian. *lib. sing. ad form. hypoth.*); D. 20.6.7.1 (Gai. *lib. sing. ad hypoth. form.*), e C. 8.42.19 (Impp. Diocletianus et Maximianus. AA. et CC. Diogeni) [a. 294] che attestano pure la valida possibilità di pagare al *servus actor*. A tutte queste testimonianze attestanti l’efficacia liberatoria del pagamento si richiama G. FINAZZI, *Riflessioni in margine al rapporto fra ratihabito e iussum*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano 2007, 432 ss., per sostenere che «... anche sul versante della riscossione dello schiavo o del *filiusfamilias*, la ratifica si riteneva necessaria soltanto ove mancassero i presupposti legittimanti rappresentati dal previo *iussum* o da una più ampia *praepositio* del sottoposto» (*ibidem*, 433).

¹³¹ Benché il passo sia stato sospettato di rimaneggiamenti vari (cfr., al riguardo, l’*Index itp., ad h.l.*, cui adde F. HAYMANN, *Schutz des guten Glaubens des leistenden Schuldners im römischen Recht*, in BIDR 51-52, 1948, 395 e nt. 4, e ID., *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, in BIDR 59-60, 1956, 9; M. KASER, *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfenener mit Studien zur Natur der ‘manumissio vindicta’*, in SDHI 16, 1950, 64 s. nt. 24; ID., *Zur Frage einer condictio aus gutgläubiger Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, in *Festschrift für W. Felgentraeger zum 70. Geburtstag*, hrsg. von M. KASER, W. WEBER, W. THIEME und F. WIEACKER, Göttingen 1969, 283 nt. 32, e ID., *Das röm. Pri-*

Alla medesima *ratio* si ispira la disciplina pretoria nell'ipotesi in cui il debitore estraneo abbia adempiuto successivamente all'atto della manumissione dello schiavo.

Si veda, a questo proposito,

D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit ...*

Circa l'efficacia del pagamento effettuato *post manumissionem* al servo che era stato preposto alle riscossioni, Ulpiano distingue infatti a seconda che si tratti di debito *ex contractu domini* oppure di debito *ex causa peculiari*: nel primo caso la *solutio* libera il terzo debitore a condizione che questi abbia ignorato l'avvenuta *manumissio*; nel secondo caso a condizione che egli, pur sapendo che l'ex schiavo aveva conseguito la condizione giuridica di *libertus*, abbia ignorato l'*ademptio peculii*¹³².

vatrecht, I, cit., 636 nt. 6; G. VON BESELER, *Fruges et paleae*. II. *Romanistische Untersuchungen*, in *Festschrift für F. Schulz*, hrsg. von H. NIEDERMAYER und W. FLUME, I, Weimar 1951, 38), la dottrina prevalente ne ammette la sostanziale genuinità: così, tra gli altri, G. LONGO, *Il concetto classico e il concetto giustiniano di «administratio peculii»*, in AG 100, 1928, 190 (= Id., *Ricerche romanistiche*, cit., 373); J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, cit., 142 nt. 29; G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, cit., 521; A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford 1965, 211 ss.; F. HORAK, *Rationes decidendi*, I, cit., 219; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 41 s. ntt. 68-69; A. MANTELLO, 'Beneficium' servile – 'Debitum' naturale, I, cit., 303 nt. 175; O. MILELLA, «Casus» e «vis maior» in Sen., «Ben.» 4.39.3-4; 7.16.3, in *Labeo* 33, 1987, 280 nt. 39; P. VOGLI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, in SDHI 56, 1990, 51; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 154 s; R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, a cura di R. FIORI, Napoli 2011, 184 ss., spec. 186 nt. 265. Quanto poi alla motivazione 'videtur enim voluntate domini qui cum servo negotium contraheret et ab eo accipere et ei solvere', addotta in chiusura di D. 46.3.35, circa la possibilità di restituire allo schiavo la *pecunia dominica* dallo stesso data in prestito per volontà del padrone, essa – precisa correttamente I. BUTI, *op. ult.*, cit., 164 – «non può sminuire la portata della prima parte del passo, perché, come è confermato dalla comparazione con Gai. 4.71, ... si riferisce soltanto all'ipotesi del negozio compiuto dal servo 'permissu domini'. Anzi, l'accento posto sulla *voluntas* del padrone per quanto attiene all'*accipere* del servo ed al *solvere* allo stesso fa, per converso, risaltare la autonomia del servo che 'credit aut deponit ex peculio suo', e il pagamento 'recte' a lui effettuato»; sul punto cfr. pure G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano 2008, 117 nt. 54. A conferma, poi, della suddetta testimonianza di Alfeno, può richiamarsi la parte finale di D. 46.3.19 (Pomp. 21 *ad Sab.*): ... *Et ideo servus meus quod peculiari nomine crediderit exigendo liberabit debitorem, delegando autem vel novando non idem consequeretur*, che attesta altresì la possibilità per lo schiavo di attivarsi sollecitando la *solutio* che, una volta eseguita, ha efficacia liberatoria per il debitore; così come si libera 'non dubie' colui che, avendo rubato al servo una *res peculiaris*, paghi a questo per intero la *poena furti dupli*, secondo quanto afferma Ulpiano in D. 47.2.52.26 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Si servus meus, qui habebat peculii administrationem liberam, pactus sit cum eo non donationis causa, qui rem eius peculiarem subriperat, recte transactum videtur: quamvis enim domino quaeratur furti actio, attamen in peculio servi est. Sed et si tota poena furti dupli servo soluta sit, non dubie fur liberabitur. Cui consequens est, ut, si forte a fure acceperit servus, quod ei rei satis esse videatur, similiter recte transactum videatur.*

¹³² Non rileva ai nostri fini l'ulteriore ipotesi, illustrata da Ulpiano nel séguito di D. 46.3.18, in cui lo

Negli stessi termini si esprime

D. 46.3.32 (Iul. 13 dig.): *Si servus peculiari nomine crediderit eique debitor, cum ignoraret dominum mortuum esse, ante aditam hereditatem solverit, liberabitur. Idem iuris erit et si manumisso servo debitor pecuniam solverit, cum ignoraret ei peculium concessum non esse. Neque intererit, vivo an mortuo domino pecunia numerata sit: nam hoc quoque casu debitor liberatur, sicut is, qui iussus est a creditore pecuniam Titio solvere, quamvis creditor mortuus fuerit, nihilo minus recte Titio solvit, si modo ignoraverit creditorem mortuum esse.*

Anche Giuliano è inequivocabile nel precisare che il terzo debitore il quale paghi al servo manomesso *sine peculio*, si libera del suo debito soltanto se non sia venuto a conoscenza della mancata concessione del *peculium*; e tale effetto liberatorio viene, peraltro, posto dal giurista sullo stesso piano (*idem iuris erit*) di quello che opera a favore di chi, avendo ricevuto una somma a mutuo *peculiari nomine*, l'abbia restituita allo schiavo ignorando la morte del *dominus*, ma *'ante aditam hereditatem'*: condizione quest'ultima evidentemente necessaria dal momento che, realizzandosi la successione, gli eredi subentrano nel complesso patrimoniale del *dominus*, e dunque anche nel *peculio*.

In linea con le affermazioni di Ulpiano e Giuliano appare il pensiero di Papiniano, il quale pure ricollega alla mancata revoca del *peculium* la rettitudine della *solutio* eseguita dall'*extraneus* debitore allo schiavo manomesso:

D. 40.3.3 (Pap. 14 resp.): *Servus civitatis iure manumissus non ademptum peculium retinet ideoque debitor ei solvendo liberatur.*

7. Interpretazione di D. 44.7.14: il *servus* obbliga *'naturaliter'* l'*extraneus*.

Ecco allora, volendo tirare le fila del discorso, che l'attività creditoria servile emergeva *iure honorario* u n i c a m e n t e in connessione al patrimonio peculiare; tutto, ancora una volta, era visto in funzione del *peculium*: i crediti autonomamente contratti verso *extranei* spettavano non in quanto tali allo schiavo, ma alla massa peculiare.

Una rilevanza che in questi 'limitati' termini operava, come emerge dalle testimonianze testé richiamate, sia nella fase di permanenza dello stato servile da parte del soggetto autore del credito, sia nella fase successiva all'eventuale *manumissio* dello stesso.

Perdurando la *dominica potestas*, si è potuto constatare come ai crediti dello schiavo verso terzi si attribuisse un rilievo puramente interno, essi cioè non erano altro che delle 'partite contabili' necessarie per calcolare l'ammontare del *peculium*, prive di valenza giuridica autonoma; quanto perseguito per via giudiziale dal *dominus*, unico titolare *iure civili* dell'azione a tutela del credito, andava infatti considerato parte dell'attivo peculiare: *'in peculium computabitur'* – troviamo detto nelle fonti –, come pure *'in peculium habebit'*, *'in peculium servi*

schiavo manomesso accetti il pagamento (sia di un debito *ex contractu domini*, sia di un debito *ex causa peculiari*) *'intervertendi causa'*; in tal caso egli commette *furtum* nei confronti del suo ex padrone: ... *Utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur.*

erit conversum', 'in *peculium imputandum est*'. Peraltro, sono espressioni tutte queste, le quali non vanno intese nel senso che «... il *dominus* è tenuto a far pervenire al servo quanto ottenuto da un'azione esperita contro un di lui debitore»¹³³, bensì che quanto ricavato in questo modo concorreva a determinare l'entità del *peculium* nei limiti del quale era circoscritta la responsabilità *de peculio* del *dominus*; mentre l'effettivo materiale incremento dell'ammontare peculiare con quanto dovuto al servo, veniva rimesso e s c l u s i v a m e n t e all'iniziativa del padrone.

Significative risultano, in proposito, le frasi '*si dominus ei debitor manere voluit*' e '*nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi*' che, abbiamo visto¹³⁴, Ulpiano utilizza in D. 15.1.7.6¹³⁵ a voler sottolineare che la sussistenza dei crediti servili si presentava in ogni caso subordinata alla *voluntas* del padrone, quale espressione del suo più ampio potere di disporre sempre e comunque del *peculio servile*¹³⁶: è lui a volere restare debitore dello schiavo e, quindi, a volere che l'eventuale somma riscossa in giudizio per un credito servile vada realmente ad accrescere il patrimonio peculiare¹³⁷; l'unico limite è che «... il suo operato non frodi gli interessi dei creditori peculiari, che vedono diminuire il *peculio*, garanzia del loro soddisfacimento»¹³⁸.

Una stretta dipendenza, questa del riconoscimento del credito servile, dall'esistenza del *peculio*, e dunque dalla *voluntas domini*, che abbiamo visto riscontrarsi con tutta evidenza anche in caso di spontaneo adempimento del debito. Come la validità del pagamento *manente potestate* si fondava sulla concessione del *peculium*, tant'è che il debitore *extraneus* che pagava allo schiavo suo creditore, adempiva '*recte*', con conseguente irripetibilità del pagamento, se non vi si opponeva il contrario volere del *dominus* ('*nisi aliqua causa interciderit, ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi*'¹³⁹) che poteva, ad esempio,

¹³³ Così I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 170; nonché: «Il servo avrà nel *peculio* quel che il padrone gli deve, ... perché il *dominus* ha convenuto in giudizio un suo debitore». Ed ancora: «il ricavato delle azioni va al *peculio* e cioè al servo (che potrà negoziare e disporre anche di questa parte del patrimonio); «... dell'incremento del *peculio* in seguito alle azioni esperite dal *dominus* beneficiavano non solo i creditori del servo, ma il servo stesso, sia perdurando la schiavitù, perché aveva una più larga disponibilità di beni ed una più ampia base per negoziare, sia quando fosse manomesso *cum peculio*» (*ibidem*, 173); cfr. pure *ibidem*, 178, 179.

¹³⁴ *Supra*, § 6.

¹³⁵ Come pure l'interrogazione retorica '*quid tamen si haec voluntas fuit testatoris?*' che leggiamo in D. 33.8.6.4, su cui v. *supra*, § 4 nt. 89.

¹³⁶ Osserva, in riferimento a D. 15.1.7.6, M.A. LIGIOS, «*Ademptio peculii*» e *revoca implicita del legato*, cit., 511: «L'ipotesi considerata da Ulpiano ... consente di determinare il tipo di rapporto intercorrente tra i due elementi rappresentati dall'annotazione nella *ratio dominica* del debito del *dominus* nei confronti del proprio servo e della volontà dell'uno di restare debitore dell'altro, nel senso che l'annotazione parrebbe di per sé inidonea a determinare l'incremento del *peculium*, se priva della *voluntas*, o meglio, se questa non sia conforme a quanto scritto nella *ratio*».

¹³⁷ E la stessa considerazione vale pure per il *naturale debitum domini*, la cui operatività era rimessa all'esclusiva iniziativa del padrone, come abbiamo visto (*supra*, § 5) emergere dalle frasi '*secundum mentem testatoris*' in D. 35.1.40.3 (Iav. 2 *ex post. Lab.*), e '*quia naturale adgnovit debitum*' in D. 12.4.64 (Tryph. 7 *disput.*). Sul punto cfr. L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 212 s.

¹³⁸ R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, III, cit., 20.

¹³⁹ D. 46.3.35 (Alf. 2 *dig. a Paulo epitom.*), su cui v. *supra*, § 6.

tradursi nel privare il *subiectus* del peculio¹⁴⁰, allo stesso modo l'efficacia liberatoria della *solutio* effettuata al servo *post manumissionem* era subordinata alla concessione del patrimonio peculiare o alla mancata conoscenza, da parte del terzo debitore, dell'*ademptio peculii*. Come è stato osservato, «... il fatto stesso che il *dominus*, anche dopo la manumissione del servo, possa impedire in qualche modo che il terzo adempia nelle sue mani, lascia pensare che non sia certo il servo il titolare del diritto di credito; ... semmai la concessione o la mancata *ademptio* del *peculium post manumissionem* ... costituiscono soltanto degli elementi di fatto dai quali poter dedursi la volontà del *dominus* di consentire che i terzi adempiano nelle mani del servo, e che questi possa legittimamente riscuotere e trattenere le somme»¹⁴¹.

Ma il credito vantato dallo schiavo verso una persona estranea era anch'esso suscettibile di presentarsi sganciato da qualsivoglia legame con il *peculium* (allo stesso modo, come prima si è visto¹⁴², del *debitum servi* e del *debitum domini*): in questo senso, infatti, esso poteva anche essere stato originato da rapporti obbligatori extrapeculiari (perché, ad esempio, il *peculium* era stato revocato oppure si trattava di atto negoziale compiuto dal servo nel suo esclusivo interesse¹⁴³); come pure, sorto o meno in dipendenza di attività peculiari, apparire disancorato dal *peculium* nel momento delle sue vicende analizzate dal giurista. Ed è a questo tipo di credito che Ulpiano intende riferirsi nella fattispecie descritta in D. 44.7.14: con la frase '*si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor*' il giurista severiano non intende prospettare l'ipotesi di un servo che abbia contrattato '*ex causa peculiari*' (come invece egli stesso sottolinea in D. 46.3.18¹⁴⁴), o che abbia fatto credito '*peculiari nomine*' (come invece Giuliano mette in luce in D. 46.3.32¹⁴⁵); bensì si esprime in maniera tale da escludere qualsivoglia collegamento col *peculium* sia all'atto di concessione del prestito, e

¹⁴⁰ Così D. 12.6.26.8 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Qui filio familias solverit, cum esset eius peculiaris debitor, si quidem ignoravit ademptum ei peculium, liberatur: si scit et solvit, conditionem non habet, quia sciens indebitum solvit*, dove si afferma che il pagamento a un figlio privato del peculio è liberatorio per il debitore solo se questi ha ignorato l'avvenuta *ademptio peculii*; e, dato l'esplicito richiamo al *filius familias*, è quanto mai probabile che nell'ipotesi considerata la *solutio* sia stata effettuata perdurando la *patria potestas*. Il passo è ritenuto interpolato, ma soltanto nella parte finale '*si scit et solvit—indebitum solvit*' non di nostro interesse: cfr. l'*Index itp., ad h.l.*, cui adde F. SCHWARZ, *Die Grundlage der conditio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, 82 s.; G.G. ARCHI, *Variazioni in tema di «indebiti solutio»*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, III, Napoli 1953, 346; D. DAUBE, *Utiliter agere*, in *Iura* 11, 1960, 120 nt. 138; M. KASER, *Zur Frage einer conditio aus gutgläubiger Erwerb*, cit., 284. Da ultimo, rinvio a A. WACKE, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum. Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung*, in *Iura* 42, 1991, 78 nt. 84.

¹⁴¹ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 155.

¹⁴² *Supra*, §§ 4-5.

¹⁴³ I giuristi si preoccupano, infatti, di tenere distinta l'attività posta in essere dallo schiavo '*ex causa peculiari*' o '*in rem domini*' da quella conclusa in nome proprio e nell'interesse proprio, ravvisando una responsabilità *de peculio* in capo al *dominus* solo nel primo caso: così D. 15.1.47.1 (Paul. 4 *ad Plaut.*), e D. 15.1.3.5 (Ulp. 29 *ad ed.*). Cfr., sul punto, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 243 ss.

¹⁴⁴ Sul passo v. *supra*, § 6.

¹⁴⁵ Sul passo v. *supra*, § 6.

dunque *manente potestate*, sia dopo la *manumissio* del servo mutuante¹⁴⁶.

Dunque un credito servile (*ex mutuo*), quello considerato nella tormentata testimonianza ulpiana, che emergendo autonomamente, come entità a se stante, era del tutto irrilevante dal punto di vista della (circostritta) visuale dell’editto pretorio dove esso, non sussistendo i presupposti per essere imputato alla massa peculiare (e concorrere, così, a ‘quantificare’ la responsabilità dominicale *de peculio*), si configurava unicamente come *creditum civile* del *dominus*: altra soluzione non era possibile.

Ecco allora che anche per questi crediti servili la giurisprudenza fece ricorso al concetto di *obligatio naturalis*: il debito assunto dall’*extraneus* nei confronti del *servus* costituiva anch’esso una relazione intersoggettiva che si realizzava concretamente e che, proprio per questo, non si poteva – né si doveva – disconoscere. Dunque, una rilevanza fattuale alla quale pure si diede veste giuridica ‘diretta’ con la qualifica tecnica di ‘naturale *creditum*’: come lo schiavo si obbligava *naturaliter*, tanto verso il *dominus* quanto verso l’*extraneus*, così egli obbligava ‘*naturaliter*’ tanto il *dominus* quanto l’*extraneus*; per cui anche il *naturale debitum* gravante sul terzo, permanendo *post manumissionem*, giustificava l’impossibilità di riottenere quanto spontaneamente adempiuto al creditore manomesso.

È vero che, come regola generale, «Nei casi in cui i giuristi parlano di adempimento di una *naturalis obligatio*, non accennano mai ad alcun effetto liberatorio, bensì a quello tipico della esclusione della *condictio indebiti*»¹⁴⁷. Sennonché, nel caso specifico di debito contratto dal terzo a favore dello schiavo, la presenza in D. 44.7.14 di ‘*liberor*’ – in luogo del richiamo alla irripetibilità del *solutum* (attraverso espressioni del tipo ‘*repeti non potero*’, o simili) – che tecnicamente designa la liberazione da una *civilis obligatio*, non deve sorprendere se ricollegata al noto principio ‘*quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur*’: il credito servile verso un estraneo era e restava *creditum civile* del padrone, ma esso dovette coesistere, a partire da una certa epoca, con il *creditum naturale* dello schiavo; sicché in caso di spontaneo adempimento al *servus* (sia prima che dopo l’eventuale *manumissio*), l’inesperibilità della *condictio indebiti*, essendo stata adempiuta una *naturalis obligatio*, comportava automaticamente anche il venir meno della *civilis obligatio* che a quella era legata da *eadem res*. Questo spiegherebbe perché Ulpiano ritiene di mettere in evidenza la liberazione del terzo debitore dal vincolo obbligatorio che lo legava al *dominus*, quale effetto ultimo della *solutio* (e di maggior impatto sul piano processuale) che, in quanto consequenziale a quello della irripetibilità del pagamento, contiene e assorbe in sé quest’ultimo.

Il fatto poi che D. 44.7.14 rappresenti l’unico passo, a noi pervenuto, nel quale si trova qualificato come ‘naturale’ il credito servile verso l’estraneo, anzitutto una tale circostanza non mi sembra argomento sufficiente per non dar séguito alla testimonianza ulpiana¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Quanto a D. 40.3.3 (su cui v. *supra*, § 6 in fine), in effetti neppure in questo brano si parla esplicitamente di un debito peculiare del terzo nei confronti del servo (così obietta A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 47 nt. 44); qui, però, la connessione tra il credito servile e il peculio si desume per via indiretta, attraverso il richiamo che Papiniano fa all’*ademptio peculii*.

¹⁴⁷ Così obietta V. DEVILLA, *Studi sull’obligatio naturalis*, cit., 240, per argomentare il sospetto di interpolazione, in D. 44.7.14, del tratto finale ‘*denique si servo – liberor*’: v. *supra*, § 2 e nt. 41.

¹⁴⁸ Come invece fanno, tra gli altri, A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 46 s.; G.E. LONGO, *Ricerche sull’«obligatio naturalis»*, cit., 91; P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l’origine et l’évolution*, cit., 171.

Non dimentichiamo, infatti, che l'esiguità testuale è un dato che si registra anche per il debito assunto dal *dominus* nei confronti del proprio servo, il quale risulta attestato come '*naturale debitum*' soltanto in due passi, quello di Giavoleno e quello di Trifonino¹⁴⁹; laddove, rispetto ai vincoli servili le fonti testimoniano un lavoro riflessivo sicuramente più complesso e, dunque, un ricorso da parte della giurisprudenza classica alla qualifica di *obligatio naturalis* molto più frequente per gli obblighi contratti dallo schiavo (sia verso il proprio *dominus*, sia verso persone estranee). Ma questo preminente rilievo socio-giuridico riservato ai debiti servili, di contro ai crediti servili, si comprende bene se visto come «... la risultante di quel giuoco economico-politico che conduceva a privilegiare e salvaguardare soprattutto gli interessi del libero che, quale soggetto attivo e creditore, entrasse in relazione con lo schiavo»¹⁵⁰; tant'è che nelle fonti la nozione di *naturalis obligatio servi* si ritrova per lo più richiamata in ordine alle garanzie personali – in particolare, alla *fideiussio* – nonché per giustificare la inutilizzabilità della *condictio indebiti* ai fini della restituzione del *solutum*, ovvero sia in quei casi in cui lo strumento pretorio dell'*actio de peculio* si rivelava insufficiente.

Ora, si comprende bene come una tale esigenza non si ravvisasse né per la posizione debitoria del *dominus* né per la posizione debitoria dell'*extraneus*, rispetto alle quali i giuristi utilizzarono il concetto di *naturale debitum* solo con riferimento ai casi, non certo frequenti, di autonomia del vincolo obbligatorio dal *peculium*, per dare così a quello valenza giuridica immediata. Non solo; il campo di applicazione di queste tipologie di *obligationes naturales* era poi ancor più ristretto dall'impossibilità di garantire le stesse *ex fideiussione*: per il generale principio *iure civili* secondo cui gli effetti acquisitivi degli atti posti in essere dal *subiectus* si producevano automaticamente a favore dell'avente potestà, con l'eventuale assunzione di garanzia infatti, trattandosi di *debitum domini* sarebbero coincise nella stessa persona del *dominus* le due qualità di debitore garantito e creditore del fideiussore¹⁵¹; trattandosi di *debitum* del terzo, sarebbe divenuto creditore del fideiussore il *dominus*, ovvero persona diversa dal creditore naturale che era il *servus*¹⁵².

¹⁴⁹ Rispettivamente, D. 35.1.40.3 (Iav. 2 *ex post. Lab.*) e D. 12.6.64 (Tryph. 7 *disput.*): su questi brani v. *supra*, § 5.

¹⁵⁰ A. MANTELLO, '*Beneficium servile* – '*Debitum naturale*', I, cit., 220 s., il quale, limitatamente al debito del padrone verso il proprio schiavo, così conclude: «Come sarebbe antistorico parlare di un rilievo generalizzato del *debitum domini* quale *debitum naturale* sulla base di una ipostatizzazione di principi creati dalla scienza giuridica romana per aspetti parziali e prammatici, così sarebbe antistorico negare un impiego dell'idea di naturalità che possa dirsi in qualche modo favorevole alla situazione servile» (*ibidem*, 222).

¹⁵¹ In questo caso il *fideiussor* '*pro eodem et eidem esse obligatus*' dice, infatti, Paolo in D. 46.1.56.1 (Paul. 15 *quaest.*): *Item si filius a patre vel servus a domino stipuletur, nec fideiussor acceptus tenetur, quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus. Ex diverso ergo patre a filio vel domino a servo stipulato fideiussor acceptus tenetur.*

¹⁵² A tutto questo si aggiunga poi, limitatamente ai debiti contratti dall'*extraneus* in favore del *servus*, che *iure civili* titolare dell'azione a tutela del credito servile era il *dominus*. Circostanza che, comprensibilmente, faceva passare in secondo piano la posizione creditoria *tout court* del servo, ma ciò non vuol dire che la rendeva del tutto irrilevante; come giustamente tiene a precisare I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 244 s., «Ciò ... potrebbe ... esser vero nella fase 'patologica' dei rapporti, cioè nei casi in cui l'*obligatio* non era spontaneamente adempiuta dal terzo e pertanto si rendeva necessario ricorrere a un giudizio; ma ove il terzo pagasse spontaneamente, la 'rettitudine' del pagamento non sembra basata tanto sulla considerazione che il servo acquistava al *dominus*, quanto su quella, implicita, che il servo era, appunto, creditore naturale».

In secondo luogo, ritenere che, al di fuori di D. 44.7.14, non sussista alcuna traccia testuale di richiamo – anche solo implicito o indiretto – all’*obligatio naturalis* in capo al terzo che abbia contratto un debito nei confronti dello schiavo, è affermazione che non trova, a mio avviso, rispondenza nello stato delle fonti a nostra disposizione.

Vale la pena infatti considerare una testimonianza, sempre di Ulpiano peraltro, che si rivela utilissima ai nostri fini:

D. 15.1.41 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et, si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur.*

Qui il giurista, nell’affermare che né lo schiavo ‘*debere potest*’ qualcosa a qualcuno né a lui ‘*potest deberi*’ qualcosa, sente il bisogno di precisare che, quando viene fatto un uso improprio (‘*abutimur*’) di questa terminologia, non si vuole certo rapportare al *ius civile* il vincolo obbligatorio di cui è parte il *servus*¹⁵³ (data la sua incapacità giuridica), bensì più semplicemente indicare che lo stesso ha comunque una innegabile esistenza di fatto: è una realtà – in altri termini – riscontrabile nella vita economica e sociale che non può quindi essere ignorata, seppure al di fuori del sistema normativo del *ius civile*¹⁵⁴; pertanto, conclude il giurista, il *dominus* richiede ‘*recte*’ agli estranei

¹⁵³ La ricostruzione proposta per D. 15.1.41 da H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 24, e E. ALBERTARIO, *Corso. Le obbligazioni*, III, cit., 116 s., ‘... *factum magis demonstramus quam [ad] ius [civile] referimus obligationem*’, anzitutto ignora – come correttamente rileva A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile* – ‘*Debitum naturale*, I, cit., 190 nt. 11 – lo stretto legame fra l’*ad ius civile*’ e la regola, enunciata in apertura del brano, secondo cui ‘*nec servus debere potest, nec servo potest deberi*’ (concorde si mostra anche L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003, 258 nt. 85); e comunque, anche se accolta, non inficia certo la sostanza del passo basato sul rapporto tra relazione servile e assetto normativo.

¹⁵⁴ Questo si ricava dal termine ‘*factum*’ che va correttamente inteso quale realtà di fatto: quello contratto dallo schiavo tanto verso il *dominus* quanto verso i terzi (e viceversa) non è un *vinculum iuris*, ma un mero vincolo di fatto, un vincolo basato sulla semplice realtà delle cose; sicché il *servus*, pur non essendo obbligato *iure civili*, di fatto ‘*debet*’, e di questa relazione che di fatto esiste bisogna tener conto al di là della regolamentazione civilistica. Così anche (riprendendo, peraltro, la definizione di S. PEROZZI, *Istituzioni*, II², cit., 35 e nt. 3, di *obligatio naturalis* come obbligazione «nulla dianzi al diritto» ma avente una «esistenza di mero fatto») E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 134 s.; V. DEVILLA, *L’obbligazione naturale*, cit., 368; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei ‘servi’*, cit., 241, 248, e A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile* – ‘*Debitum naturale*, I, cit., 391 nt. 341. *Contra* A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 35: «per *factum* deve intendersi ... il fatto *iure civili* obbligatorio che tuttavia non dà luogo ad una *obligatio civilis* (del o verso il servo) per incapacità giuridica di uno dei soggetti del rapporto»; cfr. pure *ibidem*, 68 nt. 101, e successivamente *Id.*, *La ‘naturalis obligatio’*, cit., 57 s. (= *Id.*, *Miscellanea*, cit., 205 s.). Il significato di ‘*factum*’, nel brano ulpiano, quale ‘obbligazione di fatto’ viene respinto, da ultimo, anche da L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 117 ss.: dal punto di vista sintattico, «che quella menzionata in D. 15.1.41 non rappresenti una ‘obbligazione di fatto’, parrebbe comprovato dalla notazione per cui *factum* non è, per di più, usato in senso aggettivale, non qualifica alcuna obbligazione (come la concezione di ‘obbligazione di fatto’ indurrebbe a credere) ma è un sostantivo con una valenza autonoma» (*ibidem*, 118); sotto il profilo sostanziale, secondo l’a. Ulpiano nel passo spiega «... come il concetto di obbligazione potesse essere applicato anche a casi di debiti non azionabili, tramite il ricorso al *factum*. Dunque, Ulpiano collega l’*abusus* al *debere intra domum*, che si basa però direttamente sul fatto, e non è tutelabile in via di azione» (*ibidem*, 120). Sul punto, v. pure *infra*, nt. 163.

quanto (da questi) dovuto allo schiavo, mentre per ciò che lo schiavo stesso deve (agli estranei), si riconosce contro il *dominus* l'esperibilità dell'*actio de peculio et de in rem verso*¹⁵⁵.

Il passo ulpiano viene, a ragione, esaminato dalla romanistica prevalentemente in tema di *naturalis obligatio*, per l'evidente collegamento con il pensiero di Giuliano espresso in chiusura di

D. 46.1.16.4 (Iul. 53 dig.)¹⁵⁶: ... *nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusioem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*¹⁵⁷;

sia l'uno che l'altro giurista, infatti, avvertono una sorta di imbarazzo nel qualificare come *debitum* qualcosa per l'ottenimento del quale non sono previsti i 'normali' mezzi di coazione, così come entrambi tengono pure a sottolineare l'*'abusio'* che si compie nel riferirsi all'attività negoziale dello schiavo in termini di *'obligatio'*. E siffatta analogia concettuale¹⁵⁸, immediatamente percepibile nei due brani, viene concordemente considerata in dottrina¹⁵⁹ circostanza sufficiente per poter ritenere che Ulpiano, così esprimendosi, intendesse riferirsi ai *naturalia debita* nascenti dai rapporti obbligatori di cui è parte uno schiavo.

È vero che in D. 15.1.41, diversamente che in D. 46.1.16.4, non troviamo espressa menzione della *naturalis obligatio*; senonché, una tale differenza si spiega benissimo se si guarda ai rispettivi contesti in cui si collocano le due testimonianze. Giuliano, nel frammento appartenente al lib. 53 dei *Digesta* dedicato a casi speciali di garanzia personale¹⁶⁰, dopo

¹⁵⁵ Contro l'interpretazione di I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 192, per il quale Ulpiano affermerebbe «... che l'azione si rivolge in *peculium* o, se vi è stata *versio in rem, in dominum*», osserva correttamente L. PELLECCHI, *La praescriptio*, cit., 252 nt. 69: «L'*actio de peculio et in rem verso* è qui richiamata da Ulpiano attraverso una traslitterazione dei *verba* edittali che ne componevano la *condemnatio*, i quali, da normale modalità espressiva inserita in una coerente struttura sintattica (quella appunto della *formula*), tendono qui a diventare elemento indicativo dell'azione».

¹⁵⁶ Su questa testimonianza giuliana ci siamo soffermati *supra*, § 4.

¹⁵⁷ Del tutto isolato in dottrina è rimasto il tentativo di P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution*, cit., 28 ss., spec. 35 ss., di considerare il suddetto tratto finale *'nam licet – recepisse'* una glossa, per la quale i commentatori postclassici si sarebbero appunto ispirati alla testimonianza ulpiana di cui in D. 15.1.41. In proposito cfr., per tutti, A. MANTELLO, *'Beneficium' servile – 'Debitum' naturale*, I, cit., 190 nt. 11, e la letteratura ivi indicata (*ibidem*, 210 nt. 39).

¹⁵⁸ Accanto a questo comune denominatore, la *communis opinio* individua un ulteriore elemento costituito dal richiamo nel passo giuliano all'*actio aliqua*, tralaticamente identificata nell'*actio de peculio* (ma cfr. la diversa ricostruzione da me proposta, per D. 46.1.16.4, in S. LONGO, *D. 46.1.16.3-4 (e D. 44.7.10)*, cit., 2971 ss.; v. pure *supra*, § 4 e nt. 95), cui fa riscontro il riferimento nel passo ulpiano all'*actio de peculio (et de in rem verso)*; tale preteso legame testuale per I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 191, 231 nt. 14, 241, confermerebbe «con forza e concretezza» la funzione dell'*actio de peculio* di 'sanzione indiretta' della *naturalis obligatio servi*. Contro questo assunto rimando alle giuste osservazioni di A. MANTELLO, *'Beneficium' servile – 'Debitum' naturale*, I, cit., 193 s. nt. 13; T.J. CHIUSI, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001, 74 nt. 85, e M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 134 ss. (spec. 177 ss.), 230 ss. (spec. 245 s.), 348 nt. 34.

¹⁵⁹ Cfr. aa. citt. *infra*, nt. 163.

¹⁶⁰ Secondo la ricostruzione paligenetica di O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 457, fr. 711.

aver enunciato (al § 3¹⁶¹) il principio della valida assunzione di un *fideiussor* anche a garanzia di una *naturalis obligatio*, deve far seguire, a commento di tale principio generale, un inciso chiarificatore della giuridicità di questa peculiare figura di obbligazione: prima, riferendo i casi di *naturalis obligatio* che, in quanto tali, sono suscettibili di garanzia fideiussoria; dopo, e in connessione a ciò, evidenziando l'altro effetto (accanto appunto a quello, appena enunciato ad altri fini, del possibile accesso a un *fideiussor*) per argomentare il quale il giuristi avevano parlato di *natura debitum*, ovvero la trattenibilità del *solutum*.

Diversa è la prospettiva in cui si inquadra D. 15.1.41, dove Ulpiano non ha bisogno di richiamarsi ai *naturalia debita*: l'obiettivo al quale mira il giurista è quello di illustrare sinteticamente l'assetto normativo *iure civili* dei rapporti di debito e credito facenti capo alla persona del *servus*, preesistente alla configurazione giurisprudenziale del concetto di *naturalis obligatio*¹⁶². Tutto ciò però non esclude che nel testo «... Ulpiano aveva certamente presente la nozione di *naturalis obligatio* nell'affermare che, 'abusando' del verbo *debere* riferendolo ai servi, si voleva indicare un 'factum' piuttosto che riportare l'obbligazione allo *ius civile*»¹⁶³.

¹⁶¹ 'Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur': v. *supra*, § 4.

¹⁶² Ne è conferma la collocazione che O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, Lipsiae 1889, col. 1173, fr. 2899, riserva a D. 15.1.41, antepoendo ad esso un altro brano tratto dal medesimo lib. 43 *ad Sabinum*, ma riportato dai compilatori in D. 50.17.32: *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*. Con la conseguenza che, verosimilmente, Ulpiano approfondiva in D. 15.1.41 un lato della dicotomia esposta in D. 50.17.32: la *ratio* che sta alla base di entrambe le testimonianze ulpianee, infatti, si identifica nella irrilevanza *iure civili* dell'attività negoziale dei *servi*.

¹⁶³ Così I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., 241. Propendono pure per un indubbio (ancorché indiretto) richiamo in D. 15.1.41 ai *naturalia debita*, tra gli altri, E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 134 s., e ID., *Istituzioni*, cit., 62 e nt. 13; V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 206; A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 68 nt. 101; P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution*, cit., 52; A. MANTELLO, 'Beneficium' servile - 'Debitum' naturale, I, cit., 191 nt. 12; T. HONORÉ, *Les droits de l'homme chez Ulpian*, in *Le monde antique et les droits de l'homme. Actes de la 50^e session de la Société internationale F. De Visscher pour l'histoire des droits de l'Antiquité, Bruxelles 16-19 septembre 1996*, hrsg. von H. JONES, Bruxelles 1998, 240; L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 116; da ultimo, cfr. altresì L. ATZERI, *Natura e ius naturale*, cit., 752 nt. 109. *Contra*, negano l'implicita operatività, in D. 15.1.41, del concetto di *obligatio naturalis* M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 347 ss., e L. PELLECCHI, *La praescriptio*, cit., 259 nt. 86. A giudizio della studiosa, il passo ulpiano «... sembra che non riguardi propriamente il tema dell'*obligatio naturalis*, ma più specificamente gli effetti che l'attività negoziale del servo è destinata a produrre nella sfera giuridica del *dominus*» (*ibidem*, 349), mentre la presenza del termine 'factum' va spiegata nel senso che «... il *debitum* servile viene fatto valere processualmente non come *obligatio civilis* ma come *factum* da *demonstrare*» (*ibidem*, 352 s.); di conseguenza, esso «... poteva trovare esplicita menzione soltanto in quelle formule in cui si faceva espresso riferimento al fondamento dell'azione, alla causa generante la pretesa attrice, e dunque in una *demonstratio*, nell'*intentio* di un'*actio in factum concepta* o forse anche in una *praescriptio* utilizzata in funzione determinativa della pretesa attrice» (*ibidem*, 353). Mi riesce però oltremodo difficile individuare nell'espressione ulpiana 'factum demonstrare' una possibile attinenza con parti di composizione della formula, come se 'demonstrare' alludesse alla *demonstratio*, e 'factum' alla fattispecie in essa descritta. Pellicchi, da parte sua, non dà per scontato il collegamento, in D. 15.1.41, tra 'factum' e la nozione di *naturalis obligatio*, sottolineando l'impossibilità di ricostruire il contesto specifico che potrebbe aver indotto la presa di posizione del giurista severiano; e spiega così la dicotomia *factum-ius (civile)* del testo ulpiano: «*Factum* indica una situazione colta e destinata a esaurirsi nella sua materialità; *ius* la situazione colta nella sua attitudine a sviluppare una serie di conseguenze, che

Ma se può ritenersi come dato acquisito ed incontrovertibile la circostanza che Ulpiano in D. 15.1.41, quando descrive l'assoluta irrilevanza *iure civili* dell'attività negoziale servile intende contrapporvi implicitamente e indirettamente (ovverosia, attraverso il richiamo all'*abusio* della terminologia *debere* nonché al valore in sé del rapporto obbligatorio come '*factum*') la rilevanza della stessa sotto forma di *obligatio naturalis*¹⁶⁴, allora si deve giocoforza ammettere altresì che il giurista, come nell'evidenziare che '*nec servus quicquam debere potest*' (tant'è che i terzi per la soddisfazione delle proprie pretese creditorie potevano unicamente agire *de peculio* o *de in rem verso* contro il *dominus*), alludesse alla circostanza che, tuttavia, in capo al *servus* debitore gravava una *naturalis obligatio* in favore dell'*extraneus*, allo stesso modo egli, nell'affermare che '*nec servo potest debere*' (tant'è che era il *dominus* a poter convenire il terzo debitore per ottenere quanto da questi dovuto al servo), sottintendesse pure che in capo all'*extraneus* debitore gravava una *naturalis obligatio* in favore del *servus*.

Ecco, allora, che ancora una volta lo schiavo, protagonista dell'attività negoziale con i terzi, appare nel pensiero ulpiano non solo *debitor 'naturalis'*, ma anche *creditor 'naturalis'*.

implicano quel riconoscimento sul piano del diritto che è precluso allo schiavo ...» (*ibidem*, 259). Ma contro quest'assunto cfr. L. DI CINTIO, *op. ult., cit.*, 117 nt. 29.

¹⁶⁴ Lo stesso B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 151 nt. 662, quando precisa che «nell'ambito peculiare il servo realizza *obligationes naturales*», menziona D. 15.1.41 quale fondamento testuale di siffatta affermazione.

CARMELA RUSSO RUGGERI
(Università di Messina)

Lex Cornelia iudiciaria e pentitismo

ABSTRACT

In conjunction to the results of previous surveys on the judicial collaboration of co-offenders, the present study argues that the *lex Cornelia iudiciaria* in 81 b.C. had already regulated a general, preventive and abstract form of so-called 'pentitismo' in criminal proceedings in the Sullan period.

PAROLE CHIAVE

Lex Cornelia iudiciaria; pentitismo.

LEX CORNELIA IUDICIARIA E PENTITISMO

1. L'invito a tenere una lezione di dottorato nel corso di una giornata organizzata il 4 giugno a Palermo in ricordo del collega ed amico carissimo Carlo Venturini mi ha dato l'occasione per tornare a riflettere su un tema del quale avevo già avuto modo di interessarmi nell'ambito di una più vasta ricerca sulla collaborazione giudiziaria dei correi dissociati,¹ quello cioè della portata della regolamentazione del pentitismo nella legislazione sillana.

Come è noto, infatti, sulla scia di un'opinione espressa nel 1899 dal Mommsen² si è da tempo andata diffondendo e consolidando tra gli studiosi del processo criminale romano l'idea per cui l'utilizzazione in chiave negoziale dei correi dissociati dietro promessa dell'impunità o di altre misure premiali sarebbe stata nell'esperienza romana una misura eccezionale, straordinaria, alla quale si sarebbe occasionalmente fatto ricorso in momenti di particolare pericolo per la vita delle istituzioni e in relazione a reati che costituivano una grave minaccia per la sopravvivenza o la sicurezza dello Stato. Solo in età tardo antica la possibilità di servirsi dei collaboratori di giustizia sarebbe stata legislativamente prevista e regolamentata in via preventiva ed astratta, sia pure limitatamente al reato di lesa maestà.³

Questa *communis opinio* si basa fundamentalmente sulla lettura di una costituzione emanata dagli imperatori Arcadio ed Onorio nel 397 d.C. e pervenutaci attraverso i codici teodosiano e giustiniano, una costituzione con la quale gli imperatori avrebbero appunto per la prima volta istituzionalizzato il ricorso alla collaborazione giudiziaria nei processi di lesa maestà, disciplinandone in chiave generale l'utilizzo e graduando a seconda della spontaneità, del tempo e del livello della collaborazione i premi da assegnare ai correi che, dissociandosi, avessero contribuito a sventare o a reprimere un disegno criminoso.⁴ Una legge – questa –

¹ Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell'esperienza criminale romana*, Torino 2011.

² Cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 504 s.

³ Tra gli altri cfr. G. KLEINFELLER, s.v. *Index*, in *PWRE* 9. 2, 1916, 1263 s.; G. LURASCHI, *Il praemium nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano 1983, 268 s.; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla quaestio unilaterale alla quaestio bilaterale*, Padova 1989, 54 nt. 140; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Utilitas publica. Denunce e pentiti nel mondo romano*, in *Panorami* VI, 1994, 273; P. CERAMI, *La collaborazione processuale: le radici romane*, in CERAMI-DI CHIARA-MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino 2003, 285 [= *Accusatores populares, Delatores, Indices. Tipologia dei collaboratori di giustizia nell'antica Roma*, in *AUPA* 45 1, 1998]; M. VARVARO, «*Certissima indicia*». Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana, in *AUPA* 52, 2007-2008, 388.

⁴ Si tratta in particolare della *lex* contenuta in CTh. 9.14 3.7 (= C. 9.8.5.7) *Sane si quis ex his in exordio*

che rappresenterebbe dunque la prima generalizzazione legislativa di un fenomeno fino a quel tempo solo sporadicamente ammesso in situazioni di particolare emergenza sociale.

Ebbene, io sinceramente non credo che il quadro che emerge dalla considerazione delle non poche testimonianze pervenuteci al riguardo conforti questa corrente ricostruzione della storia del pentitismo nell'esperienza romana.⁵ Come ho avuto modo di sostenere, sono convinta, infatti, che già quattro secoli prima rispetto alla disposizione di Arcadio ed Onorio la legislazione sillana istitutiva delle *quaestiones perpetuae* avesse previsto in via generale ed astratta l'utilizzazione della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nel processo penale almeno per i reati di maggior allarme sociale, introducendo peraltro dei precisi limiti oggettivi e soggettivi entro i quali era possibile servirsene e stabilendo le modalità di gestione dell'*indictum* e le misure premiali attraverso cui sollecitare o ricompensare la collaborazione; ma mi sono ora andata convincendo, per di più, che questa regolamentazione in chiave generale del pentitismo fosse contenuta, prima e più ancora che nelle singole leggi criminali, in una *lex iudiciaria*, e precisamente nella *lex Cornelia iudiciaria*.

Ma procediamo con ordine.

Innanzitutto credo sia opportuno ribadire che la legislazione sillana, ovviamente, non nasce dal nulla.

La pratica di negoziare la collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nella repressione penale romana appare infatti testimoniata fin dai primordi della repubblica.⁶ Particolarmente emblematico in questo senso è, per esempio, il celebre episodio di Vindicio, il mitico schiavo dei Vitelli che denunciò la congiura dei Tarquini contro la neonata repubblica nel 509 a.C., ottenendo in cambio la libertà, la cittadinanza ed un premio in denaro.⁷ Un episodio forse leggendario, ma nel quale non è affatto da escludere a mio avviso, per quanto a noi interessa, un fondamento di verità.

Comunque sia, già nel V e nel IV secolo a.C. le fonti riferiscono, come si è detto, di numerosi processi risoltisi grazie alla collaborazione dei correi dissociati.⁸ Il ricorso agli *indicia*, ad esempio, appare una prassi costante nei processi per incesto delle Vestali che si svolgevano di fronte al collegio pontificale. In particolare Dionigi di Alicarnasso ricorda, infatti, processi pontificali intentati nel 483 e nel 472 a.C. contro le Vestali Orbinia ed Opinia, accusate di

initae factionis, studio verae laudis accensus, ipse prodiderit factionem, et praemia a nobis et honore donabitur. Is vero, qui usus fuerit factione, si vel sero, tamen incognita adhuc consiliorum arcana patefecerit, absolute tantum ac venia dignus habebitur.

⁵ Cfr. già *Indices e indicia*, cit., ai cui risultati questo contributo per molti aspetti si ricollega e del quale costituisce un ulteriore svolgimento. Di recente, dell'argomento si sono interessati anche gli storici E. SILVERIO, *Indices, delatores e accusatores. Questioni terminologiche relative a delatori, correi dissociati e collaboratori di giustizia*, in *Bollettino della Unione storia ed arte* 6, 2011, 248 ss. e M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultore indicio proditus; in occultas delatus insidias*, Milano 2014, che mi sembra accolga sostanzialmente le idee di fondo della mia ricerca (v. in specie, 41 ss.).

⁶ Ipotizza un uso dei delatori anche in età regia, da ultimo, M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 25, che interpreta in tal senso l'episodio narrato da Dio Hal., *Antiq.* 4.62.4 e da Zon. 7.11.

⁷ La vicenda è narrata da Livio, 2.3-5. Su di essa v. C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 16 ed ora anche M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 26.

⁸ Per una completa e più approfondita considerazione dei quali rimando a C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 15 ss.

incesto proprio a seguito della delazione di uno schiavo;⁹ e Livio riferisce di un analogo processo svoltosi nel 337 a.C. contro la vestale Minicia, denunciata *ab indice servo*.¹⁰ Un utilizzo – quello dei servi *indices* nei processi pontificali per incesto – che appare poi confermato anche in ulteriori più recenti vicende e che si giustifica a mio avviso pienamente considerando che l'incesto era un reato che si consumava normalmente nella clandestinità e nell'intimità delle mura domestiche e, dunque, un reato che difficilmente avrebbe potuto essere scoperto se non appunto attraverso il contributo degli schiavi domestici, gli unici che potevano essere venuti a conoscenza del fatto criminoso, del quale peraltro erano perciò stesso ritenuti complici, sia pure solo perché *conscii* o comunque coinvolti anche contro la loro volontà.

Sempre per richiamare alcuni dei più significativi esempi, assai interessante è inoltre la notizia fornita da Livio su una congiura servile sventata nel 418/19 a.C. grazie all'*indictum* di due schiavi, ai quali furono concessi come premi la libertà e una somma di denaro da pagarsi a carico dell'erario talmente consistente – sottolinea Livio – da essere considerata già allora una fortuna.¹¹

E sempre Livio narra poi il celebre episodio dei *veneficia matronarum* verificatosi nel 331 a.C.

La vicenda è nota: a seguito del verificarsi a Roma di numerosi casi di avvelenamento, un'ancella si presentò all'edile curule Q. Fabio Massimo e dichiarò che avrebbe svelato il mistero se le fosse stata garantita l'impunità. Q. Fabio riferì la cosa ai consoli, che a loro volta investirono il senato, che accordò all'indice la garanzia richiesta. E grazie appunto all'*indictum* della schiava fu scoperto un complotto di donne, che portò alla condanna di un gran numero di matrone.¹²

Ora, si ritiene usualmente che la *quaestio de veneficiis* del 331 a.C. sia riconducibile all'iniziativa del senato e vada assimilata alle più tarde *quaestiones ex senatusconsulto*.¹³ ma io sul punto concordo sempre con Carlo Venturini, che esattamente sottolineava come questa interpretazione forzi in realtà il dato testuale, visto che nel racconto liviano l'intervento del senato non appare affatto funzionalizzato ad autorizzare la repressione, ma è collegato alla richiesta di impunità avanzata dalla delatrice e che il senato accordò con la garanzia della *publica fides*.¹⁴ Il che significa che la repressione dei *veneficia matronarum* fu attuata plausibilmente dai consoli in virtù del potere di *coercitio* di cui, come magistrati forniti di *imperium*, erano titolari.

Tuttavia, la circostanza che nel caso di specie i magistrati, destinatari di una proposta di collaborazione giudiziaria, abbiano ritenuto di dover sollecitare in proposito un intervento

⁹ Cfr. Dio Hal., *Antiq. Rom.* 9.40.3 e 9.89.4-5.

¹⁰ V. Liv. 8.15.7.

¹¹ Così Liv. 4.45.1-2.

¹² Cfr. Liv. 8.18.4-10. Sull'episodio v. di recente anche M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 29 ss.

¹³ In tal senso cfr. già A.W. ZUMPT, *Der Criminalrecht der römischen republik*³, Berlin 1876, 1. 2, 12; ma v. anche, tra gli altri, G. CRIFÒ, *Alcune osservazioni in tema di provocatio ad populum*, in *SDHI* 29, 1963, 293; L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei iudicia populi*, Padova 1989, 129 e P. CERAMI, *La collaborazione processuale*, cit., 271.

¹⁴ Così C. VENTURINI, *Quaestiones ex senatus consulto*, in *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, 109.

del senato non è a mio avviso priva di significato, giacché l'iniziativa dei consoli tradisce l'affacciarsi già allora dell'idea, manifestatasi e consolidatasi poi nella prassi dei secoli immediatamente successivi, per cui l'ammissione dell'*indicium* e la concessione dell'impunità e dei premi ai collaboratori di giustizia dovessero trovare la loro fonte – e non solo sul piano dell'opportunità politica, ma prima e ancor più su quello della legittimità costituzionale – nella legge o in un provvedimento autorizzativo del senato.¹⁵

La collaborazione magistrati-senato e, più in generale, il ruolo del senato nella gestione in chiave negoziale dei pentiti si intensificarono agli inizi del II secolo a.C. con l'affermarsi delle *quaestiones ex senatusconsulto*, anche nell'ambito delle quali il ricorso alla collaborazione giudiziaria dei correi dissociati risulta ampiamente testimoniato.

Gli episodi di *quaestiones* in cui il senato autorizzò o sollecitò gli *indicia* stabilendo i premi da concedere per la collaborazione – episodi ricordati in particolare da Livio – sono molteplici e su di essi ho già avuto modo di soffermarmi.¹⁶ Mi limito qui a richiamare dunque solo il più celebre caso di utilizzazione dei correi dissociati nei processi penali disposti attraverso *quaestiones ex senatusconsulto*, il notissimo caso cioè del processo ai Baccanali, che prese le mosse, come è noto, proprio dalla denuncia presentata al console Postumio da Ebuzio, un giovane che la madre voleva iniziare al culto di Bacco ed a cui l'amante, la liberta Ispala Fecenia, a sua volta iniziata a suo tempo dalla patrona, aveva narrato le atrocità commesse dagli affiliati.¹⁷

Verificata l'attendibilità del giovane, Postumio convocò la liberta e l'ammonì che non avrebbe avuto né indulgenza né perdono se non avesse confessato spontaneamente tutto. La giovane, dopo avere manifestato il timore per i gravi pericoli che la delazione avrebbe potuto causarle e chiesto protezione, rivelò tutti i particolari di cui era a conoscenza.¹⁸

Messi al sicuro Ebuzio ed Ispala, il console riferì tutto al senato, che dispose una *quaestio extra ordinem* affidata ai consoli e diede loro mandato di garantire l'incolumità degli *indices* e di sollecitare con misure premiali la collaborazione di altri correi. I consoli decretarono che fosse bandito un premio per chi avesse fatto il nome degli affiliati, a seguito del quale vi furono numerosissime denunce che coinvolsero un numero rilevantissimo di persone (settemila, dice Livio, forse esageratamente).¹⁹

Celebrati i processi, con un ulteriore senatusconsulto cui seguì un plebiscito si stabilirono poi i premi da assegnare ai correi grazie alla cui collaborazione l'indagine aveva preso le mosse. Ad Ispala ed Ebuzio furono assegnati 100.000 assi; Ebuzio, poi, fu esonerato dagli obblighi militari, mentre ad Ispala vennero concessi alcuni privilegi propri delle donne ingenuae. Quanto agli altri correi, fu lasciata ai consoli la discrezionalità di decidere, caso per caso in funzione del peso che la condotta collaborativa aveva avuto nell'inchiesta, sull'impunità ed i premi da assegnare loro.²⁰

¹⁵ Su ciò cfr. quanto già osservato in *Indices e indicia*, cit., 19 ss.

¹⁶ Per una dettagliata panoramica delle *cognitiones ex senatusconsulto* nell'ambito delle quali fu utilizzata la collaborazione dei correi dissociati rimando al mio *Indices e indicia*, cit., 28 ss.; ma su di esse cfr. ora anche M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 31 ss.

¹⁷ Liv. 39.9.2-7 e 10.1-9.

¹⁸ Liv. 39.12.1-8.

¹⁹ V. in specie Liv. 39.14.3-6 e 39.17.1-7.

²⁰ Liv. 39.19.3-7.

Ora, la vicenda che portò alla repressione dei Bacchanali, quale tramandataci dal lungo e dettagliato racconto che ne fa Livio qui molto sinteticamente riassunto,²¹ credo assuma particolare rilievo ai nostri fini, e non solo e non tanto perché conferma il ricorso alla collaborazione giudiziaria pure in riferimento alle *quaestiones extraordinariae ex senatusconsulto* del II secolo a.C., ma anche e soprattutto perché evidenzia chiaramente come, nella prassi dei tribunali straordinari, la gestione degli *indicia* si ispirasse già a quelle regole che disciplineranno, come vedremo, l'utilizzazione della collaborazione giudiziaria nelle leggi sillane e che saranno poi ulteriormente confermate nella legge di Arcadio ed Onorio del 397 d.C.

Per finire, vanno ricordati poi anche alcuni processi avviatisi grazie alla collaborazione giudiziaria di correi dissociati e svoltisi attraverso *quaestiones ex plebiscito*, come ad esempio il celebre processo contro tre Vestali ed i loro complici, denunciati da uno schiavo degli amanti, per il quale il tribuno della plebe Sestio Peduceo nel 113 a.C. presentò una *rogatio*, approvata dal popolo, con la quale venne conferita la *cognitio* della causa a Lucio Cassio Longino Ravilla;²² e, soprattutto, il plebiscito fatto votare nel 111 a.C. dal tribuno della plebe Caio Memmio allo scopo di procurarsi l'*indictum* di Giugurta contro i senatori colpevoli di essersi lasciati corrompere dal re numidico.²³

Ebbene, questo breve e rapidissimo *excursus* sulle principali testimonianze relative a processi penali svoltisi nei secoli che precedettero la riforma sillana credo non lasci spazio a dubbi di sorta circa il fatto che la collaborazione giudiziaria dei correi dissociati fosse ampiamente praticata nella realtà processuale romana già dai primordi della *res publica* e in tutti i tipi di procedimenti previsti nell'età qui considerata. Come si è detto, infatti, le fonti ne conservano il ricordo in relazione a processi pontificali, a cognizioni magistratuali, a *quaestiones ex senatusconsulto* ed a *quaestiones ex plebiscito*.

Tuttavia, pur facendo parte da sempre del DNA dei romani, c'è da dire però che, almeno per il periodo qui considerato, non si può non riconoscere che il ricorso alla collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nella repressione penale appare in effetti un fatto eccezionale, straordinario, solo sporadicamente ammesso in situazioni di particolare pericolo per la vita delle istituzioni o per la sicurezza dei cittadini; e inoltre e soprattutto, disposto sempre *ex post*, solo dopo cioè il verificarsi di eventi criminosi di tale gravità e pericolosità sociale da giustificare appunto quella deroga all'ordine giuridico che il pentitismo, in sé, costituisce. Un ricorso, infine, che era in effetti sempre frutto di una concessione a titolo particolare, che usualmente trovava la sua fonte in un provvedimento autorizzativo del senato, in un plebiscito o in una legge e che aveva applicazione unicamente in riferimento alla *cognitio* per la quale appunto il *senatusconsultum*, il plebiscito o la legge avevano consentito o sollecitato gli *indicia*.

Fino a questo momento, dunque, si deve convenire con la dottrina dominante che non esisteva alcuna regolamentazione in chiave generale del pentitismo: ampiamente e costantemente sperimentato nella pratica processuale, ma sempre e solo in riguardo a casi specifici,

²¹ Per una più approfondita analisi della quale rinvio comunque a C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 32 ss. ed ivi precedente letteratura.

²² Cfr. Ascon., *in Mil.* (Stangl, 39 s.), Val. Max. 3.7.9 e 6.8.1, Liv., *Per.* 63 e Dio Ca. 26.87, su cui v. C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 42 ss.

²³ Cfr. Sall., *Iug.* 32. 1. Sull'iniziativa del tribuno, destinata poi a rimanere senza effetto a causa dell'*intercessio* del collega C. Bebio, corrotto da Giugurta, v., C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 46 ss.

in conseguenza del verificarsi cioè di crimini che minacciavano gravemente la sopravvivenza o la sicurezza dello Stato, per reprimere in modo celere ed efficace i quali il senato, i *concordia plebis* o il popolo autorizzavano appunto eccezionalmente l'utilizzo e la sollecitazione in chiave negoziale dei collaboratori di giustizia.

Cionondimeno, non si può omettere di osservare che l'ampia sperimentazione della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nella repressione penale che si ebbe nei secoli della repubblica fin qui considerati, pur se limitata a casi specifici e frutto di concessioni particolari, riveste comunque a mio avviso un'enorme importanza nella storia futura del pentitismo romano: intanto perché è plausibilmente proprio da questa pregressa esperienza che andò emergendo con tutta evidenza l'*utilitas publica* del ricorso in chiave negoziale ai correi dissociati, grazie alla cui collaborazione era stato possibile appunto reprimere i più pericolosi episodi criminosi del tempo.²⁴ Inoltre, perché – come si è già accennato – è proprio nella prassi dei tribunali straordinari che andarono in realtà fissandosi e consolidandosi le regole che dovevano presiedere alla gestione dei pentiti, i premi da assegnare ai quali appaiono infatti di norma già graduati in funzione dell'apporto che le loro dichiarazioni avevano dato allo sviluppo dell'indagine (come si è visto avvenne, ad esempio, nel caso dei Bacchanali); così come è sempre nella prassi dei tribunali straordinari che si andarono individuando le misure volte a saggiare il valore probatorio delle chiamate in correità sia attraverso il ricorso a criteri estrinseci, che mediante la ricerca di riscontri estrinseci.²⁵

Ed è proprio sulla scia della positiva esperienza maturata appunto nei secoli precedenti soprattutto nell'ambito delle *quaestiones ex senatusconsulto e ex plebiscito* che si mosse a mio avviso il legislatore criminale dell'ultimo secolo della repubblica, che, nell'introdurre ed istituzionalizzare il sistema delle corti permanenti, provvide anche a consentire e disciplinare, almeno in riferimento ai crimini di maggiore pericolosità sociale, la possibilità di utilizzare la collaborazione degli *indices* nella repressione penale.

2. L'idea per cui almeno in alcune delle leggi istitutive delle *quaestiones perpetuae* fosse espressamente contemplata la possibilità di ricevere o sollecitare con la promessa dell'impunità o di altre misure premiali la collaborazione dei correi dissociati è stata da tempo in vero prospettata in dottrina, sia pure a livello congetturale,²⁶ ed è stata ripresa poi in specie dal Cerami, che nel suo accuratissimo ed acutissimo lavoro sulla collaborazione processuale ha individuato tracce di una normativa riguardante gli *indices* in due delle principali leggi sillane istitutive dei tribunali di giustizia permanenti, e cioè la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* e la *lex Cornelia maiestatis*.²⁷ fermo restando, però, che anche per l'a. una regolamentazione

²⁴ E che proprio l'*utilitas publica* fosse la ragione di fondo che giustificava l'utilizzazione in chiave negoziale dei collaboratori di giustizia è confermato peraltro dal noto interrogativo con cui Ulpiano, in D. 47. 10. 5. 11, commenta il possibile ricorso agli *indices* previsto dalla *lex Cornelia de iniuriis*, e cioè: *quid enim si publica utilitas ex hoc emergit?*

²⁵ Come ha efficacemente dimostrato M. VARVARO, «*Certissima indicia*», cit., 369 ss.

²⁶ In tal senso cfr., ad esempio, già A.H. GREENIDGE, *Legal Procedure of Cicero's Time*, Oxford 1901, 484 ed E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, II, Bologna 1927, 155; ma, più di recente, v. anche T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Utilitas publica*, cit., 274.

²⁷ Cfr. P. CERAMI, *La collaborazione processuale*, cit., 280 ss. L'ipotesi è ora condivisa anche da M. VARVARO, *Certissima indicia*, cit., 389 s.

generale del fenomeno si sarebbe avuta solo con la costituzione di Arcadio ed Onorio del 397 d.C. a cui abbiamo accennato all'inizio.²⁸

Ebbene, io credo che invece si possa andare ancora oltre rispetto all'ipotesi già formulata dal Maestro palermitano: credo cioè che le fonti ci abbiano lasciato significativi indizi tali da indurre a pensare che già la legislazione sillana avesse previsto e disciplinato in chiave generale ed in via preventiva ed astratta l'utilizzazione degli *indices* nella repressione penale; o, per meglio dire, che non solo alcune delle leggi istitutive delle *quaestiones perpetuae* avessero eccezionalmente autorizzato, in riferimento al reato specificamente disciplinato, il ricorso agli *indices*, ma più in generale che la riforma sillana del processo penale avesse previsto e regolamentato per legge la possibilità di utilizzare la collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell'ambito delle *co-gnitiones* che si svolgevano di fronte ai tribunali permanenti, stabilendo *a priori* i casi in cui era possibile *indicium postulare* e le persone *quae indices fieri potebant* e attribuendo ai presidenti delle corti poteri di controllo e di autorizzazione in ordine agli *indicia*.

Gli indizi a cui alludo provengono in specie da tre note testimonianze, su cui già ho avuto modo peraltro di soffermarmi.²⁹ Le prime due sono costituite dal § 34 della *Divinatio in Caecilium* di Cicerone e dal commento al suddetto brano ciceroniano fatto dallo Pseudo Asconio. Si legga innanzi tutto:

Cic., *Div. in Caec.* 11.34: *Haec tu scis ad me esse delata; quae si velim proferre, facile omnes intellegent vobis inter vos non modo voluntatem fuisse coniunctam, sed ne praedam quidam adhuc esse divisam. Quapropter si tibi indicium postulas dari quod tecum una fecerit, concedo, si id lege permittitur; sin autem de accusatore dicimus, concedas oportet iis qui nullo suo peccato impediuntur quo minus alterius peccata demonstrare possint.*

Nel passo della *Divinatio in Caecilium* Cicerone, nel contestare a Cecilio la possibilità di sostenere l'accusa contro Verre a causa dei pregressi rapporti di complicità con l'imputato e suggerirgli al contempo la eventualità di effettuare una chiamata di correità, si preoccupa però di sottolineare '*si id lege permittitur*': fa cioè un chiaro ed esplicito richiamo ad una legge che avrebbe appunto consentito di *indicium postulare*, di chiedere cioè al magistrato la legittimazione a presentare una chiamata di correità.

Ancora più illuminante ai nostri fini è tuttavia la lettura del commento dello Pseudo Asconio al brano ciceroniano surriportato e, in specie, proprio all'espressione '*si tibi indicium postulas*' adoperata dall'oratore:

Ps. Asc., in *Div.* § 34 (Stangl, 197): "*Si tibi indicium postulas*". *Certa sunt in quibus impunitas indici datur: in causa proditionis, maiestatis, et si quid huiusmodi est. Certae etiam personae sunt quae indices fieri possint. Itaque neque repetundarum causa per indices agi solet, neque senatoria persona potest indicium profiteri salvis legibus. Index est autem qui facinoris cuius ipse est socius latebras indicat impunitate proposita. Est autem sensus: "Index potes esse, si tibi hoc licet; accusator, de qua re agimus, esse non potes".*

²⁸ V. P. CERAMI, *La collaborazione processuale*, cit., 285.

²⁹ V. *Indices e indicia*, cit., 60 ss. Su di esse v., più recentemente, pure M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 35 ss.

Nel brano, infatti, lo scoliasta conferma chiaramente che i procedimenti criminali in relazione ai quali era possibile l'utilizzazione *impunitate proposita* dei correi dissociati erano tassativamente previsti dalla legge (*certa sunt*), nella quale erano pure stabiliti eventuali limiti di natura soggettiva, ricordando infine che ad una chiamata in correità era possibile ricorrere, ad esempio, *in causa proditionis* o *maiestatis*, mentre non lo era *repetundarum causa*; e, ancora, che una *senatoria persona* non poteva *indicium profiteri, salvis legibus*.

Ebbene, poiché la *Divinatio in Q. Caecilium*, come è noto, venne pronunciata da Cicerone nel 70 a.C. e risale dunque ad un periodo in cui il sistema delle *quaestiones perpetuae* si era ormai da anni andato consolidando ed era stato anzi istituzionalizzato e generalizzato a seguito della riforma sillana, non c'è alcun dubbio che le leggi che avrebbero previsto la possibilità di concedere l'impunità ai correi che si fossero dissociati collaborando fattivamente alla scoperta del reato ed alla individuazione degli altri complici cui alludono, come si è visto, tanto Cicerone che lo Pseudo Asconio non possono essere altro che le leggi istitutive dei tribunali permanenti emanate da Silla, che erano appunto per lo più al tempo le leggi criminali in vigore.

A sostegno dell'idea per cui la legislazione con cui si diede piena attuazione al sistema delle corti di giustizia permanenti avesse previsto su larga scala la concessione dell'impunità per i correi che, dissociandosi dal reato, avevano contribuito a svelare il disegno criminoso, determinante è tuttavia a mio avviso anche un argomento che può trarsi dalla lettura di un brano delle Istituzioni di Marciano inserito dai compilatori nel titolo *ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*. Si tratta di:

D. 48. 8. 1 pr. (Marc. 14 *inst.*): *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui ..., cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur.*

La testimonianza³⁰ riporta (con buona probabilità testualmente) una delle tante ipotesi di corruzione giudiziaria previste e punite *ex lege Cornelia de sicariis et veneficis*: legge che, proprio per il particolare contesto socio-politico nell'ambito del quale venne emanata, più che a reprimere l'omicidio comune, era finalizzata, come è noto, soprattutto a garantire la restaurazione della pace sociale e della sicurezza pubblica, gravemente compromesse appunto dalle sanguinose guerre civili che avevano caratterizzato quegli anni e dalla dilagante corruzione politica ad esse conseguente. Proprio a tal fine essa puniva, infatti, accanto all'omicidio compiuto da comuni delinquenti, tutta una vasta gamma di azioni criminose che potevano comunque provocare la morte o la rovina di un uomo: azioni criminose non solo del tipo di quelle di norma perpetrate da quegli appartenenti ad associazioni a delinquere al servizio delle opposte fazioni che per anni avevano minacciato la vita e la sicurezza dei cittadini, ma, su un piano più elevato, anche poste in essere dagli stessi magistrati e dagli stessi esponenti della *nobilitas* senatoria, che, avvalendosi dolosamente dei poteri di cui godevano in campo giudiziario, si fossero prodigati al fine di causare l'ingiusta condanna di un avversario. In questa prospettiva si spiega perché così ampio spazio fosse dedicato alla corruzione giudiziaria nella legge di Silla, che puniva con la pena capitale il magistrato o il *iudex quaestionis* che

³⁰ Sulla quale, anche per la precedente letteratura, cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 62 ss. (ma su di essa si è soffermata ora anche M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 35).

avesse accettato denaro *ut publica lege reus fieret*,³¹ i magistrati ed i senatori *qui coierint, convenerint, consenserint quo quis iudicio publico condemnatur*,³² colui che (allo stesso fine) *falsum testimonium dolo malo dixerit*,³³ e, appunto, per quanto più da vicino ci interessa, colui che, *cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur*, cioè il magistrato o il presidente di una *quaestio* che si fosse adoperato affinché qualcuno effettuasse un *falsum indicium*, cioè una falsa chiamata in correità, allo scopo di far incolpare e condannare un innocente.

Ciò posto, credo risulti di tutta evidenza che la disposizione sul *falsum indicium* di cui stiamo discorrendo si rivela di estremo interesse ai fini dell'indagine qui condotta, in quanto dimostra a mio avviso, ed in modo inequivocabile, che la possibilità per i presidenti delle corti di autorizzare una chiamata in correità, promettendo in cambio l'impunità e/o altro genere di premi, doveva essere stata prevista e regolamentata in via astratta e generale nella legislazione criminale sillana. Solo presupponendo che fosse riconosciuto ai magistrati o ai presidenti delle *quaestiones* il potere di ammettere un *indicium*, sia pure nei limiti e con le modalità stabilite dalla legge, si può d'altronde giustificare una norma come quella testimoniataci da Marciano in riguardo alla legge sillana sull'omicidio, norma chiaramente indirizzata ad impedire che, attraverso un uso distorto dei poteri giudiziari loro conferiti, i magistrati ed i presidenti delle corti si servissero di *falsa indicia* al fine di far incolpare o condannare degli innocenti. Ciò che voglio dire, in altri termini, è che, se la legislazione sillana non avesse riconosciuto ai *iudices quaestionis* la possibilità di concedere l'impunità o altre misure premiali ai correi che, dissociandosi, avessero contribuito a svelare le trame segrete del reato, affidando agli stessi il controllo e l'ammissione dell'*indicium*, la disposizione in oggetto non avrebbe avuto alcun motivo di esistere. È evidente, infatti, o almeno così a me sembra, che tanto l'affidamento ai magistrati di poteri di controllo e di approvazione in ordine alla *postulatio indicii*, quanto e soprattutto, ancor prima, la stessa previsione legislativa della possibilità di utilizzare per certi reati le dichiarazioni degli *indices* e la fissazione dei casi in cui e delle modalità con le quali la collaborazione poteva ammettersi sono gli impliciti, imprescindibili presupposti dell'ipotesi criminosa prevista dalla *lex Cornelia*.³⁴

3. Se la espressa previsione normativa della possibilità di autorizzare la collaborazione giudiziaria dei correi nella repressione penale è dunque nella legislazione sillana senz'altro da ammettere, resta da capire tuttavia in che sede tale previsione fosse contenuta.

Non è questo ovviamente il luogo per poter affrontare in modo adeguato il controverso problema dell'esistenza di *leges iudiciariae* in età repubblicana,³⁵ ed in particolare dell'esisten-

³¹ Cfr. D. 48. 8. 1. 1 (Marcian. 14 *inst.*).

³² Cic., *Pro Cluent.* 54.148.

³³ D. 48. 8. 1. 1 (Marcian. 14 *inst.*).

³⁴ Su ciò v. già C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 62 ss.

³⁵ Sulla questione cfr., tra gli altri, P. FRACCARO, *Sulle leges iudiciariae romanae*, in *RIL* 52, 1919, 338; H. HILL, *The Roman Middle Class in the Republican Period*, Oxford 1952, 148 ss.; F. PONTENAY DE FONTETTE, *Leges repetundarum*, Paris 1954, 88 ss.; C. NICOLET, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312-43 a.J.-C.)*, I, Paris 1966, 574; W. KUNKEL, s.v. *Quaestio*, in *PWRE* 24, 1963, 740; E.S. GRUEN, *Roman Politics and the criminal Courts, 149-78 B.C.*, Cambridge 1968, 255 ss.; T. GRIFFIN, *The leges Iudiciariae of the Pre-Sullan*

za di una *lex Cornelia iudiciaria*.³⁶ Tuttavia, devo confessare che io sono propenso a credere con la dottrina dominante che Silla varò effettivamente nell'81 a.C. una legge giudiziaria generale³⁷ (a cui alludono chiaramente peraltro numerose testimonianze delle fonti)³⁸, una legge con la quale restituì (abrogando la legge Plauzia dell'89 a.C.) il *munus iudicandi* al senato, che in precedenza aveva riformato aumentandone il numero dei componenti e modificando l'area di provenienza,³⁹ e con la quale introdusse una nuova procedura per la composizione ed il funzionamento delle giurie.⁴⁰ Né mi pare francamente che contro tale ipotesi deponga la presenza di singole leggi con cui il dittatore provvide a riorganizzare le *quaestiones* già esistenti e ad introdurre nuovi tribunali permanenti,⁴¹ leggi nelle quali si indicavano con esattezza i termini del *crimen* di cui quella specifica corte era competente, la procedura da seguire e le pene da infliggere ai colpevoli, giacché la previsione di «un fascio di procedure parallele», per usare la significativa espressione di Bernardo Santalucia,⁴² ciascuna con le proprie peculiarità, non esclude la previa emanazione di una normativa di base comune riguardante gli aspetti più importanti del procedimento, come appunto la composizione delle giurie, la scelta dei giurati, il sistema di votazione, la presidenza dei tribunali ed i poteri spettanti ai presidenti, etc. Lo stesso Augusto, d'altronde, come si sa, pur avendo regolamentato in modo nuovo ed organico il sistema delle *quaestiones perpetuae* con la *lex Iulia iudiciorum publicorum*, completò poi tale corpo legislativo con altre leggi, volte a disciplinare in maniera diversa o più dettagliata le figure di reato già regolate dalla precedente legislazione criminale.⁴³ Ora, allo stesso modo a mio avviso si comportò anche – ed anzi direi a maggior ragione – Silla: e dico a maggior ragione perché credo sia in effetti più ragionevole pensare (specie alla luce di quel buon senso al quale il compianto Maestro Mario Talamanca giustamente a mio avviso – non posso fare a meno di ripetere ancora una volta – con insistenza ci richiamava, come «virtù

Era, in *CQ* 23, 1973, 111; M.G. BIANCHINI, *Osservazioni sul carattere delle leges iudiciariae repubblicane*, in *Mem. Ist. Lomb.* 35, 1975, 241 ss.

³⁶ Espressamente negata in particolare da T. GRIFFIN, *The leges Iudiciariae of the Pre-Sullan Era*, cit., 111 e M.G. BIANCHINI, *Osservazioni sul carattere delle leges iudiciariae repubblicane*, cit., 260 ss.

³⁷ In tal senso, tra gli altri, cfr. H. HILL, *The Roman Middle Class in the Republican Period*, cit., 148; F. PONTENAY DE FONTETTE, *Leges repetundarum*, cit., 88; E.S. GRUEN, *Roman Politics and the criminal Courts*, cit., 255; W. KUNKEL, s.v. *Quaestio*, cit., 740; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 138.

³⁸ Cfr. in specie Vell. 2.32.3; Tac. *Ann.* 11.22.6; Ps. Asc., in *Verr.* (Stangl, 189, 12-13); App., *Bell. civ.* 1.100; ma v. anche Cic., in *Verr.* 1.13.37-38 e 2.2.31-37.

³⁹ Su ciò cfr., per tutti, E. GABBA, *Il ceto equestre e il senato di Silla*, in *Athenaeum* 34, 1956, 124 ss. (= *Esercito e società nella tarda repubblica romana*, Firenze 1973, 407 ss.).

⁴⁰ Sulla questione, più in generale, v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., 138 s.

⁴¹ In tal senso, cfr. soprattutto M.G. BIANCHINI, *Osservazioni sul carattere delle leges iudiciariae repubblicane*, cit., 248, la quale espressamente afferma: «Pensare a leggi giudiziarie generali mi sembra in contrasto con l'affermazione dell'esistenza di leggi istitutive delle singole *quaestiones*».

⁴² Così B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., 140.

⁴³ Secondo M.G. BIANCHINI, *Osservazioni sul carattere delle leges iudiciariae repubblicane*, cit., 249, peraltro, la prima ed unica legge giudiziaria generale che avrebbe disciplinato ed armonizzato le varie *quaestiones* sarebbe stata appunto la *lex Iulia iudiciorum publicorum*.

indispensabile alle nostre discipline quanto scarsamente diffusa»⁴⁴ che una riforma organica del processo penale, come quella voluta e disposta da Silla (che il Mommsen considerava addirittura il primo vero codice penale che mai sia stato varato),⁴⁵ una riforma con la quale si diede per la prima volta piena e definitiva attuazione al sistema delle corti permanenti, sia stata realizzata innanzitutto e soprattutto attraverso una legge giudiziaria generale, anziché unicamente attraverso un sistema frammentario di leggi: leggi con le quali si provide invece poi plausibilmente ad ultimare la riforma del processo ivi introdotta regolamentando in modo più particolareggiato o anche diverso (in funzione delle specificità delle fattispecie criminose da esse disciplinate) le procedure previste per le varie corti istituite.

Ciò posto e tornando a quanto in questa sede specificamente ci interessa, se davvero dunque, come io credo, Silla riformò il processo penale del tempo innanzitutto e soprattutto attraverso una legge Cornelia giudiziaria, è a mio avviso con buona probabilità proprio in tale *lex iudiciaria* che venne riconosciuto ai *iudices quaestionis* quel potere di autorizzare un *indictum* presupposto in D. 48. 8. 1 ed a cui alludono Cicerone e lo Pseudo Asconio, ed è in tale legge altresì che vennero stabiliti i casi in cui era possibile agire *per indices* e le persone che potevano *indictum postulare*. E un indizio in questo senso potrebbe forse intravedersi, a mio avviso, in quella precisazione finale che lo Pseudo Asconio aggiunge, nel commento al § 34 della *Divinatio in Caecilium*, all'affermazione per cui *neque repetundarum causa per indices agi solet, neque senatoria persona potest indictum profiteri*, e cioè *salvis legibus*. Ora, *salvis legibus* in effetti letteralmente significa 'conformemente alle leggi', 'senza violare le leggi', ed è questo il significato con cui l'espressione è infatti usualmente adoperata nelle fonti ed il significato che alcuni autori gli attribuiscono pure in riferimento al commento al passo ciceroniano di cui ci stiamo qui interessando.⁴⁶ Tuttavia, oltre che in questa accezione, la frase appare spesso utilizzata anche con un diverso significato, che è poi quello recepito e fatto proprio dal diritto canonico nella famosa formula '*salvis legibus divinis et ecclesiasticis*' imposta al momento del giuramento ai deputati cattolici nel 1866 e da questo trasmesso poi all'esperienza moderna, per far riferimento cioè ad una riserva, ad una eccezione rispetto ad una data disciplina: in buona sostanza, nel senso di 'salvo diversamente disposto dalle leggi' (e proprio con questo significato la frase è adoperata in non poche testimonianze, sia giuridiche che letterarie, ed in specie retoriche). Ciò posto, non è da escludere a mio avviso che anche lo Pseudo Asconio (del quale – vorrei sottolineare – sono stati anche di recente evidenziati gli interessi preminentemente retorici) nel brano qui considerato possa averla utilizzata proprio in questa seconda accezione, per alludere cioè ad una possibile diversa regolamentazione prevista da altre leggi:⁴⁷ come peraltro io credo induca a pensare soprattutto l'ubicazione della formula nel finale della frase.⁴⁸ Ma se così fosse,

⁴⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR* III s. 42-43, 2000/2001, 541.

⁴⁵ Cfr. T. MOMMSEN, *Storia di Roma antica*⁴, 2, Firenze 1967, 432.

⁴⁶ V., ad esempio, P. CERAMI, *La collaborazione processuale*, cit., 267 s.

⁴⁷ Ed è proprio questo, peraltro, il significato che attribuiscono all'espressione usata dallo Pseudo Asconio di recente S. SCIORTINO, *Gli indices nel processo criminale extra ordinem*, in *Iuris antiqui Historia* 3, 2011, 52 e M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 36.

⁴⁸ Non a caso, infatti, nei passi in cui l'espressione è chiaramente usata nel senso di 'in conformità alle leggi' non è mai collocata nel finale del discorso: cfr., per citare solo alcuni dei tanti esempi, Cic., in *Verr.* 2.2.137 (...*haec denarium XXXVIII milia palam salvis legibus contulerunt in statuam*); ad *fam.* 1.2.4 (*quod*

se cioè davvero l'anonimo commentatore del V secolo d.C. avesse inteso fare riferimento ad una riserva a favore di una diversa disciplina introdotta da altre leggi, in ciò potrebbe forse intravedersi a mio avviso un segno dell'esistenza in effetti di uno scarto logico e temporale tra una legge che in chiave generale avesse autorizzato gli *indicia* e disposto i casi certi *in quibus impunitas indici datur* e le persone che potevano *indictum postulare*, presumibilmente appunto la *lex Cornelia iudiciaria*, e altre leggi che fossero intervenute poi a modificare in alcuni casi specifici o per alcuni aspetti questa normativa di base. Una riserva, peraltro – quella segnalata, secondo l'ipotesi qui avanzata, dallo Pseudo Asconio – che non è da escludere potesse essere addirittura contenuta nel testo della legge, nel senso che potrebbe essere stata appunto proprio la *lex Cornelia iudiciaria*, nell'indicare i casi in cui e le persone alle quali era consentito di effettuare un *indictum*, a rinviare ad eventuali possibili future deroghe introdotte poi dalle altre leggi criminali che Silla si apprestava ad emanare.

D'altra parte, noi sappiamo di un caso certo in cui quanto sopra ipotizzato effettivamente avvenne, un caso in cui cioè davvero una delle leggi istitutive delle corti permanenti introdusse una deroga rispetto a quella che doveva essere la regolamentazione generale prevista in materia.

La notizia ci proviene da una interessante testimonianza tratta dai *responsa* di Papiniano riguardante in specie la *quaestio de maiestate*, che già lo Pseudo Asconio – come si ricorderà – menzionava tra le *causae certae in quibus impunitas indici datur*. Si tratta in particolare di:

D. 48. 4. 8 (Pap. 13 resp.): *In quaestionibus lesae maiestatis etiam mulieres adiuntur. Coniurationem denique Sergii Catilinae Iulia (sc. Fulvia) mulier detexit, et Marcum Tullium consulem indictum eius instruxit.*

Nel passo, dunque, come si vede, il giurista espressamente ricorda come *in quaestionibus lesae maiestatis etiam mulieres adiuntur*, richiamando in proposito il caso di Fulvia che svelò la congiura di Catilina a Cicerone, il quale proprio grazie all'*indictum* della donna riuscì appunto a sviluppare l'inchiesta.

Ebbene, innanzi tutto credo opportuno ribadire che a mio avviso non ci possano essere dubbi sul fatto che con l'espressione *etiam mulieres adiuntur* Papiniano alludesse al ruolo svolto dalle donne in qualità di *indices*. Sul più che probabile riferimento dell'affermazione del giurista alla chiamata in correità ho già avuto modo, d'altronde, di associarmi pienamente a quanto acutamente osservato dal Cerami.⁴⁹ La circostanza che lo stesso Papiniano, riferendosi altrove alla possibilità concessa *certis ex causis* alle donne di accusare, parla espressamente di *publica accusatio*, l'esplicita menzione dell'*indictum*, termine che nel linguaggio tecnico-giuridico aveva assunto ormai una precisa valenza, ed il richiamo alla vicenda di Fulvia dimostrano infatti con sufficiente certezza che la voce *audiri* adoperata dal giurista non poteva riferirsi alla pubblica

ad popularem rationem attinet, hoc videtur esse consecuti, ut ne quid agi cum populo aut salvis auspiciis aut salvis legibus aut denique sine vi posset; *ad fam.* 5.20.9 (*simul illud cogitare debes, me omnem pecuniam quae ad me salvis legibus pervenisset Ephesi ad publicanos deposuisse*); *Sen., Contr.* 10.1.4 (*pater meus in media civitate salvis legibus occisus est*); *Calp. Flacco, Decl.* 21.20.6 (*Didici salvis legibus parricidium posse committi*).

⁴⁹ Rimando a C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 73 ss. Da ultimo, v., però, anche M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 38 ss.

accusa, ma alla collaborazione giudiziaria fornita dalle donne agli inquirenti nella qualità di corree dissociate.⁵⁰ Né mi pare peraltro che si possa pensare all'audizione delle donne come testimoni o come semplici informatrici,⁵¹ giacché nel sistema processuale delle *quaestiones perpetuae*, di tipo accusatorio, la mera *notitia criminis* fornita al magistrato non avrebbe potuto avere alcun rilievo, non potendo quest'ultimo attivarsi, come è noto, senza una *publica accusatio*. E se si tiene conto, per finire, che anche Marciano, in D. 48.2.13, adopera la voce *audiri* proprio in riferimento alla possibilità concessa *propter publicam utilitatem* alle donne di *deferre* nei crimini annonari,⁵² l'ipotesi qui difesa appare senz'altro la più verosimile.

D'altra parte, proprio la cronaca della repressione dei catilinari avvenuta nel 63 a.C. apporta una determinante conferma all'idea per cui nelle questioni di lesa maestà fosse possibile servirsi *impunitate proposita* della collaborazione giudiziaria degli *indices* e, più in specie, degli *indicia* delle donne.

Come è noto, infatti, alla scoperta della congiura si giunse soprattutto grazie alle rivelazioni dell'ex senatore Quinto Curio e della nobildonna Fulvia, che consentirono in particolare di sventare la progettata uccisione di Cicerone da parte del cavaliere Caio Cornelio e del senatore Lucio Vargunteio, progetto del quale la donna – su incarico dell'amante – informò Cicerone.⁵³ Ora, io non credo si possa in effetti dubitare, come fa di recente ad esempio l'amico Mario Varvaro,⁵⁴ che tanto Curio che Fulvia siano stati dei veri e propri *indices*.⁵⁵ Che fin dall'inizio del suo consolato Cicerone si fosse con molte promesse procurato attraverso Fulvia la collaborazione giudiziaria di Curio è infatti espressamente attestato da Sallustio, là dove ricorda che il console *multa pollicendo per Fulviam effecerat ut Q. Curius ... consilia Catilinae sibi proderet*.⁵⁶ E se pure lo storico non fa alcun cenno esplicito alla promessa di impunità, è presumibile comunque che questo fosse in effetti il primo ed il principale degli impegni assunti dal console: come induce a credere peraltro il fatto che a Curio furono poi addirittura assegnati *publice praemia* per avere per primo rivelato la congiura.

Quanto a Fulvia, vero è che la donna non aveva probabilmente partecipato in prima persona alla congiura: non si dimentichi, tuttavia, che da tempo ella era stata messa a parte dall'amante del progetto criminioso e dei suoi sviluppi e, dunque, era perciò stesso certamente diventata complice del reato non meno di Curio.

⁵⁰ Così esattamente P. CERAMI, *La collaborazione processuale*, cit., 283 ss.

⁵¹ Sarebbe appunto questo il ruolo svolto ad esempio da Fulvia secondo M. VARVARO, *Certissima indicia*, cit., 395 e 400 nt. 27.

⁵² Cfr. D. 48. 2. 13 (Marc. 1 *de publ. iudic.*): *Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem divus Severus et Antoninus rescripserunt*. Su questa testimonianza, nell'ottica qui considerata, cfr. ora anche M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 97.

⁵³ Cfr. Sall., *Cat.* 28.1-2: *Igitur perterritis ac dubitantibus ceteris C. Cornelius eques Romanus operam suam pollicitus et cum eo L. Vargunteius senator constituere ea nocte Paulo post cum armatis hominibus sicuti salutatum interiore ad Ciceronem ac de improvviso domi suae imparatum confodere. Curius ubi intellegit, quantum periculum consuli impendeat, propere per Fulviam Ciceroni dolum qui parabatur enuntiat*. Sul passo rinvio a C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 74 s.

⁵⁴ Cfr. M. VARVARO, *Certissima indicia*, cit., 392 ss.

⁵⁵ Sembra preferire l'interpretazione da me proposta ora anche M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 39 ss. e 99.

⁵⁶ Cfr. Sall., *Cat.* 26.3.

Che le dichiarazioni fatte da Curio e da Fulvia fossero chiamate in correità e non semplici testimonianze o denunce informali è confermato inoltre anche dal fatto che subito dopo il senato, investito della questione dal console Cicerone, nel decretare lo stato di emergenza (cui si aggiunse, più tardi, la dichiarazione di Catilina e di Caio Manlio come nemici pubblici) deliberò di incentivare ulteriori *indicia*, promettendo l'impunità (se libero) e la libertà (se schiavo), oltre un premio in denaro, a chi avesse contribuito ad individuare e rintracciare i congiurati.⁵⁷ E se pure Sallustio ricorda amaramente che le promesse senatorie non furono sufficienti a sollecitare nel modo sperato gli *indicia*, tanta era la forza della corruzione che aveva invaso l'anima dei cittadini, l'episodio resta comunque ai nostri fini di indubbio valore.

Certo, come ho già avuto modo di osservare,⁵⁸ non si può non tenere in conto che la repressione della congiura di Catilina, come si sa, non venne in effetti deferita alla *quaestio de maiestate* introdotta dalla *lex Cornelia*, ma, data la estrema gravità e la pericolosità della situazione venutasi a creare, fu affidata – su insistenza di Cicerone – ai consoli ed al senato istituito in corte di giustizia, sulla base di un *senatusconsultum ultimum*. Tuttavia, va considerata la circostanza che le prime chiamate in correità furono in realtà precedenti all'emanazione del provvedimento con cui il senato *decretavit, darent operam consules, ne quid res publica detrimenti caperet*, sollecitando con varie misure premiali la collaborazione dei congiurati:⁵⁹ il che induce a credere che sia stata appunto soprattutto la promessa di impunità già comunque prevista dalle leggi Cornelie in favore dei correi dissociati, oltre alla paura per l'enormità dell'attentato che i congiurati si apprestavano a compiere, a spingere Quinto Curio e Fulvia a dissociarsi; e, al tempo stesso, che siano state appunto le leggi sillane la fonte delle tante promesse con cui Cicerone – come si è detto – cercò di sollecitare il loro *indicium*.

Posto dunque il più che probabile riferimento del testo di Papiniano alla collaborazione giudiziaria delle donne in qualità di *indices*, e tornando al profilo che in questa sede ci interessa, è evidente dunque che, permettendo che anche le donne potessero effettuare un *indicium* nei processi di lesa maestà, la *lex Cornelia de maiestate* introdusse una deroga rispetto alla disciplina generale vigente in materia, che avrebbe invece impedito alle donne di *indicium postulare* nei pubblici giudizi:⁶⁰ come induce a credere, peraltro, soprattutto quell'*etiam* sottolineato da Papiniano, che chiaramente allude ad una apertura eccezionale, appunto ad una deroga rispetto alla categoria dei soggetti cui era consentito di norma effettuare una chiamata in correità. La qual cosa non può d'altronde destare meraviglia, se si considera che alle donne era con certezza proibito di sostenere il ruolo di accusatore in un pubblico processo, tranne in alcuni casi particolari:⁶¹ il che rende del tutto verosimile la

⁵⁷ Cfr. Sall., *Cat.* 30.6: *Ad hoc, si quis indicavisset de coniuratione, quae contra rem publicam facta erat, praemium servo libertatem et sestertia centum, libero impunitatem eius rei et sestertia ducenta.*

⁵⁸ Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 76 s.

⁵⁹ Il decreto senatorio, infatti, venne emanato solo dopo che Cicerone, informato da Fulvia della congiura che si preparava contro di lui e reso/i conto di non potere più provvedere con iniziative personali, *rem ad senatum refert* (cfr. Sall., *Cat.* 29.1.2).

⁶⁰ Una deroga che plausibilmente si giustificava in considerazione della pregressa esperienza, che aveva evidenziato l'importanza della collaborazione delle donne, grazie alle quali erano stati sventati infatti molti dei più efferati episodi criminosi del passato.

⁶¹ Come si ricava con certezza soprattutto da D. 48. 2. 1 (Pomp. 1 *ad Sab.*) e D. 48. 2. 8 (Marc. 2 *de publ. iud.*).

congettura che esse fossero di regola escluse anche dall'*indicium* (che peraltro, nel sistema processuale delle *quaestiones perpetuae*, si concretizzava sostanzialmente in un'accusa⁶²), e, di conseguenza, che esse fossero comprese, assieme ai senatori, tra le persone che non potevano *indices fieri* previste dalla legge cui allude lo Pseudo Asconio.

Ma se la *lex Cornelia maiestatis*, come sembra doversi riconoscere, introdusse dunque una deroga rispetto alla normativa generale esistente in materia, ciò vuol dire allora che tale normativa doveva necessariamente essere contenuta in una legge preesistente: e tale legge preesistente – credo sia ragionevole pensare – non poteva essere altro che la *lex Cornelia iudiciaria*, che, nel riformare il procedimento davanti alle corti permanenti, avrebbe consentito in chiave generale ai *iudices quaestionis* di autorizzare gli *indicia*, stabilendo i casi certi in cui era possibile *indicium postulare* e le persone che non potevano *indices fieri*, 'salvis legibus', come sottolinea lo Pseudo Asconio, salvo cioè che una successiva legge criminale non avesse disposto poi, in riferimento allo specifico reato disciplinato, una diversa regolamentazione. Esattamente come sappiamo fece, in riguardo alle donne, appunto la *lex Cornelia maiestatis*.

4. Ma avviamoci ora alla conclusione.

L'indagine qui condotta credo evidenzi abbastanza chiaramente che Silla, sulla scia degli esiti positivi della sperimentazione avviata in materia nei secoli precedenti specie nell'ambito delle *quaestiones extraordinariae*, provvide dunque a consentire e disciplinare in chiave generale il ricorso alla collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nei tribunali permanenti da lui introdotti o riorganizzati, attribuendo ai presidenti delle corti il potere di autorizzare gli *indicia* e stabilendo i *crimina* in riferimento ai quali era possibile agire *per indices* e le persone che potevano *indicium postulare*. Una regolamentazione – questa – a mio avviso come si è detto plausibilmente già contenuta in quella *lex iudiciaria* che il dittatore con buona probabilità emanò nell'81 a.C., ma che venne poi ulteriormente ribadita e più dettagliatamente o anche diversamente disciplinata nelle leggi istitutive di quelle *quaestiones* per le quali appunto era considerato lecito servirsi degli *indicia*: come la testimonianza da ultimo visionata sulla *lex Cornelia maiestatis* conferma.

D'altra parte e sotto un diverso punto di vista, credo che, considerato il clima di emergenza ed insicurezza che contraddistingueva il momento storico di cui stiamo parlando, non c'è molto da meravigliarsi se Silla, allo scopo di assicurare il ripristino della pace e della sicurezza sociale gravemente minate dalle lunghe e rovinose guerre civili degli anni precedenti anche mediante un'efficace repressione dei reati, nel riformare la procedura ed il diritto criminale, non esitò a prevedere ed istituzionalizzare quel ricorso alla collaborazione giudiziaria dei correi dissociati che, sia pure eccezionalmente ammesso, aveva comunque consentito di sventare i più gravi eventi criminosi del passato: principalmente in riferimento a crimini, come appunto la *maiestas*, l'omicidio e l'*iniuria*,⁶³ che erano i crimini di maggior allarme e

⁶² Sul punto cfr. quanto già osservato in C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 107 s.; ma a questa interpretazione aderisce ora anche S. SCIORTINO, *Gli indices nel processo criminale extra ordinem*, cit., 49 s.

⁶³ Per la considerazione delle testimonianze sulla collaborazione giudiziaria dei correi quale prevista dalle *leges Corneliae de sicariis et veneficis e de iniuriis* rimando a C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 78 ss. ed ivi precedente letteratura.

pericolosità sociale (soprattutto se commessi da affiliati ad associazioni a delinquere) e che più di altri minacciavano peraltro la realizzazione degli obiettivi politici del Nostro.

Ma se dunque la legislazione sillana, plausibilmente già nella *lex iudiciaria* – come a me pare doversi ammettere –, aveva previsto e disciplinato in chiave generale ed in via preventiva ed astratta l'utilizzo degli *indices* nelle *quaestiones perpetuae* (una regolamentazione – questa – poi recepita peraltro anche nelle *leges Iuliae*),⁶⁴ resta da chiarire, per finire, come mai, quattro secoli dopo, gli imperatori Arcadio ed Onorio tornarono a legiferare in materia emanando quella costituzione nella quale la dottrina unanime, come si è detto, ravvede invece la prima vera fonte che avrebbe istituzionalizzato e generalizzato il pentitismo nell'età romana.

Ebbene, io sul punto ho già espresso la mia opinione:⁶⁵ penso cioè che l'intervento imperiale del 397 d.C. si giustifichi in considerazione della profonda degenerazione che il processo penale aveva subito a partire dall'età di Tiberio. L'affermarsi delle *cognitiones extraordinarie*, imperiali e senatorie, la discrezionalità e l'arbitrarietà in esse riconosciute all'imperatore, l'ampliarsi a dismisura dei confini del *crimen maiestatis*, che aveva finito per comprendere ogni atto della vita quotidiana che potesse essere interpretato come diretto contro il principe, e – soprattutto – il diffondersi oltre ogni sopportabile limite, in questo nuovo contesto socio-politico, di un uso distorto del processo e degli strumenti processuali, ed in specie proprio dell'accusa di *maiestas*, divenuta il più efficace strumento di lotta politica attraverso cui eliminare i propri rivali e procurarsi le grazie imperiali e premi ed onori, sono tutti fattori che finirono per stravolgere quell'ordinato sistema di repressione penale che le leggi sillane, prima, e le leggi giulie poi, avevano previsto e regolamentato, compromettendo definitivamente il corretto funzionamento della giustizia. Una degenerazione – questa – che, ovviamente, non poteva non coinvolgere anche – ed anzi direi soprattutto – la collaborazione giudiziaria degli *indices*, anch'essa ormai per lo più utilizzata strumentalmente ed asservita alla politica imperiale, determinando di fatto il sostanziale logoramento di quelle regole che, derivanti da una risalente e collaudata prassi, erano state consacrate appunto nella legislazione tardo repubblicana ed augustea.

Ed è proprio alla luce delle vicende che, a partire dal I secolo d.C. e sempre più nei secoli a venire, avevano interessato la collaborazione giudiziaria che è appunto a mio avviso da valutare l'intervento legislativo di Arcadio ed Onorio, un intervento che, lungi dall'essere l'esternazione di una nuova politica normativa attraverso cui per la prima volta si volle dare riconoscimento legislativo e disciplinare in chiave generale il fenomeno del pentitismo, mirava invece fondamentalmente a ripristinare il rispetto di quei principi che l'uso arbitrario degli *indices* da parte del potere imperiale, da un lato, e il definitivo affermarsi di quell'ottica lucrativa che ispirava ormai il funzionamento della giustizia penale, dall'altro, avevano travolto. Non è un caso, d'altronde, che la disposizione sugli *indices* che a noi qui interessa costituisce in realtà la parte finale di una costituzione specificamente dedicata alle congiure contro i membri dei *consilia*, del consistorio, del senato e del servizio imperiale, congiure

⁶⁴ Come dimostra, d'altronde, il testo di Papiniano al quale si è da ultimo fatto riferimento, cioè D. 48. 4. 8, tratto dai *libri responsorum* e chiaramente riferito alla disciplina prevista dalla *lex Iulia de maiestate*, che era la legge criminale vigente al tempo in cui visse il giurista.

⁶⁵ Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 149 ss.; ad essa aderisce ora anche M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, cit., 42 ss.

che gli stessi imperatori espressamente riconducono all'ambito del *crimen maiestatis*: ed anzi, è appunto plausibilmente proprio nel clima di intrighi e veleni che da tempo circondava la corte imperiale che va appunto ricercata la ragione dell'intervento di Arcadio ed Onorio, i quali, allo scopo di prevenire o comunque agevolare la scoperta dei numerosi complotti orditi contro l'aristocrazia imperale mediante il ricorso alle chiamate in correità, avvertirono tuttavia la necessità di esplicitare nuovamente ed ufficialmente la vigenza di quelle regole che, pur presenti nelle passate leggi o comunque consacrate da prassi antiche, erano state ormai da tempo di fatto disattese, travolte, come tutti gli altri precetti processuali, dall'arbitrarietà che aveva più volte connotato lo svolgimento delle *cognitiones* senatorie ed imperiali.⁶⁶

⁶⁶ Su tutto ciò cfr. comunque, più ampiamente, C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., 149 ss.

SALVATORE SCIORTINO
(Università di Palermo)

Denegare iudicium e denegare actionem

ABSTRACT

The expressions *denegare iudicium* and *denegare actionem* are both used to point out the refusal on the part of the *magistratus cum iurisdictione* to grant the action. However, in the opinion of the author, these expressions have different meanings. *Denegare iudicium* is used in contexts that are not compatible with the granting of a *formula* provided with *exceptiones*; while *denegare actionem* is used when the *praetor* was given the opportunity either to refuse the granting of the action or to give a *formula* provided with *exceptiones*.

PAROLE CHIAVE

Processo formulare, *denegare actionem*, *actio*, *iudicium*.

DENEGARE IUDICIUM E DENEGARE ACTIONEM*

SOMMARIO: 1. Presenza nelle fonti di una duplice modalità di indicare il rifiuto di concedere le azioni: *denegare (non dare) actionem* e *denegare (non dare) iudicium*: opportunità di condurre una indagine sul linguaggio adoperato nelle fonti giuridiche. 2. Analisi critica delle tesi finora elaborate in dottrina e tendenti ad individuare una differenza tra il *denegare actionem* e il *denegare iudicium*. 3. Premesse dogmatiche circa il *dare actionem* e il *dare iudicium*, nonché, sul *denegare actionem* e sul *denegare iudicium*. 4. La nostra ipotesi di lavoro: quando nelle fonti giuridiche si trova menzionato il *denegare actionem*, al magistrato giudicante non sarebbe stato impedito di concedere di una *formula* munita di *exceptio*; diversamente, la menzione del *denegare iudicium* allude unicamente al rifiuto di concedere la *formula*. Conferme desumibili dalle fonti. 5.1 Esegesi di D. 11.5.1 (Ulp. 23 *ad ed.*). 5.2 Esegesi di D. 4.9.7.6 (Ulp. 18 *ad ed.*). 5.3 Esegesi di D. 10.3.7.5 (Ulp. 20 *ad ed.*). 5.4 Esegesi di D. 10.3.29 pr. (Paul. 2 *quaest.*). 5.5 Esegesi di D. 12.2.34.7 (Ulp. 26 *ad ed.*). 5.6 Esegesi di D. 46.7.16 (Ner. 3 *membr.*). 5.7 Esegesi di D. 47.6.5 (Marc. 8 *dig.*). 5.8 Esegesi di D. 47.10.6 (Paul. 55 *ad ed.*). 5.9 Esegesi di Gai 4.163. 6. Conclusioni. Il linguaggio delle fonti è uniforme: l'espressione *denegare (non dare) actionem* compare quando si vuole indicare la duplice possibilità per il magistrato di rifiutare la concessione della *formula* o di concederla mediante l'introduzione di una *exceptio* nel programma di giudizio. Al contrario, tutte le fonti giuridiche nelle quali sono impiegate le espressioni *denegare (non dare) iudicium* sono incompatibili con la concessione di una *formula* contenente una *exceptio* e descrivono il solo rifiuto di concedere il programma di giudizio. I concetti di *actio* e *iudicium* che rilevano, dunque, in relazione all'attività di *denegare* sono i seguenti: l'*actio* indica l'*agere* ovvero la *potestas agendi* dell'attore e non preclude al magistrato di tenere conto delle ragioni del convenuto mediante la concessione di una *exceptio*. Diversamente, il vocabolo *iudicium* – che in sé racchiude l'idea del giudizio – quando è riferito all'attività di *denegare* indica la *formula* sulla base della quale il giudice avrebbe dovuto emettere la sentenza. Questo spiega perché con l'espressione *denegare iudicium* le fonti descrivono il solo rifiuto di concedere il programma di giudizio sulla base del quale sarebbe stata emessa la sentenza.

1. Nel processo¹ formulare, come noto, qualunque cd. *postulatio actionis*, sia di una azio-

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

¹ È bene precisare che ci capiterà di discutere solo in senso atecnico di 'processo' per il diritto romano. Infatti, era estranea alla mentalità dei giuristi romani l'adesione ad una nozione di processo paragonabile alla moderna e consistente – secondo la ricostruzione largamente prevalente – in una successione di atti volti alla sentenza, come ad esempio sottolinea E. FAZZALARI, *s.v. Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*^A. Sezione civile, 14, Torino 1996, 649: «il 'procedimento' consiste in una determinata sequenza di norme, nonché degli atti da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale. Fra le varie specie di procedimento, fa spicco quella indicata come 'processo': qui vi la sequenza è disposta in modo che all'iter di formazione dell'atto

ne civile sia di una azione pretoria, avrebbe dovuto, se accolta, trovare riscontro in un *decretum* di cd. *datio actionis*,² con il quale il magistrato aderiva allo schema di azione proposto dall'attore e accolto dal convenuto.

Del resto, la stessa terminologia presente in Gaio e nei passi del Digesto³ secondo la quale solo le azioni pretorie *dantur*, mentre quelle civili *competunt*, non viene applicata con rigore dai giuristi romani,⁴ i quali ammettono che anche l'esercizio delle azioni civili dipendeva dalla cd. *datio actionis*.

Pertanto, come giustamente è stato notato da Antonino Metro,⁵ di *denegare actionem* si può parlare e si parla sia con riferimento alle azioni pretorie che con riferimento a quelle civili.

partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l'atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti». L'idea che la sentenza sia la conclusione inevitabile del processo si riscontra anche nel pensiero di G. CHIOVENDA, *Sulla influenza delle idee romane nella formulazione dei processi civili moderni*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile MCMXXXIII)*, II, Pavia 1935, 414 s., il quale, con specifico riferimento al diritto romano, osservava: «E già la particolare struttura del processo classico, colla sua caratteristica separazione nei due stadi, *in iure* e *in iudicio*, aveva posto in tutta evidenza tutta la finalità del processo come specializzazione della legge: la formula è la legge del caso concreto, applicata ai fatti, prima potenzialmente, e poi, colla *condemnatio* o colla *absolutio* ... Coerentemente a questa idea dello scopo processuale, tutto il processo romano gravita verso la emanazione d'un atto di volontà statale, l'atto in cui è formulata la volontà concreta della legge ... un atto di volontà, di natura finale, che è la volontà stessa della legge nel caso concreto, formulata dal giudice nel dispositivo della sua sentenza». Nella dottrina romanistica una identica nozione emerge dalla definizione che del processo danno M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., I: «... das Prozeßverfahren im eigentlichen Sinn, zielt auf die Entscheidung über den Gegenstand des Streits in einem Urteil ab».

Come noto i giuristi romani, ed innanzi tutto Gaio nel quarto commentario delle Istituzioni, discorrevano di *actiones* e manca nella terminologia dei giuristi un segno corrispondente a quello moderno di processo. Ciò dipende dalla mancanza di natura processuale dell'*actio* romana, la quale non ha necessariamente sbocco nel giudizio: sia nell'*agere per certa verba* sia nell'*agere per concepta verba* l'azione avrebbe potuto interrompersi in un qualunque momento realizzando la pretesa dell'attore anche a prescindere dalla sentenza. Tali aspetti sono stati ben messi in luce in diversi contributi da R. SANTORO, *Il tempo e il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, in AUPA 41, 1991, 283 s. (= *Scritti minori*, II, cur. M. VARVARO, Torino 2009, 411 s.); ID., *Per la storia dell'obligatio*. III. *Actio. Iudicium: D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.) - I. 4.6. pr.*, lezione per i dottorati di ricerca in "Scienze Giuridiche" dell'Università degli Studi di Milano Bicocca (11 aprile 2011) e in "Discipline romanistiche" dell'Università degli Studi di Palermo (1 dicembre 2011); ID., *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, in AUPA 55, 2012, 613 e, da ultimo, ID., *Perpetuari obligationem*, in AUPA 57, 2014, 200 s.

² Sul *decretum* di cd. *datio actionis* ci permettiamo di rinviare alla letteratura richiamata nel nostro «*Denegare actionem*» *decretum e intercessio*, in AUPA 55, 2012, 666 nt. 8.

³ Gai 4.112 [KRÜGER-STUEDEMUND⁷]: *Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent*. Altre fonti giuridiche nelle quali ricorre la contrapposizione tra azioni civili, che *ipso iure competunt*, e azioni pretorie, che *a praetore dantur*, sono indicate A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, 85 nt. 38.

⁴ Sul punto si vd. A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 85 s. nt. 39, con indicazione delle fonti nelle quali il verbo *competo* è utilizzato anche con riferimento alle azioni e ad altri rimedi pretori. Un quadro ragionato ed esaustivo della letteratura su questo tema è presente in M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*. I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 226 nt. 625, con ulteriore indicazione di fonti.

⁵ Da parte di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 89 s.

A fronte, dunque, della unitarietà della funzione di *denegare* che abbraccia tutte le azioni, sia le azioni civili sia le azioni pretorie, stupisce che tale attività venga descritta nelle fonti giuridiche in modo duplice talvolta con riferimento all'*actio* (*denegare actionem*) e talaltra al *iudicium* (*denegare iudicium*).⁶

Si tratta allora di capire se queste due espressioni, sebbene equivalenti sul piano lessicale ed entrambe aventi ad oggetto il rifiuto di concedere l'azione, non nascondano piuttosto una sfumatura di significato che i giuristi intendevano rimarcare quando impiegavano una locuzione piuttosto che l'altra.

L'indagine che stiamo per intraprendere, allora, verterà sull'analisi del linguaggio delle fonti giuridiche per comprendere se la *nuance* linguistica⁷ che abbiamo segnalato, in realtà, non nasconda una differenziazione sul piano sostanziale interna all'attività di *denegare*⁸ svolta *in iure* dai magistrati giudicanti.

2. Cominciamo dal tentativo risalente a Theodor Ludwig von Helmolt.⁹ Lo studioso sosteneva l'equivalenza sul piano lessicale delle espressioni *denegare actionem* e *denegare iudicium*, basandosi su D. 12.2.9 (Ulp. 22 *ad ed.*), D. 12.2.34.7 (Ulp. 26 *ad ed.*), D. 12.2.37 (Ulp. 33 *ad ed.*) e D. 46.8.15 (Paul. 14 *ad Plaut.*). Tuttavia, nella sostanza, in alcune occasioni, secondo lo studioso, il *denegare actionem* avrebbe indicato il rifiuto dell'azione da parte del pretore nei casi di azioni *contra bonos mores*, non fondate o relative a pretese non tutelate dall'ordinamento e sempre senza sentire il convenuto. Mentre il *denegare iudicium* avrebbe presupposto una valutazione della fondatezza della pretesa dell'attore che avrebbe imposto anche un accertamento della posizione del convenuto: nei casi, ad esempio, nei quali costui avesse confessato il proprio debito il pretore avrebbe rifiutato il *iudicium*, non l'*actio*.

Tuttavia, si tratta di una tesi che, benché non priva di riflessioni condivisibili, come ci accorgeremo, presta il fianco da più parti ad obiezioni e rilievi. Già sul piano lessicale cercheremo di dimostrare che i segni *actio* e *iudicium* quando sono riferiti all'attività pretoria di *non dare* o *denegare*

⁶ Si tratterà naturalmente anche di verificare la tesi di Moriz Wlassak (*infra*, § 2, nt. 15) secondo il quale i nostri sintagmi avrebbero fatto riferimento l'uno (*denegare actionem*) al rifiuto di concedere un'azione civile e l'altro (*denegare iudicium*) al rifiuto di concedere un'azione pretoria.

⁷ Il rapporto, non sempre simmetrico, tra il linguaggio dei giuristi romani e il rigore del loro ragionamento giuridico è indagato da B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi Arangio-Ruiz*, 2, Napoli 1953, 72-103 (= *Scritti giuridici*, I. *Diritto romano. Problemi generali*, Milano 1965, 181-212).

⁸ Abbiamo preferito impiegare l'espressione *denegare actionem* o *iudicium* in luogo della più diffusa *denegatio actionis* o *iudicii* per adeguarci al linguaggio delle fonti. Infatti, come risaputo, l'espressione *denegatio actionis* non ricorre se non dopo il IV sec. d.C. nelle fonti le quali, piuttosto, attestano le locuzioni '*denegare actionem*' [ad es. D. 37.5.3.6 (Ulp. 40 *ad ed.*)] e '*actionem denegare*' [ad es. D. 50.17.102.1 (Ulp. 1 *ad ed.*)], oltre ad innumerevoli altri costrutti utilizzati per esprimere il concetto del rifiuto da parte del magistrato *in iure* di concedere l'azione. Una elencazione esemplificativa di tali locuzioni è presente in R. MEWALDT, *Denegare actionem im römischen Formularprozeß (Zur Lehre vom Verfahren in iure und der Interzession)*, Greifswald 1912, 3 s. Sul punto richiamiamo, inoltre, la letteratura citata in S. SCIORTINO, «*Denegare actionem*», cit., 661 nt. 1, cui *adde* F. LUCREZI, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992, 217 nt. 15, con indicazione di ulteriore letteratura.

⁹ TH. L. VON HELMOLT, *Verhältnis der Exceptionen zur Beweislast. Eine civilistisch-processualische Abhandlung*, Giessen 1852, 69 nt. 5.

non possono essere considerati sinonimi, né lo sono alla luce delle fonti addotte dallo studioso. Inoltre, muovendo dalla prospettiva adottata da von Helmolt, contrariamente alle sue conclusioni, si consideri che *denegare l'actio* senza sentire le ragioni del convenuto, avrebbe comunque determinato anche un *denegare il iudicium*, inteso come *formula*, allo stesso modo di un *denegare* preceduto da una valutazione della posizione del convenuto. Simmetricamente, *denegato il iudicium* sentito il convenuto, sarebbe stata parimenti *denegata l'actio* nei confronti dell'attore.

Una efficace critica alla ricostruzione di von Helmolt si deve a Reinhold Mewaldt.¹⁰ Quest'ultimo studioso, pur riconoscendo in linea di massima l'indistinguibilità di *denegare actionem* e *iudicium*, proponeva di identificare il *denegare iudicium* con il *denegare* in astratto il mezzo di tutela, senza cioè indicarne il fondamento, e il *denegare actionem* con un materiale diniego di giustizia, che presuppone anche l'indicazione della ragione del diniego. Tuttavia, lo studioso finiva per ammettere che si tratta di una distinzione solo apparente poiché il pretore che *denega il iudicium* *denega* nel contempo anche *l'actio*, di modo che il *denegare actionem* non potrebbe esistere senza il *denegare iudicium*, tanto che, conclude Mewaldt, non si tratterebbe neppure di atti separati.¹¹

Da un canto, la mancata indicazione di fonti a sostegno dell'asserita distinzione tra *denegare iudicium*, inteso come rifiuto in astratto dell'azione, e *denegare actionem*, inteso come rifiuto in concreto dell'azione e, dall'altro canto, la stessa ammissione da parte di Mewaldt che il profilo differenziale in questione in realtà è solo apparente, rende la proposta di quest'ultimo studioso non condivisibile.

Ciò anche per un'altra ragione. A differenza di quanto sostenuto da Mewaldt, non è affatto vero che il *denegare iudicium* implichi o, peggio presupponga, in ogni caso il *denegare actionem*; infatti, il pretore ben avrebbe potuto *denegare il iudicium* senza per questo avere intenzione di *denegare l'actio*;¹² come nel caso in cui il pretore, pur disposto a concedere l'azione, fosse costretto a non concederla di fronte al rifiuto opposto dall'attore a *dictare* un *iudicium* acconciato, ad esempio, mediante l'inserimento di una *exceptio* non gradita.

Né miglior fortuna ha avuto il tentativo di Otto Gradenwitz,¹³ il quale proponeva di identificare, specie con riferimento al linguaggio dell'editto del pretore, il *denegare actionem* con il rifiuto di concedere genericamente un'azione già prevista nell'editto e il *denegare iudicium* con il rifiuto di concedere uno specifico mezzo di tutela di nuova creazione. Tuttavia, lo stesso studioso era costretto ad ammettere che le espressioni talvolta sono impiegate alla stessa maniera per descrivere entrambi i concetti, tanto che in parecchi testi dei giuristi classici *actio* e *iudicium* sono impiegati nello stesso significato.

Proprio su questo punto interveniva la critica di Otto Lenel,¹⁴ il quale rilevava, giusta-

¹⁰ R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 82 ss.

¹¹ R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 91.

¹² In questo senso vd. N. BELLOCCI, «*Dictare actionem*» e «*iudicium dictare*», in *Labeo* 18, 1972, 333.

¹³ O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, 103-105; Id., *Zum Sprachgebrauche des prätorischen Edikts*, in *ZSS* 8, 1887, 252 ss.

¹⁴ O. LENEL, Rec. di O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, cit., in *ZSS* 9, 1888, 179 s. In questo lavoro Lenel propone la seguente distinzione concettuale tra *actio* e *iudicium*: mentre in diritto classico l'*actio* avrebbe indicato l'intera controversia, dunque sia la fase *in iure* sia la fase *apud iudicem*, il *iudicium* sarebbe solo una parte di questo procedimento, segnatamente quello che si svolge innanzi al giudice. Tuttavia, vedremo (*infra*,

mente, che l'espressione *iudicium non dabo* è impiegata anche con riferimento ad azioni già esistenti, come le azioni civili *ex delicto* nell'editto *de aleatoribus*.

Ancora, si segnala il tentativo di Moriz Wlassak,¹⁵ secondo il quale nel linguaggio dell'editto l'espressione '*iudicium non dabo*' avrebbe indicato il rifiuto delle azioni pretorie, mentre l'espressione '*actionem non dabo*' avrebbe indicato il rifiuto delle azioni civili: tuttavia, lo stesso studioso austriaco era costretto a riconoscere che talvolta il rifiuto di azioni onorarie è reso mediante l'impiego del segno *actio*.

Ed è puramente congetturale un ulteriore tentativo di Wlassak di spiegare questo fenomeno invocando una origine più recente degli editti nei quali *actio* e *iudicium* non sono impiegati in modo conforme alla tesi dello studioso; ancora, risulta indimostrabile che editti del genere non siano transitati nell'editto giuliano in modo corretto.

L'ultima proposta in ordine di tempo è quella di Antonino Metro.¹⁶ Si tratta di un tentativo di spiegazione per un verso di più ampio respiro, perché prende in considerazione tanto il *dare* quanto il *denegare actionem* (e *iudicium*), per altro verso più limitato, perché vengono prese in esame solo fonti che riportano i *verba edicti*. Procederemo con l'esame di quest'ultima proposta interpretativa e solo in seguito addurremo argomenti che rendono preferibile limitare la ricerca alle sole fonti in tema di *denegare*, escludendo invece quelle sul *dare actionem*.

Premessa la vanità degli sforzi volti a rintracciare «una differenza fra due diversi tipi di azioni, ai quali corrisponderebbe una diversa terminologia edittale», lo studioso propone di accantonare ogni criterio di differenza sostanziale tra le azioni. Secondo Metro, *denegare actionem* e *denegare iudicium* nel linguaggio edittale presenterebbero solo una differenza formale: l'editto si servirebbe del lemma '*actio*' quando si pone dal punto di vista dell'attore, mentre impiegherebbe il segno *iudicium* nei confronti del convenuto. In particolare, l'espressione *actionem (non) dare* si troverebbe impiegata con riferimento al potenziale attore al dativo, mentre, relativamente all'espressione *iudicium (non) dare*, sarebbe frequente l'impiego di *in* con l'accusativo per riferirsi al possibile convenuto.

Tuttavia, in tre fonti tali costruzioni appaiono rovesciate: in D. 12.2.7 (Ulp. 22 *ad ed.*) e D. 14.5.2 (Ulp. 29 *ad ed.*) compare *actionem dabo* con *in* e l'accusativo e in D. 47.10.17.10 (Ulp. 57 *ad ed.*) *iudicium dabo* è costruito con il dativo; tali circostanze fanno credere a Metro che queste fonti potrebbero essere state, almeno formalmente interpolate. Ci piace sottolineare l'esemplare onestà intellettuale dello studioso siciliano: «tale circostanza, anche se priva della certezza assoluta la spiegazione avanzata, non mi pare sufficiente a toglierle un forte grado di probabilità che la fa preferire alle altre varie ipotesi avanzate fin oggi dalla dottrina».¹⁷

ntt. 21-23) che anche questa non è una distinzione sempre valida e che *actio* e *iudicium* nelle fonti giuridiche presentano una varietà di significati talmente ampia che sarebbe vano pretendere di differenziarle fuori da specifici ambiti di applicazione. A mero titolo di esempio si consideri che nel variegato pensiero di Wlassak si trova l'affermazione, opposta a quella di Lenel, ossia che è la parola *iudicium* ad indicare l'intero processo: M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I, Leipzig 1888, 29. Lo stesso studioso, peraltro, ricorda (84 s.) che ai tempi di Cicerone *actio* e *iudicium* erano impiegati nello stesso significato, e *actio* compare anche nel significato di *formula* scritta, significato tipico invece del segno *iudicium*.

¹⁵ M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, cit., 77.

¹⁶ A. Metro, *La «denegatio actionis»*, cit., 72 s. nt. 13.

¹⁷ A. Metro, *La «denegatio actionis»*, cit., 73 nt. 13.

Il punto debole della proposta da ultimo analizzata è stato posto in luce dallo stesso Studioso che l'ha avanzata. Le espressioni (*non*) *dare actionem* con il dativo e (*non*) *dare iudicium* con l'accusativo nel linguaggio dell'editto si trovano mischiate. Non crediamo, francamente, che questa circostanza possa addebitarsi anche a presunte interpolazioni o, aggiungiamo noi, a glosse postclassiche le quali, peraltro, andrebbero caso per caso dimostrate sul piano sostanziale.¹⁸

In termini generali, infatti, è stato notato¹⁹ che le espressioni *denegare* (ovvero *non dare*) *actionem* (ovvero *iudicium*) compaiono in contesti non sospettabili nella parte che a noi interessa, perché i giustinianeî non avevano interesse ad intervenire nei confronti di un rimedio pretorio che aveva ormai perso il suo significato, specifico solo per il processo formulare.

Fin da epoca postclassica, e con riferimento alle *cognitiones extra ordinem*, le espressioni '*denegare actionem*' e '*denegare iudicium*' facevano ormai semplicemente riferimento al rifiuto della tutela giurisdizionale o della autorizzazione a citare il convenuto, come dimostrano anche i corrispondenti passi dei Basilici, nei quali le nostre espressioni cadono o vengono tradotte in termini sostanziali, ossia di assenza o rifiuto di tutela giurisdizionale. E aggiungiamo noi che in questi contesti anche i lemmi *actio* e *iudicium* erano ormai impiegati in maniera del tutto equivalente, a differenza di quello che doveva accadere nel linguaggio dei giuristi classici, come ci sforzeremo di provare.

3. Il carattere insoddisfacente delle soluzioni fin ora proposte ci spinge a proporre una ipotesi alternativa al problema della individuazione del discrimine tra '*denegare actionem*' e '*denegare iudicium*'.

Prima di esporre la nostra ipotesi di lavoro ci sembra opportuna qualche premessa di carattere dogmatico, utile al fine di giustificare il percorso di indagine che abbiamo deciso di intraprendere.

Occorre dire che in questa fase preliminare dell'indagine siamo costretti ad accogliere un significato convenzionale dei lemmi *actio* e *iudicium* di cui ci serviremo. Si tratta di segni polisemici, non di rado impiegati in modo equivalente nelle fonti giuridiche e il cui significato potrà essere precisato, in riferimento all'attività di *denegare*, solo al termine della ricerca.

Per il momento intenderemo con '*actio*' sia la *potestas agendi* o l'*agere posse*²⁰ dell'attore, sia il concreto esercizio dell'azione (*agere*) secondo prescritte modalità;²¹ e impiegheremo

¹⁸ Sebbene in sé non provi nulla, ci pare comunque significativo segnalare che i tratti dei passi contrari alla ricostruzione di Metro, nei quali compaiono le espressioni '*iudicium (non) dare*' con il dativo e '*actionem (non) dare*' con l'accusativo, non sono stati sospettati e, ad esempio, non vengono segnalati né nell'*Index interpolationum* né nei famigerati *Beiträge* di Beseler.

¹⁹ U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 11 ss. In precedenza, già M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955, 276 nt. 455, aveva sottolineato che i compilatori giustinianeî non avrebbero avuto alcun interesse ad interpolare i testi nelle parti relative ad un rimedio processuale ormai per loro privo di significato sul piano della tecnica processuale.

²⁰ Identifica le due nozioni C. GIOFFREDI, '*Ius*' e '*actio*', in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Romae 1980, 223 s. In ordine al rapporto tra *agere* e *potestas agendi* si vd. C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca, cur. L. GAROFALO, I, Padova 2011, 310 ss.

²¹ G. PUGLIESE, s.v. '*iudicium*', in *NNDI* 9, Torino 1963, 336 s.: «le parole *actio* e *agere* si adattarono

iudicium, in uno dei suoi tanti significati,²² forse il più diffuso, ossia quello di *formula*, programma di giudizio.²³

Solo al termine della ricerca che stiamo per intraprendere potremo precisare il significato che i segni *actio* e *iudicium* assumono in riferimento all'attività di *denegare*, convinti come siamo, del resto, che è solo in relazione a determinate attività che possono essere individuati i precisi contorni che assumono i lemmi *actio* e *iudicium*, i quali sono impiegati in varie accezioni nelle fonti.²⁴

Rivolgeremo la nostra attenzione solo al *denegare*, mentre lasceremo fuori dal nostro angolo visuale l'attività di *dare*. Non perché siamo convinti che *dare actionem* e *dare iudicium* indichino attività sempre equivalenti, come pure si è creduto,²⁵ seppure è vero – si deve riconoscere – che, almeno con riferimento al linguaggio editale, *actionem dabo* e *iudicium dabo* sono impiegati in modo equipollente.²⁶

La ragione della nostra scelta è un'altra e dipende dal linguaggio vischioso delle fonti, alla luce delle quali si deve riconoscere che la cd. *datio actionis* tende a coincidere con la cd. *datio iudicii*.

Sul piano dogmatico è già stata rilevata la non coincidenza tra le due nozioni. Così si è notato da parte di Max Kaser e Karl Hackl che il *dare iudicium* è più esteso del *dare actionem*, poiché il *iudicium* può comprendere anche le *exceptiones*, le *replicationes* e così via.²⁷

benissimo alla nuova procedura (*scil.* formulare), naturalmente nel loro particolare significato di (potere di esercitare l') attività processuale e schema predisposto per l'esercizio di tale attività». Naturalmente l'attività di *agere*, racchiusa nel segno *actio*, impone di considerare che essa si sarebbe dovuta svolgere secondo modalità o forme precise, sul punto si vd.: A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 197 nt. 10.1. Sul concetto di *actio*, condivisibilmente ricostruito nei termini di «contenuto esclusivo dell'*obligatio*», si vd. di recente l'ampio contributo di C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 129 ss. e 136 s., per una rassegna di definizioni del concetto di *actio* e valutazione critica della *difficultas definiendi* riscontrata in dottrina.

²² F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 5, trad. it. B. Brugi, Milano 1893, 1 ss., propone la seguente classificazione dei significati di *iudicium*: (1) l'intero processo, dalla *in ius vocatio* alla sentenza; (2) l'azione; (3) il luogo dove si svolge la lite.

²³ G. PUGLIESE, s.v. "*iudicium*", cit., 337: «quel che deve essere messo in rilievo circa l'uso di *iudicium* nel processo formulare è l'assunzione di nuovi significati da parte di questa parola. L'essenziale sviluppo semantico fu quello che portò *iudicium* a indicare la formula, su cui quel processo si imperviava». Lo studioso aggiunge al significato di *formula* anche quelli di programma astratto (ossia, editale) di azione, programma concreto del giudizio, sulla base del quale il giudice veniva chiamato a giudicare la controversia. A questi significati va aggiunto anche quello di azione, come ricordato da F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*. I. *Translatio iudicii*, Napoli 1956, 22 ntt. 1-2. La diffusione e l'importanza dell'impiego di *iudicium* nel senso di formula scritta (*Schriftformel*), in contrapposizione ad *actio*, segno che indicava anche l'azione orale (*Spruchformel*) è particolarmente sottolineata da M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*. I, cit., 72-85; ID., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum von Bernhard Windscheid am 22. Dezember 1888*, Rostock 1888 [rist. Aalen 1979], 65 ss. [= 13 ss.]; ID., *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*. *Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis*, in *ZSS* 28, 1907, 79 nt. 2. Sulla polisemia del termine *iudicium* cfr. anche R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 179 e nt. 219, con letteratura.

²⁴ Cfr., *infra*, § 6.1.

²⁵ E. I. BEKKER, *Ueber das Verhältnis von Actio zu Obligatio*, in *ZRG* 9, 1870, 366 ss.

²⁶ Come dimostra l'*edictum de sepulchro violato* [D. 47.12.3 pr. (Ulp. 25 ad ed.)] richiamato da A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 72 nt. 13, proprio a questo fine.

²⁷ M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 288 s. La differenza tra il *dare actio-*

Da altro punto di vista, si è affermata da Raimondo Santoro, la non coincidenza tra la cd. *datio actionis* e la cd. *datio iudicii*.²⁸ Secondo quest'ultimo studioso, alla del luce del dettato delle fonti,²⁹ l'*actio* esisteva fin dalla *editio actionis* stragiudiziale, tanto che in seguito ad essa sarebbe potuta intervenire una *confessio* (anch'essa stragiudiziale)³⁰ che avrebbe reso superflua la *in ius vocatio*, alla quale di solito la *editio actionis* si accompagnava. Secondo lo studioso palermitano occorre collocare, allora, fin dagli esordi della fase *in iure* e, precisamente, subito dopo la cd. *postulatio actionis*, un provvedimento (aggiungiamo noi, tacito) magistratuale di *dare actionem* che avrebbe consentito la prosecuzione della fase *in iure* fino alla *litis contestatio*.³¹

Nella prospettiva adottata da Santoro tale provvedimento avrebbe avuto ad oggetto l'*actio*, mentre la cd. *datio iudicii* sarebbe intervenuta solo alla fine della fase *in iure* e avrebbe avuto ad oggetto il programma di giudizio, sempre che il convenuto avesse deciso di *defendere* e, perciò, di *litem contestari*.

Vere queste premesse, tuttavia occorre ammettere che, non verificatisi fatti interruttivi della fase *in iure* (ossia la *confessio certae pecuniae*, il *ius iurandum in iure delatum* e l'*indensusio*) e avendo la lite seguito il suo *iter* normale, giunti alla fine della fase *in iure*, dato il *iudicium*, inevitabilmente veniva anche data l'*actio*: *dare actionem* e *dare iudicium* finivano per coincidere e non deve stupire allora il linguaggio ibrido delle fonti nel quale le due espressioni sono impiegate entrambe per indicare la concessione della *formula* che, a sua volta, prelude all'apertura della fase *apud iudicem*.

nem e il *dare iudicium* è rilevata, da altra angolazione, anche da I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 100: «Potrebbe anche distinguersi, nella nuova procedura, tra un *dare actionem* da intendere come concessione dello schema processuale chiesto dall'attore e un *dare exceptionem*, come concessione dell'eventuale difesa opposta dal convenuto ... ed è comunque chiaro che il *dare iudicium* indica la complessiva istruzione impartita al *iudex* nel suo insieme, comprendente sia la '*pars pro actore*' sia la '*pars pro reo*'».

²⁸ R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*. III. *Actio. Iudicium*, cit., s.p.

²⁹ D. 2.13.1 pr. (Ulp. 4 *ad ed.*): *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet; nam aequissimum videtur eum qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debet et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur*. Sul passo vd.: G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, II.1, Il processo formulare*, Milano 1963, 354 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 302; A. FERNANDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, 35 ss.; I. BUTI, *Il «praetor»*, cit., 203 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 220 nt. 1; R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*. III. *Actio. Iudicium*, cit., s.p. Il passo fa riferimento non all'*actor* ma a *qui acturus est*, tuttavia ciò non impedisce di considerare già intentata l'*actio*, tanto che il convenuto viene denominato con il termine tecnico-processuale '*reus*'. Sul punto, e nel senso che il processo potesse considerarsi già intentato al momento della *editio actionis* e della contestuale *in ius vocatio*, si vd. M. ZABŁOCKA, *La costituzione del «cognitor» nel processo romano classico*, in *Index* 12, 1983-1984, 145 [= 6]; I. BUTI, *Il «praetor»*, cit., 203 nt. 52.

³⁰ D. 5.1.21 (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 30.71.2 (Ulp. 51 *ad ed.*), testi sui quali vd., per tutti, R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio* II. *Il iudicium facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *IAH* I, 2009, 91 ss. [*Scritti minori*, II, cit., 700 ss.].

³¹ È bene precisare che, di solito, in dottrina (per tutti, M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 288) non si individua il momento esatto nel quale interveniva la cd. *datio actionis*, sia per il silenzio delle fonti su questo punto sia, forse anche, per la diffusa convinzione in base alla quale solo alla conclusione della fase *in iure*, con la *litis contestatio*, interveniva una pronuncia di *dare* da parte del magistrato, avente ad oggetto la formula (*iudicium*).

Il profilo della tendenziale coincidenza della cd. *datio actionis* e della cd. *datio iudicii* è particolarmente sottolineato nel manuale di Kaser-Hackl,³² nel quale si precisa che preferibilmente le fonti descrivono la concessione della formula ricorrendo, oltre all'espressione 'dare iudicium', anche alla locuzione 'dare actionem'.

Alla luce di questa circostanza abbiamo deciso di accantonare l'esame delle fonti relative alla cd. *datio actionis* e alla cd. *datio iudicii*, e di restringere il campo di indagine alle sole attività di *denegare actionem* e *denegare iudicium*.

4. È già stato sottolineato da Nicla Bellocchi³³ che *denegare actionem* e *denegare iudicium* rinviano a concetti non coincidenti: si può infatti *denegare* il *iudicium* senza per questo *denegare* il modello di *actio* edittale corrispondente, essendo *iudicium* termine dotato di un significato più esteso di *actio*, potendo esso comprendere parti della formula come l'*exceptio*, la *replicatio* e così via.

Noi siamo convinti che le nostre espressioni siano utilizzate non casualmente nelle fonti poiché esse, benché equivalenti sul piano lessicale³⁴ in quanto esprimono il rifiuto di concedere l'azione, tuttavia, possono anche alludere ad attività di diverso contenuto.

Prendiamo le mosse da uno spunto che abbiamo rinvenuto per la prima volta nel pensiero di Ernst Immanuel Bekker,³⁵ il quale notava proprio con riguardo alla coppia *denegare actionem-denegare iudicium*, che il *denegare actionem* si può realizzare tanto con il *denegare* la formula, quanto con il concedere un programma di giudizio munito di *exceptio*.

Peraltro, occorre precisare, dal nostro punto di vista, in parziale correzione rispetto al pensiero di Bekker,³⁶ che il *denegare* non contiene il *dare*: si tratta di attività distinte.³⁷ Infatti, la concessione di una *exceptio* presuppone la cd. *datio actionis* (o *iudicii*), poiché l'*exceptio* tecnicamente si oppone non all'azione, ma a ciò che è dedotto nella *intentio* e nella *condemnatio*³⁸ e non può, perciò, considerarsi una semplice modalità del *denegare actionem*, quanto

³² M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 288 s. La coincidenza delle espressioni *dare actionem* e *dare iudicium* è sostenuta anche da N. BELLOCCHI, «*Dictare actionem*» e «*iudicium dictare*», cit., 333. Per una indicazione dettagliata delle fonti giuridiche in cui compaiono di due costrutti basti rinviare alla lunga elencazione del VIR, *s.v. do e actio*.

³³ N. BELLOCCHI, «*Dictare actionem*» e «*iudicium dictare*», cit., 334.

³⁴ Come già notato da von Helmolt, *supra*, nt. 9.

³⁵ E. I. BEKKER, *Überschaudes geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Actionen; Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen*, in ZSS 15, 1894, 184 s.; Id., *Streitfragen aus dem Aktionenprozeßrecht*, in ZSS 24, 1903, 346. Sebbene nel contesto di una più ampia critica del pensiero di Bekker, su questo punto è concorde anche R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 82-85.

³⁶ E. I. BEKKER, *Streitfragen*, cit., 346: «non dari actionem» in doppelter Weise, durch Verweigerung von Richter und Formel oder durch Einsetzung des Richters und Gewährung der Formel mit eingerückter Exzeption sich hätte verwirklichen lassen».

³⁷ Sul punto, ci appaiono conducenti i rilievi di R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 88: «Die Eigenschaft, die Bekker der Exception zum Zwecke des denegari a. beilegt, ist quellenmässig mit keinem Worte überliefert und ist daher unannehmbar».

³⁸ D. 44.1.2 pr. (Ulp. 74 ad ed.): *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemue deductum est*. Sul passo si vd. R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, 102 e 103 nt. 124,

piuttosto dal nostro punto di vista, un rimedio alternativo al *denegare actionem*.³⁹

Tornando a Bekker, egli non individuava in cosa consistesse il *denegare iudicium*. Noi siamo convinti che tale espressione, laddove compare nelle fonti giuridiche, indichi unicamente il rifiuto ‘radicale’ di concedere l’azione, senza che residui la possibilità di un distinto atto di *dare* un programma di giudizio munito di *exceptio*, come accade quando nelle fonti troviamo impiegata la locuzione *denegare actionem*.

Insomma, crediamo che le espressioni *denegare (non dare) actionem* ovvero *denegare iudicium* siano impiegate nelle fonti giuridiche in modo tecnico: viene impiegata la locuzione *denegare iudicium* in contesti incompatibili con la concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio*; compare la locuzione *denegare actionem* allorché il magistrato veniva posto di fronte ad una alternativa: rifiutare la concessione dell’azione ovvero concedere un programma di giudizio munito di *exceptio*.

In effetti, occorre riconoscere che una promessa editale espressa in termini di *actionem non dare (denegare)* avrebbe potuto condurre tanto al rifiuto di concedere la formula dell’azione, specie quando l’accertamento riguardava circostanze cosiddette liquide, tali cioè da potere essere agevolmente valutate direttamente dal pretore *in iure*, quanto alla concessione di una *formula* munita di *exceptio*. Tale ultima evenienza doveva riguardare le circostanze non liquide, tali da imporre accertamenti più approfonditi: il magistrato giudicante poteva demandarli al giudice attraverso la concessione di una *formula* dotata di *exceptio*, nella quale era dedotta come condizione negativa della condanna proprio l’accertamento di certi fatti che, ove esistenti, avrebbero condotto all’assoluzione del convenuto.⁴⁰

con letteratura. D’altra parte, anche nella prospettiva adottata da Gaio l’*exceptio* presuppone l’avvenuta *datio* dell’azione: Gai 4.116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur*.

³⁹ R. QUADRATO, *Sulle tracce dell’annullabilità*, cit., 101 e G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile e giustiniano*, II, Torino 1989, 408, riportano ad una tendenza degli ambienti postclassici l’assimilazione della mancata spettanza dell’*actio* alla sua neutralizzazione attraverso l’*exceptio*, come accade in D. 50.17.112 (Paul. 8 *ad ed.*): *Nibil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*, passo nel quale la mancata spettanza dell’*actio* (che ben avrebbe potuto sfociare nel rifiuto di concedere l’azione) e l’*exceptio* sono poste sullo stesso piano. A dimostrazione della non rispondenza dei concetti espressi in quest’ultimo passo con i principi del diritto classico, si vd. D. 34.4.22 (Pap. 6 *resp.*): *... hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submouebitur* rell. Da questo frammento di Papiniano risulta chiaramente come l’inserimento della *exceptio doli* nella formula delle *actiones hereditariae* ha come presupposto che esse non vengano denegate.

⁴⁰ Rinviamo sul punto a D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile* (Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto - Napoli, 18-20 ottobre 2001), Napoli 2003, 97 e nt. 141, per indicazione di letteratura, il quale rileva l’intercambiabilità tra il *denegare l’actio* e il concedere l’*exceptio* nel pensiero dei giuristi classici. Anche A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 77, aveva con altrettanta chiarezza chiarito che nel processo formulare «l’*exceptio* si è affiancata alla *d.a.*, sicché i due rimedi spesso trovano applicazione alternativa nella stessa fattispecie, presentando un evidente parallelismo di finalità». Naturalmente l’alternativa si doveva porre in termini di pratica opportunità, nel senso che se l’accertamento della circostanza incerta era agevole e poteva essere compiuto *in iure*, era lo stesso pretore a compierlo giungendo, in caso di valutazione negativa, al *denegare actionem*; diversamente, nel caso di un accertamento più complesso, occorreva affidare questo compito al giudice privato mediante l’inserimento dell’*exceptio* nella *formula*.

Precedentemente, nel pensiero di due eminenti processualisti del calibro di Wlassak e Pugliese la ri-

4.1. Con riferimento al *denegare actionem* non occorre alcuna indagine specifica sulle fonti, poiché sono stati già posti in evidenza i luoghi nei quali la locuzione *denegare actionem* è impiegata per indicare il rifiuto di dare l'azione, ma senza escludere la possibilità per il magistrato di concedere una *formula* munita di *exceptio*.⁴¹

L'esempio che ci è parso più significativo in questo senso è quello dell'*exceptio senatusconsulti Macedoniani*. Essa rappresentava il rimedio più diffuso con il quale il pretore dava attuazione al senatoconsulto che vietava di contrarre mutui in denaro con i *fili familias in potestate patris*. Eppure il testo del senatoconsulto, che conosciamo attraverso il commentario editale di Ulpiano, non menzionava affatto l'*exceptio* e discorreva solo di *denegare actionem*:⁴² D. 14.6.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: ... NE CUI QUI FILIO FAMILIAS MUTUAM PECUNIAM DEDISSET ... ACTIO PETITIO DARETUR* rell.

Era stata la diuturna opera di applicazione del senatoconsulto Macedoniano nella prassi che aveva spinto i pretori a tradurre la previsione normativa '*ne actio daretur*' in modo alter-

costruzione di questo aspetto del *denegare actionem* emerge con chiarezza. M. WŁASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess* in ZSS 33, 1912, 147 ss., paginazione che abbiamo seguito [= *Ea res agatur*, in *Mélanges P. F. Girard. Etudes de droit romain dédiées à M^r P. F. Girard, Professeur de droit romain à l'Université de Paris à l'occasion du 60^e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*, II, Paris 1912, 615 ss.] osserva che se anche l'editto pretorio avesse contenuto una promessa di *denegare actionem* senza menzionare l'*exceptio*, ciò avrebbe comunque lasciato libero il pretore di difendere il convenuto mediante la concessione di una *formula* munita di *exceptio*, anche per essere sollevato da gravose incombenze istruttorie. Al più, conclude Wlassak, la mancata menzione dell'*exceptio* avrebbe potuto denotare lo stato della prassi, la quale in certe circostanze poteva conoscere solo esoneri dal processo. Similmente G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, rist. Napoli 2006, 134 ss., segnala che non sempre il criterio della liquidità per l'accertamento di un fatto era decisivo nella scelta tra *denegare* l'azione e inserire l'*exceptio* nella *formula*.

⁴¹ A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 76 ss.; Id., *Eccezione di dolo generale e «denegatio actionis»*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cur. L. GAROFALO, Padova 2006, 399 ss., il quale analizza testi nei quali il pretore, pur potendo pervenire facilmente ad un accertamento *in iure* di certe circostanze che legittimerebbero il *denegare actionem*, invece concede il rimedio dell'*exceptio doli*.

Riportiamo le fonti che ci sono parse più significative nel senso di considerare la concessione di una *formula* munita di *exceptio* un rimedio alternativo al *denegare actionem*: D. 4.4.12 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoueri debet*; D. 4.8.21.9 (Ulp. 23 *ad ed.*): *actionem denegari aut exceptione tutum fore*; D. 12.2.9.5 (Ulp. 22 *ad ed.*): *mox bonis eius uenditis experiri uolet, aut denegari debet actio aut exceptio opponitur* rell. Si vd. ancora: D. 16.1.2.1 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 16.1.19.5 (Afr. 4 *quaest.*) passi che dimostrano come alla previsione del senatoconsulto Velleiano (*neve in eas actio detur*) fosse data attuazione mediante la concessione dell'*exceptio* (cd. *senatus consulti Velleiani*). Indicazione di altre fonti in F. L. KELLER, *Der römische Zivilprozess*⁶, Leipzig 1883, 175 nt. 390. G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, 146 ss. e nt. 351. H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis sous la Procédure Formulaire*, Lille 1924, 8 ss.

⁴² Per tutti, S. LONGO, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino 2012, 15 ss. La studiosa sottolinea che l'*exceptio senatusconsulti Macedoniani* era un rimedio che «per quanto di per sé non previsto in maniera espressa nei *verba senatusconsulti*, orientati per converso a menzionare unicamente la *denegatio actionis*, fu così largamente utilizzato nella pratica – come provano i tanti riferimenti ad esso presenti nei testi giurisprudenziali di commento alla disposizione senatoria – da diventare, di fatto, il principale strumento di attuazione del senatoconsulto, ed essere in tal modo indicato nel linguaggio giurisprudenziale classico con la comune denominazione di *exceptio senatusconsulti Macedoniani*». Cfr., inoltre, 18 nt. 30, per una limpida sintesi dei rapporti tra *denegare actionem* ed *exceptio* ed ulteriori indicazioni di letteratura su questo specifico argomento e, ancora, 155 ss.

nativo e tale da permettere la concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio*.

Infine, non potrebbe essere più esplicito il titolo editale 'QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR'⁴³ che comprendeva solo eccezioni: l'*exceptio iuris iurandi*, l'*exceptio negotii in alea gesti* e l'*exceptio onerandae libertatis causa*, parallele ad altrettante ipotesi di *denegare* previste nelle prime sezioni dell'editto.⁴⁴

Ai nostri fini conta notare come a fronte della programmatica previsione di *denegare* l'*actio*, nella prassi i magistrati giudicanti dovevano per lo più concedere formule munite di eccezioni: esse si trovano tipizzate proprio all'interno di questo editto.

Si dimostra ancora una volta che il *denegare actionem* implicava per il magistrato giudicante la possibilità di concedere una *formula* munita di *exceptio*.

Exceptio e *denegare actionem* risultano accostate nelle fonti anche in virtù dell'intervento dei compilatori. Come notato da Biondo Biondi⁴⁵ «talvolta l'interpolazione deriva dalle mutate condizioni generali del processo: infatti, scomparsa la facoltà del magistrato di accordare o *denegare* l'azione in forza del suo 'imperium', i compilatori accordano la 'exceptio' laddove il giurista ammetteva che il Pretore dovesse 'denegare actionem'».

Si deve essere trattato di un'evoluzione sollecitata, comunque, anche dalle richieste dei convenuti, i quali avevano tutto l'interesse, specie nei casi di azioni ritenute incardinate *non recte*, ad *accipere* un *iudicium* munito di *exceptio* per giovare degli effetti preclusivi della *litis contestatio* in caso di assoluzione. Al contrario, il *denegare actionem*, privo com'era di effetti preclusivi,⁴⁶ avrebbe consentito solo di eludere il giudizio legato all'azione momentaneamente *denegata*,⁴⁷ ma non avrebbe impedito, come noto, all'attore di riproporre la *postulatio actionis* innanzi allo stesso magistrato o ad un suo successore.

La preferenza del *denegare* a scapito dell'*exceptio* doveva porre, piuttosto, il problema di tutelare il convenuto che non si sarebbe potuto giovare degli effetti preclusivi della *litis contestatio*. Costui era infatti esposto alle chiamate in giudizio relative ad un'azione che poteva essere

⁴³ O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 512. L'intitolazione proposta da Lenel segue quella di D. 44.5, titolo oggetto della monografia di J. H. VAN STRYEN, *Diatriba juridica inauguralis ad T. D. quarum rerum actio non datur*, Trajecti Batavorum 1746. Ci pare significativo segnalare che già nel pensiero di questo studioso si rinviene l'impostazione in seguito abbracciata da Bekker e secondo la quale l'*exceptio* sarebbe una manifestazione del *denegare actionem*, si vd. J. H. VAN STRYEN, *Diatriba juridica inauguralis*, cit., 12: «quamvis enim proprie actio non dari dicatur, qua ipso iure nulla est, tamen hic actio non dari dicitur ea quae exceptione peremptoria eliditur». Eloquente è anche l'intitolazione del capitolo quinto (15): «Exceptiones ... quae efficiunt, ut actio non datur» e ancora (18): «Altera exceptio, propter quam actio non datur ...». In senso critico nei confronti di questa impostazione cfr. *supra*, § 4 ntt. 36-39.

⁴⁴ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 512.

⁴⁵ B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei'. I. *La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, in AUPA 7, 1918, 10.

⁴⁶ Invero, è stato anche sostenuto che il *denegare actionem* fosse dotato di effetti preclusivi o esclusori da J. C. NABER, *De actionis denegatione. Observatiunculae de iure romano, LXXXIV. Mnemosyne. Bibliotheca Philologica Batava*, 28, 1900, 62 ss. e W. J. ZWALVE, *Proeve ener theorie der denegatio actionis een onderzoek naar de positie van de magistraat in het Romeinse burgerlijk procesrecht*, Kluwer-Deventer 1981, 3 ss. Tuttavia, si tratta di idee che non hanno trovato alcun seguito in dottrina. In senso critico si vd. specificamente: H. ANKUM, *Denegatio actionis*, in ZSS 102, 1985, 454 s.

⁴⁷ A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 172 s.

– per ipotesi – denegata anche infinite volte. Le fonti non ci dicono quali rimedi potessero giovare al convenuto per scongiurare conseguenze del genere; potrebbe pensarsi all'imposizione di una *cautio amplius non peti* con cui l'attore si sarebbe impegnato a non riproporre un'azione già denegata, specie se più di una volta.⁴⁸

5. Sul versante del *denegare (non dare) iudicium*, manca, invece, nel panorama degli studi giusromanistici un'indagine apposita sulle fonti nelle quali compare questa espressione.

Essa si rinviene in undici testi,⁴⁹ tutti accomunati dalla circostanza per la quale la locuzione *denegare iudicium* è impiegata in contesti incompatibili con l'alternativa consistente nella concessione di una *formula* dotata di *exceptio*, come invece accade nei casi in cui troviamo impiegata l'espressione *denegare actionem*: il *denegare iudicium* segnala solo il rifiuto 'radicale' del programma di giudizio.

5.1. Cominciamo dall'editto '*de aleatoribus*'.⁵⁰ Esso potrebbe apparire di difficile conciliazione con l'ipotesi che proponiamo ma, come cercheremo di dimostrare, anche in questo caso, l'unico nel quale il *denegare iudicium* si traduce nei *verba* edituali '*iudicium non dabo*', l'attività di *denegare* il *iudicium* si dovette concretare nel solo rifiuto del programma di giudizio e non nella concessione di una *formula* dotata di *exceptio*:

D. 11.5.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait: SI QUIS EUM, APUD QUEM ALEA LUSUM ESSE DICETUR, UERBERAVERIT, DAMNUM EI DEDERIT, SIUE QUID EO TEMPORE DOLO*⁵¹ *EIUS SUBTRACTUM EST IUDICIUM NON DABO* rell.

⁴⁸ Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 329. La difficoltà di concepire la *cautio amplius non peti* in questa applicazione potrebbe discendere dal fatto di doverne postulare l'autonomia rispetto alla *cautio de rato* (Gai 4.84), imposta al *procurator ad litem* in veste di attore, autonomia negata ad esempio da A. F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, rist. Pamplona 1997, 254. Più cautamente, O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 541, ricostruisce la *cautio amplius non peti* quale clausola (definita *de amplius non petendo*) interna alla *cautio de rato*, pur senza escludere, sulla base di D. 46.8.14 (Paul. 3 *ad Plaut.*), la possibilità di una sua autonoma esistenza. In effetti, fuori dalla materia della cd. rappresentanza processuale, le applicazioni della *cautio amplius non peti* non mancano, si vd. le fonti, specie quelle letterarie di età repubblicana, citate da L. DEBRAY, *La cautio amplius non peti*, in NRHDFE 36, 1912, 5 nt.1, fonti che consentono di ritenere la strada proposta da Talamanca percorribile, specie se si accetta l'idea di Debray (38 s.) secondo la quale la *cautio amplius non peti* sarebbe stata più antica della *cautio de rato* (come dimostrerebbero le citazioni in Catone e Cicerone) e sarebbe stata inglobata all'interno di quest'ultima per opera della giurisprudenza, atteso che la sua applicazione nella prassi doveva essere limitata dall'operare del principio di preclusione processuale, fin dalle *legis actiones*.

⁴⁹ Noi raggrupperemo i frammenti all'interno di nove paragrafi (§§ 5.1-5.9) poiché abbiamo accorpato i casi (*infra*, § 5.2 e nt. 71) nei quali compare l'espressione *denegare (non dare) iudicium in heredem* per l'identità della fattispecie.

⁵⁰ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 176.

⁵¹ La parola '*dolo*' compare nella *Florentina*, ma non pochi studiosi preferiscono emendare il testo con la parola '*domo*' in virtù del fatto che, nel seguito del passo, Ulpiano commenta la parola '*domum*', che evidentemente doveva comparire tra i *verba edicti*: D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum est*. Rinviamo per l'indicazione di letteratura all'*Index interpolationum*.

L'editto 'de aleatoribus', forse risalente al I secolo a.C.,⁵² mirava a reprimere l'attività del *susceptor*,⁵³ cioè del tenentario di bische nelle quali era praticato il gioco d'azzardo, turpe o con scommessa,⁵⁴ privando costui della tutela nascente dalla concessione delle azioni derivanti dai delitti di *iniuria*, *damnum iniuria datum* e *furtum*⁵⁵ commessi a suoi danni e presso di lui in occasione del gioco.

L'editto era stato concepito per contrastare l'attività del gioco illecito in via indiretta, non vietando il gioco turpe o con scommessa in sé, ma intervenendo sui *susceptores* che lo organizzavano favorendone lo svolgimento. Costoro venivano privati di tutela giurisdizionale, di modo che si sarebbero dovuti accollare il rischio di fatti illeciti commessi a loro danno in occasione dello svolgimento del gioco.

Ed in effetti, tutti gli studiosi che si sono accostati allo studio dell'*edictum 'de aleatoribus'* hanno identificato la previsione edittoale 'IUDICIUM NON DABO' con il solo *denegare actionem*, senza pensare all'alternativa consistente nella concessione dell'azione nascente da uno dei delitti menzionati dall'editto, munita di *exceptio*.⁵⁶

⁵² Sulla base dello stile, M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift F. Schulz*, 2, Weimar 1951, 33 s. [= *Ausgewählte Schriften*, 1, Camerino 1976, 221 s.] in parte sulla scia di J. H. DERNBURG, *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts*, in *Festgaben für A. W. Heffner zum III. August 1873*, Berlin 1873, 103 ss. e 129, ritiene che l'editto risalga all'ultimo secolo dell'età repubblicana, epoca nella quale si datano anche alcune leggi *de alea*. Per l'età repubblicana si esprimono anche: M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel im römischen Recht*, in *ZSS* 102, 1985, 196 s.; A. POLLERA, *In tema di repressione del gioco d'azzardo: dati e problemi*, in *Studi De Sarlo*, Milano 1989, 519.

⁵³ Per la ricostruzione degli esatti contorni della figura del *susceptor* rinviamo a M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 212 ss. e S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam ut ego ludam. Scommessa e giuoco nella prospettiva della dottrina e delle fonti*, in *SDHI* 75, 2009, 343 ss.

⁵⁴ In particolare, rinviamo al recente contributo di S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam ut ego ludam*, cit., 331 ss., volto a porre in evidenza il fatto che a Roma non era vietato il gioco d'azzardo come tale, ma solo la scommessa collegata al gioco al fine di evitare la dissoluzione dei patrimoni, tanto che anche le *leges aleariae* di età repubblicana avrebbero avuto un campo di applicazione limitato al solo gioco con scommessa. In precedenza G. IMPALLOMENTI, *In tema di gioco*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* 5, Napoli 1984, 2331 ss., aveva sostenuto, diversamente, che non ogni gioco era colpito dai divieti pretori o legislativi, ma solo quello turpe, con la conseguenza di potere considerare valido e azionabile un negozio con effetti obbligatori avente come unica causa l'*alea*, caratterizzato da una scommessa lecita, *virtutis causa* o *vescendi causa*, e non turpe. Sulla disciplina dei contratti di gioco e scommessa in diritto romano si vd.: G. IMPALLOMENTI, *Il regime del gioco nel Corpus Iuris in relazione ad alcune codificazioni europee*, in *Europa im Aufbruch. Festschrift F. Schwind zum 80. Geburtstag*, cur. F. MATSCHER und I. SEIDL-HOHENVELDERN, Wien 1993, 165 ss. [= *Scritti di diritto romano*, cit., 643 ss.].

⁵⁵ A queste azioni si aggiunse anche l'*actio vi bonorum raptorum* per opera dell'attività di interpretazione della giurisprudenza: D. 11.5.1.1 (Ulp. 23 ad ed.): *si rapinas fecerint inter se collusores, vi bonorum raptorum non denegabitur actio: susceptorem enim dumtaxat prohibuit uindicari, non et collusores, quamvis et hi indigni uideantur*.

⁵⁶ I seguenti studiosi identificano la misura adottata dall'editto *de aleatoribus* nella sola decisione di *denegare actionem* opposta al *susceptor*, senza menzionare l'*exceptio*: P. PANTOJA DE AJALA, *Commentaria in tit. V D. lib. XI de aleatoribus*, in *Thesaurus juris Romani continens rariora meliorum intrepertum opuscula*, in *quibus Jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur, cum Praefatione Everardi Otonis*, IV, Basileae 1744, 916 ss. e, specialmente 919, il quale, con riferimento ai tenetari delle bische, precisa: «non solum actione destituuntur ... sed etiam iudicis officio privantur, ita ut iudex pro arbitrio non possit haec crimina inquirere, & causa cognita in aggressores animadvertere»; H. HUBER, *Praelectionum iuris civilis tomii tres*

Anche perché l'unica *exceptio* attestata nelle fonti in materia di gioco non riguarda il caso del *susceptor*; si tratta dell'*exceptio negotii in alea gesti*, contemplata sotto la rubrica editale '*Quarum rerum actio non datur*'. Quest'ultima è una eccezione nominata relativa non alle obbligazioni nascenti dai delitti commessi in occasione del gioco, ma ai negozi conclusi in occasione o al fine del gioco, volta a tutelare chi aveva perduto al gioco e fosse stato convenuto in giudizio per ottenere l'adempimento del debito.⁵⁷

Solo nel pensiero di Giambattista Impallomeni⁵⁸ e Atilio Pollera⁵⁹ abbiamo rinvenuto l'idea che il pretore potesse concedere una formula dotata di una ipotetica *exceptio* '*nisi apud eum alea lusum esset*', alternativa al *denegare actionem*, nei casi in cui era dubbio se gli illeciti si fossero verificati presso il *susceptor* e in occasione del gioco.

Ora noi non vogliamo certo negare che il pretore avesse il potere di concedere *exceptiones*

secundum Institutiones et Digesta Justiniani, II, Lovanii 1766, 360 ss.; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas in quo praeter Romani iuris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum et praecipue fori quaestiones excutuntur*, I, Neapoli 1827, 543 s.; G. HUMBERT, *s.v. alea*, in DS, I, Paris 1877, rist. Graz 1969, 180; TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 860 s.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 1347 s.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 11, tradotto ed annotato da A. Castellari-C. Ferrini-C. Manenti-A. Ascoli-C. Fadda, Milano 1903, 551; R. DÜLL, *Denegationsrecht und prätorische Jurisdiktion*, Eichstätt 1915, 29, per il quale «die *denegatio actionis* eine Strafe ist»; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, Palermo 1958, 553 s.; G. SCHERILLO, *Manuale di storia del diritto romano*, Milano-Varese 1950, 229 nt. 1; B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris 1968, 45; S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam ut ego ludam*, cit., 344: «il compimento di un giuoco, presumibilmente con scommessa ... non conduce alla condanna del soggetto presso cui si gioca o che ha raccolto le scommesse, ma si colpisce indirettamente un tale soggetto privandolo della tutela processuale per atti illeciti. Peraltro sembra probabile che un intervento di tale tipo, ottenuto per mezzo di una *denegatio*, non corrisponda ad un principio di *ius civile* ma tragga origine da una scelta del pretore che in tal modo sanziona indirettamente comportamenti riprovevoli».

⁵⁷ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 11, cit., 553 ss., ricorda che il contratto di gioco era nullo, a tal punto che quanto pagato dal perdente poteva essere ripetuto e quanto vinto dal vincitore non poteva essere richiesto al perdente.

⁵⁸ G. IMPALLOMENI, *In tema di gioco*, cit., 2345: «quando oltre alla *denegatio* l'Editto non prevedeva anche l'*exceptio*, il magistrato avrebbe avuto maggiore discrezionalità nell'accondiscendere o meno all'introduzione nella formula di un'eccezione innominata; ove l'avesse rifiutata, l'attore dimostrando i fatti asseriti avrebbe ottenuto la vittoria. Il pensiero corre agli illeciti subiti dal tenentario di bische: ove *in iure* il convenuto non fosse riuscito a convincere il magistrato giudicante, questi, lungi dal *denegare* in base all'editto di D. 11.5.1 pr., avrebbe invece accordato l'azione del caso: per giunta, se convinto che gli illeciti non fossero stati arrecati in occasione di gioco, avrebbe potuto rifiutare l'eccezione '*nisi apud eum alea lusum esset*', non enunciata nell'Editto, compromettendo così le ragioni del convenuto. Diversamente quando l'Editto espressamente prevedeva anche l'eccezione. Richiesto dal convenuto di insinuarla nella formula, il magistrato, rinviando le parti *apud iudicem*, non avrebbe potuto ometterla». In termini del tutto simili si esprime lo studioso in ID., *La "denegatio actionis" e l'"exceptio" in diritto romano*, cit., 149 ss. (= *Scritti di diritto romano*, cit., 639, paginazione che abbiamo seguito).

⁵⁹ A. POLLERA, *In tema di repressione del gioco d'azzardo*, cit., 535: «Nel caso previsto da D. 11.5.1 pr. (illeciti subiti dal *susceptor*) se le asserzioni del convenuto non avessero trovato accoglienza da parte del magistrato, questi non solo non avrebbe concesso la *denegatio* ed avrebbe dato corso all'azione relativa, ma se, a suo avviso, gli illeciti non fossero stati commessi durante o in occasione del gioco avrebbe potuto rifiutare l'eccezione non prevista dall'editto. Al contrario prevedendo l'editto anche l'*exceptio* il magistrato nell'atto di rinvio delle parti davanti al giudice non avrebbe potuto rifiutarla».

cosiddette *extraedittali* o *innominate*;⁶⁰ il dettato di Gai 4.118 è fin troppo chiaro in questo senso: *exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat*. E sono inoltre da condividere le considerazioni di Impallomeni e Pollera, i quali ricordano che quando ai pretori era chiesto l'inserimento in una *formula* di una *exceptio* cd. *innominata*, costoro erano molto più liberi di concederla o rifiutarla, rispetto ai casi di eccezioni cosiddette *nominate* e già previste nell'editto. In quest'ultimo caso, infatti, il magistrato giudicante avrebbe, se non altro, dovuto giustificare la mancata applicazione al caso di specie della previsione edittale, esponendosi di più che nel caso delle eccezioni *extraedittali* al *ius intercessionis* dei magistrati dotati di *par maiorve potestas* e dei tribuni della plebe, nonché alle previsioni dell'editto cosiddetto di *ritorsione*.⁶¹

Ciò che, piuttosto, non ci convince è che la concessione di una *exceptio* cosiddetta *innominata* abbia caratterizzato il modo in cui pretori diedero attuazione all'editto '*de aleatoribus*' e, in particolare, alla previsione '*iudicium non dabo*' in esso contenuta. Già il fatto in sé che le fonti non conservino alcuna traccia di una ipotetica eccezione '*nisi apud eum alea lusum esset*' ci pare significativo nel senso che la concessione di una *formula* munita di una simile *exceptio* non aveva pratica attuazione, tanto da non avere lasciato alcuna traccia di sé.

Tanto meno tale ipotetica *exceptio* (*nisi apud eum alea lusum esset*) è stata teorizzata dai giuristi, il cui dibattito attorno a questo punto dell'editto, piuttosto, muove dal presupposto

⁶⁰ Sulle quali vd.: G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in ZSS 75, 1958, 256 ss. (= *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania 1998, 76 ss.); G. WESENER, *Nichtediktales Einreden*, in ZSS 112, 1995, 109 ss.; Id., *Zur ediktalen und dekretalen Exzeptionen im Interdiktenrecht*, in *Fides humanitas ius. Studii Labruna*, 8, Napoli 2007, 5909-5926.

⁶¹ Questi ultimi profili abbiamo approfondito in S. SCIORTINO, «*Denegare actionem*», *decretum e intercessio*, cit., 659 ss. Cogliamo l'occasione per precisare che oltre ai rimedi indicati nel testo, potrebbe anche pensarsi all'*appellatio* della decisione pretoria di *denegare actionem* di fronte agli organi giurisdizionali delle *cognitiones extra ordinem* e in primo luogo al principe. Tuttavia, l'unica fonte che parrebbe deporre in questo senso è relativa al rifiuto della *restitutio in integrum* e non delle azioni: D. 4.4.38 pr. (Paul 1 *decr.*): *uicta tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocauerat ... imperator autem motus est rell.* Paolo si riferisce ad un appello (= *provocatio*) contro la decisione di *denegare* una *restitutio in integrum* rivolto all'imperatore. Tradizionalmente si è interpretato il passo ritenendo che il *praefectus urbi* fosse intervenuto quale organo di appello contro la decisione del pretore (in questo senso, fra i tanti e da ultimi, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della 'giurisdizione civile' del «praefectus urbi» nell'età severiana*, in Labeo, 39, 1993, 188; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000, 418; V. WANKERL, *Appello ad principem. Urteilstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München 2009, 95 e 101) ma di recente e con buon fondamento, ci pare, è stato sostenuto (da E. NICOSIA, *In diem addictio e lex commissoria*, Catania 2013, 172 ss. nt. 331, con ulteriore indicazione di letteratura) che la giurisdizione del *praefectus urbi* e del pretore possano considerarsi concorrenti ed equiparate, come potrebbero fare pensare gli averbi *tam e quam*.

Ai nostri fini, a prescindere dal fatto che la decisione pretoria di *denegare* la *in integrum restitutio* sia stata appellata al *praefectus urbi* o all'*imperator*, la testimonianza rileva poco ai fini di individuare nell'*appellatio* un rimedio contro l'atto di *denegare actionem*. Infatti, l'oggetto del *denegare* nel passo di Paolo è rappresentato da una *in integrum restitutio* e non da un'azione: ciò non permette di riferire il passo al *denegare actionem*, atteso che l'accostamento dell'appello all'istituto della *in integrum restitutio* in età del principato fu conseguenza dell'«inserimento della *restitutio* nel sistema della *cognitio extra ordinem*», così F. FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, in Labeo 13, 1967, 220. Anzi, secondo L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 124, il principio dell'appellabilità dei provvedimenti restitutori avrebbe trovato in un primo tempo riconoscimento soltanto nella *restitutio in integrum* *cognitoria*, per essere estesa in un secondo momento anche alla *restitutio in integrum* *pretoria*.

del solo rifiuto dell'azione.⁶² In particolare, ci appaiono assai significativi i seguenti passaggi del commento ulpiano all'editto 'de aleatoribus'.

Con riferimento all'*actio vi bonorum raptorum*, Ulpiano precisa che essa poteva essere concessa nel caso di rapine intervenute tra *collusores*, mentre al *susceptor* era proibito esercitare la rivendica:

D. 11.5.1.1 (Ulp. 23 ad ed.): *si rapinas fecerint inter se collusores, ui bonorum raptorum non denegabitur actio: susceptorem enim dumtaxat prohibuit uindicari, non et collusores, quomuis et hi indigni uideantur.*

Ora, Ulpiano non avrebbe a nostro avviso fatto ricorso al verbo *prohibeo* se il *susceptor* avesse avuto la possibilità di ottenere la concessione della rivendica e, in particolare, un programma di giudizio acconciato mediante l'introduzione di una *exceptio* al suo interno, volta a demandare alla fase *apud iudicem* l'accertamento se le rapine erano in effetti avvenute in danno del *susceptor* e in occasione dello svolgimento del gioco d'azzardo. Piuttosto una *prohibitio* ad intentare l'azione (*prohibuit vindicari*)⁶³ si può identificare, a nostro avviso, solo con il *denegare l'actio*.

Analoghe considerazioni valgono in relazione ai delitti di *iniuria* e di *damnum iniuria datum* in qualunque tempo e in qualunque luogo commessi⁶⁴ in danno del *susceptor*:

D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 ad ed.): *Item notandum, quod susceptorem uerberatum quidem et damnum passum ubicumque et quandocumque non uindicat rell.*

⁶² Semmai i giuristi dibattevano intorno alla esatta individuazione delle azioni denegate al *susceptor*; ad esempio se doveva denegarsi solo l'azione penale nascente dal *furtum*, come sosteneva Pomponio, ovvero se anche le azioni reipersecutorie configurabili in caso di *furtum* (l'*actio ad exhibendum*, la *rei vindicatio* e la *condictio ex causa furtiva*) come ritenuto da Ulpiano: D. 11.5.1.3 (Ulp. 23 ad ed.): *Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, uideamus, utrum ad poenalem actionem solam pertineat, an et si ad exhibendum uelit agere, vel uindicare, uel condicere. et est relatam apud Pomponium, solummodo poenalem actionem denegatam; quod non puto verum, praetor enim simpliciter ait 'si quid subtractum erit, iudicium non dabo'. Il passo è indagato da E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 165 ss., proprio nell'ottica della divergente estensione del concetto di *iudicium* propugnata da Pomponio e Ulpiano; ci pare significativo che anche questo studioso prenda in esame solo il profilo del *denegare actionem* e non della concessione di una formula munita di *exceptio*.*

⁶³ Ulpiano più precisamente discorre di *vindicatio*. Probabilmente, sul punto va seguito M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 212 ss., il quale crede che in questo caso Ulpiano abbia voluto fare riferimento specificamente alla *rei vindicatio per formulam petitoriam* volta alla restituzione della cosa o al risarcimento del danno. Ciò si potrebbe ricavare dal dibattito con Pomponio in tema di *furtum*, in occasione del quale il giurista di Tiro mostra di accedere ad una nozione ampia di *iudicium (furti)*, non comprendente solamente l'azione penale, ma anche le azioni reipersecutorie *in rem (vindicationes)* e *in personam (condictiones)*.

⁶⁴ Sul punto vd.: F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 11, cit., 552; A. POLLERA, *In tema di repressione del gioco d'azzardo*, cit., 530; S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam ut ego ludam*, cit., 344: «tale mancanza di tutela opera per le percosse e i danni subiti, se occasionati dal giuoco d'azzardo, in qualunque tempo e luogo verificatisi». Anche noi aderiamo a questa lettura del passo che potrebbe essere confermata dal confronto con la disciplina del *furtum* che restava impunito, prosegue il passo, solo se verificatosi al tempo in cui si era svolto il gioco e presso la *domus* del *susceptor*.

Qui il giurista di Tiro interpreta i *verba edicti* notando laconicamente che il *susceptor*, in relazione a queste azioni, *non vindicat*, ossia non intenta l'azione: anche questa è una terminologia incompatibile con la concessione di una *formula* dotata di *exceptio*.

Infine, la conferma più lampante alla nostra interpretazione proviene da:

D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): ... *uerum furtum factum domi et eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit qui quid eorum fecerit, impune fit*.

Il *furtum* commesso presso la *domus*⁶⁵ del *susceptor* e in occasione del gioco d'azzardo, anche se non commesso da un giocatore, deve considerarsi commesso impunemente.

Ora, Ulpiano non avrebbe potuto impiegare l'avverbio *impune*, che nel linguaggio dei giuristi significa tecnicamente insuscettibile (o senza pericoli) di sanzione⁶⁶ se l'autore del *furtum* fosse stato convenibile dal *susceptor* con un'azione munita di *exceptio*, volta a demandare al giudice la verifica che il furto era avvenuto presso l'abitazione del tenentario della bisca e in occasione del gioco.

Infatti, sarebbe bastato che il ladro convenuto, per una qualunque ragione, non si fosse presentato *apud iudicem* per avere una sentenza di condanna nei suoi confronti, con la conseguenza che il *furtum* sarebbe stato punito.⁶⁷

Ad identiche conclusioni occorre pervenire nel caso in cui il giudice avesse pronunciato una condanna ingiustamente. Dato che le parti in causa sarebbero state il ladro e il tenentario di una bisca, non possiamo escludere che l'intento dell'editto '*de aleatoribus*' fosse proprio quello di evitare che la lite giungesse *apud iudicem*, per evitare possibili interferenze che soggetti di basso profilo morale, come quelli in causa, avrebbero potuto esercitare nei confronti del giudice.⁶⁸

⁶⁵ D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum est*.

⁶⁶ Com'è facilmente arguibile dai lessici. L'impunità, meglio diremmo la 'impunità', dei delitti commessi nei confronti del *susceptor* è da tempo evidenziata in dottrina: G. A. STRUVIUS, *Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum cum additionibus P. Mülleri*, I, Francofurti et Lipsiae 1718, 940 s.; J. F. VON MALBLANC, *Principia iuris Romani secundum ordinem Digestorum*, II.1, Tubingae 1802, 279; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 11, cit., 554, il quale muove proprio dal nostro inciso '*impune fit*' per ritenere esclusa sia la tutela civile sia la tutela penale. Anche M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 212 ss., pone l'accento su questo aspetto e adopera parole come '*straflos*' o '*straffrei*' per segnalare l'assoluta certezza dell'impunità dell'illecito commesso in danno del *susceptor*, impunità che poteva essere assicurata solo dal rifiuto di concedere il *iudicium*. Quanto alle fonti, i riscontri che ci sono parsi più significativi nel senso dell'identificazione del concetto di impunità con l'insuscettibilità di sanzione, perché il fatto da cui la sanzione potrebbe derivare è in realtà lecito, ci sono sembrati un paio di luoghi delle Istituzioni di Gaio. Il primo è relativo al primo capo della *lex Aquilia*, Gai 3.211: *itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*; il secondo riguarda la categoria degli *interdicta recipiendae possessionis*, Gai 4.154: *.... eum, qui a me ui aut clam aut precario possidet, impune deicio*.

⁶⁷ Sul punto vd. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, cit., 111. Tuttavia si segnala il recente contributo di L. D'AMATI, '*Litem deserere*', in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, cur. L. GAROFALO, II, 177-239, con riflessioni volte a porre in dubbio l'applicabilità automatica del precepto decemvirale *post meridiem praesenti litem addicito* anche al processo formulare.

⁶⁸ Né, forse, è un caso che Ulpiano, proprio all'interno del libro ventitreesimo *ad edictum*, esaurita la materia dell'editto '*de aleatoribus*', si occupasse del *iudex qui litem suam fecerit*.

In conclusione, dal tenore del dibattito giurisprudenziale sviluppatosi attorno all'editto 'de aleatoribus' crediamo che la promessa 'IUDICIUM NON DABO' in esso contenuta trovasse pratica attuazione solo attraverso il rifiuto di concedere l'azione: proprio per questo motivo l'editto era stato formulato in termini di 'iudicium non dabo' e non mediante la più diffusa espressione 'ACTIONEM NON DABO' la quale, come detto, lasciava ai pretori la possibilità di concedere un programma di giudizio munito di *exceptio*.

Di una *exceptio* 'nisi apud eum alea lusum esset' extraeditale non vi è alcuna traccia nelle fonti le quali piuttosto considerano i fatti illeciti commessi in danno del *susceptor*, alle condizioni indicate dell'editto, non perseguibili, addirittura impunemente commessi, come nel caso del furto. Si tratta di una previsione di sottrazione a sanzione a nostro avviso inconciliabile con la concessione di un programma di giudizio caratterizzato dall'inserimento di una *exceptio* al suo interno; anche perché in quest'ultimo caso l'efficacia deterrente che l'editto 'de aleatoribus' avrebbe potuto giocare nei confronti del proliferare del gioco illecito sarebbe stata di gran lunga minore.

5.2. Proseguiamo con l'esame di un passo significativo ai nostri fini poiché vi ricorre l'espressione *iudicium in heredem non dare*, incompatibile con la concessione di una *formula* munita di *exceptio*:

D. 4.9.7.6 (Ulp. 18 ad ed.): *Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt; in heredem autem non dabuntur* rell.

Il frammento è relativo al commento dell'*actio*⁶⁹ *damni*, penale *in duplum, in factum, adversus nautas* per i danneggiamenti subiti dai passeggeri sulla nave e provocati dall'*exercitor* o dai suoi dipendenti, liberi o sottoposti a potestà.

⁶⁹ Il passo fa invero riferimento a *iudicia*, tuttavia, la circostanza che subito dopo si menzioni l'azione al singolare (*de peculio non dabitur actio ... hanc actionem in solidum eos pati debere*) ha fatto sospettare della sua genuinità. La questione è trattata ampiamente da F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in BIDR 73, 1970, 180 ss., Id., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 2002, 154 ss. e 219 ss., il quale ha prospettato due possibilità: o il passo fa riferimento a *iudicia* perché Ulpiano vuole comprendere nel suo discorso anche l'*actio furti poenalis in duplum adversus nautas*, caratterizzata dagli stessi principi dell'azione di danneggiamento, ovvero il plurale è stato inserito dai maestri bizantini o da un tardo annotatore del testo.

Ai nostri fini la questione non tocca la sostanza del problema, ossia che l'espressione *iudicium (iudicia) non dare (denegare)* faccia riferimento alla sola ipotesi del rifiuto di concedere l'azione e non della concessione di una *formula* dotata di *exceptio*.

Sulla dibattuta genuinità complessiva del frammento si vd.: F. MESSINA VITRANO, *Note intorno alle azioni 'in factum' di danno e furto contro il 'nauta, il 'caupo', lo 'stabularius'*, Palermo 1909, 19 ss.; B. BIONDI, *Actiones noxales*, in AUPA 10, 1925, 151 e nt. 1; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 47, 1927, 57; G. MICOLIER, *Pécule et Capacité Patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon 1932, 689 s.; S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo. I. Le azioni contro il «nauta»*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 2, 1936, 113-131 (I) e 278-280 (II) [= *Scritti giuridici*, III (1925-1937), Napoli 1960, 503 ss., paginazione che abbiamo seguito]; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 116 nt. 2; F. M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano*, Bari 1952, 170 nt. 2; M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, in *Studi Albertario*, I, Milano 1953, 566; G. PUGLIESE, *In tema «actio exercitoria»*, in *Labeo* 3, 1957, 337 e nt. 55.

Tale azione – parallela a quella prevista per il caso di *furtum* – era dotata di un limitato carattere di penalità tanto che, sebbene pretoria, non era esperibile entro l'anno, ma era *perpetua*. Restava valido, tuttavia, il principio dell'intrasmissibilità dal lato passivo. Ciò a differenza dell'*actio de recepto*, la quale era *perpetua* ed era data anche contro l'erede [cfr. D. 4.9.3.4 (Ulp. 14 *ad ed.*)].

Ne conseguiva che in caso di morte del *nauta*⁷⁰ l'azione non sarebbe stata esperibile *in heredem* e, pertanto, a colui il quale avesse convenuto in giudizio l'erede del *nauta* sarebbe stata denegata l'azione; né sarebbe concepibile la concessione contro l'erede di una *formula* munita di *exceptio*, poiché ciò contrasterebbe con il principio di intrasmissibilità dal lato passivo delle azioni penali.

Si tratta, allora, di un altro impiego dell'espressione *non dare (denegare) iudicium* in senso tecnico, ossia rivolto al solo rifiuto di concedere l'azione e non alla concessione di una formula dotata di *exceptio*.

Similmente, anche in altri due frammenti del Digesto si ricorre al concetto di *iudicium denegare*, per esprimere il concetto del *denegare* un'azione nei confronti dell'erede, come accade in D. 4.9.7.6 (Ulp. 18 *ad ed.*).⁷¹ Anche in questi altri due contesti il *iudicium in heredem non dare (denegare)* non può che alludere al solo rifiuto 'radicale' dell'azione e non alla concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio*, per le ragioni già svolte.

5.3. Un altro riscontro circa l'incompatibilità del *denegare iudicium* con la possibilità per il magistrato di concedere una *formula* munita di *exceptio* è rappresentato dall'espressione '*non debere hoc iudicium dari*' che compare in:

D. 10.3.7.5 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Iulianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum ui possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui ui deiecit interdictum reddi. et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc*

⁷⁰ Non rilevano ai fini della nostra indagine le ampie questioni poste dal passo e relative alla esperibilità di quest'azione di danno – che Ulpiano trattava nel diciottesimo libro *ad edictum* in calce alla trattazione dell'*actio legis Aquiliae* – in via nossale, ovvero ancora *de peculio* contro il *dominus* del *servus exercitor* che avesse provocato il danno. In argomento vd.: F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 180 ss.; Id., *Impresa e responsabilità*, cit., 154 ss.; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, Napoli 1976, 126 ss. e 128 nt. 135, sulla genuinità del frammento; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los Llamados Cuasidelitos*, Madrid 1990, 149 ss.; R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino 2002, 99 ss., 234 e nt. 25, 241 nt. 50; M. F. CURSI, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composto*, in *Studi Nicosia*, III, Milano 2007, 142 nt. 75; M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*. I, Milano 2008, 307 s.; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano 2008, 165 nt. 138; P. CERAMI, *Tabernae deversoriae. Settore economico e regime giuridico nel periodo imprenditoriale*, in *Studi Metro*, I, cur. C. RUSSO RUGGERI, Milano 2010, 451 ss.

⁷¹ Ci riferiamo a: (1) D. 2.3.1.4 (Ulp. 1 *ad ed.*): *Hoc iudicium non ad id, quod interest, sed quanti ea res est, concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur.* (2) D. 2.7.5.3-4 (Ulp. 5 *ad ed.*): [3] *Hoc iudicium in factum est: et si plures deliquerint in singulos dabitur et nihil minus manet, qui exemtus est obligatus.* [4] *Heredibus autem ita dabitur, si eorum intersit: neque autem in heredem neque post annum dabitur.*

*cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere qui prouocat, dicendum esse ait cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.*⁷²

Il frammento si occupa del *iudicium communi dividundo* utile, il cui campo di applicazione copriva situazioni possessorie caratterizzate da giusta causa per le quali, tuttavia, non operava la *vindicatio* ed era inapplicabile il *iudicium communi dividundo* diretto.⁷³

Secondo il parere di Giuliano riportato da Ulpiano, il *iudicium communi dividundo* utile doveva essere rifiutato, pure se richiesto *post annum*, nel caso in cui il compossessore contro il quale era stata intentata tale azione avesse detto che l'altro possedeva viziosamente. Infatti, nei casi di *possessio vi*, *precario* e *clam* erano gli interdetti⁷⁴ gli strumenti volti ad accertare in via incidentale la *iusta causa possidendi* in capo a chi aveva intentato l'azione, presupposto affinché *iudicium communi dividundo* utile fosse dato.

Ai nostri limitati fini, il passo rileva poiché attesta che la locuzione 'non ... hoc iudicium

⁷² Riportiamo il passo senza dar conto delle numerose proposte di emendazione avanzate in dottrina poiché esso, nella parte di nostro interesse relativa al *denegare iudicium*, non è stato sospettato. Di recente, G. D'ANGELO, *La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione*, Torino 2007, 160 nt. 20, ha ritenuto il passo, nella sostanza, «di sicura affidabilità»; rinviando al lavoro dello studioso (161 s. ntt. 21-22) per l'analisi critica delle principali proposte di censura.

⁷³ D. 10.3.7.3-4 (Ulp. 20 *ad ed.*): [3] *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.* [4] *Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant locum habebit, nec si clam, quia iniusta est possessio ista, precaria uero iusta quidem, sed quae non pergat ad iudicii uigorem.* Sui presupposti di applicazione del *iudicium communi dividundo* utile vd., per tutti G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale. I. Divisio e vindicatio*, in AUPA 42, Palermo 1992, 274 ss. [= 18 ss.]

⁷⁴ La cui esatta individuazione divide gli studiosi. Il passo parrebbe indicare gli interdetti *de vi*, *de precario* e *de clandestina possessione*, rispettivamente per i casi di *possessio vi*, *precario* e *clam*. Tuttavia, gli studiosi che di recente si sono imbattuti nel passo si sono trovati di fronte a due ordini di difficoltà: capire se il passo possa far prova dell'interdetto *de clandestina possessione* e, specie in caso di risposta negativa, capire a quale o quali interdetti intendesse riferirsi Giuliano, con particolare riferimento all'ultima ipotesi, quella della *possessio clandestina*.

Escludono l'esistenza dell'interdetto *de clandestina possessione*: A. UBELOHDE, *Continuazione a F. Glück, Commentario alle Pandette*, 43-44, trad. it. F. Serafini, Milano 1907, 52, 56, 107 ss.; G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animo possidendi*, in BIDR 30, 1920, 28 s. nt. 2 [= *Studii varii di diritto romano ed attuale*, III, cur. P. DE FRANCISCI, Pavia 1922, 123 s. nt. 2]; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, 55 nt. 19 e 301 ss.; A. BURDESE, *Possesso tramite intermediario e possessio animo retenta*, in *Studi Volterra*, II, Milano 1971, 407 nt. 76. Da segnalare l'opinione di L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli 1989, 67 ss., a parere della quale l'interdetto *de clandestina possessione* potrebbe essere il frutto di una escogitazione di Giuliano.

A quale o quali interdetti, poi, Giuliano facesse riferimento resta controverso. Secondo G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo 1996, 247 s., il passo non menzionerebbe affatto l'*interdictum de clandestina possessione* e farebbe riferimento al solo interdetto *uti possidetis*, poiché l'*exceptio vitiosae possessionis* avrebbe contemplato tutte e tre i casi del possesso vizioso. Diversamente, G. D'ANGELO, *La perdita della possessio animo retenta*, cit., 161 ss., esclusa l'esistenza dell'interdetto *de clandestina possessione*, crede che il nostro passo menzionasse gli interdetti *de vi* e *de precario*, il primo sarebbe servito anche nel caso di *possessio clandestina*.

dari – simmetricamente all'espressione '*cessabit hoc iudicium*'⁷⁵ – non poteva che alludere al solo rifiuto di concedere il programma di giudizio, senza che possa pensarsi alla alternativa consistente nella concessione di una formula del *iudicium communi dividundo* utile munita di *exceptio*, nella quale il compossessore contro cui l'azione era stata intentata avrebbe in ipotesi potuto dedurre l'asserita viziosità della *possessio* dell'avversario: ai fini di un accertamento del genere giovavano solo gli interdetti.

5.4. Un altro passo in materia di *actio communi dividundo* contiene un riferimento al *non dare iudicium*:

D. 10.3.29 pr. (Paul. 2 *quaest.*): *Si quis cum existimauerit fundum communem sibi cum Maeuio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset, recte dicitur, etiam communi dividundo iudicium ei sufficere: hoc enim est, si sciam rem communem esse, ignorem autem cuius socii: neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor, et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur ... diuersa causa est eius, qui putat se in rem propriam impendere, cum sit communis: huic enim nec communi diuidundo iudicium competit, nec utile dandum est. ille enim qui scit rem esse communem vel aliena negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget et in persona labitur.*⁷⁶

Nel caso in cui un comproprietario abbia sostenuto spese sulla cosa comune errando in ordine alla persona del socio, gli spetta l'*actio communi dividundo* per ottenere in sede di giudizio divisorio il rimborso delle spese effettuate, infatti: '*magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur*'.

La questione circa la spettanza dell'*actio communi dividundo*, invece, viene risolta in senso opposto da Paolo nel caso di chi abbia sostenuto le spese su una cosa ritenuta erroneamente propria. Qui il giurista nega «recisamente»⁷⁷ la concessione del *iudicium communi dividundo*, sia diretto sia utile, per ottenere la divisione della cosa comune e, in quella sede, anche il rimborso delle spese. Poiché, si motiva, solo colui il quale è a conoscenza che la cosa è comune compie una spesa con la volontà di obbligare l'altro nei propri confronti, anche se commette un errore circa la persona del comproprietario.

Viceversa, ne arguiamo, chi crede erroneamente la cosa propria non spende con la volontà di fare sorgere una obbligazione in capo ad un terzo.

Questo spiega perché Paolo suggerisca di *denegare* il *iudicium communi dividundo* in un caso simile, poiché non sorge nemmeno l'obbligazione al rimborso della spesa sostenuta.⁷⁸

⁷⁵ In effetti il verbo *cesso* accoppiato ad *actio* o *iudicium* indica nelle fonti sempre la mancanza del programma di giudizio, o perché non spetta o perché si preferisce non concederlo. In tutti e due i casi la situazione sarebbe sfociata nel rifiuto di concedere l'azione. Cfr.: D. 4.7.4.5 (Ulp. 13 *ad ed.*); D. 10.2.16.6 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.2.25.1 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10.3.1 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 19.5.1 (Pap. 8 *quaest.*); D. 47.12.3.11 (Ulp. 25 *ad ed.*).

⁷⁶ La classicità del tratto di nostro interesse '*huic enim-dandum est*' nel quale è compreso il riferimento al *denegare iudicium* è difesa specificamente da A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar 1912, 210 ss.

⁷⁷ Così G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, cit., 339 nt. 127 [= 83 nt. 127].

⁷⁸ Su questo specifico aspetto vd. R. SOTTY, *Recherches sur les utiles actiones*, Grenoble 1977, 585 ss.

Ciò che più conta ai nostri fini è che la fattispecie è assolutamente incompatibile con la concessione di una formula munita di *exceptio* poiché, in aggiunta a quanto detto, a richiedere il rimborso della spesa è il comproprietario che promuove l'azione divisoria e non quello contro il quale il giudizio viene intentato.⁷⁹

5.5. Al solo rifiuto di concedere l'azione, senza possibilità di ricorrere all'alternativa consistente nella concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio* può pensarsi nel caso della *facultas referendi* avente ad oggetto il *ius iurandum in iure delatum*, prevista a favore di chi fosse stato convenuto con una delle azioni, *condictio certae pecuniae* o *condictio certae*

⁷⁹ La questione dell'inserimento dell'*exceptio doli* nella formula dell'*actio communi dividundo* potrebbe invece porsi nel caso in cui a sostenere le spese sulla cosa comune, erroneamente ritenuta propria, sia stato colui contro il quale il giudizio divisorio viene intentato. Infatti, in un altro passo di Paolo si concede il rimborso delle spese mediante *retentio* da esercitare nel contesto del *iudicium communi dividundo*: D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*): *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam si communi diuidundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicii retinere possum considerandum est.*

Questo passo, invero, deve essere valutato con estrema cautela poiché, come è stato acutamente notato [da parte di G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, cit., 339 nt. 127 (= 83 nt. 127)], esso comporta, specie in rapporto a D. 10.3.29 (Paul 2 *quaest.*) «un vero rompicapo e dà l'impressione, in generale, di essere rimasto vittima di un inspiegabile e insensato rimescolamento delle sue parti costitutive, che ne ha stravolto forse irrecuperabilmente la trama originaria». Ad ogni modo, a volere ragionare sulla base del dettato testuale a nostra disposizione, in D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*) Paolo consentirebbe al comproprietario contro il quale è stato intentato il *iudicium communi dividundo*, e che aveva effettuato spese sulla cosa ritenuta erroneamente propria, di recuperarle esercitando il *ius retentionis*. In particolare, non sarebbe stata necessaria l'inserimento dell'*exceptio doli* nella formula del giudizio divisorio – come invece sarebbe occorso nel caso di rivendica della parte del fondo comune – poiché la natura di buona fede del medesimo giudizio l'avrebbe resa superflua. Come si capisce è solo ritenendo che la qualifica di buona fede del *iudicium communi dividundo* risalga a Giustiniano che si può rinvenire nella struttura originaria del frammento una estensione della *exceptio doli* anche alla formula del giudizio divisorio.

Tuttavia, la questione dell'inserimento di una *exceptio doli* volta al recupero delle spese effettuate sulla cosa comune è estremamente dubbia e deve fare i conti, in particolare, con la circostanza che la clausola '*quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet*', inserita prima della *condemnatio* nella formula del *iudicium communi dividundo*, avrebbe reso superflua l'*exceptio* al fine di esercitare il *ius retentionis* relativo alle spese. Infatti, sebbene sia certo che in diritto classico l'*actio communi dividundo* fosse di stretto diritto, poiché assente dagli elenchi di giudizi di buona fede approntati da Cicerone e Gaio, la cd. *quidquid-Klausel* sopra trascritta, avrebbe conferito al giudice poteri di giudizio ampi quasi quanto quelli dei *iudicia bonae fidei*, a tal punto da porre il dubbio se occorresse inserire nel programma di giudizio l'*exceptio doli* per il rimborso delle spese. Sul punto vd., per tutti: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 592 e nt. 10; A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich 1979, 211 ss. In altro senso l'interpretazione di B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', cit., III. *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, 220 ss., secondo il quale Paolo non poneva affatto la questione della inerenza della *exceptio doli* alla formula divisoria, ma al contrario se il convenuto avesse anche in questa azione la *retentio* che avrebbe avuto se l'avversario avesse esercitato la *rei vindicatio*. Anche secondo quest'ultimo studioso, infatti, le spese effettuate sulla cosa comune possono essere prese in considerazione dal giudice in virtù della stessa redazione della formula, senza alcun bisogno di *exceptio*. A favore dell'inserimento della *exceptio doli* nella formula del *iudicium communi dividundo* nel caso di D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*) si era già espresso S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto romano moderno (a proposito di D. 10,3,14 [Paul. 3 ad Plaut.])*, in AUPA, 3-4, 1917, 165 ss. [= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 1 ss., paginazione che abbiamo seguito].

rei, previste sotto il titolo edittale ‘*Si certum petetur*’:⁸⁰

D. 12.2.34.7 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat iusiurandum: et si is qui petet condicione iurisiurandi non utetur, iudicium ei praetor non dabit. aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere condicio iurisiurandi ei qui detulit.*

La locuzione ‘*iudicium ei praetor non dabit*’, della cui genuinità non è lecito dubitare,⁸¹ è impiegata da Ulpiano, forse ricacalcando i *verba edicti*,⁸² per indicare la sanzione apprestata nei confronti dell’attore al quale fosse stato riferito il giuramento relativo all’editto ‘*solvere aut iurare cogam*’⁸³ e che avesse rifiutato di giurare.⁸⁴

⁸⁰ Così M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 160. Invero, eccettuato l’unico caso sicuro di applicazione rappresentato dall’*actio certae creditae pecuniae*, l’esatta estensione dell’editto ‘*solvere aut iurare cogam*’ è tutt’altro che pacifica. È attestata l’applicazione del *ius iurandum in iure delatum* anche per l’*actio constitutae pecuniae* [D. 12.2.14 (Paul. 3 *ad ed.*)] e per il *iudicium operarum* [D. 12.2.34 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*)]; mentre è dibattuta la sua utilizzabilità nel caso di pretese aventi ad oggetto *certa res*. Per un inquadramento della questione vd.: M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 267 ss., il quale estende (268 nt. 19) il *ius iurandum* all’*actio rerum amotarum* ma non all’*actio iniuriarum*; M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 162 ss., con indicazione di letteratura, il quale è convinto che il nostro editto fosse applicabile in origine solamente alle azioni aventi ad oggetto *certa pecunia*.

⁸¹ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli 1954, 60 ss., difende la classicità dell’inciso ‘*iudicium ei praetor non dabit*’. In precedenza era stato B. BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 43 nt. 3 a sostenere che «Sul fr. 34, 7 nessun sospetto può elevarsi giacché ivi, a differenza del § 9, si trovano ancora i principi classici intorno all’ipotesi di rifiuto di giurare *ex relatione* ... A mio avviso la redazione del fr. 34, 7 e la sua connessione col § 6 prova solo che siamo in presenza di una interpretazione della giurisprudenza».

⁸² Tanto che O. GRADENWITZ, Rec. di G. DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse*, in ZSS 8, 1887, 277, è dell’avviso che il passo riporti le parole di un editto appositamente concepito a tutela del convenuto, propone di sostituire ‘*non dabitur*’ con ‘*non dabo*’.

⁸³ Su questo editto si vd., per tutti: M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, I. *Der römische Civilprozeß*, 2. *Formulae*, Bonn 1865, cit., 572 ss.; G. DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse. Beitrag zur Erörterung der Eidesfrage*, Leipzig 1887, 28 ss.; L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 55 ss.; ID., *s.v. Giuramento (diritto romano)*, in NNDI 7, Torino 1961, 937 ss.

⁸⁴ Invece, nel caso di giuramento decisorio del tipo ‘*se dare non oportere*’ prestato dal convenuto, l’unica fonte che espressamente informa del fatto che potesse intervenire la decisione di *denegare actionem* o la concessione di una formula munita dell’*exceptio iuris iurandi* nel caso in cui fosse controverso *an iusiurandum datum sit* ha una collocazione palinogenetica diversa da quella in cui sono contenute le riflessioni di Ulpiano sul giuramento decisorio: D. 12.2.9 pr. (Ulp. 22 *ad ed.*): *Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio, aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est*. Ciò non toglie, tuttavia, che Ulpiano potesse occuparsi anche in questa sede del giuramento decisorio e proprio nel senso del *denegare actionem* nel caso in cui il convenuto giurasse ‘*se dare non oportere*’ si è espresso L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 66. Tuttavia, nei confronti di questa ricostruzione si vd. le perplessità manifestate da O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 150, specie con riferimento all’*exceptio*, la cui configurazione è quanto meno curiosa, dal momento che il giuramento avveniva *in iure* davanti al pretore e doveva essere di immediata prova. In tema, cfr. in termini dubitativi anche B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 35 ss.

Nonostante la cautela che è opportuno osservare in una materia sulla quale le fonti non gettano piena luce, che il *denegare actionem* o la concessione di una formula munita di *exceptio* costituissero la conseguenza

È noto, infatti, che al convenuto cui fosse stato deferito il giuramento era data la *facultas referendi* che spostava in capo all'attore la decisione di giurare o meno. Se l'attore avesse scelto di non giurare, il pretore gli avrebbe denegato l'azione per la quale l'attore aveva scelto la via del giuramento e questa sanzione viene giudicata al massimo equa,⁸⁵ poiché l'attore che decide di deferire un giuramento deve essere disposto ad ammettere che lo stesso giuramento gli venga riferito, con il conseguente rischio di vedersi denegata l'azione nel caso di rifiuto di giurare su di una circostanza in ordine alla quale già il convenuto aveva deciso di non giurare e di riferire il giuramento.

Ora noi crediamo il *denegare iudicium* in questo contesto possa solo coincidere con il rifiuto di concedere l'azione; non si può pensare alla concessione di una formula munita di *exceptio*, la quale, del resto, né è attestata nelle fonti nel caso di *facultas referendi*, né è stata configurata dagli studiosi come possibile conseguenza del mancato giuramento dell'attore a seguito dell'esercizio della *facultas referendi* da parte del convenuto.⁸⁶

Infatti, la concessione di un programma di giudizio, benché munito di *exceptio*, avrebbe svilito la funzione sanzionatoria della previsione edittale a carico dell'attore il quale, pur non avendo prestato il giuramento riferitogli, avrebbe avuto lo stesso la possibilità di risultare vincitore in quella lite potendo presentarsi innanzi al giudice. Mentre è logico pensare che gli

di un giuramento del tipo '*se dare non oportere*' del convenuto, non ci sembra crei poi così tante difficoltà sul piano della tecnica processuale. Il *denegare actionem* ci pare lo sbocco naturale di una *postulatio* che non poteva più essere accolta dal magistrato a causa del giuramento e non poteva sfociare, dunque, nella cd. *datio iudicii* alla fine della fase *in iure*; del resto, la mancanza di effetti preclusivi del *denegare actionem* avrebbe consentito in futuro all'attore che si fosse procurato i mezzi di prova capaci di sostenere l'azione, e non indurlo a ricorrere al giuramento, a convenire di nuovo un soggetto che aveva solo giurato di non dovere. Anche la configurazione dell'*exceptio iurisiurandi* non ci pare crei difficoltà, a patto di considerarla nell'ottica del lungo periodo; l'attore infatti, proprio in virtù di un precedente rifiuto di concedere l'azione, avrebbe potuto convenire innanzi ad un altro magistrato, e anche a distanza di molto tempo, il convenuto che aveva già giurato '*se dare non oportere*'; né si dimentichi che le azioni *in personam* nelle quali il giuramento decisivo poteva intervenire non erano soggette a termini di prescrizione. In una situazione del genere poteva accadere che si fosse persa memoria del giuramento prestato davanti ad un precedente pretore, anche perché l'archiviazione degli atti processuali era privata e affidata alla cura di ogni singolo magistrato giudicante (E. DE RUGGIERO, s.v. '*Commentarii*', in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II.1, Roma 1900, 539 ss.; M. PUMA, *La conservazione dei documenti giuridici nell'antica Roma*, Palermo 1935, 31 ss.).

Infine, si tenga conto del fatto che, proprio sul piano palinogenetico, un altro passo proveniente dal ventiseiesimo libro *ad edictum* di Ulpiano – lo stesso da cui è tratto il frammento 34 relativo all'editto '*solvere aut iurare cogam*' – accenna all'*exceptio iurisiurandi* in favore del convenuto che abbia giurato '*se dare non oportere*': D. 12.2.23 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Si servus iuraverit, dominum dare non oportere, exceptio domino indulgenda est, sibi que aduersarius imputabit, qui servo delulit iusiurandum.*

⁸⁵ A prescindere ai nostri fini dal fatto che questo tratto sia genuino. Infatti, la notazione in questione, anche se dovesse essere una glossa postclassica con intento esplicativo scivolata nel testo, come pure con qualche fondamento potrebbe sostenersi, incarna comunque lo spirito del *denegare iudicium* edittale. Ritengono interpolato il tratto introdotto da '*aequissime*': G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen 1913, 77 e L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 60.

⁸⁶ In effetti pensano al solo *denegare actionem*: B. BIONDI, *Il giuramento decisivo*, 35 e L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 66 e 197, il quale mette in evidenza che, mentre gli effetti del giuramento prestato dal convenuto consistono nel *denegare actionem* e nella *exceptio*, l'unica conseguenza del rifiuto di giurare da parte dell'attore al quale il giuramento era stato riferito coincide con il *denegare actionem*.

restasse preclusa la strada che conduceva *apud iudicem*, se egli non avesse scelto di compiere quel giuramento che lui stesso aveva deciso di deferire per primo al convenuto.

Del resto, anche a volere ragionare per ipotesi, tale fantomatica *exceptio* non si accorerebbe con i principi in materia di *ius iurandum in iure delatum*. L'unico parallelo che è possibile compiere vale per l'*exceptio iurisiurandi*,⁸⁷ ammesso che si riferisse al giuramento decisorio, prevista nell'editto sotto la rubrica '*Quarum rerum actio non datur*', a favore del convenuto che avesse prestato il giuramento, tutte le volte in cui fosse dubbio che il giuramento fosse stato in effetti prestato.

Ora tale eccezione era volta ad accertare *an iuratum sit* e il relativo onere probatorio sarebbe stato assunto proprio dal convenuto che sosteneva di avere giurato: costui doveva provare di avere in effetti giurato. Ma nell'ipotesi della *facultas referendi*, non potrebbe ipotizzarsi un programma di giudizio dotato di *exceptio* nel caso in cui l'attore avesse rifiutato di prestare il giuramento che gli era riferito, poiché dovremmo credere, al contrario di quanto attestato in materia di *exceptio iurisiurandi*, che essa giovasse a favore di chi non aveva prestato il giuramento.

Invece, dal complesso della disciplina sul giuramento si ricava che l'*exceptio* è un rimedio che giova sempre e solo nel caso in cui un giuramento venga prestato ed abbia contenuto negativo, come quando si neghi la pretesa dell'attore ovvero si neghi il fatto su cui essa si fondava.⁸⁸

L'*exceptio iurisiurandi* era volta, infatti, a permettere al giurante di ottenere tutela una volta convenuto in giudizio una seconda volta per la stessa pretesa o per pretesa diversa, ma fondata sullo stesso fatto precedentemente negato con il giuramento.⁸⁹

Anche per questa ragione neghiamo decisamente la possibilità di ipotizzare la concessione di una formula munita di *exceptio* quale misura alternativa al rifiuto di concedere l'azione, al fine di dare attuazione alla previsione editale espressa in termini di *iudicium non dabo*, in materia di *facultas referendi* del *ius iurandum in iure delatum*.

⁸⁷ D. 12.2.9.1 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Iureiurando dato uel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi alii-que, actor uero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iurauerit dari sibi oportere uel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit*. Sul meccanismo di funzionamento dell'*exceptio iurisiurandi* si vd.: L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 48 ss.; ID., *s.v. Giuramento*, cit., 938 s.; R. PROVINCIALI, *s.v. Giuramento. I. - Diritto processuale civile a) giuramento decisorio*, in Enc. dir., 19, Milano 1970, 104 s.

⁸⁸ L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 120 ss.: «nel pensiero della giurisprudenza classica la disciplina del giuramento negativo è unitaria. E questo in due sensi. Anzitutto perché qualunque sia il tema del giuramento prestato ... l'effetto conseguente alla prestazione del giuramento è sempre l'acquisto dell'*exceptio iurisiurandi* al giurante».

⁸⁹ Per quanto detto non ci sentiamo di condividere quanto sostenuto M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 269, ossia che la coppia *denegare actionem-exceptio iurisiurandi* valesse anche per il caso in cui l'attore al quale era stato riferito il giuramento si fosse rifiutato di giurare: «Gleiches gilt, wenn der Kläger die Leistung des zurückgeschoben Eides ablehnt».

Del resto, discende dal noto brocardo '*onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*' [D. 22.3.2 (Paul. 69 *ad ed.*)] che l'onere della prova incombe su chi afferma e non su chi nega l'affermazione dell'avversario. Nel caso dell'attore che dica di avere prestato il giuramento che gli era stato riferito e, proprio per questo, voglia esercitare la pretesa fondata sul fatto oggetto di giuramento, è sempre l'attore che deve provare di avere giurato, perché è questo il fatto da cui ormai sorge la pretesa e non potrebbe certo imporsi al convenuto – mediante l'inserimento di una *exceptio* nella formula concessa all'attore – la prova in negativo, ossia che l'attore non aveva giurato.

5.6. L'espressione '*non debet mihi in eum dari iudicium*' che si legge in un testo di Nerazio non può lasciare aperta la possibilità della concessione di una formula munita di *exceptio* accanto al rifiuto dell'azione:

D. 46.7.16 (Ner. 3 membr.): *Ex iudicatum solui stipulatione ob rem non defensam cum uno ex <sponsoribus> [fideiussoribus]⁹⁰ agere uolo: is quod pro parte eius fit, soluere mihi paratus est non debet mihi in eum dari iudicium. neque enim aequum est aut iudicio destringi aut ad infitiationem compelli eum qui sine iudice dare paratus est, quo non amplius aduersarius eius per iudicem ab eo consecuturus est.*

Il giurista affronta il caso di uno dei garanti disposto a *soluere pro parte* nei confronti del creditore che aveva deciso di agire contro di lui valendosi della clausola *ob rem non defensam* della *cautio iudicatum solui*.⁹¹

Nerazio, in linea con la regola valevole per il debitore che offre di adempiere,⁹² suggerisce di seguire la via del *denegare iudicium* come soluzione equitativa. Ciò al fine di evitare che il garante, disposto a *dare* spontaneamente, venga costretto ad *accipere iudicium*, magari correndo il rischio di *infittatio*, ossia di pagare l'intero ove avesse contestato la lite,⁹³ peraltro in un processo nel quale l'attore non avrebbe potuto ottenere nulla più di quanto il garante aveva offerto spontaneamente, ossia la sua quota.⁹⁴

⁹⁰ L'espunzione del vocabolo '*fideiussores*' e la sua sostituzione con '*sponsores*' è comunemente ammessa, sulla base della sistematica sostituzione da parte dei commissari giustinianeî dei riferimenti alla *sponsio* con la *fideiussio* (in questo senso M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 661 nt. 14). Con specifico riferimento al nostro passo si vd.: F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II.2, Lipsiae 1901; rist. Roma 1967, 323; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 46, 1926, 104. Gli studiosi che successivamente si sono imbattuti nel passo (e che abbiamo citato nelle note seguenti, ad eccezione di V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 56 ss.), hanno aderito a questa proposta di restituzione del testo.

⁹¹ Sulla struttura della *cautio iudicatum solui*, composta dalle clausole denominate da Lenel *de re iudicata*, *de re defendenda* e *de dolo malo*, cfr.: O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 530 ss.; F. LA ROSA, *La struttura della «cautio iudicatum solui»*, in Labeo 2, 1956, 160 ss.; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli 2007, 156 s. nt. 95, con indicazione di fonti e discussione di letteratura.

⁹² D. 46.3.30 (Ulp. 51 ad ed.): *Si debitor offeret pecuniam, quae peteretur, creditor nollet accipere, praetor ei denegat actiones*. Sul passo, sotto il profilo del *denegare actionem*, si vd. H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis*, cit., 28.

⁹³ Secondo quanto leggiamo in un passo di Ulpiano, originariamente con tutta probabilità riferito alla *sponsio* (per le ragioni indicate *supra*, nt. 90): D. 46.1.10.1 (Ulp. 7 disp.): *Ita demum inter fideiussores dividitur actio, si non infittentur: nam infittiantibus auxilium divisionis non est indulgendum*.

⁹⁴ Invero, proprio quest'ultima affermazione, sempre che sia originale e non si tratti di una glossa di natura esplicativa introdotta da *neque* e scivolata nel testo, ha contribuito ad alimentare parecchi dubbi circa l'esatta fattispecie affrontata da Nerazio.

In dottrina, in particolare si dubita, da un canto, dell'applicabilità al presente caso del cosiddetto *beneficium divisionis* previsto nel caso di più garanti dalla *lex Furia de sponsu* per l'Italia (Gai 3.121) e dall'*epistula Hadriani* per le province (Gai 3.121a) e, dall'altro, dell'esatta portata dell'azione che il creditore minacciava di intentare. Il passo non dice, infatti, se il creditore volesse agire per l'intero o *pro parte* nei confronti del garante disposto a pagare. La soluzione del problema è connessa al dubbio, dicevamo, relativo all'operatività del cd. *beneficium divisionis*, dubbio a suo volta legato alla circostanza che l'obbligazione al *quantum ea res*

Il *denegare iudicium*, allora, non può che coincidere il rifiuto ‘radicale’ di concedere l’azione, né si può immaginare, in via alternativa, la concessione di un programma di giudizio dotato di *exceptio*, poiché si sarebbe instaurata proprio quella lite che Nerazio ritiene iniqua nei confronti dello *sponsor* (*fideiussor* per i giustiniane) disposto, spontaneamente e fuori dal processo, ad adempiere *pro parte* l’obbligazione assunta con la *cautio iudicatum solvi*.

5.7. Ancora una volta la possibilità della concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio* è esclusa quale alternativa al rifiuto di concedere l’azione in un frammento del Digesto in cui compare la proposizione interrogativa indiretta ‘*an ... non sit dandum iudicium*’:

D. 47.6.5 (Marc. 8 dig.): *Familia communis sciente altero furtum fecit: omnium nomine cum eo qui scit furti agi poterit, cum altero ad eum modum, qui edicto comprehensum est ... si ergo dumtaxat duos habueri <mus> servos communes ... cum eo, quo ignorante factum est, agere uolet, duplum tantum consequetur. et uideamus an iam in socium alterius serui nomine, non*

erit assunta con la *cautio iudicatum solvi* era divisibile, al contrario dell’obbligazione di *rem defendere* che era, invece, indivisibile.

Così alcuni studiosi hanno ritenuto che nel nostro passo il creditore intendesse agire per l’intero, essendo l’obbligazione di *rem defendere* indivisibile e la *lex Furia* non applicabile: A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, in AUPA 9, 1921, 133 ss., il quale considera il passo interpolato poiché si permette al garante di adempiere *pro parte* l’obbligazione di *rem defendere*; Nerazio, invece, in origine avrebbe suggerito di *denegare iudicium* per ragioni di equità, per evitare cioè che un garante disposto a pagare *pro quota* venisse condannato per l’intero: l’attore sarebbe stato allora indotto ad agire *pro parte* contro ciascun garante; H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis*, cit., 29; R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973, 36 ss., secondo il quale non vi sarebbe altra ragione per giustificare come mai il creditore insistesse a chiedere una condanna dello *sponsor* disposto a soddisfare la richiesta di pagamento, se non ipotizzando che egli chiedesse una condanna per l’intero.

Viceversa, secondo altri studiosi, la *lex Furia de sponsu* sarebbe stata applicabile e il senso del *denegare iudicium* sarebbe stato proprio quello di evitare che il creditore chiedesse una condanna al pagamento di una quota identica a quella che il garante era disposto ad adempiere spontaneamente: J. MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier 1991, 79 ss., R. KNÜTEL, Rec. di R. GREINER, *Opera Neratii (Drei Textgeschichten)* cit., in IVRA 25, 1974, 148 ss.

A nostro avviso è da condividere quest’ultimo orientamento. Da un passo di Giuliano apprendiamo che il garante aveva diritto ad adempiere *pro parte* l’obbligazione assunta con la clausola *ob rem non defensam* della *cautio iudicatum solvi*. Si tratta di: D. 46.7.14 pr. (Iul. 55 dig.): *Si ex duobus fideiussoribus qui iudicatum solui sponderant, alter ob rem non defensam partem suam soluerit, nihilo minus res defendit poterit: nec tamen is, qui soluerit, repetet* rell. Ciò elimina ogni ostacolo ad ammettere che il creditore avesse agito *pro parte* nel testo di Nerazio; del resto, solo così ragionando si potrebbero spiegare le ultime due giustificazioni che troviamo nella chiusa del passo, a prescindere dalla sua possibile natura glossematica. Solo nel caso di una domanda parziale si può configurare il rischio di *infirmitas*, consistente nell’esposizione alla condanna per l’intero e derivante dalla contestazione della lite. Inoltre, il rischio di *infirmitas* a carico del convenuto potrebbe spiegare l’interesse dell’attore a convenirlo in giudizio. Sempre solo pensando ad una richiesta per la sola quota per la quale il garante si era obbligato, può avere un senso la chiusa, nella quale si chiarisce che l’esito di un eventuale processo nascente dalla cd. *datio actionis* non avrebbe potuto portare a nulla più che ad una condanna pari alla quota per la quale il garante si era obbligato e aveva dichiarato di essere disposto a pagare: una volta confessato il debito, l’attore non avrebbe ottenuto, infatti, nulla più della quota che il garante aveva offerto e per la quale era stato convenuto.

*sit dandum iudicium, quemadmodum si omnium nomine socius decidisset: nisi forte hoc casu seuerius a praetore constituendum est, nec seruorum conscio parcendum est.*⁹⁵

Il caso affrontato da Marcello è relativo al *furtum* commesso da una *familia* di schiavi in proprietà tra un *dominus sciens* e un *dominus ignorans*. Il primo può essere convenuto con l'*actio furti* esperita in via nossale e risponde a nome di tutti gli schiavi (*omnium nomine*); mentre il secondo può essere convenuto solo nei limiti dell'editto 'Si familia furtum fecisse dicitur',⁹⁶ ossia come se il *furtum* fosse stato commesso da un uomo libero.⁹⁷

Il caso rilevante ai nostri fini riguarda il quesito se, essendo comuni due schiavi ed essendo stato convenuto il *dominus ignorans*,⁹⁸ possa residuare l'*actio furti noxalis* contro il *dominus*

⁹⁵ Il passo non è esente da dubbi circa la sua genuinità, specialmente in relazione all'ultima parte che a noi interessa principalmente. Tuttavia, anche a volere accogliere le censure più radicali (come quelle di G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen 1920, 288; ID., *Unklassische Wörter*, in ZSS 57, 1937, 51, il quale considera la chiusa del passo una parafrasi del testo originario) la domanda se *denegare* o concedere un *iudicium* posta da Marcello resta valida, cambia solo il contesto di riferimento. Dubbi vari sulla genuinità del passo sono posti da: M. PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto. (Furtum ope consilio)*, in Studi Senesi 16, 1899, 210 s.; F. PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in Studi Bonfante, I, Milano 1930, 568 e nt. 107; A. BERGER, *Vi sono nei Digesti citazioni interpolate*, cit., in Studi Riccobono, I, cit., 632 s. e nt. 266. Per una lettura conservativa del frammento cfr. L. FANIZZA, *Giuristi crimi- mini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982, 65 nt. 154.

⁹⁶ Editto ricostruito da O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 335, sulla base di D. 9.4.31 (Paul. 7 ad Plaut.): *Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur* rell.

⁹⁷ Siffatti limiti sono chiariti in un passo di Ulpiano nel quale si precisa che l'editto in questione permetteva al *dominus ignorans* della *familia* di schiavi di dare a nosa la *familia* di schiavi che aveva commesso il *furtum* ovvero di pagare una somma di denaro a titolo di *aestimatio* pari al valore che la lite avrebbe avuto se il *furtum* fosse stato commesso da un uomo libero: D. 47.6.1 pr.-1 (Ulp. 38 ad ed.): *... datur igitur arbitrium hoc edicto, ut, si quidem uelit dicere noxios seruos, possit omnes dedere, qui participauerunt furtum: enimvero si maluerit aestimationem offerre, tantum offerat, quantum si unus liber furtum fecisset, et retineat familiam suam* [1] *Haec autem facultas domino tribuitur toties, quotiens ignorante eo furtum factum est: ceterum si sciente, facultas ei non erit data: nam et suo nomine, et singulorum nomine conueniri potest noxali iudicio, nec una aestimatione, quam homo liber sufferet, defungi poterit: is autem accipitur scire, qui scit, et potuit prohibere: scientiam enim spectare debemus, quae habet et uoluntatem: ceterum si scit, prohibuit tamen, dicendum est, usurum edicti beneficio.*

⁹⁸ Il quale, una volta condannato alla pena del *duplum*, avrebbe potuto chiedere all'altro comproprietario (*sciens*) una parte: D. 47.6.5 (Marc. 8 dig.): *... quod ille praestiterit non totius familiae nomine, ab hoc socio partem consequeretur*. Verosimilmente si doveva trattare del *simplum*, come chiarito dalla chiusa di un passo di Paolo relativo al *furtum* commesso da una *communis familia* o da un *communis seruus*: D. 9.4.9 (Paul. 39 ad ed.): *Quod si, qui ignorauit, duplum praestiterit, a socio simplum consequetur*. I rapporti interni tra i comproprietari della *familia* di schiavi sono approfonditi da P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005, 253 ss., con indicazione di letteratura.

Invece, una volta convenuto e condannato, il *dominus sciens* avrebbe potuto chiedere all'altro socio (*ignorans*) quanto pagato a nome di uno dei due schiavi: D. 47.6.5 (Marc. 8 dig.): *si ergo dumtaxat duos habueri<mus> seruos communes cum eo, quo non ignorante factum est, agetur utriusque serui nomine, sed non amplius consequetur a socio, quam si unius nomine praestitisset*. Il passo è indagato specialmente da J. C. NABER, *De concurrentibus actionibus. Observatiunculae de iure romano. CXXI. Pars altera*, in *Mnemosyne n. s.*, 53, 1925, 35 s., con specifica attenzione al diverso punto di vista espresso nel passo di Marcello oggetto

sciens 'alterius servi nomine', sulla base del presupposto che la condanna del *dominus ignorans* sarebbe stata limitata al *duplum*, dunque, come se si fosse agito 'unius nomine', mentre nei confronti del *dominus sciens* si sarebbe potuto agire 'utriusque servi nomine'.

Il giurista, pone la domanda se si debba o meno *denegare* il *iudicium* contro l'altro comproprietario a nome dell'altro servo (*an iam in socium, alterius servi nomine, non sit dandum iudicium*) propendendo per la soluzione negativa più severa, affinché il pretore non perdoni al *dominus sciens* la consapevolezza del delitto commesso dai propri schiavi.⁹⁹

Ora è evidente che l'alternativa *dandum iudicium-non dandum iudicium* allude solo al *dare* o *denegare* l'*actio furti* nossale contro il *dominus sciens*, senza alcuno spazio per la concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio* come terza via alternativa al *denegare actionem* e al *dare* l'*actio furti* in via nossale.¹⁰⁰

5.8. Ancora una volta al solo rifiuto di concedere l'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria*, rinvia la locuzione '*denegandum est privatum (iudicium)*' di:

D. 47.10.6 (Paul. 55 *ad ed.*): *Quod senatus consultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est: tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestione rem vindicari. ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet. plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.*¹⁰¹

Negli scritti diffamatori¹⁰² nei quali non è indicato il nome della vittima, secondo quanto disposto da un senatoconsulto di prima età classica, probabilmente estensivo delle disposizioni della *lex Cornelia de iniuriis*, occorre agire in via criminale mancando chi potesse esperire legittimamente l'azione privata. Mentre, se la persona diffamata era individuabile, si

del nostro esame rispetto al passo di Paolo citato in precedenza in questa stessa nota, in base al quale il pagamento da parte del *dominus sciens* avrebbe liberato il *dominus ignorans*.

⁹⁹ Secondo la *glossa* '*Si familia*' a.h.l. (Glossa, ed. Venetiis 1584, III, col. 1333 s.) l'azione sarebbe stata da *dare* non contro ogni *dominus sciens*, ma solo contro quello che avesse ordinato con esplicito *iussus* la commissione del *furtum*.

¹⁰⁰ Di questo avviso è E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, 1, Berlin 1918, rist. anast. Aalen 1964, 346.

¹⁰¹ Pur dovendosi registrare una certa varietà di opinioni, la dottrina maggioritaria è incline ad ammettere la paternità paolina del frammento e anche la classicità della soluzione ivi adottata. Per un completo quadro della letteratura e in difesa della genuinità del frammento rinviamo a M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*'. *Contributi allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova 1983, 232 ntt. 23-24.

¹⁰² Si sarebbe trattato non di libri editi e divulgati, ma solo di piccoli scritti, come epigrammi o *carmina* sparsi in pubblico, di graffiti, ovvero anche di composizioni poetiche orali a scopo di diffamazione secondo A. D. MANFREDINI, '*L'iniuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?) (recenti letture in materia di iniuria)*', in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Murga Gener*, Madrid 1994, 811. In precedenza, lo studioso aveva già affrontato la questione in A. D. MANFREDINI, '*Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*', Milano 1977, 232 ss.; ID., '*La diffamazione verbale nel diritto romano. I. L'età repubblicana*', Milano 1979, 209. Discussa, appare, in particolare, l'estensione delle disposizioni del senatoconsulto alla repressione della diffamazione orale, tende ad escluderla M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*', cit., 94 ss.

poteva attivare sia la procedura criminale, sia l'*actio iniuriarum*, ma le due azioni sarebbero state in rapporto di concorso elettivo:¹⁰³ una volta esperito il *iudicium publicum* sarebbe stato necessario *denegare* quello privato e viceversa.¹⁰⁴

Ciò spiega perché il *denegare* il *iudicium privatum* sarebbe potuto sfociare solo nel rifiuto di concedere l'azione e non avrebbe consentito al magistrato giudicante di concedere la formula dell'*actio iniuriarum* munita di una *exceptio* che la rendesse inutilizzabile se fosse stato pregiudicato il giudizio criminale.¹⁰⁵ Piuttosto, Paolo si premura di chiarire che se anche il *iudicium privatum* e il *iudicium publicum* dovessero porsi in rapporto di pregiudizialità, il *iudicium privatum* andrebbe comunque concesso poiché attiene a questioni di natura privata: *nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet*.¹⁰⁶

¹⁰³ Ovvero di concorrenza alternativa, secondo la terminologia preferita da D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, 270, studioso che identifica il giudizio criminale con l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia*. Opportunamente, M. MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». Contributo allo studio del concorso tra '*actio legi Aquiliae*' e '*iudicium ex lege Cornelia de sicariis*', Napoli 2001, 258 nt. 157, segnala che nessuna fonte attesta il concorso tra *actio iniuriarum* e *iudicium ex lege Cornelia de iniuriis*: esso non sarebbe stato prospettabile in epoca classica, né vi farebbe riferimento D. 47.10.6 (Paul. 55 ad ed.).

¹⁰⁴ Tuttavia, L. DE SARLO, *Sulla repressione penale del falso documentale in diritto romano*, in Rivista di diritto processuale civile 14.1, 1937, 342, ritiene di dovere espungere le parole '*similiter ex diverso*', sostenendo che la regola della alternatività sarebbe valida solo in caso di precedenza temporale del *iudicium publicum* e non, all'inverso, nel caso di precedenza del *iudicium privatum*. Chi ha sostenuto la natura insitica del passo ha attribuito ai giustinianeî la regola che leggiamo nella chiusa. In questo senso si vd.: F. AVONZO, *Coesistenza e connessione tra «iudicium publicum» e «iudicium privatum»*. Ricerche sul tardo diritto classico, in BIDR 59-60, 1956, 174 ss. Tuttavia, la lettura conservativa del frammento è oggi largamente prevalente, allo stesso modo del rifiuto della competenza della *quaestio de maiestate* per questa specie di *iniuria*. Una dettagliata critica alla ricostruzione di Avonzo in M. A. DE DOMINICIS, *Rapporti tra «iudicium privatum» e «iudicium publicum» dal diritto classico a Giustiniano*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, I, Milano 1967, 234 ss.

¹⁰⁵ Questo aspetto è specialmente approfondito da: W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Ein Hilfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen*, Leipzig 1844, 254. Anche H. PISSARD, *Les questions préjudicielles en Droit Romain*, Paris 1907, 177 s., segnala che trattandosi di un concorso alternativo di azioni non poteva giovare l'eccezione pregiudiziale. Pensano al *denegare actionem* come unico mezzo processuale capace di disciplinare il concorso tra *iudicium privatum* e *iudicium publicum*: L. DE SARLO, *Sulla repressione penale del falso documentale*, cit., 342; M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, cit., 238 nt. 38.

Risulta di difficile individuazione il rito processuale secondo il quale si sarebbe svolto il processo criminale: A. D. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 232 ss., esclude che la *quaestio de iniuriis ex lege Cornelia* fosse competente per la materia degli scritti diffamatori, la cui repressione sarebbe stata affidata ai tempi di Augusto alla *cognitio senatus*, con la conseguenza che il *iudicium publicum* citato nel nostro passo non sarebbe quello *ex lege Cornelia*. Successivamente ID., *La diffamazione verbale*, cit., 236 ss., 241, ha pensato ad una *publica quaestio de iniuriis ex lege Cornelia*. Ad una procedura *extra ordinem ex senatusconsulto* pensa M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, cit., 122 ss. Diversamente, ritengono competente la *quaestio de iniuriis ex lege Cornelia*: G. MUCIACCIA, *La repressione delle opere infamanti (Dio 55,27)*, in *Studi Biscardi*, V, Milano 1984, 75 nt. 62; F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari 1996, 94 ss.; G. MUCIACCIA, «*Libri ad infamiam*» e «*Lex Cornelia de iniuriis*», in *Index* 26, 1998, 149 ss.

¹⁰⁶ Da segnalare il punto di vista di K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, Salzburg-München 1976, 177 s., secondo il quale il passo non si occuperebbe dei rapporti tra processo privato e pro-

Ma una volta concesso uno dei due *iudicia*, l'altro sarebbe stato da *denegare*: da ciò l'impossibilità di configurare la concessione di un secondo programma di giudizio munito di *exceptio* dopo la concessione del *iudicium publicum* o del *iudicium privatum*.

5.9. Chiudiamo¹⁰⁷ questa rassegna di fonti relative al *denegare iudicium* con un passo tratto dalle Istituzioni di Gaio:

Gai 4.163 [KRÜGER-STUEDEMUND⁷]: *Namque si arbitrum postulauerit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio id quid restitui uel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absoluitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est codemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit denegandum*¹⁰⁸ *calumniae iudicium ei qui arbitrum postu-*

cesso criminale, poiché il *iudicium publicum* menzionato da Paolo coinciderebbe con l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia*, la quale in realtà sarebbe un'azione privata esperita *pro publica utilitate*. La questione della natura giuridica dell'*actio iniuriarum ex lege Cornelia* è affrontata da A. VÖLK, *Zum Verfahren der «actio legis Corneliae de iniuriis»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 2, Napoli 1984, 561 ss. e 586 ss., con specifico riferimento a D. 47.10.6 (Paul. 55 *ad ed.*). Difende la natura criminale del *iudicium publicum* menzionato nel passo F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa*, cit., 102, non sulla base del duplice requisito comune ai *publica iudicia* e rappresentato dall'accusa popolare e dalla previsione da parte di un senatoconsulto estensivo di una *lex publica populi Romani*, poiché nel *iudicium publicum ex lege Cornelia* manca proprio l'accusa popolare. Probabilmente, prosegue lo studioso, Paolo voleva solo differenziare le strutture processuali, pubblica e privata, nelle quali l'*actio iniuriarum aestimatoria* e l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia* miravano a soddisfare il medesimo interesse ed erano sorrette dal medesimo criterio di legittimazione attiva. In precedenza aveva autorevolmente negato il carattere pubblico del *iudicium ex lege Cornelia de iniuriis* B. SANTALUCIA, *s.v. Processo penale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* 36, Milano 1987, 344 nt. 151, in virtù della limitazione dell'accusa alla sola persona offesa e alla condanna rappresentata da una pena pecuniaria non destinata all'erario.

¹⁰⁷ Non merita particolare approfondimento da parte nostra Gai 4.179: *qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium dari non debet*. Sia la mancata concessione del *iudicium calumniae* sia quella del *iudicium calumniae contrarium*, nel caso in cui sia stato prestato il *ius iurandum de calumnia*, non possono che alludere al solo *denegare*, senza alcun implicito riferimento alla concessione di una formula dotata di *exceptio*.

¹⁰⁸ Occorre avvertire che il manoscritto veronese è di difficile lettura proprio nel punto in cui alcuni editori propongono di emendare il testo mediante il riferimento al *denegare actionem (rectius, denegare iudicium)*. Per questa ragione crediamo sia preferibile non impiegare il passo per indagini di carattere linguistico relative alla risalenza del verbo *denego* nel linguaggio dei giuristi (A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 75 s.).

Infatti, basta leggere l'*editio princeps* delle Istituzioni di Gaio (*Gaii Institutionum commentarii IV et codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis*, cur. L. GÖSCHEN, Berolini 1820, 328) per rendersi conto di quanto vasta sia la lacuna che presenta il fol. 120^r [Gai 4.163-165] peraltro un *folium ter scriptum*. L'impressione viene confermata leggendo l'apografo di E. BÖCKING, *Gai Institutiones codicis Veronensis apographum ad Goescheni Hollwegii Bluhmii schedas compositum*, Lipsiae 1866, 241. È sulla base del successivo apografo di G. STUEDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 241, che si basano gli editori nel rivenire nel testo le parole '*quamquam Proculo placuit*', ma neppure in questo apografo è possibile decifrare le parole che seguono, ossia *non esse denegandum* o *permittendum*, secondo le ricostruzioni più seguite. Infatti, queste ultime parole, oltre ad essere ombreggiate nell'apografo di Studemund, compaiono tra le parentesi quadre che indicano (*proemium*, XIII) la circostanza che si tratta di parole ormai illeggibili e ricostruite, sebbene in modo ipotetico, in base alle schede di Bluhme.

Quanto detto serve a spiegare la varietà di ricostruzioni presenti nelle varie edizioni critiche delle Istituzioni di Gaio.

lauerit quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere debere. sed alio iure utimur, et recte; potius enim ut modestiore uia litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

Il passo affronta la procedura dell'*agere ex interdicto sine poena*, che si poteva attivare in caso di interdetti esibitori e restitutori.¹⁰⁹ Essa si traduceva nella concessione da parte del pretore di una *formula*, detta *arbitraria*, che poteva essere richiesta *in iure* dal destinatario dell'interdetto¹¹⁰ il quale, contestata la lite sulla base della *formula arbitraria* e risultato soccombente, avrebbe potuto evitare la condanna al *quanti ea res est* effettuando la *restitutio* o l'*exhibitio*.

Anche l'attore avrebbe agito *sine periculo* contro chi non era obbligato a *restituere* o *exhibere*, salvo che il convenuto non avesse tentato nei suoi confronti il *iudicium calumniae decimae partis*.¹¹¹ A questo punto Gaio ricorda il parere di Proculo, secondo il quale il *iu-*

tuzioni di Gaio. Riportano '*denegandum calumniae iudicium*' l'edizione curata da Krüger-Studemund edita a Berlino nel 1923 e trascritta nel testo, l'edizione fiorentina dei *FIRA, pars altera*, pubblicata nel 1940 e i *Textes de droit romain* editi a Parigi nel 1913 a cura di Girard. Diversamente compare '*non esse permittendum*' nell'edizione critica delle Istituzioni curata da Seckel-Kübler ed edita a Lipsia nel 1935; tale lezione è stata accolta anche nelle edizioni critiche curate da David, *editio minor* (Leiden 1964) da Arangio-Ruiz e Guarino per il *Breviarium iuris Romani*⁸ (Milano 1998) e da Manthe (Darmstadt 2004).

Ma segnaliamo anche che nell'edizione curata da Böcking (E. BÖCKING, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*⁸, Lipsiae 1855, 329) – in aderenza all'apografo curato dallo stesso studioso sulla base delle schede di Göschen e Bluhme – si riporta l'ampia lacuna e non si rinviene alcun riferimento né a Proculo né al *denegare actionem*. Non è presente la menzione di Proculo neppure in P. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae 1874, 376, che così ricostruisce il tratto: *diversae plane scholae auctoribus placet prohibendum calumniae iudici eum qui arbitrum postulaverit quasi hoc ipso confessus uideatur*.

Non ci pare consenta di lumeggiare la questione della menzione del *denegare actionem* in Gai 4.163 neppure la riproduzione fotografica delle pagine del palinsesto veronese. Si vd. la riproduzione fototipica in bianco e nero pubblicata a cura di Antonio Spagnolo (*Gai codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis distinctus numero XV (13) cura et studio eiusdem Bibliothecae custodis phototypice expressus*, Lipsiae 1909, 120) e la più recente copia a colori curata da Filippo Briguglio (*Gai Codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis*, cur. PH. BRIGUGLIO, Firenze 2012, 301). Sul valore di queste riproduzioni fotografiche cfr. le osservazioni di M. VARVARO, *Wilhelm Studemund e il «martire illustre della paleografia»*, in SCDR 25, 2012, 282 ss. e ntt. 4-6.

Nonostante la varietà delle letture, tuttavia, sembra abbastanza consolidato in dottrina l'orientamento in base al quale il passo farebbe riferimento al *denegare* avente ad oggetto il *iudicium calumniae decimae partis*, a prescindere poi che tale concetto sia espresso con il verbo *denego* o con il verbo *permitto*, tanto che Gai 4.163 viene analizzato, di solito, senza neanche dare conto del guasto nella tradizione del testo. Occorre, dunque, convenire con G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 125 nt. 266, che le varianti segnalate non incidono sulla sostanza del passo. Quanto detto legittima l'analisi di Gai 4.163 ai fini della ricostruzione del concetto di *denegare iudicium*.

¹⁰⁹ G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, 192, precisa che nel caso degli interdetti proibitori, mancando un ordine positivo come quello di *restituere* o *exhibere*, era preclusa la possibilità di agire con la *formula arbitraria* e non restava che la procedura *cum periculo* dell'*agere per sponionem* (et *restipulationem*).

¹¹⁰ Non pare, invece, che chi avesse chiesto al magistrato l'emanazione dell'interdetto avrebbe potuto richiedere la nomina dell'*arbitrator*, vd. sul punto M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in AUPA 55, 2012, 710 e nt. 8, con indicazione di letteratura.

¹¹¹ Sul *iudicium calumniae* vd.: S. SERANGELLI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, in BIDR 71, 1968, 217 ss.; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002, 137 ss.

dicium calumniae decimae partis non doveva essere concesso al convenuto che chiedeva la concessione di una *formula arbitraria*, poiché tale richiesta doveva essere intesa quasi come una confessione dei presupposti dell'interdetto. Gaio obietta che siffatta richiesta, invero non tradisce alcuna implicita ammissione del dovere di *restituere* o *exhibere*, ma dimostra la volontà di litigare per una via meno rischiosa (*modestiore via*).

Ora, la prospettiva dalla quale Gaio e Proculo analizzano l'intenzione del convenuto di promuovere il *iudicium calumniae* contro l'attore si risolve nell'alternativa *denegare iudicium* (Proculo) e *dare iudicium* (Gaio): non residua alcuno spazio per ammettere la concessione del *iudicium calumniae decimae partis* dotato di una *exceptio*, che sarebbe peraltro difficile da identificare e alla quale non ha pensato alcuno studioso che si è occupato del nostro passo.¹¹² Ancora più evidente è questo profilo se si accetta la lezione, accolta da alcune edizioni critiche delle Istituzioni, '*non esse permittendum calumniae iudicio uti*', in cui il verbo *permitto* rinvia unicamente alla (non) concessione dell'azione da parte del magistrato giudicante.

6.1. Le conclusioni alle quali perveniamo sono le seguenti.¹¹³

Dal punto di vista dal quale ci siamo posti, le attività di *denegare actionem* e di *denegare iudicium* coincidono sul piano lessicale perché entrambe indicano il rifiuto di concedere l'azione. Tuttavia, sul piano contenutistico, sia una promessa editale sia una previsione proveniente da una fonte normativa sia, infine, un parere dei giuristi espresso in termini di *denegare actionem* metteva il magistrato giudicante di fronte alla possibilità di concedere una *formula* munita di *exceptio*: si tratta di una alternativa che non abbiamo riscontrato nei casi in cui il rifiuto di concedere il programma di giudizio è indicato dalla locuzione *denegare iudicium*.

Infatti, il *denegare iudicium*, laddove compare nelle fonti, indica il rifiuto di concedere l'azione in contesti incompatibili con la concessione di un programma di giudizio dotato di *exceptio*.¹¹⁴

¹¹² Cfr.: L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, 98 s.; M. PENNITZ, *Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, Wien-Köln-Weimar 1991, 276 s.; G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario*, cit., 125 ss.; R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 57 s.; R. SCEVOLA, *Accertamento sulla fondatezza degli interdetti: considerazioni a margine di Gai 4.161-170*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, I, Padova 2011, 669 ss.; M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in AUPA 55, 2012, 110 ss.; S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli 2012, 71 nt. 98; M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria*, cit., 717.

¹¹³ Si tratta, inoltre, di conclusioni confermate anche dalle fonti nelle quali l'attività di *denegare iudicium* viene indicata da espressioni equivalenti che esprimono la mancata scelta o costrizione (*non cogere, non compellere*) del convenuto a *iudicium accipere, suscipere, pati*: si tratta sempre di contesti incompatibili con la concessione di una formula munita di *exceptio* e che si traducono unicamente nel rifiuto di concedere la *formula*. Si vd.: D. 3.3.8.3 (Ulp. 8 *ad ed.*); D. 3.3.17.2 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 3.3.54 (Paul. 50 *ad ed.*); D. 3.3.76 (Iul. 5 *ad Min.*); D. 5.1.2.3 (Ulp. 3 *ad ed.*); D. 5.1.8 (Gai. 2 *ad ed. prov.*); D. 9.4.8 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 16.3.1.37 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 27.3.9.5 (Ulp. 25 *ad ed.*); D. 46.7.18 (Ven. 7 *disp.*).

¹¹⁴ Alla luce dei risultati ai quali siamo pervenuti si può tentare di dare una risposta alla domanda posta da E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1 Berlin 1922, rist. anast. Aalen 1964, 197 ss., con riferimento a: D. 47.8.1 (Paul. 22 *ad ed.*): *Qui rem rapuit et furti nec manifesti tenetur in duplum, et ui bonorum raptorum in quadruplum. sed si ante actum sit ui bonorum raptor-*

Così intesi il *denegare actionem* e il *denegare iudicium*, ne consegue la diversa accezione nella quale compaiono i segni *actio* e *iudicium* con riferimento all'attività di *denegare*: siamo ora in grado di precisare il significato assunto da questi due vocaboli quando sono impiegati nelle fonti giuridiche per segnalare l'oggetto dell'attività di *denegare*.¹¹⁵

Considerato che il *denegare iudicium* coincide con il rifiuto di concedere il programma di giudizio sia in senso astratto – ossia come modello affisso all'albo (come accade nell'editto *de aleatoribus*) – sia in senso concreto – ossia come formula autorizzata dal magistrato e concordata dalle parti –, ne consegue che il lemma *iudicium* è impiegato in un significato aderente alla sua etimologia che rinvia all'atto del giudicare.¹¹⁶

rum, deneganda est furti rell. [Conforme D. 47.2.89(88) (Paul. *l. s. de concurr. act.*)]. Lo studioso si chiede: perché nel caso di concorso tra *actio vi bonorum raptorum* e *actio furti nec manifesti*, le fonti dicano solo che, ove esperita la prima azione, vada denegata la seconda: non poteva essere concessa l'*actio furti nec manifesti* con l'inserimento di una *exceptio* nella formula volta a fare rilevare al giudice che era stata precedentemente esperita l'*actio vi bonorum raptorum* e che, quindi, l'*actio furti nec manifesti* si doveva considerare assorbita? Ciò avrebbe tutelato il convenuto, il quale poteva avere interesse ad instaurare la seconda lite e beneficiare degli effetti preclusivi della *litis contestatio* conclusa relativamente all'*actio furti nec manifesti*; se non altro questi avrebbe avuto la certezza di non essere più convenuto in giudizio con quest'ultima azione. Se teniamo conto del linguaggio delle fonti che abbiamo segnalato con riferimento al *denegare actionem* – e all'*actio* fa riferimento anche D. 47.8.1 (Paul. *22 ad ed.*): ... *deneganda est furti* – risulta che di fronte al suggerimento di *denegare actionem* da parte di un giurista, il magistrato giusdicente restava libero di *dare* e di concedere una *formula* dotata di *exceptio*, proprio per rispondere a certi interessi del convenuto. Ciò doveva accedere anche nel caso del frammento paolino [D. 47.8.1 (Paul. *22 ad ed.*)] oggetto dell'attenzione di Levy. Possiamo solo aggiungere che la mancata attestazione dell'*exceptio* potrebbe essere al più un segnale della sua scarsa diffusione nella prassi: una volta esperita l'*actio vi bonorum raptorum*, il magistrato giusdicente avrebbe di norma denegato l'*actio furti nec manifesti*.

L'ottica che abbiamo privilegiato può permettere di capire come mai al debitore in mora che offriva un pagamento rifiutato dal creditore si conceda l'*exceptio doli* in D. 45.1.73.2 (Paul. *24 ad ed.*), mentre si suggerisce di *denegare* l'azione al creditore in D. 46.3.30 (Ulp. *51 ad ed.*). Non vi è alcuna contraddizione tra queste fonti – come invece riteneva A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*. I. *La mora accipiendi e la liberazione del debitore*, in AUPA 11, 1923, 170 s. – solo che si riconosca che *denegare actionem* e *dare* una formula munita di *exceptio* fossero due rimedi alternativi per i giuristi classici.

¹¹⁵ Fin ora eravamo stati costretti ad accedere ad un significato generico di *iudicium* quale programma di giudizio e di *actio* quale strumento di tutela dell'attore vd. *supra*, § 3 e ntt. 20-23.

¹¹⁶ Alla letteratura richiamata *supra*, ntt. 20-23, *adde*: A. WALDE-J. HOFMANN, *Lateinisches etimologisches Wörterbuch*⁴, I, Heidelberg 1965, s.v. *iudex*, 726, dove si rinvia proprio a *iudicium* nel significato di *Urteil* risalente ai tempi di Plauto. A. ERNOUT-A. MEILLET, s.v. *'iudex'*, in *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris 1959, 329, che rileva che il lemma *iudicium* indica il giudizio e il tribunale. Da sottolineare anche il significato principale di *iudicium* rilevato nell'*OLD*, I, s.v. *iudicium*, 978, ossia di processo innanzi ad un giudice; in ogni caso, anche con riferimento a specifiche applicazioni del lemma (ad es. *iudicium privatum*, *iudicium publicum*, *iudicium populi*) è sempre implicata la funzione di giudizio. Similmente, il significato della parola *iudicium* quale pronuncia del giudice che caratterizza la fase detta, tecnicamente, anche *'in iudicio'*, è sempre evidenziata nei lessici, cfr.: *Der kleine Pauly. Lexikon der Antike*, II, Stuttgart 1967, s.v. *iudicium*, 1504 ss.; CH. DAREMBERG-E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, III, s.v. *judex, iudicium*, Paris 1900, rist. Graz 1969, 632 ss.; *TLL*, VII.2, s.v. *iudicium*, 606 ss.; *VIR*, III.5, s.v. *iudicium*, 1363 ss.; H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, s.v. *iudicium*, 294 ss., rist. Jena 1926, 294 ss.; *Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, V, s.v. *iudicium*, Stuttgart-Weimar, 1998, 1202 ss.

Il profilo dell'inerenza della funzione di giudizio sottesa dal lemma *iudicium* è particolarmente eviden-

Il *denegare iudicium* si traduce, quindi, esclusivamente nel rifiuto di concedere il programma di giudizio in base al quale si sarebbe formato il giudizio del giudice.

Diversamente, quando aveva per oggetto l'*actio*, l'attività di *denegare* avrebbe riguardato solo l'attore e la pretesa circoscritta nell'*intentio* della formula, che a sua volta rappresentava il modello d'azione intentato. Il riferimento al *denegare actionem* da parte di una fonte autoritativa o giurisprudenziale, dunque, non avrebbe precluso al magistrato giudicante di tenere conto, in altro modo, delle difese del convenuto e di instaurare la lite mediante la concessione di una *formula* munita di *exceptio*.¹¹⁷

ziato da M. WŁASSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Leipzig 1891, 52 s., convinto che il *iudicium* implichi sempre una funzione di giudizio, anche perché in origine *ius dicere* e *iudicare* non erano atti distinti; B. KÜBLER, *Ueber die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit*, in ZSS 15, 1894, 138 ss., 165; R. ORTU, *Alle origini del 'iudicium privatum'*, in *Il giudice privato*, cit., 139 ss.

¹¹⁷ Il segno *actio* è impiegato nelle fonti per indicare la *potestas agendi* ovvero l'*agere posse* dell'attore, oltre che il suo concreto esercizio (*supra*, § 3 e nt. 20). Attorno alla natura giuridica dell'azione romana si è sviluppata una vivace 'polemica': B. WINDSCHEID e T. MÜLLER, *Polemica intorno all'«actio»*. Prima trad. it. cur. E. HEINITZ e G. PUGLIESE. *Introduzione di Giovanni Pugliese*, Firenze 1954.

È discusso, specialmente nella dottrina italiana e tedesca, se l'*actio* abbia un valore materiale – cioè sia volta alla prestazione (*quod sibi debeatur*) a prescindere dalla sentenza –, ovvero formale, ossia si tratti di uno strumento processuale o giudiziale volto al soddisfacimento di una pretesa per mezzo della condanna. Pur se con non indifferenti varianti, e senza alcuna pretesa di citare tutta la sterminata letteratura formatasi su questo vastissimo tema, possiamo sintetizzare il dibattito in due grandi orientamenti di pensiero.

La dottrina italiana tende oggi ad attribuire all'azione un valore formale o giudiziale, soprattutto per l'influenza esercitata dai numerosi contributi dedicati al tema da Giovanni Pugliese, il quale risolveva l'azione nel potere dell'attore di agire in processo secondo lo schema predisposto per l'esercizio di tale attività al fine di promuovere una pronuncia giudiziale. Pur se con non lievi divergenze vd.: B. BRUGI, *s.v. Azione*, in *Il Digesto Italiano*, IV.2, Torino 1893-1899, 761 ss.; E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, 34 ss., definisce l'azione come un potere processuale autonomo, distinto dal diritto subiettivo sostanziale: al potere di azione era correlativa una pura e semplice soggezione giuridica, che non si concretava in alcun obbligo di condotta, neppure di contenuto negativo: rimasto insoddisfatto un diritto, nasce il diritto alla condanna e all'esecuzione; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1942, 253, il quale ribadisce che l'azione coincide con il potere di attivare un processo al fine di promuovere l'accertamento vincolante o la forzata attuazione di un rapporto giuridico; B. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, cit., 129 ss. [= *Scritti giuridici*, II, cit., 519 ss.], incline a riconoscere all'*actio* solo un valore materiale e ad identificarla con l'attività dell'attore formalizzata nella *formula*; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., 5 ss.; ID., *Il processo formulare*. I. *Introduzione – Nozioni fondamentali – I soggetti del processo. Lezioni dell'anno accademico 1947-48*, Genova 1948, 100 ss.; ID., *Il processo formulare*, II, cit., 92 ss.; ID., *s.v. "iudicium"*, cit., 335 s.; ID., *s.v. Azione (diritto romano)*, in NNNDI, 2, Torino 1958, 24 ss.; ID., *Diritto e processo nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli 1994, 32 ss.; ID., *Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica*, in SCDR 6, 1994, 19 ss. [= *Scritti giuridici (1985-1995)*, cur. L. VACCA, Napoli 2007, 857 ss.]; F. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, cit., 96 ss.; C. GIOFFREDI, '*Ius*' e '*actio*', cit., 217 ss.; G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi Biscardi*, IV, Milano 1983, 327 ss., il quale, contestando Pugliese sul punto della distinzione tra diritto soggettivo e azione, identifica quest'ultima con il diritto di assoggettare il debitore ad una sanzione; C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 308, il quale identifica l'*actio* con il potere di assoggettare il debitore al processo al fine di ottenere la sua condanna alla *litis aestimatio*. Lo studioso ritiene (236 s.) «metodologicamente ozioso, quanto alla natura dell'*actio* stessa, il chiedersi se essa sia solo materiale (escluso che si possa risolvere in un diritto

Infatti, nel linguaggio delle fonti giuridiche, il *denegare actionem*, se anche poteva sfociare nel rifiuto di concedere il programma di giudizio (in maniera coincidente al *denegare iudicium*), tuttavia non impediva al magistrato giudicante di tutelare le ragioni del convenuto mediante una cd. *datio exceptionis* la quale, naturalmente, presupponeva a monte la concessione della formula dell'azione chiesta dall'attore, rispetto alla quale l'*exceptio* sarebbe stata una parte eventuale.

6.1.1. Questa alternativa non deve stupire ove si rifletta sulle seguenti circostanze.

Sul piano dell'evoluzione storica va accolta a nostro avviso la ricostruzione proposta da Wlassak,¹¹⁸ secondo il quale l'*exceptio* si sarebbe sviluppata, nel processo formulare, a partire dal più ampio contesto rappresentato dal *denegare actionem*, esistente fin dalle *legis actiones*.

processuale astratto, ossia in un diritto che prescinde dalla verità dei fatti materiali e dalla conformità al diritto delle conseguenze traibili), ovvero se sia un diritto processuale concreto (che presuppone sempre un diritto soggettivo sostanziale), ovvero se sia un 'Anspruch' (una posizione creditoria sostanziale-processuale pretensiva). L'*actio* stessa, infatti, in Roma è tutta immersa nella sostanza dell'*obligatio*, ma ciononostante non è affatto riducibile ad un 'diritto alla prestazione', assurgendo invece essa a potere creditorio di assoggettare il debitore al processo».

R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*. III. *Actio. Iudicium*, cit., s.p., rinviene un valore anche e, fondamentalmente, materiale dell'*actio*, fuori da qualunque portata 'processuale': essa è capace di realizzare la pretesa attorea a prescindere dalla sentenza; ID., *Su D. 46.3.80*, cit., 613, il quale rileva che per l'età repubblicana l'*actio* «non è mero strumento processuale, ma conserva un valore materiale, per cui l'idea dell'*adstringi*, che la giurisprudenza classica collega all'*obligatio*, continua ad essere riferita anche all'*actio*».

Nella dottrina tedesca, furono le critiche all'idea diffusa fino a quel momento (sostenuta ad esempio da: J. C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, in *Rheinische Museum für Jurisprudenz* 6, 1834, 10; F. KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, I, Altona 1839, 156 ss.; F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja*, 5, Torino 1893, 4 ss.) che l'*actio* consistesse nel diritto alla tutela giudiziale approntata dagli organi dello Stato e derivante dalla violazione di un diritto, che prese avvio il dibattito del quale stiamo riferendo. In particolare, a riconoscere un valore materiale all'*actio* fu per primo B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, convinto che l'*actio*, spettante a prescindere dalla violazione di un diritto, coincidesse con una pretesa (*Anspruch*) perseguibile giudizialmente (*gerichtlich*). Le idee di Windscheid prevalsero, nonostante le obiezioni che subito gli vennero mosse da TH. MÜTHER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, Erlangen 1857, per il quale l'*actio* era la pretesa, nei confronti del pretore, al rilascio della *formula* nelle ipotesi di violazione di un diritto. Infatti, seppure con non indifferenti oscillazioni, riconoscono un valore (almeno anche e fondamentalmente) materiale all'*actio*: M. A. VON BETHMANN HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß, 2. Formulae*, cit., 207 ss.; E. I. BEKKER, *Ueber das Verhältnis von Actio und Obligatio*, in *ZRG* 9, 1870, 366 ss.; ID., *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin 1871, 4 ss.; ID., *Überschau*, cit., 188 ss., il quale ricostruiva l'*actio* in modo sincretico, identificandola con una pretesa perseguibile giudizialmente e fondata sul diritto alla prestazione; O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, 14 ss.; M. WŁASSAK, *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, Jena 1882, 59 ss.; ID., *s.v. actio*, in *PWRE* 1, Stuttgart 1894, coll. 304 ss.; L. WENGER, *Praetor und Formel*, München 1926, 11 ss.; ID., *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 11 ss.; E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel 1955, 92 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 483.

¹¹⁸ M. WŁASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede*, in *Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff*, Wien 1910, 25 ss. (= *Labeo* 13, 1967, 247 ss.); ID., *Praescriptio und bedingter Prozess*, cit., 154 ss.; ID., *Die klassische Prozeßformel. Beiträge zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien und Leipzig, 1924,, 138 e nt. 28.

La tesi dello studioso austriaco pare confermata, con riferimento alle *legis actiones*, dalla sicura attestazione di un *denegare legis actionem* discrezionale – basato cioè su di una valutazione nel merito della fondatezza delle ragioni dell'attore – che è attestato per il I sec. a.C. da un passo di Valerio Massimo e da una fonte epigrafica di età sillana.¹¹⁹

In questa ottica, del resto, si pongono i risultati cui è pervenuto di recente Sandro Corbino il quale ha dimostrato che già nelle *legis actiones* era permesso al giudice di tenere conto del fondamento delle difese del convenuto al fine di assolverlo: questa delega di accertamento naturalmente sarebbe derivata da una analisi del caso concreto svolta dal magistrato *in iure* e che avrebbe potuto provocare anche il rifiuto di concedere la *legis actio* richiesta dall'attore nelle ipotesi cosiddette liquide.¹²⁰

D'altra parte, con specifico riferimento al processo formulare, il *denegare actionem* è sempre testimoniato come possibile sbocco della *causae cognitio* discrezionale del magistrato giudicante

Se si accoglie questa ricostruzione, per quanto riguarda il processo formulare, appare evidente che l'ampiezza degli accertamenti demandati al giudice con l'*exceptio* sia accostabile a quella posta dal magistrato giudicante a base della decisione di *denegare actionem*.¹²¹

¹¹⁹ Val. Max. 7.7.5: *Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quia cum patre septem fratres impie exheredatos videbat;*

Lex Osca tabulae Bantinae, ll. 23-27 [FIRA I², 164 s.]: *Praetor sive praefectus posthac Bantiae erit, si quis apud eos cum | altero lege agere uolet aut pro iudicato manum asserere earum rerum | quae hisce in legibus scriptae sunt, ne quem prohibuerit magis X diebus proximis. Si quis contra | hoc prohibuerit, multa tanta esto: n. M.*

¹²⁰ Già nelle *legis actiones* il giudice sarebbe stato libero, in talune materie ed entro certi limiti, di tenere conto delle 'eccezioni difensive' del convenuto pur se non formalizzate in *exceptiones* in senso formulare, come messo in luce in modo convincente da: A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone e Otacilia Lateranense* (Val. Max. 8,2,2), in *Iuris Vincula. Studi Talamanca*, II, Napoli 2001, 265 nt. 64; ID., *Legis actiones ed eccezioni difensive*, in RHDFE 80, 2002, 387 ss.; ID., *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in *L'eccezione di dolo generale*, cit., 19 ss.

¹²¹ Così ricostruito il *denegare legis actionem*, si può provare a replicare all'obiezione che R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 42, nel contesto di una più ampia ricostruzione, muove alla tesi di Wlassak circa l'antecedenza storica del *denegare actionem* rispetto alla *praescriptio pro reo*: «Questa ricostruzione presenta alcune difficoltà. Innanzitutto vi sono forti dubbi in dottrina circa la configurabilità di una *denegatio actionis* nel processo *per legis actiones*, almeno nelle forme di un controllo discrezionale del magistrato, essendo verisimilmente possibile solo un controllo di legittimità». Ora, pur senza potere entrare nel vivace dibattito (vd. nota seguente) vertente sulla *praescriptio pro reo*, ci pare che, attestato nelle *legis actiones* un *denegare actionem* discrezionale (cfr. *supra* nt. 119), si può ammettere che il *denegare actionem* costituì, almeno a partire da una certa epoca, il modello al quale si ispirarono la *praescriptio pro reo* e l'*exceptio*.

Nella medesima prospettiva, ci sembra superabile anche un altro rilievo di R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 43: «se dovessimo immaginare una fase storica in cui il pretore poteva giudicare tutte le 'eccezioni' del convenuto – e dunque non solo nei casi di vizi di legittimità o palese infondatezza della domanda – e decidere di negare l'azione anche quando ricorressero fatti rilevanti sul piano del diritto pretorio, verrebbe da chiedersi quale fosse il ruolo del giudice: questi non potrebbe fare altro che ratificare le decisioni del pretore e condannare sempre, perché gli giungerebbero solo pretese fondate». Invero, è proprio l'evoluzione che dal *denegare actionem* conduce alla *praescriptio pro reo* e alla *exceptio* che potrebbe spiegare il senso di rinviare al giudice l'analisi di certe

Il giudice, infatti, avrebbe valutato il fondamento delle difese del convenuto al fine di assolverlo, allo stesso modo in cui il magistrato *in iure* avrebbe valutato tali difese al fine di rifiutare la concessione dell'azione.

Se dunque, con Wlassak, si ammette che l'*exceptio* (allo stesso modo della *praescriptio pro reo*)¹²² sia una parte della formula volta a demandare al giudice accertamenti che *in iure* avrebbero potuto condurre al *denegare actionem*, non può stupire che i giuristi considerassero l'*exceptio* accanto al *denegare actionem*, quali rimedi giustapposti e alternativi.

Possiamo congetturare che, rispetto a tale nozione di *denegare actionem*, si sia ritagliato nel corso del tempo un significato più limitato e tecnico alla locuzione *denegare iudicium*, allusiva nel linguaggio dei giuristi al rifiuto esclusivo di concedere il programma di giudizio, senza la possibilità dell'alternativa rappresentata dalla cd. *datio exceptionis*.

Né possiamo escludere che nella formazione delle locuzioni *denegare actionem* e *denegare iudicium* e delle nozioni da esse richiamate possa avere giocato un qualche ruolo la natura non processuale dell'*actio* romana, alla quale abbiamo accennato e che, invece, non caratterizzava il *iudicium*.¹²³

La natura non processuale dell'*actio* determinava che la prospettiva del giudizio fosse estranea all'*actio*. Se ci poniamo da questo punto di vista si capisce come una previsione astratta di *denegare actionem* non escludesse la *datio* di un *iudicium* munito di *exceptio*.

Infatti, una volta intentata l'*actio* ed effettuata la prima *editio actionis* (*extra ius*), solo se non si verificavano l'*indefensio*, la *confessio in iure* avente ad oggetto una *certa pecunia* e il *ius iurandum in iure delatum* – almeno con certezza nell'ipotesi in cui, riferito il giuramento decisorio all'attore, questi si fosse rifiutato di giurare¹²⁴ – i quali avrebbero imposto al magi-

questioni, specie relative a certe difese del convenuto che *in iure* potevano essere difficili da provare (si pensi alla irreperibilità dei testimoni della *litis contestatio*). Probabilmente fin dalle *legis actiones*, una volta bipartito il processo, il magistrato ebbe la possibilità di demandare al giudice l'accertamento di alcune questioni dal quale fare dipendere la condanna, come dimostrato da Corbino con riguardo a certe difese del convenuto che, nel processo formulare, si sarebbero tradotte in eccezioni formulari vincolanti per il giudice.

Accolgono l'idea che il *denegare actionem* stia alla base delle successive *praescriptio pro reo* ed *exceptio*: A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano 1956, 36 ss.; J. PÉTRAU-GAY, *Évolution historique des exceptions et des praescriptiones*, Paris 1916, 16 ss., con inversione dell'ordine di evoluzione storica tra *exceptio* e *praescriptio pro reo*, in contrasto con quanto attestato da Gai 4.133. In senso critico su questo specifico punto si vd. P. KOSCHAKER, Rec. di J. PÉTRAU-GAY, *Évolution historique des exceptions et des praescriptiones*, in ZSS 41, 1920, 336 ss.

¹²² In ordine alla ricostruzione del meccanismo di funzionamento della *praescriptio pro reo*, specie se essa si risolvesse in una condizione negativa della *litis contestatio* (come il *denegare actionem*) o della condanna (come l'*exceptio*) gli studiosi sono divisi; l'unico elemento intorno al quale si registra un certo accordo è rappresentato dall'idea che non tutte le *praescriptiones* divennero *exceptiones* ma solo quelle cosiddette processuali o pregiudiziali, come quella attestata da Gai 4.133. Si tratta di un tema che ha di recente acceso il dibattito romanistico, si vd.: R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 18 ss.; ID., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 4, 2011, 114 e nt. 50; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 15 ss.; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, in IAH 2, 2010, 147 ss.; L. PELLECCHI, Rec. di M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, in IVRA 57, 2008-2009, 487 ss.

¹²³ Cfr. *supra* nt. 1.

¹²⁴ Come abbiamo avuto modo di precisare *supra*, § 5.5. nt. 84.

strato di *denegare* l'azione, si sarebbe potuta concludere la *litis contestatio* e si sarebbe potuta aprire la fase *apud iudicem*. Altrimenti la controversia si sarebbe già chiusa *in iure* e la fase *apud iudicem* sarebbe stata superflua.¹²⁵

Se ci poniamo da questo angolo visuale, ci rendiamo conto che, una volta intentata l'azione, solo se non si verificavano eventi che impedivano la conclusione della *litis contestatio* sarebbe stato concesso il *iudicium*;¹²⁶ ciò implica che la prospettiva del giudizio era estranea all'*actio* la quale, anche se intentata non era detto che sfociasse in un *iudicium*. Per cui doveva apparire indifferente agli occhi dei giuristi romani che una previsione astratta di *denegare actionem* potesse sfociare, oltre che in un provvedimento di *denegare*, anche in un *decretum* di dare avente ad oggetto un programma di giudizio munito di *exceptio*, sulla base della quale il giudice avrebbe pronunciato una sentenza e, in particolare, una sentenza di assoluzione del convenuto se le ragioni dedotte nell'*exceptio* fossero state ritenute fondate.

Diversamente, quando l'oggetto dell'attività di *denegare* era rappresentato proprio dal *iudicium*, ossia dal programma di giudizio, non residuava spazio per una concorrente attività di *dare*, in quanto il *iudicium*, inteso sia come formula in astratto sia come formula in concreto, implica in tutti e due i casi l'atto del giudicare e, dunque, inevitabilmente, denegando il *iudicium* sarebbe stata impedita l'instaurazione del 'processo'.

¹²⁵ A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana. Note ed appunti*, Milano 1973, 58, identifica la *confessio in iure*, il giuramento decisorio e l'*indefensio* con «fatti capaci di escludere la lite». Ancora, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA, Torino 1991, 313, il quale precisa che solo «in mancanza di *confessio*, *indefensio* e *ius iurandum*, il processo *in iure* aveva il suo corso normale, il cui oggetto era la redazione definitiva della formula e la scelta del giudice o dei *recuperatores*, in vista della *datio iudicii* (o *actionis*) da parte del magistrato e della *litis contestatio*». Sul punto cfr. anche M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 286 e R. SANTORO, *Perpetuari obligationem*, cit. 201: «a negarle (*scil.* all'azione) questa natura non sta semplicemente la facile constatazione che nelle fonti non è dato rintracciare la nozione di 'processo', se, come si deve, ci si accorda nell'identificare il processo giurisdizionale come una serie di atti finalizzati al giudizio. Quel che nelle fonti si trova è, bensì, '*iudicium*', ma tale termine indica fundamentalmente non il procedimento, ma l'atto del giudicare. Ora, è facile osservare che l'*actio* opera anche a prescindere dal giudizio ... nei casi che non devono apparire eccezionali di *confessio in iure* (di *certa pecunia*), *indefensio* e *iusiurandum in iure delatum*. Il vero è che l'*actio* ha una natura propriamente esecutiva e il giudizio è solo un incidente nell'*actio*, che può dar luogo, ma solo in caso di *defensio*, al procedimento *apud iudicem*».

¹²⁶ Intendiamo riferirci alla decisione del convenuto di *non defendere*, alla *confessio in iure certae pecuniae* e al *ius iurandum in iure delatum*.

NOTE

GIUSEPPINA ARICÒ ANSELMO
(Università di Palermo)

Dal Foro al Comizio.
Un amichevole confronto di idee

DAL FORO AL COMIZIO. UN AMICHEVOLE CONFRONTO DI IDEE

1. In un libro di qualche anno fa¹ ho provato a ricostruire quella che fu a mio avviso la procedura seguita a Roma in epoca originaria per il compimento di atti richiedenti la partecipazione attiva o passiva delle curie, ovvero, in parole più semplici anche se meno precise, per lo svolgimento dei *comitia curiata*.² Sul tema torno adesso brevemente per replicare ad alcune osservazioni formulate da Bernardo Santalucia³ intorno all'aspetto che forse più d'ogni altro caratterizza l'accennata procedura, e cioè il trasferimento della moltitudine dei partecipanti dal Foro all'attiguo Comizio, ordinato loro dal re o, più tardi, dal magistrato presidente, tra la fine della *con(ven)tio* e l'inizio della fase successiva, fase quest'ultima riservata alle operazioni di voto e comunque, anche in caso di comizi non deliberativi, allo scioglimento dell'assemblea.⁴ Nel recensire il mio libro lo studioso fiorentino esprime dei dubbi sulla verosimiglianza del suddetto passaggio collettivo e sottopone a revisione critica alcuni elementi della dimostrazione fornita al riguardo, negando in sostanza la loro utilizzabilità nel senso voluto da chi scrive. Il tutto, con così garbata misura e innegabile sensatezza che volentieri avrei fatto a meno di controbattere allo stimato collega se le sue riserve non vertessero giusto sul tema da cui prende le mosse un mio lavoro di imminente pubblicazione. S'impone quindi in modo ineludibile un confronto con le considerazioni critiche del mio recensore, soprattutto al fine di spiegare per quali motivi, sebbene assai apprezzate e ben accette, esse non mi dissuadono dal persistere nell'idea criticata.

2. Nella discussione seguirò un percorso inverso a quello del Santalucia. Questi esamina dapprima un gruppo di testi da me addotti a conferma dell'originaria articolazione dell'antica procedura in più fasi consecutive con svolgimento topograficamente differenziato, per cui il

¹ *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino, 2012, che non potrò far a meno, mio malgrado, di richiamare frequentemente nel corso di questa breve nota.

² Valgono anche per la procedura in questione le osservazioni formulate in *Antiche regole procedurali*, cit., 25, sulla dubbia adattabilità della terminologia "comiziale" alla diversa (ma non poi tanto) procedura originariamente adibita per il compimento di atti richiedenti la partecipazione attiva o passiva del popolo in ordine centuriato.

³ Nel recensire il mio libro, in SDHI, 80, 2014, 528-540.

⁴ Al tema è dedicato l'ultimo capitolo dell'opera recensita, che nei capitoli precedenti si occupa invece della procedura, a noi nota da Varr. *De l. Lat.* 6.86-95, applicata in epoca risalente ai fini dell'esercizio delle competenze politiche dell'*exercitus centuriatus*.

popolo, al termine della *con(ven)tio*, doveva appunto spostarsi dal Foro, sede della fase ora detta, al Comizio, sede di quella conclusiva. Dopo aver dissentito ragionatamente dalle interpretazioni da me proposte per ciascuno di essi, l'A. mi oppone un'ultima difficoltà basata sulla diffusa, anche se non incontrovertita, opinione che il Comizio fosse uno spazio inaugurato, un *templum*. Opinione che non avevo mancato di confutare nella mia indagine,⁵ in quanto incompatibile con un dato che rivestiva lì una notevole importanza: e cioè che l'area del Foro dove si teneva la *con(ven)tio* coincideva con quella dov'erano stati presi gli *auspicia* richiesti in via preliminare per la validità del procedimento, e doveva perciò, necessariamente, essere un *auguratum templum*.⁶ Ciò posto, se fosse vero, secondo l'opinione accolta dal Santalucia, che anche il Comizio era un *templum*, Egli avrebbe ragione di trovare scarsamente credibile l'ipotizzato spostamento collettivo, «non essendovi (come la stessa A. rileva) alcuna necessità di un passaggio da un *locus inauguratus* a un altro *locus inauguratus*».⁷ Non mi pare però, devo dir francamente, che Egli apporti a sostegno di quell'opinione argomenti incontrovertibili.

Che il Comizio fosse artificialmente orientato secondo i punti cardinali è tutt'altro che dimostrato.⁸ Non valgono a provarlo né Cic. *De rep.* 2.17.3, né Plin. *Nat. Hist.* 7.60.212, testi qualche volta invocati, sulla base di interpretazioni assai opinabili, a sostegno dell'opinione qui discussa,⁹ e comunque non richiamati dal Santalucia. Quanto alla serie di pozzetti «ancora chiaramente riconoscibili sul lato meridionale dell'area»,¹⁰ non discuto (pur con qualche dubbio al riguardo)¹¹ la loro interpretabilità come i resti della recinzione di un'area auguralmente delimitata. Non vedo tuttavia perché vi si debba ravvisare il limite sud di un fantomatico *templum* del Comizio – mai menzionato nelle fonti –, e non piuttosto, a mio avviso più plausibilmente, il limite nord del *templum* attestato, questo sì, dalle fonti nell'area del Foro¹² che si

⁵ *Antiche regole procedurali*, cit., 285 ss., con richiamo all'ampio seguito di cui essa gode in letteratura (*loc. cit.*, ntt. 878-880), nonché ai suoi, pochi, oppositori (*loc. cit.*, nt. 884).

⁶ Sulla localizzazione del *templum* del Foro, sulla sua relazione con i *Rostra* e sulla sua sicura identificabilità con il *templum* menzionato nel primo dei due estratti del *Commentarium vetus anquisitionis* (Varr. *De l. Lat.* 6.91), quale sede dei riti auspiciali preliminarmente necessari ai fini del procedimento, v. *Antiche regole procedurali*, cit., 288 ss.

⁷ B. SANTALUCIA, rec. a G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, cit., 539.

⁸ Cfr. P. CARAFA, *Il Comizio di Roma dalle origini all'età di Augusto*, Roma, 1998, 117.

⁹ Per i due testi e per le obiezioni cui si presta la loro utilizzazione da parte dei fautori dell'opinione qui criticata, v. *Antiche regole procedurali*, cit., 285 s. e nt. 880.

¹⁰ B. SANTALUCIA, *loc. cit.*

¹¹ Sulla dubbia funzione dei pozzetti v. H. MOURITSEN, *Pits and politics: interpreting colonial fora in Republican Italy*, in *Papers of the British School at Rome*, 72 (2004), 36-67.

¹² Oltre che dalle fonti (per le quali v. *infra*, nt. 13), questo *templum* del Foro è attestato (per chi crede nella loro funzione augurale) da tre allineamenti di pozzetti scoperti nella piazza. Interessante ciò che scrive al riguardo F. COARELLI, *Il Foro Romano II*, Roma, 1985, 130: «Siamo dunque in grado di riconoscere la presenza di pozzetti su tre lati della piazza: anche se la loro esistenza non è ancora testimoniata sul lato nord, è certo che si tratta solo di un vuoto della documentazione che potrà essere eventualmente colmato da future esplorazioni. La delimitazione sacrale del Foro appare dunque dimostrata, etc.». Curioso che l'A. non abbia pensato alla possibilità che il segmento sul lato nord – unico a suo dire ancora mancante per completare il quadrilatero augurale del Foro – sia da identificare con il segmento meridionale, unico finora scoperto, del preteso *templum* del Comizio (su cui v. ID., *I luoghi del processo*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana tra norma e persuasione* [CUIF. B. SANTALUCIA], 2009, Pavia,

estendeva al di qua del confine meridionale del Comizio e nella quale sorgevano i *Rostra*.¹³

3. I testi sui quali s'era prima soffermato il Santalucia sono, nell'ordine: due passi di Dionigi di Alicarnasso, 6.67 e 7.17, uno di Macrobio, *Sat.* 3.16.15, l'accoppiata Cic. *Lael.* 25.96 - Varr. *De re rust.* 1.2.9, e infine Ascon. *In Corn.* 56 STANGL.¹⁴

Incomincio dall'ultimo. Viene qui in considerazione quel particolare momento dell'iter procedurale dei comizi tributivi legislativi in cui, immediatamente prima dell'inizio delle votazioni, il magistrato rivolge al popolo, ancora *confusus in contione*, un ordine di "trasferimento": ... *i u b e t eum (scil. populum) is qui fert legem discedere*. Scopo di tale ordine – si prende cura di spiegare lo scoliaste – non è, come potrebbe pensarsi stando all'uso comune del verbo *discedere*, di ottenere che il popolo si allontani, vada via, dal luogo dove gli è stata presentata la proposta di legge, sì piuttosto che ciascuno prenda posto nella propria tribù predisponendosi all'imminente *suffragium*.

Ora, nella discordanza, sottolineata da Asconio, tra la funzione del *iussus discedendi* emesso dal *lator legis* e il significato comune del verbo con cui lo stesso *iussus* è formulato si rispecchia, a mio modo di vedere, la funzione originaria di questo atto: che un tempo serviva effettivamente, in sintonia con l'uso corrente di *discedere*, a realizzare il trasferimento del popolo dal luogo in cui il comando era stato emesso, al termine della *contio*, a quello in cui doveva tenersi l'assemblea formale. Fu solo in seguito alla sopravvenuta concentrazione dell'intera procedura in un'unica sede e alla conseguente abolizione della necessità del trasferimento, che l'atto, prima rispondente a tale necessità, venne adattato alla funzione descritta dal commentatore di Cicerone. Scrive al riguardo il Santalucia: «L'osservazione è acuta, ma difficile da accettare, poiché il trasferimento in questione, come si è sopra veduto, è una congettura non dimostrata». ¹⁵ A Suo giudizio, sembra dunque d'intendere, l'interpretazione

4). Più che di «un vuoto della documentazione» si tratta, verrebbe da dire, di un tipico caso di invisibilità dell'evidenza: che il *templum* era uno solo e apparteneva alla piazza del Foro, apparirebbe forse un dato del tutto ovvio se non vi fosse ad oscurarlo l'inevitabile idea del Comizio come spazio inaugurato. Non darei peso, per altro, al fatto che la linea di pozzetti a sud del Comizio appare orientata in senso divergente rispetto all'insieme delle tre linee del Foro. Ciò potrebbe esser dovuto alla stessa ragione addotta dal Coarelli (*loc. cit.*) per spiegare le divergenze riscontrabili, nei loro rapporti reciproci, tra gli stessi allineamenti del Foro: e cioè la loro ascrivibilità a fasi diverse della planimetria della piazza.

¹³ Ai quali l'appellativo di *templum*, con cui non di rado vengono indicati nelle fonti (v. Liv. 8.14.2; 23.10.5; Cic. *De inv.* 2.52; *In Vat.* 7.18; 10.14; *De imp. Cn. Pomp.* 70), si applicava per metonimia, essendo la tribuna dei *Rostra* il principale elemento identificativo dell'area auguralmente delimitata nella quale essa sorgeva. Su ciò v. *Antiche regole procedurali*, cit., 288 ss.

¹⁴ Nello stesso ordine questi testi sono riportati e discussi in *Antiche regole procedurali*, cit., 298-325. Di essi, i due di Dionigi sono i soli che facciano riferimento, pur se in modo non esplicito, ai *comitia curiata*, mentre il procedimento comiziale di cui si tratta in tutti gli altri è sicuramente riferibile ai *comitia tributa*. Ragione per la quale l'utilizzazione di questi altri testi a favore della tesi da me sostenuta (cioè, che il procedimento dei *comitia curiata* prevedesse originariamente, tra la *contio* e l'assemblea formale, una cesura strutturale segnata dal passaggio dei quiriti dal Foro al Comizio) si fonda sul postulato che gli stessi *comitia tributa*, notoriamente venutisi a modellare, sia nella struttura organizzativa sia nelle modalità di funzionamento, sui *comitia curiata*, ne avessero anche riprodotto (fino al 145 a.C.) l'originario impianto topografico. Su ciò, v. *Antiche regole procedurali*, cit., 301.

¹⁵ B. SANTALUCIA rec. a G. ARICÒ ANSELMO, cit., 539.

da me proposta del passo di Asconio soffre di una carenza dimostrativa di cui non è affetta in se stessa, ma che le deriva dalla debolezza di un precedente passaggio dell'argomentazione. Bisogna pertanto risalire la china del ragionamento, lungo la quale si incontra subito la questione relativa ad un'innovazione, introdotta nel 145 a.C. per iniziativa del tribuno C. Licinio Crasso nel procedimento dei comizi legislativi, di cui danno notizia Cic. *Lael.* 25.96 e Varr. *De re rust.* 1.2.9. Si tratta di stabilire in che cosa consistette l'innovazione. Per me non v'è altro modo di intendere la duplice testimonianza di Cicerone e di Varrone se non nel senso che C. Licinio inaugurò la consuetudine di far votare il popolo nel Foro anziché ordinarne, al termine della *contio*, lo spostamento nel Comizio dove s'era invece, fino ad allora, seguita la consuetudine di tenere l'assemblea deliberativa. Il Santalucia non condivide tale interpretazione, anche in questo caso, come in quello di Ascon. *In Corn.* 56 STANGL, per ragioni estrinseche all'interpretazione stessa: «come si è appena veduto – Egli scrive – le testimonianze di Dionigi e di Macrobio non provano affatto che prima di Crasso la *contio* si tenesse nel Foro e la votazione nel Comizio, né che vi fosse un passaggio collettivo dall'una all'altra sede».¹⁶ Si capisce dunque che determinante dal Suo punto di vista per l'intera questione è l'inaccogliabilità del significato da me attribuito alle citate testimonianze di Dionigi e di Macrobio, e che in tale giudizio rimangono coinvolti, diciamo così per trascinamento, gli argomenti a sostegno della mia idea ricavati dai testi di Asconio, di Cicerone e di Varrone.

4. Andiamo quindi al cuore della contestazione e puntiamo dapprima, sempre andando a ritroso, su Macr. *Sat.* 3.16.15. Nel passo è riportato un frammento di un'orazione di C. Tizio, contenente la descrizione di una scenetta della quale interessano particolarmente ai nostri fini gli aspetti topografici. La scenetta è ambientata nel Foro dove alcuni individui si sono dati convegno per un processo in cui sono chiamati ad esercitare una non ben chiara funzione giudicante.¹⁷ Sede del previsto giudizio è il Comizio,¹⁸ ma i suddetti personaggi non mostrano la minima fretta di recarvisi e si attardano nel Foro infervorandosi nel gioco dei dadi. Giunta l'ora decima, mandano un servetto nel Comizio a chiedere notizie sull'andamento di un'assemblea popolare legislativa che, viene così ad appurarsi, s'è appena svolta o sta giusto finendo di svolgersi dietro le quinte del palcoscenico occupato in primo piano dal bivacco dei giocatori. Questi vogliono sapere com'è andato nel Foro il dibattito tra suatori e dissuasori della legge: *...iubent puerum vocari ut comitium eat percontatum quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint*. Dal che si desume, mi pare, che la *contio* nel corso della quale s'è dibattuto sulla proposta di legge era già terminata al loro arrivo nel Foro dove, com'è detto espressamente nel testo, ha avuto luogo il dibattito accennato; altrimenti non si spiegherebbe la loro richiesta di informazioni al riguardo. Essi vogliono inoltre sapere quante tribù hanno votato a favore e quante contro: *quot tribus iusserint, quot vetuerint*. È a me sembra ovvio, anche se non specificato nel testo, che le tribù abbiano votato, o stiano finendo di votare, non nel Foro, bensì nel Comizio: è nel Comizio infatti che il servo è inviato a chiedere notizie sull'esito delle votazioni; ed è verso il Comizio che questi svogliatissimi giudici si

¹⁶ B. SANTALUCIA rec. a G. ARICÒ ANSELMO, cit., 538.

¹⁷ Macr. *Sat.* 3.16.14: *...homines prodigos in forum ad iudicandum ebrios commeanes...*

¹⁸ Inequivocabilmente individuato come tale in Macr. *Sat.* 3.16.15: *...Inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant.*

decidono infine ad avviarsi, verosimilmente perché, avendo appreso dal servo dell'avvenuto, o imminente, scioglimento dell'assemblea, si sono resi conto di non aver più alcun pretesto per differire ulteriormente il loro arrivo sul luogo, ormai sgombro o prossimo a sgombrarsi, nel quale hanno da espletare il loro compito giudiziale. Letto in tal modo il brano di Macrobio dimostra, se non sbaglio, che quando fu composta l'orazione da cui proviene il frammento citato dall'autore dei *Saturnalia*, nel Comizio si tenevano assemblee deliberative delle tribù, precedute nel Foro da *contiones* al termine delle quali doveva per forza verificarsi un trasferimento della moltitudine dei partecipanti, certo per ordine del magistrato, dallo stesso Foro al Comizio. Sull'epoca dell'orazione Macrobio fornisce un elemento prezioso: si tratta della *suasio* pronunciata da C. Tizio a sostegno della *lex Fannia*, di cui si sa con sicurezza che fu approvata nel 161 a.C. Sicché, se l'orazione è coeva della legge – e per quanto mi riguarda non vedrei motivo di dubitarne –, non mi pare azzardato affermare che nel frammento citato da Macrobio si rispecchia direttamente la situazione attestata in modo indiretto da Cic. *Lael.* 25.96 e Varr. *De re rust.* 1.2.9 per l'epoca anteriore al 145 a.C.: anno in cui, stando almeno alla mia interpretazione dei due testi ora richiamati, il Comizio cessò di esser teatro di assemblee deliberative delle tribù; le quali a partire da quell'anno, per effetto della riforma di C. Licinio, si tennero invece nel Foro subito di seguito alla *contio*, senza più la precedente distinzione tra la sede del dibattito preparatorio e quella della votazione popolare, con conseguente abolizione del trasferimento collettivo prima necessario dall'una all'altra. B. Santalucia trova poco persuasivo l'intero ragionamento e lo confuta su tutta la linea. Nulla nel passo di Macrobio lascerebbe pensare ad una dislocazione differenziata delle operazioni di voto rispetto alla precedente *contio*: «La procedura chiaramente si svolge, senza soluzione di continuità, nel Foro. Nel Comizio va solo lo schiavetto a raccogliere notizie».¹⁹ L'episodio inoltre sarebbe da collocare, non prima ma dopo il 145 a.C., come l'A. ritiene accogliendo una tesi, non nuova in dottrina, secondo cui C. Tizio avrebbe esercitato la sua attività forense negli ultimi decenni del II secolo a.C.²⁰ Ora, su quest'ultimo punto mi permetto di rinviare agli argomenti efficacemente utilizzati da B. Albanese per mostrare la scarsa consistenza degli elementi su cui si fonda il rifiuto da parte di alcuni studiosi della collocazione cronologica più alta, a favore del presumibile inquadramento più tardo del personaggio in questione.²¹ Per quanto riguarda invece la scenetta evocata da Macrobio, mi chiedo che ragione avrebbero dei soggetti, i quali si trovano nel Foro, d'invitare un servo nel Comizio per aver notizie delle votazioni che si sarebbero svolte o si starebbero svolgendo nel Foro medesimo. Sarà vero, generalmente parlando, che il Comizio è «il luogo più adatto per attingere informazioni»,²² ma non su un evento che si sta svolgendo nella piazza adiacente, dove gli interessati, presenti

¹⁹ B. SANTALUCIA, rec. a G. Aricò Anselmo, cit. 538.

²⁰ Si colloca tra i seguaci di questa tesi J.- M. DAVID, *Le patronat judiciaire au dernier siècle de la république romaine*, Rome, 1992, 699 s., al quale si richiama adesivamente B. Santalucia (rec. cit., 538). Per conciliare il fatto che C. Tizio viene presentato da Macrobio come *suasor* della *lex Fannia* (161 a.C.) con il presunto inquadramento più tardo dell'oratore, il David giudica «eccellente» la soluzione a suo tempo proposta dal Cichorius (respinta da F. COARELLI, *Il Foro Romano II*, cit., 163): la *suasio* sarebbe stata pronunciata, non già per far approvare la legge, ma per opporsi ad un tentativo di abrogarla.

²¹ B. ALBANESE, *La menzione del merities in XII Tab.* 1.6-9, in *Scritti giuridici III* (cur. G. FALCONE), Torino, 2006, 131 ss.

²² P. FRACCARO, *Studi sull'età dei Gracchi*, in *Studi storici per l'antichità classica*. N. S., 1913, 129 nt. 4.

sul posto, potrebbero – se non addirittura, sia pur da lontano, averne seguito essi stessi lo svolgimento – ottenere di prima mano le informazioni desiderate interrogando, o facendo interrogare dallo schiavetto, qualcuno dei partecipanti all’assemblea di cui la piazza dovrebbe immaginarsi stracolma. E poi, non è forse evidente il nesso che lega tra loro il dato temporale, “*Ubi horae decem sunt*”, l’invio dello schiavetto nel Comizio, “*iubent puerum vocari ut comitium eat percontatum...*”, e la decisione di avviarsi verso il Comizio stesso, “*Inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant*”? Non è, voglio dire, per un’oziosa curiosità che il *puer* viene incaricato di espletare il suo incarico investigativo nel luogo accennato, sì piuttosto per la sopraggiunta preoccupazione dei poco degni personaggi di non far in tempo ad assolvere il loro compito giudiziale nella sede a ciò designata, in cui non si sono finora curati di recarsi con la scusa che era occupata dal popolo lì riunito per votare una legge.

5. Vengono per ultimi Dion. Hal. 6.67 e 7.17. I due passi riguardano avvenimenti del 491 e, rispettivamente, del 490 a.C., sullo sfondo dei quali si delinea un procedimento, nel primo caso attivato dai consoli, nel secondo dai tribuni della plebe, allo scopo di ottenere dal popolo, o rispettivamente dalla plebe, l’approvazione formale di una loro proposta deliberativa. Approvazione che, in mancanza di specificazioni da parte di Dionigi, può immaginarsi espressa nella forma comiziale più antica, e cioè dalla moltitudine raggruppata per *curiae*. Chiaramente riconoscibile in tutt’e due i testi, pur in mancanza, anche stavolta, della terminologia consueta, è il riferimento ad una *contio* nel corso della quale i consoli, o uno dei tribuni, illustrano il motivo della convocazione a una folla disordinatamente stipata nell’*ἀγορά*: termine indicante senza possibilità di equivoco il Foro Romano. Non risulta chiaro invece che cosa sia, come si configuri materialmente parlando, per Dionigi il *Volcanal*, menzionato in entrambi i testi con il nome greco di *ἱερὸν τοῦ Ἡφαίστου* o *Ἡφαίστειον*. Di esso si legge, in 6.67.2, che i consoli vi si diressero attraverso l’*ἀγορά* gremita dalla folla convocata qualche giorno prima; e, in 7.17.2, che i tribuni, giunti durante la notte nell’*ἀγορά* insieme a Bruto e a un buon numero di gregari, lo occuparono prima di chiamare la plebe all’adunanza. Sia nell’uno sia nell’altro caso, subito dopo averlo nominato, Dionigi si prende cura di aggiungere il seguente ragguaglio esplicativo: *ἐνθα ἦν ἔθος αὐτοῖς τὰς ἐκκλησίας ἐπιτελεῖν*,²³ che per me significa: “d o v e era loro costume c o n d u r r e a t e r m i n e le assemblee”; mentre il Santalucia intende la frase in quest’altro modo: “d a d o v e si era soliti c o n d u r r e le assemblee”. Differenza non da poco dacché, stando alla prima interpretazione, Dionigi si raffigurerebbe il *Volcanal* come un’area adibita, per antica regola consuetudinaria, allo svolgimento delle assemblee nella loro fase conclusiva, cioè quella nella quale il popolo si ordinava per *curiae*. Area che, tenuto conto della sua contiguità al Foro, chiaramente desumibile da tutt’e due le narrazioni, sarebbe senz’altro da identificare con il *comitium*: il cui nome, sappiamo appunto da Varrone, deriva dal fatto che lì *coibant comitiis curiatis*.²⁴ Ci si troverebbe così d’accordo con F. Coarelli, sostenitore della coincidenza, per l’Alicarnassese, tra *Volcanal* e *comitium*.²⁵ Ma soprattutto si avrebbe ragione, così, di pensare che nella testimonianza di

²³ Dion. Hal. 6.67.2. La frase ricompare in 7.17.2, con la sola differenza che a *τὰς ἐκκλησίας ἐπιτελεῖν* è qui sostituito *ἐκκλησιάζειν*.

²⁴ *De l. Lat.* 5.155

²⁵ *Il Foro Romano I*, Roma, 1983, 164. Di diverso avviso, sull’argomento, P. CARAFA, *Il Comizio di*

Dionigi si sia conservato uno sfocato ricordo della procedura originariamente seguita per le deliberazioni dei *comitia curiata*, procedura caratterizzata da una *contio* nel Foro, seguita dall'assemblea curiata nell'attiguo Comizio, con intermedio passaggio collettivo dall'una all'altra sede. Le cose cambiano completamente se si segue invece l'interpretazione del Santalucia: Dionigi si riferirebbe proprio al santuario di Vulcano e vorrebbe dire, con la frase su citata, che questo veniva utilizzato come tribuna dall'alto della quale si presiedevano le assemblee svolgentisi nell'antistante piazza del Foro, dove, stando ad un paio di passaggi del racconto,²⁶ si sarebbe autorizzati a pensare si tenessero consecutivamente sia la *contio* sia le successive votazioni.

In tutta franchezza, devo dire, non mi sembra che i due passaggi in questione siano univocamente interpretabili nel senso voluto dal Santalucia.²⁷ Per quanto riguarda, poi, l'ac-

Roma, cit., 103 ss., richiamato dal Santalucia, che da parte sua trova discutibile l'accennata opinione di Coarelli.

²⁶ Si tratta di Dion. Hal. 6.66.4 e 7.17.4.

²⁷ Dion. Hal. 6.66.4: siamo all'epoca della prima secessione della plebe. Il contesto è quello della discussione in Senato sull'opportunità di venire ad un accordo con i rivoltosi. I consoli, convinti che l'ultima parola spetti al popolo, dichiarano la loro intenzione di convocarlo nel Foro e poi, dopo che i senatori si saranno pronunciati sul da fare, di sottomettere tale decisione al voto popolare: *παραγγείλαντες δὴ τῷ πλήθει παρεῖναι... εἰς τὴν ἀγοράν, ἐπειδὴν ὑμεῖς ἀποδείξησθε τὰς γνώμας, ἀποδώσωμεν αὐτῷ τὴν ψήφον*. Non vedo nulla in questa frase che faccia necessariamente pensare ad una coincidenza tra il luogo dell'adunanza, l'*ἀγορά*, e quello in cui i consoli dicono di voler rimettere la questione al voto popolare. In Dion. Hal. 7.17 il contesto è cambiato: i tribuni della plebe, appena istituiti, vogliono far approvare una legge che sancisca il loro diritto di parlare alla moltitudine senza esser interrotti. A tal fine, essendo prevedibile l'opposizione dei consoli, fino ad allora titolari esclusivi della facoltà di convocare le assemblee popolari, bisogna agire in gran fretta. Di notte, dopo aver occupato il *Volcanal*, i tribuni chiamano a raccolta la plebe; non appena il Foro si è riempito, si fa avanti Sicinio che, con un discorso contro i patrizi, infiamma la folla e, quando questa gli chiede a gran voce di presentare la legge, egli, avendone già pronto il testo scritto, ne dà lettura senza perder tempo. A questo punto, in 7.17.4, ecco la frase controversa: a seconda di come la si legga, essa può significare che Sicinio 1) "fece votare il popolo immediatamente" (*ψήφον διδωσι τῷ πλήθει περὶ αὐτοῦ παραχρῆμα ἐπενεγκεῖν*); 2) "fece distribuire immediatamente le tessere per la votazione" (*ψήφον ἀναδίδωσι τῷ πλήθει περὶ αὐτοῦ παραχρῆμα*). La prima lettura (JACOBY), accolta dal Santalucia, gli permette di argomentare che la votazione seguì, senza soluzione di continuità, al discorso di Sicinio e quindi nello stesso luogo, il Foro, in cui questo era stato pronunciato. La seconda (REISKE) apre invece a me uno spiraglio sufficiente per introdurre, tra la distribuzione delle tessere e la votazione, l'ipotizzato passaggio dal Foro al *Volcanal*. Spiraglio subito richiuso, però, dall'obiezione del Santalucia che «le tessere, come è attestato dal noto denario di P. Licinio Nerva, erano date ai votanti nel luogo stesso in cui essi votavano». Potrei replicare che quel denario rispecchia il sistema di votazione sui *pontes*, in cui ciascun votante riceveva la tessera al momento di deporla nell'urna, mentre nell'episodio di Dionigi dovremmo immaginare una distribuzione collettiva di tessere, necessariamente attuata in un momento antecedente a quello del voto. Ma avrei soprattutto qualcosa da osservare sull'affermazione dell'A. secondo cui i due passi dionisiani dimostrerebbero «che le riunioni deliberative dell'assemblea curiata erano originariamente tenute non solo nel Comizio ma anche nel Foro (così come *in comitio aut in foro* ancora all'epoca delle XII Tavole i magistrati esercitavano le loro funzioni giurisdizionali)». Leggo in questa affermazione un implicito riferimento alla nota testimonianza di Varr. *De l. Lat.* 5.155 (già citata poc'anzi) a proposito del Comizio come sede dell'attività deliberativa dell'assemblea curiata, nonché dell'attività dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, cioè, in pratica, nella loro qualità di organi preposti al *lege agere*. Secondo l'A., evidentemente, non vi è contraddizione tra la testimonianza ora detta e la notizia, a Suo avviso desumibile dai due passi dionisiani, di deliberazioni *in foro* dell'assemblea curiata. Il confronto mostrerebbe semplicemente che il Comizio non era la sede esclusiva

cennata disparità di vedute sul significato della frase apposta da Dionigi alla menzione del *Volcanal*, non intendo di sicuro impuntarmi sulla mia interpretazione. In se stessa, la frase si presta forse ad essere intesa sia nell'uno sia nell'altro modo; e proprio per questo la considererei non adatta ad impegnarvi con troppa convinzione, non solo a favore ma, se il mio recensore permette, neanche contro la tesi da me sostenuta. Alla quale, del resto, non è certo Dionigi ad offrire il punto di maggior forza. Dirò anzi che anche gli altri testi qui discussi, da Asconio a Macrobio, passando per il duo Cicerone-Varrone, valgono soprattutto, dal mio punto di vista, a confermare ciò che mi pare venga fuori con quasi tangibile evidenza da alcuni dati osservabili in rapporto al procedimento cui è dedicata la prima e più ampia parte della mia indagine sui *comitia*. Su questo procedimento, anticamente utilizzato per il compimento di atti richiedenti la partecipazione attiva o passiva del popolo in assetto centuriato, e a noi noto da Varr. *De l. Lat.* 6.86-95, l'indagine ha condotto a dei risultati che godono, ho il privilegio di poter dire, dell'aperta adesione di Bernardo Santalucia. Non so, invece, che cosa l'A. pensi delle osservazioni che si trovano sviluppate, in stretta connessione con quei risultati, nei primi paragrafi dell'ultimo capitolo,²⁸ osservazioni alle quali Egli non manca di far cenno nell'accuratissimo resoconto sull'opera recensita, senza però esprimere su di esse un giudizio critico. Ebbene, alla luce di quelle osservazioni – che, com'è ovvio, devo astenermi dal riportare qui – appare estremamente probabile che l'accennato procedimento preesistesse alle utilizzazioni attestate da Varrone: che la sua origine, voglio dire, sia da connettere ai primi riconoscimenti di competenze costituzionali al popolo nel suo assetto politico più antico, cioè all'assemblea delle curie, e che solo in seguito esso sia stato esteso ad atti di competenza dell'assemblea centuriata. Tale estensione dovette realizzarsi attraverso un adattamento che non ne modificò la struttura di base, ma si limitò a renderla compatibile con il divieto, certo tanto antico quanto gli stessi *comitia centuriata*, di tenere tal sorta di comizi all'interno del *pomerium*.²⁹ Tutto porta a pensare, in altre parole, che il procedimento previsto per le riunioni deliberative dei *comitia centuriata*, di cui dà notizia Varrone, fosse in

di tali assemblee, le quali, come attestato appunto da Dionigi, potevano in origine tenersi anche nel Foro. E del resto, che neanche l'attività del *lege agere* fosse originariamente vincolata in modo esclusivo al Comizio sarebbe provato dal precetto di XII *Tab.* 1.7, che riconosceva ai magistrati la facoltà di esercitare le loro funzioni giurisdizionali *in comitio aut in foro*. In sostanza, il confronto tra Varr. *De l. Lat.* 5.155 e XII *Tab.* 1.7 avvalorerebbe, diciamo così per parallelismo, ciò che l'A. ritiene di poter desumere dal confronto tra la stessa testimonianza varroniana e i due passi di Dionigi. Ora, senza entrare nella questione se il Comizio fosse, o non, l'unico luogo idoneo per l'ordinamento più antico alle due attività accennate (v. al riguardo, *Antiche regole procedurali*, cit., 283 ss., dove la questione è risolta in senso affermativo), vorrei soltanto esprimere qualche dubbio sulla confrontabilità, nel senso appena detto, di Varr. *De l. Lat.* 5.155 con XII *Tab.* 1.7. Questo precetto, "*ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunt*", prevede la possibilità per i litiganti di compiere alternativamente nel Comizio o nel Foro la *causae coniectio*. Esso riguarda quindi un momento del processo che propriamente appartiene già alla fase della *iudicatio*. Sicché, trattandosi di un atto non rientrante nell'ambito della *iurisdictio* e non dovendo perciò esser necessariamente compiuto *in iure*, si capisce che potesse esser anche realizzato *in foro*, lontano dal *tribunal*, originariamente ubicato, com'è noto, proprio nel Comizio (considerazioni analoghe, con gli essenziali raggugli bibliografici sull'argomento, in *Antiche regole procedurali*, cit., nt. 869). Se le cose stanno così, viene meno, mi pare, il parallelo utilizzato dal Santalucia a supporto della Sua analisi dei due passi dionisiani.

²⁸ *Antiche regole procedurali*, cit., 259-281.

²⁹ Cfr. Gell. 15.27.5: *Centuriata comitia intra pomerium fieri nefas esse*.

tutto identico a questo, chiamiamolo così “modello curiato”, fuorché nel tratto finale, quello che dalla *vocatio ad comitatum* del magistrato, emessa nel Foro sede della *contio*, si snodava attraverso il *comitatus* fino al voto nel Campo Marzio da parte del popolo costituito in centurie. Tratto finale nel quale si capisce che il modello originario dovesse necessariamente differire dal modello derivato, dacché i *comitia curiata*, al contrario dei *centuriata*, non potevano, come si sa, tenersi al di fuori del *pomerium*.

Se ciò è vero, e per negarlo bisognerebbe in qualche modo discuterne, ci si può a mio avviso considerare senz'altro autorizzati a trarne una conseguenza: che al *comitatus*, necessario ai fini dei *comitia centuriata* affinché la moltitudine adunata nel Foro raggiungesse il Campo Marzio, sede deliberativa di tali *comitia*, dovesse corrispondere, nel procedimento dei *comitia curiata*, un analogo snodo procedurale, in cui i quiriti, al termine della *contio*, si trasferivano dal Foro in un diverso luogo idoneo alla costituzione dell'assemblea curiata. E questo luogo, necessariamente interno all'Urbe, non altro poteva essere se non l'adiacente Comizio: dove essi, dice appunto Varrone, *coibant comitiis curiatis*.

GIACOMO D'ANGELO
(Università di Palermo)

Vadimonium e cautio se exhibiturum
in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*)

VADIMONIUM E CAUTIO SE EXHIBITURUM IN D. 2.9.2.1 (PAUL. 6 AD ED.)

1. Limitiamo questo breve intervento, nel quadro di più ampi studi che abbiamo in corso sul tema delle azioni nossali, all'esame di un problema specifico sollevato da:

D. 2.9.2.1 (Paul. 6 ad ed.): *Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel iudicio eum sisti promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum* rell.

Paolo prendeva in considerazione l'ipotesi in cui, assente *in iure* lo schiavo accusato di un delitto,¹ il suo *dominus* avesse risposto positivamente alla *interrogatio* c.d. 'de potestate' (o 'an servus in potestate eius sit' o 'an servum in potestate habeat').²

Come è noto, circa il significato da attribuire a 'potestas' in questa *interrogatio*, la dottrina si è divisa fundamentalmente in due orientamenti.

Da una parte,³ si è ritenuto che il termine in questione alludesse a un potere complesso sullo schiavo, risultante dall'unione di un elemento giuridico (il *dominium ex iure Quiritium* o altre situazioni ad esso equiparate agli effetti della legittimazione passiva alle azioni nossali) e di un elemento di fatto (la disponibilità materiale del servo).

¹ O. LENEL, *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, in ZSS 20, 1899, 7 nt. 1, proponeva di espungere come giustiniana, sia pure giudicandola «sachlich ... correct», l'intera frase 'Si absens-competit'. Che all'assenza *in iure* del servo, tuttavia, Paolo dovesse fare esplicito riferimento non ci sembra dubbio in considerazione della restante parte del passo (che abbiamo ommesso di trascrivere in quanto non strettamente rilevante per il nostro discorso), e segnatamente del suo ultimo segmento (*sed si servus praesens est* rell.), in cui si contrappone all'ipotesi dell'assenza quella della presenza *in iure* dello schiavo. Sulle orme di Lenel, ma solo parzialmente, P. KRÜGER, *Dig. ad h.l.*, che si limitava a uncinare le parole 'pro quo-competit', in ciò seguito da F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle*, Bruxelles 1947, 276 nt. 50.

² Troppo sottile ci pare l'esegesi di H.-D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994, 89, 99, il quale, facendo leva sul fatto che Paolo scrive 'si quidem dominus non negat rell.', vorrebbe distinguere fra il caso in cui il convenuto non negasse e quello in cui ammettesse di avere il servo *in potestate*.

³ Cfr. P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, in NRHDFE 11, 1887, 427 ss. (= *Mélanges de Droit romain*, II, Paris 1923, 328 ss.); C. SANFILIPPO, *Interrogatio in iure (Profilo storico)*, in Il Circolo Giuridico 10.1, 1939, difficilmente reperibile, ma ripubblicato con l'aggiunta di una *Postilla in Scritti Jovene*, Napoli 1954, 652 ss.; G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976, 149 ss. (con la marcata accentuazione di un 'carattere processuale' della *potestas*).

Dall'altra, corrispondente ormai alla *communis opinio*,⁴ si è ristretto invece il valore di *potestas* a quello della mera disponibilità materiale dello schiavo e si è pensato che, nel caso in cui questi non fosse presente *in iure*, si facesse luogo a due *interrogationes* distinte, una sul *dominium* e l'altra sulla *potestas*, ovvero a una sola *interrogatio* volta ad accertare a un tempo entrambe queste situazioni.

Anche senza addentrarci in tale disputa, tuttavia, è sufficiente ai nostri fini fissare un punto che non può essere in discussione: nella fattispecie descritta nel passo in commento, il convenuto, in quanto da un lato viene qualificato *dominus* e dall'altro si suppone avere risposto positivamente all'*interrogatio de potestate*, non poteva in ogni caso che avere dichiarato sia di essere proprietario sia di avere la disponibilità materiale del servo.

Ebbene, su questo presupposto, lo stesso convenuto – a parere di Vindio, citato da Paolo – avrebbe dovuto tenere⁵ uno dei tre seguenti comportamenti: a) o prestare il *vadimonium* nossale (*iudicio eum sisti promittere*),⁶ cioè promettere di esibire lo schiavo⁷ a una certa data e '*in eadem causa*';⁸ b) o accettare la formula (*iudicium accipere*), così assumendo la difesa del servo; c) o garantire di esibire quest'ultimo il prima possibile (*cautum, cum primum potuerit, se exhibiturum*) laddove non volesse difenderlo (*si nolit defendere*).

Mentre l'ipotesi b) però non dà luogo a difficoltà, problematico è il rapporto fra le ipotesi a) e c). Sul punto, in dottrina,⁹ non si è ancora pervenuti a una soluzione pacifica, sicché non ci sembra inutile riprendere la questione per cercare di fare maggiore chiarezza.

2. Per il Pugliese la *cautio cum primum potuerit se exhibiturum*¹⁰ non sarebbe stata che un'esplicazione del contenuto del *vadimonium* fornita dallo stesso Vindio o da un glossatore postclassico.¹¹

⁴ V. per tutti M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 254 s., 278 s., con ampie indicazioni bibliografiche.

⁵ Sotto la minaccia di una sanzione non altrimenti precisata e in dottrina discussa, ma alla quale comunque fa pensare l'uso di *compellere*.

⁶ Per la probabile interpolazione delle parole '*iudicio eum sisti*' in luogo di '*vadimonium*' v. per tutti O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig 1889, rist. Graz 1960, Paul. 153, col. 976 nt. 3; Id., *Nachträge*, cit., 7.

⁷ Secondo l'opinione prevalente, a cui aderiamo (v. G. D'ANGELO, *Vadimonium nossale ed exhibitio 'in eadem causa'*, in RIDA 62, 2015, nt. 8, in corso di stampa), esibire lo schiavo equivaleva a procurarne la presenza *in iure*.

⁸ Per il significato di questa previsione editale, ricordata in D. 2.9.1 pr. (Ulp. 7 *ad ed.*), ci permettiamo di rinviare al contributo citato nella precedente nota.

⁹ Per una rassegna della letteratura essenziale in argomento v. T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, 193 s.

¹⁰ D'ora innanzi, per ragioni di comodità espositiva, parleremo semplicemente di '*cautio*'.

¹¹ G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti Carnelutti*, II, Padova 1950, 126 s. (= *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 462 s., da cui le successive citazioni): «L'unica soluzione probabile, a mio giudizio, è che il *vadimonium* e la *cautio se exhibiturum* fossero la stessa cosa, ossia che la garanzia di esibizione fosse prestata col *vadimonium* e che il giurista, o forse un glossatore postclassico, spiegasse la portata del *vadimonium* col ravvisarvi una *cautio se exhibiturum* (infatti il *vadimonium* determinava un obbligo di *exhibere* lo schiavo: Ulp. D. 2,9,1 pr.); tale spiegazione, nel rimaneggiamento che il passo ha visibilmente

Senonché, in un simile ordine di idee, bisognerebbe spiegare perché mai l'ipotesi della *cautio* non sia stata introdotta immediatamente dopo quella del *vadimonium* e venga per di più rappresentata come a questa alternativa (*aut*), quando invece avrebbe dovuto illustrarne la 'portata'. Certo, non potremmo credere che Vindio o anche un glossatore postclassico non fossero in grado di esprimere coerentemente il loro pensiero, e dovremmo allora orientarci per una qualche alterazione testuale che avrebbe finito per smarrire la presunta identità fra *vadimonium* e *cautio*.

Una siffatta congettura, che pure il Pugliese sembrava avanzare¹², poggerrebbe però su basi troppo deboli: le critiche mosse al passo dal Beseler,¹³ a cui lo studioso torinese si richiamava a sostegno della sua diagnosi di rimaneggiamento, sono state da tutti rigettate come arbitrarie¹⁴; e «i due *vel*, seguiti poi da un '*aut*', e il mutamento sintattico (dall'infinito presente retto da '*compellendum*' all'infinito futuro retto da '*putat*')»¹⁵ sono indizi al più meramente formali, che non ci pare possano infirmare la sostanza del testo. E del resto, a quale scopo il passo sarebbe stato manipolato?

Senza considerare, infine, che la spiegazione del Pugliese urta contro un'altra difficoltà che egli stesso non mancava di avvertire: quella «costituita dalle parole '*quam primum potuerit*', poichè nel *vadimonium* l'esibizione dello schiavo era promessa per una data fissa, mentre quelle parole lascerebbero intendere che nella *cautio* una simile indicazione mancasse».¹⁶

Il Pugliese riteneva di poter superare l'ostacolo interpretando le parole suddette nel senso che il convenuto avrebbe dovuto promettere con la *cautio* non di esibire lo schiavo 'quanto prima possibile', bensì di esibirlo a una data fissa che fosse la 'più vicina possibile'. Ma non è questo ai nostri occhi se non l'estremo, ingegnoso tentativo di salvare una tesi per lo meno audace.¹⁷

subito e che bene ha notato il Beseler, è venuta ad apparire come una terza possibilità offerta al convenuto». Sulla scia del Pugliese (di cui v. pure *Il processo civile romano*, II.1, Milano 1963, 409) M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1957, 243 nt. 184, e M. BRUTTI, *Il 'vadimonium' nelle azioni nossali*, in RISG 14, 1970, 269 s., entrambi propensi per l'ipotesi di un intervento postclassico, nonché I. BUTI, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 332 e nt. 81. A un risultato non dissimile, poi, perveniva già J.C. NABER, *De vindicibus et defensoribus*, in Mnemosyne 21, 1893, 381 s., il quale, nella convinzione che «Voluit ... Vindius, postquam indicavit cautionis genus, significare, quomodo concipienda esset stipulatio», e che sarebbero stati più tardi i compilatori giustinianeî a deformare il pensiero del giurista, proponeva la seguente restituzione: ... *compellendum Vindius putat vel iudicio eum sisti promittere, vel iudicium accipere (ut) si nolit eum defendere (caveat), cum primum potuerit se exhibiturum*». Una siffatta ricostruzione, comunque, presta il fianco a obiezioni analoghe a quelle che nel testo ci accingiamo a rivolgere all'interpretazione del Pugliese, per cui possiamo fare a meno di confutarla specificamente.

¹² V. la nota precedente.

¹³ G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 46, 1926, 107.

¹⁴ Basti rinviare a F. DE VISSCHER, *Le régime*, cit., 276 nt. 50, il quale, nel prendere in esame il nostro brano, già scriveva: «Je ne crois pas nécessaire de discuter ici les remaniements proposés à ce texte par BESELER» (con rinvio allo scritto citato nella precedente nota).

¹⁵ G. PUGLIESE, *Appunti*, cit., 462 s. nt. 3.

¹⁶ G. PUGLIESE, *Appunti*, cit., 463, che certo per una svista (peraltro sostanzialmente irrilevante) scriveva '*quam*' anziché '*cum*' *primum potuerit*, come invece si legge nel testo.

¹⁷ Critica nei confronti del Pugliese anche T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen*, cit., 193 s.; EAD., *Notas en torno al 'vadimonium'*, in SDHI 48, 1982, 159.

Invero, stando al testo, che ci appare genuino, non può essere per noi dubbio che la *cautio* e il *vadimonium* – come pensano anche i più¹⁸ – fossero mezzi in sé distinti.

A tale conclusione non crediamo si possa opporre che la stessa *cautio*, al pari del *vadimonium*, doveva presumibilmente obbligare il promittente a esibire lo schiavo ‘*in eadem causa*’:¹⁹ perché ciò non equivarrebbe comunque a significare «che la *cautio* era tutt’uno col *vadimonium*»,²⁰ ma semmai che si trattava di un istituto modellato su quest’ultimo, con il quale però non si confondeva. Il problema, piuttosto, è capire quando si facesse ricorso all’uno o all’altra.

3. Nel passo si dice a chiare lettere che il convenuto avrebbe dovuto prestare la *cautio* qualora non avesse voluto difendere il servo (*aut, si nolit defendere*); per cui è forza ammettere che la prestazione del *vadimonium*, come l’immediata accettazione della formula, non poteva che presupporre un’opposta volontà del *dominus* di ‘*defendere*’ o quanto meno di non rinunciare subito a ‘*defendere*’. Ma se a questa elementare deduzione sono pervenuti in pratica tutti quegli studiosi che distinguono fra *vadimonium* e *cautio*,²¹ non ci sembra siano stati adeguatamente precisati gli ulteriori presupposti sottesi all’applicazione di tali mezzi: il che invece crediamo sia essenziale mettere bene a fuoco per una piena intelligenza della loro stessa distinzione.

Un primo punto da fissare è che entrambi gli istituti in esame sarebbero entrati in funzione allorché l’udienza si fosse conclusa senza che il convenuto avesse accettato la formula e neppure esibito lo schiavo.²² Quindi, data la necessità di un rinvio del procedimento, il convenuto, prima di allontanarsi dal tribunale, avrebbe dovuto prestare la *cautio* o il *vadimonium*²³ a seconda che fosse stato o no senz’altro intenzionato, rispettivamente, a rifiutare la difesa del servo.

Ciò premesso, però, bisogna esattamente intendersi sul fondamento di queste differenti determinazioni. In altri termini, occorre chiedersi: perché il *dominus* sarebbe stato tenuto a esibire lo schiavo a una data certa quando non avesse escluso di poterne assumere in seguito

¹⁸ Cfr., ad esempio, M. WŁASSAK, *Die Noxalklagen*, in *Rechtshistorische Abhandlungen* (aus seinem Nachlass herausgegeben und bearbeitet von E. SCHÖNBAUER), Wien 1965, 229 num. 2.; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, 102 s., 104; F. DE VISSCHER, *Le régime*, cit., 275, 276 nt. 50; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 309; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen*, cit., 193 s., 304, 383, 409 s. num. 13; EAD., *Notas*, cit., 157, 159, 166 lett. g); H.-D. SPENGLER, *Studien*, cit., 90; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 229 s. nt. 31 (come già M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 169 nt. 31).

¹⁹ Esigenze non diverse da quelle che giustificavano tale prescrizione (cui già si è accennato *supra*, nt. 8) riteniamo infatti dovessero prospettarsi anche quando per il *dominus* si trattasse di esibire il servo ‘*cum primum potuerit*’.

²⁰ Così G. PUGLIESE, *Appunti*, cit., 463.

²¹ Cfr., fra molti, gli autori già citati *supra*, nt. 18.

²² L’obbligo del proprietario, che avesse riconosciuto di avere *in potestate* il servo assente *in iure*, di esibirlo o difenderlo è chiaramente enunciato in D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*): *Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere* rell. V. pure D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*).

²³ Ciò per tutelare l’attore contro eventuali futuri fatti per lui pregiudizievoli [v. D. 2.9.1.1 (Ulp. 7 *ad ed.*) e D. 2.9.5 (Ulp. 47 *ad Sab.*)], nonché in vista della *noxae deditio* dello schiavo ove questi, una volta esibito, non fosse stato difeso.

la *defensio* e soltanto ‘*cum primum potuerit*’, invece, nel caso contrario? La risposta a tale quesito va ricercata nel fatto che le due intenzioni sopra accennate non erano che la simmetrica conseguenza, sul piano processuale, di due diverse situazioni in cui poteva trovarsi il convenuto. Ragionevolmente il *dominus* avrebbe accettato di difendere il servo (sempre che quest’ultimo, certo, non fosse manifestamente colpevole)²⁴ solo se avesse ritenuto di poterne in concreto disporre al tempo della sentenza, ai fini di un’eventuale *noxae deditio*, per il caso in cui il giudice si fosse pronunciato per la condanna. Sicché il ricorso al *vadimonium* o alla *cautio*, in definitiva, doveva dipendere dalla circostanza che il proprietario si reputasse o no in grado di esibire lo schiavo a una data fissa.²⁵ Si intende infatti come, nella prima ipotesi, il *dominus* poteva bene impegnarsi a un’esibizione ‘*certo die*’ ed essere pure eventualmente disposto a contestare poi la lite, sapendo che comunque, anche in caso di condanna, avrebbe potuto dare a noia lo schiavo; e come invece, nella seconda, non poteva che promettere di esibire il servo solo nel momento – a priori non precisabile – in cui ciò gli fosse stato possibile ed essere così determinato a rifiutarne la *defensio* (almeno finché non fosse stato certo di poter farne all’occorrenza la *noxae deditio*).

Resta infine da chiarire quando il convenuto, che avesse dichiarato di avere in *potestate* lo schiavo, non dovesse essere sicuro di poterlo esibire a una certa data (con conseguente applicazione della *cautio*).

Ora, di regola, doveva accadere il contrario, ma non senza possibili eccezioni. Solo per fare qualche esempio, si pensi a uno schiavo dato in sequestro in vista della risoluzione di una lite sulla sua appartenenza o per essere sottoposto a tortura;²⁶ o a un servo in procinto di intraprendere un lungo viaggio per il disbrigo di un affare urgente; o ancora a un *servus furtivus* che il suo padrone si apprestasse a perseguire presso il ladro.²⁷ È evidente che in casi del genere il *dominus* non era in grado di prevedere esattamente il momento in cui avrebbe

²⁴ V. D. 19.1.11.12 (Ulp. 32 ad ed.).

²⁵ Analogamente T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen*, cit., 194; EAD., *Notas*, cit., 159, convinta che il convenuto avrebbe prestato la *cautio* anziché il *vadimonium* quando «no podía tener certeza acerca del momento en que podría recuperar y exhibir a su esclavo». La studiosa spagnola, tuttavia, omette di evidenziare la stretta connessione esistente (che è per noi la vera chiave di interpretazione del passo) fra la volontà di rifiutare subito o no la *defensio* del servo e l’incertezza o meno di poterlo esibire a una data fissa; né precisa in quali casi (per i quali v. oltre nel testo) una siffatta esibizione potesse o no aver luogo.

²⁶ V. D. 16.3.7 pr. (Ulp. 30 ad ed.).

²⁷ Contro l’esempio che proponiamo non ci sembra costituire un ostacolo insormontabile la decisione di D. 9.4.13 (Gai. 13 ad ed. prov.), secondo cui, quando a commettere un delitto era uno schiavo posseduto in mala fede (come nel caso di un *servus furtivus*), passivamente legittimato all’azione nossale sarebbe stato lo stesso possessore anziché il *dominus*. Seppure a nostro avviso deve considerarsi autentica (in tal senso, contro i sospetti avanzati in passato da numerosi studiosi, v. anche A. WACKE, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers. Grenzen prozessualistischer Betrachtungsweise der römischen Rechtsquellen*, in *Festschrift Seidl*, Köln 1975, 207 s., e G.L. FALCHI, *Ricerche*, cit., 169 ss.), tale decisione sembra infatti esprimere più una personale e isolata opinione di Gaio che un punto di vista diffuso tra i giuristi classici. In particolare, una soluzione opposta (legittimazione passiva alle azioni nossali del *dominus* anziché del possessore di mala fede) a quella enunciata nel frammento in esame crediamo si possa inferire dal periodo iniziale (*Quod placet*) – immune da critiche – di D. 47.2.68(67).4 (Cels. 12 dig.). Analogamente J.C. NABER, *Ad noxales actiones*, in *Mnemosyne* 30, 1902, 172, e A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927, 57.

potuto provvedere all'*exhibitio* dell'accusato, ammesso ancor prima, anzi, che fosse riuscito a recuperarlo; ma Vindio²⁸ o comunque qualche altro giurista, giudicando troppo gravosa in simili ipotesi l'imposizione del *vadimonium*, dovette trovare il rimedio: impegnare il proprietario a esibire lo schiavo '*cum primum potuerit*', senza l'indicazione di una data precisa.

²⁸ A Vindio propende propende ad ascrivere l'introduzione della *cautio* T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen*, cit., 193; EAD., *Notas*, cit., 159.

MASSIMO MIGLIETTA
(Università di Trento)

Per uno studio palinogenetico di B. 60.3:
il contributo dei commentari bizantini ad C. 3.35

PER UNO STUDIO PALINGENETICO DI B. 60.3: IL CONTRIBUTO DEI COMMENTARI BIZANTINI AD C. 3.35

1. In un recente lavoro – la cui prima parte è apparsa all'interno del IX volume dei *Subseciva Groningana*, e la seconda negli 'Atti' relativi ad un Convegno internazionale celebrato presso il *Centro italo-tedesco di 'Villa Vigoni'*¹ – ho offerto un'ipotesi di ricostruzione palinogenetica dei commentari dovuti ai giuristi bizantini d'età giustiniana e dedicati al titolo 9.2 del Digesto (*R - ad legem Aquiliam*), nei rapporti con l'omologo titolo conservato in B. 60.3 (*R - περὶ νόμου τοῦ Ἀκουιλίου περὶ ζημίας*)².

In quella sede – che coinvolge l'elaborazione degli *ἀντικλήσωρες* Stefano e Doroteo nonché di Cirillo³ – sono stati (volutamente) tralasciati gli *scholia* riferibili, invece, all'opera

¹ L'analisi degli scolii ad B. 60.3 relativi a D. 9.2 è già stata condotta e pubblicata, infatti, per quanto riguarda, rispettivamente, i testi contenuti in D. 9.2.1 e sino a D. 9.2.27.3 (*ad caput primum legis Aquiliae*), in M. MIGLIETTA, *Towards a palinogenetic study of Bas. 60,3: The contribution of the Byzantine ἵνδικες. Part I*, in SG (between Groningen and Palermo), IX, 2014, 59-97, mentre quelli salvati in D. 9.2.27.4 e sino a D. 9.2.57 (*ad caput secundum e ad caput tertium legis Aquiliae*), in ID., *Towards a palinogenetic study of Bas. 60,3: The contribution of the Byzantine ἵνδικες. Part II*, in coll. *Iuridica historica dei Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 3 ('Atti' del convegno tenuto nei giorni 29 settembre - 2 ottobre 2013 presso il *Centro italo-tedesco per l'Eccellenza europea di 'Villa Vigoni'*, intitolato: *Römisches Recht und fremde Kulturen - Interkulturelle Einflüsse und Abhängigkeiten in der Antike. Diritto romano e culture straniere - Influssi e dipendenze interculturali nell'antichità*, organizzato dal Prof. Peter Gröschler - Universität Mainz, e dal Prof. Francesco Milazzo - Università di Catania).

² Non è, forse, inopportuno notare che la *rubrica* dei *libri Basilicorum* inserisce espressamente – a differenza di quelle di D. 9.2. e di C. 3.35 – il concetto espresso di 'danno' (*περὶ ζημίας*), situandosi, in questo modo, all'origine del modo con il quale la *lex Aquilia* viene talora presentata (appunto come *lex Aquilia de damno iniuria dato*). In B. 60.3 non si esplicita la necessità che il danno sia stato provocato *iniuria*, ma il concetto può dirsi ricompreso in quello di *ζημία* (che racchiude in sé anche il profilo della punizione, la quale non può logicamente darsi, in linea teorica, in assenza di un profilo di illiceità: cfr., concordemente, É. BOISACQ, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*³, Heidelberg 1950, 309 e H. FRISK, *Griechisches Etymologisches Wörterbuch*², I, Heidelberg 1973, 613 *ad h.v.*)

³ Cfr. M. MIGLIETTA, *Towards a palinogenetic study of Bas. 60,3: The contribution of the Byzantine ἵνδικες. Part I*, cit., 62-64. Circa il significato del termine *ἀντικλήσωρ* vd., in particolare, G. FALCONE, *Giustiniano, i giuristi classici e i professori di diritto*, in *Lezioni Emilio Betti. Camerino 2001-2005*, cur. P. DI LUCIA - F. MERCOGLIANO, Napoli 2006, 88 e ss.; ID., *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, cur. J.H.A. LOKIN - B.H. STOLTE, Pavia 2011, 147 e ss., nonché J.H.A. LOKIN - TH.E. VAN BOCHOVE,

di Taleleo e di Teodoro, per la ragione che si tratta di commenti deputati ad interpretare non già le testimonianze salvate nel Digesto, bensì le costituzioni imperiali contenute, per contro, in C. 3.35 (*R - de lege Aquilia*) – commenti derivati, inoltre, dal pensiero di altri giuristi rispetto ai precedenti – per la cui analisi si è fatto rinvio ad uno studio successivo⁴. Con queste pagine intenderei completare, pertanto, l'indagine, concentrando l'analisi sulle ultime testimonianze alle quali ho appena fatto riferimento.

2. I *fontes* bizantini considerano le non numerose costituzioni (sei, per la precisione) che compongono, e quindi esauriscono, il relativo titolo del *Codex repetitae praelectionis* (C. 3.35, cit.). In ordine a queste, e secondo le indicazioni di Heimbach⁵, sarebbero stati conservati quattro commenti ascrivibili a Teodoro e (forse)⁶ cinque a Taleleo. Vediamo, dunque, le singole testimonianze secondo l'ordine scandito dal Codice di Giustiniano, che si riflette, peraltro, nella successione adottata dai *libri Basilicorum*.

2.1. - C. 3.35.1: Imp. Alex. A. Glyconidi⁷ = B. 60.3.57[58]⁸ [BT VIII, 2768-14 = Hb. V, 323]: *Dammum per iniuriam datum immisso in silvam igne vel excisa ea si probari potest, actione legis Aquiliae utere.*

→ Sch. 1 ad B. *eod.* [BS VIII, 3166-24 = Hb. V, 323]: Θεοδώρου⁹. Ὁ καίων ἀλλοτρίαν ὕλην τῷ Ἀκουίλιῳ κατέχευται. [Ἐπάγει δὲ ἡ δευτέρα διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου, ὡς ὁ καίων ἢ καταστρέφων ἀλλότριον οἶκον τῷ αὐτῷ νόμῳ εὐθύνεται. Σημείωσαι δέ, ὅτι τὸ διαφέρων ἀπαιτεῖ ὁ Ἀκουίλιος]¹⁰.

Compilazione - educazione - purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis, in *Introduzione al diritto bizantino*, cit., 144 e s.; F.J. ANDRÉS SANTOS, *El valor de las fuentes jurídicas bizantinas para la crítica textual y la Quellenforschung der 'Corpus Iuris Civilis': una visión panorámica*, in *Textual Transmission in Byzantium: between Textual Criticism and Quellenforschung*, cur. J. SIGNES CODOÑER - I. PÉREZ MARTÍN, Turnhout 2014, 429 e nt. 25, 435, 445 e 448, nonché, da ultimo, M. MIGLIETTA, *A proposito di una citazione espressa del Codice Teodosiano in Sch. 12 ad Bas. 8.1.15*, in *SCDR* 28, 2015, 712-713 nt. 3.

⁴ *Ibid.*, 62 nt. 11: «Such texts will be the object of a different study».

⁵ Cfr. Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360, *ad h. tit.*: alcuni testi sono di sicura attribuzione, poiché i relativi *σχόλια* riportano espressamente il nome del giurista bizantino dal cui lavoro essi sono stati estratti; per altri, invece, la derivazione è ipotizzata dall'editore tedesco. Per quanto riguarda, poi, C. 3.35.5 e C. 3.35.6 alcuni scolii sarebbero entrati a far parte integrante del testo stesso dei Basilici: v. *infra*, §§ 2.5 e 2.6.

⁶ V. *infra*, §§ 2.5 (con relativa discussione) e 3 (*ad C. 3.35.5*).

⁷ Dell'anno 222. Il testo non presenta ipotesi di intrusione giustiniana: cfr. G. BROGGINI, *Index interpolationum quae in Iustiniani codice inesse dicuntur*, Köln 1969, 68 *ad h. tit.*

⁸ Si noti immediatamente, e per il prosieguo della ricerca, che la numerazione dei testi dei Basilici corrispondenti alle costituzioni salvate in C. 3.35 diverge nell'edizione ottocentesca rispetto a quella olandese, presentando invariabilmente un numero superiore (e quindi, nel presente caso, B. 60.3.58 [Hb. V, 323]). Entrambe le numerazioni verranno, dunque, riportate, inserendo quella di Heimbach tra parentesi quadre, a seguire rispetto a quella relativa all'edizione di Scheltema *et all.*

⁹ V. Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360, *ad B. 60.3.58* (e v. *supra*, nt. precedente): «1 = 58 THEOD. summa: Θεοδώρου V. 323». L'intero *σχόλιον* è, pertanto, da ritenersi frutto dell'elaborazione dell'*antecessor* evocato.

¹⁰ L'aggiunta delle parentesi quadre è mia, e serve a separare la versione bizantina del testo originale delle

La versione greca di C. 3.35.1, derivata dall'opera di Teodoro, è ridotta ai minimi termini rispetto al già laconico originale – che è stato probabilmente frutto, a sua volta, della consueta opera di 'massimazione' delle costituzioni imperiali¹¹. Tale versione, infatti, si limita ad esprimere la *regula* secondo la quale debba considerarsi legittimato passivo all'(*actio legis Aquiliae*) colui che abbia incendiato una *ῥλη* (*silva*) di proprietà altrui (*ὁ καίων – κατέχεται*). Non vi è, per contro, alcuna rievocazione della seconda fattispecie contemplata dalla *constitutio* (... *vel excisa ea* – scl. *silva*), né della curiosa condizione (sorta di condizione di procedibilità) imposta dalla Cancelleria imperiale (... *si probari potest, actione... utere*), forse perché considerata anche dallo stesso Scoliate come premessa necessaria ma implicita, e, in questi precisi termini, superflua¹². Il fatto, inoltre, che si alluda all'*actio directa legis Aquiliae* non viene esplicitato dallo scolio – sebbene si tratti di un elemento agevolmente intuibile – a differenza, invece, del testo dei Basilici, che disegnano in maniera espressa e completa l'azione opportuna:

B. 60.3.57[58] [BT VIII, 2768-14 = Hb. V, 323]: *Εἰ τὴν σὴν ῥλην ἔκαυσέ τις, ἔχεις κατ' αὐτοῦ τὸν δῖρεκτον Ἀκουίλιον.*

I *libri Basilicorum*, infatti, contengono tale specificazione (*τὸν δῖρεκτον Ἀκουίλιον*) all'interno di una formulazione complessiva che riflette abbastanza fedelmente il testo latino (omettendo anch'essi, come Sch. 1, cit., i temi del taglio della *silva* e della prova del danno), poiché, trattandosi di un rescritto, il destinatario del discorso è il postulante – in origine *Glyconides* – riconosciuto (e, in questi termini, data la risposta positiva emessa dalla Cancelleria imperiale, necessariamente riconosciuto) come legittimato attivo. E qui si può considerare conclusa la parte del *fons* greco dedicata a riprodurre la costituzione del 222 d.C.¹³.

La prosecuzione dello scolio può, invece, essere idealmente suddivisa in due parti. In essa è contenuta, infatti, la corretta indicazione, *ratione materiae*, di un passo parallelo (*εἰ – τὸν δῖρεκτον Ἀκουίλιον*) – ossia la *constitutio* salvata in C. 3.35.2, immediatamente successiva¹⁴, peraltro commentata da Taleleo¹⁵, laddove si afferma «... *domum tuam... incendio concremasse*» – nonché una *σημείωσις* (ossia una classica digressione esegetica)¹⁶, che coinvolge il

constitutiones da commenti, digressioni, interpretazioni. Tale accorgimento grafico non verrà riprodotto, *infra*, all'interno del § 3 di sintesi dell'indagine.

¹¹ Sull'espressione, applicata al diritto romano da Edoardo Volterra (Id., *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto - Venezia 1967*, Firenze 1971, *passim*, nonché in Id., *Scritti giuridici*, VI, Napoli 1994, *passim*), si veda, ora, M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in AUPA 51, 2006, 381 e nt. 1, nonché in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli 2007, 5767 e nt. 1 (con indicazioni bibliografiche).

¹² Com'è noto, infatti, incombe sempre sull'attore l'onore di dimostrare il fondamento della propria pretesa, salvo soltanto s'intenda che l'espressione *si probari potest* alluda al fatto che la concessione stessa dell'azione sia subordinata ad una *probatio* preventiva del danno subito, il che parrebbe francamente singolare.

¹³ V. appena *supra*, nt. precedente.

¹⁴ V., *infra*, § 2.2.

¹⁵ V. appena *infra*, Sch. 1 ad B. 60.3.58[59] [BS VIII, 3166-24 = Hb. V, 323], Sch. 2 ad B. *eod.* [BS VIII, 3167-6 = Hb. V, 324] nonché nt. 20.

¹⁶ V. Hb. VI. *Prolegomena*, 19; D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios*, in ZSS 86, 1969, 345 e s.; P.E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, in *Die Hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner*, II, cur.

tema della valutazione dell'*id quod interest* (τὸ διαφέρον) operata dalla *lex Aquilia* ed ammessa sin dall'epoca della giurisprudenza classica¹⁷.

2.2. - C. 3.35.2: Imp. Gordian. A. Muciano¹⁸ = B. 60.3.58[59]¹⁹ [BT VIII, 2768-16 = Hb. V, 323]: *Legis Aquiliae actione expertus adversus eum, quem domum tuam deposuisse vel incendio concremasse damnoque te adflixisse proponis, ut id damnum sarciatur, competentis iudicis auctoritate consequeris. Quin etiam, si aqua per iniuriam alio derivata est, ut in priorem statum restituatur, eiusdem iudicis cura impetrabis.*

→ Sch. 1 ad B. *eod.* [BS VIII, 3166-24 = Hb. V, 323]²⁰: Θαλαλαίου. [Τὸ κατὰ πόδας]. Τῇ τοῦ Ἀκουιλίου ἀγωγῇ χρῆσάμενος κατ' ἐκείνου, ὄντινα τὸν οἶκον καταλύσαι ἢ ἐμπρῆσαι καὶ ζημίαι σε περιβαλεῖν λέγεις, ἐπὶ τῷ ταύτην τὴν ζημίαν κατορθωθῆναι διὰ τῆς τοῦ ἄρχοντος αὐθεντίας ἐπιτεύξῃ. Οὐ μὴν ἀλλ' εἰ καὶ τὸ ὕδωρ ἀλλαχοῦ μεταχρετεύθῃ, ἵνα εἰς τὴν ἀρχαίαν κατάστασιν ἀποκαταστή, τῇ τοῦ ἄρχοντος προνοία ἐπιτεύξῃ. [Καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως. Θεμάτισον, ὅτι ἐξ ὧν τὸ ὕδωρ ἀφείλετο ἔβλαψέ με ἢ τῶν δένδρων τῶν ἐμῶν ξηρανθέντων ἢ ἀλόγων ἐμῶν ὑπὸ δίψους ἀποθανόντων, ἵνα ἐστὶν οὐτίλιος Ἀκουίλιος, ἢ ὅτι τὸν ὄλκον κατέστρεψε, ἵνα ἐστὶ δὶρεκτος Ἀκουίλιος. Εἰ γὰρ ζημία μὲν οὐκ ἐγένετο, ζητῶ δὲ τὸ τοῦ ὕδατος δίκαιον, τὴν περὶ δουλείας ἰνρέμ δύναμαι κινήσαι κατ' αὐτοῦ. Κατὰ δὲ τοῦ ἐμπρῆσαντος οἶκον κινεῖται καὶ ἄλλη ἀγωγή λεγομένη AEDIUMINCAICARÚM]²¹.

→ Sch. 2 ad B. *eod.* [BS VIII, 3167-6 = Hb. V, 324] [Θαλαλαίου]²²: [Εἰ μὲν τὸν ὄλκον

H. HUNGER, München 1978, 406, nonché M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la 'legum permutatio' giustiniana*, in corso di pubblicazione negli 'Atti' del Convegno 'Celso teorico del diritto', celebrato a Torino il 10 aprile 2015 (organizzato dall'Accademia delle Scienze di Torino, dal Dipartimento di Giurisprudenza della locale Università e dal Circolo torinese di Diritto romano), § 5.1 e nt. 127.

¹⁷ Cfr., infatti, in modo particolare, per quanto riguarda il tit. II del lib. IX dei *Digesta*, D. 9.2.37.1 (Iav. 14 *ex Cass.*); D. 9.2.21.2 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 9.2.41 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 9.2.55 (Paul. 22 *quaest.*). Si noti che τὸ διαφέρον può anche corrispondere ad *utilitas* (v. E.F. LEOPOLD, *Lexicon graeco-latinum manuale*, Leipzig 1852, 210, *s.v.* διαφέρω), trovando preciso riscontro, peraltro, *in sede materiae*, nel frammento di D. 9.2.22 pr. (Paul. 22 *ad ed.*).

¹⁸ Dell'anno 239. Neppure questo testo presenta evidenti ipotesi di manipolazione giustiniana: cfr. G. BROGGINI, *Index interpolationum*, cit., 68 *ad h. tit.*

¹⁹ V. *supra*, nt. 8.

²⁰ Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360, *ad B.* 60.3.59 (v. *supra*, nt. precedente): «2 = 59 THAL. a) κατὰ πόδα: Θαλαλαίου... ἐπιτεύξῃ V. 323». Con questa indicazione, Heimbach si è assunto il rischio di trarre in inganno il lettore poco attento, il quale potrebbe arrestarsi, in questo modo, al primo impiego della forma verbale ἐπιτεύξῃ (... διὰ τῆς τοῦ ἄρχοντος αὐθεντίας ἐπιτεύξῃ) a cui segue, in realtà, una seconda evenienza, nel periodo immediatamente successivo dello stesso scolio (... τῇ τοῦ ἄρχοντος προνοία ἐπιτεύξῃ). Questa seconda parte, infatti, corrisponde correttamente al tratto di C. 3.35.2 (*quin – impetrabis*), ed è, pertanto, a questo luogo che deve considerarsi operato il riferimento di Heimbach. Conferma di ciò si trova nelle indicazioni di BS VIII, 3166-24/3167-5 (da lin. 3166-26 sino a lin. 3166-28, per il segmento di nostro interesse).

²¹ Circa l'inserimento delle parentesi quadre, v. *supra*, nt. 10.

²² Scolio nuovamente attribuito a Taleleo in Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360, *ad B.* 60.3.59 (nella parte «et Εἰ μὲν V. 324»): «b) adn. Θαλαλαίου a v. καὶ τὸ μὲν V. 323 et Εἰ μὲν V. 324» («a v. καὶ τὸ μὲν V. 323», *scl.* sino al termine AEDIUMINCAICARÚM).

κατέστρεψε τοῦ ὕδατος, ἔχω κατ' αὐτοῦ τὸν δῖρεκτον Ἀκουίλιον· εἰ δὲ μὴ κατέστρεψεν, ἀλλ' ἐκ τοῦ μετοχρευθῆναι τὸ ὕδωρ ἀπέθανον τὰ ζῶά μου, τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἔχω]²³.

Dei due commenti ora riportati – di cui il primo è da ascrivere a Taleleo per diretta indicazione del nome del giurista bizantino²⁴, il secondo per attribuzione operata da Heimbach²⁵ – il più ampio è composto da due parti.

Lo Sch. 1, cit., infatti, è introdotto dalla riproduzione in lingua greca della *constitutio* (riproduzione escerpita dal *κατὰ πόδας*, come affermato sia in premessa alla sezione «τῆ τοῦ Ἀκουίλιου ἀγωγῆ – τῆ τοῦ ἄρχοντος προνοία ἐπιτεύξη», sia in epilogo ad essa, «καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως»), e prosegue con una coerente deviazione ricostruttiva ed esplicativa della possibile fattispecie (ossia con un *θεματισμός*)²⁶. Degna di segnalazione, inoltre, l'interessante presenza di termini latini mantenuti nell'alfabeto originario (sebbene riportati, come talora avviene, in modo non del tutto corretto: AEDIUMINCAICARÚM, prende il luogo dell'esatta formulazione [sott. *actio aedium incensarum*]).

Lo Sch. 2, cit. – da considerarsi nuovamente come appartenente al genere letterario delle *adnotationes*²⁷ – opera un interessante recupero del tema, circa la connessa distinzione da cui deriva la concessione eventuale, rispettivamente, dell'*actio directa* (εἰ μὲν τὸν ὄλκον κατέστρεψε – τὸν δῖρεκτον Ἀκουίλιον...) ovvero dell'*actio utilis* (... εἰ δὲ μὴ κατέστρεψεν – τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἔχω)²⁸.

²³ V. *supra*, nt. 9.

²⁴ V. *supra* nt. 18 (e cfr. BS VIII, 3166-24, sino a lin. 28). Data l'esplicita menzione del nome dell'*anteecessor*, mi paiono da superare, fino a prova del contrario, alcune riserve avanzate in dottrina (sul punto cfr. Σ.Ν. ΤΡΩΙΑΝΟΣ, *Οι πηγές του βυζαντινού δικαίου*³, Αθήνα 2011, 137 [nonché S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, trad. it. cur. P. Buongiorno, Torino 2015, 79]).

²⁵ V. *supra*, ntt. 5 e 19.

²⁶ V. N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du Code de Justinien*, 's-Gravenhage 1953, 66 e ss.; D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios*, cit., 338 e ss.; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antecessors*, Leiden 1970, 36, ora in Id., *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, cur. N. VAN DER WAL - J.H.A. LOKIN - B.H. STOLTE - R. MEIJERING, Groningen 2004, 84; P.E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, cit., 406; Σ.Ν. ΤΡΩΙΑΝΟΣ, *Οι πηγές του βυζαντινού δικαίου*³, cit., 105 [nonché S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, cit., 58]; J. SIGNES CODOÑER, *El léxico jurídico griego desde Justiniano hasta hoy*, in SCDR 26, 2013, 87.

²⁷ V. Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360 *ad h.l.*: «b) adn. Θαλαλαίου a v. καὶ τὸ μὲν V. 323 et Εἰ μὲν V. 324 ».

²⁸ Sul punto v. M. MIGLIETTA, *Trasmissione del testo e giurisprudenza bizantina: la tutela pretoria da Dig. 9.2 a Bas. 60.3 - Profili lessicali*, in SCDR 26, 2013, 315-316 e 325 (ove si considera, nel raffronto tra i testi e, in particolare, tra i due *scholia*, il profilo della tutela pretoria).

2.3. - C. 3.35.3: Imp. Gordian. A. Dolenti²⁹ = B. 60.3.59[60]³⁰ [BT VIII, 2768-20 = Hb. V, 324]: *Ex morte ancillae, quam caesam conquestus es, tam legis Aquiliae damni sarciendi gratia actionem quam criminalem accusationem adversus obnoxium competere posse non ambigitur.*

→ Sch. 1 ad B. *eod.* [BS VIII, 3167-10 = Hb. V, 324]: Θεοδώρου. Ὁ ἀπὸ πληγῶν φονεύσας ἀνδράποδον δηλονότι ἀλλότριον εἰς μὲν τὴν ζημίαν τῷ Ἀκουίλιῳ ἐνέχεται, εἰς δὲ τὸ πλημμέλημα κατέχεται τῷ περὶ φόνου ἐγκλήματι.

→ Sch. 2 ad B. *eod.* [BS VIII, 3167-13 = Sch. 1, II *pars*³¹, Hb. V, 324]: Θαλελαίου. Δύναται ὁ ἔχων τὸν Ἀκουίλιον τὸ ἐγκλημα τοῦ φόνου γυμνάζειν³².

La testimonianza salvata in C. 3.35.3 considera un profilo di certa importanza in ordine alla responsabilità extracontrattuale nei suoi rapporti con il diritto criminale, laddove l'autore dell'illecito – pacificamente evocabile in giudizio per mezzo dell'azione *ex capite primo legis Aquiliae* – risulti aver ucciso lo schiavo altri con dolo, e possa, di conseguenza, anche essere incriminato come omicida³³.

Lo Sch. 1, cit., di Teodoro si attesta lungo il solco tracciato dalla cancelleria imperiale, evidenziando, tuttavia, nella morte a séguito dell'inflizione di ferite, la fattispecie 'concreta' di riferimento, e sottolineando la 'causa' delle azioni civile e criminale, rispettivamente, nel 'danno' (τὴν ζημίαν τῷ Ἀκουίλιῳ)³⁴ e, quindi, nell'omicidio' (τῷ περὶ φόνου ἐγκλήματι)³⁵.

²⁹ Dell'anno 241. Il testo è stato giudicato come interpolato, nell'attributo '*criminale(m)*', da E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, in ZSS 53, 1933, 166 nt. 2, ora in ID., *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz 1963, 388 nt. 80 (in quanto, a parere dell'Autore, «überflüssig») e, sulla scorta di questi, anche da E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, III. *Obbligazioni*, Milano 1936, 184 nt. 4 (cfr. G. BROGGINI, *Index interpolationum*, cit., 68 *ad h. tit.*). Sulla 'superfluità', a sua volta, del dubbio critico si veda, invece, quanto già osservato in M. MIGLIETTA, '*Servus dolo occisus*'. *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*, Napoli 2001, 242 nt. 121.

³⁰ V. *supra*, nt. 8.

³¹ Lo stesso σχόλιον, nella versione di Heimbach [= Sch. 3, BS VIII 3167-14 sino a lin. 19], prosegue con due σημείωσαι (v. *supra*, nt. 16): Σημείωσαι, ὅτι καὶ ἡ διάταξις τὰ δύο ἐπέτρεψε κινήθηναι, ὡσπερ καὶ τὸ ἐν τοῖς Ἰνστιτούτοις κείμενον ῥητὸν ἐν τῷ Ἀκουίλιῳ. Σημείωσαι, ὅτι ἡ διάταξις οὐκ εἶπεν, τί μὲν πρῶτον, τί δὲ ὕστερον ὀφείλει κινήθηναι, ἀλλ' οὐδὲ τὸ ἐν τοῖς Ἰνστιτούτοις ῥητὸν. Ὡστε δύναται τις ὁ βούλεται πρῶτον κινήθηναι καὶ τότε τὸ ἕτερον. Ἴσως καὶ τοῦ ἐγκλήματος κινήθέντος μετριωτέραν ἐκφέρει τὴν τιμωρίαν ὁ δικαστής, ὡστε δύνασθαι κινεῖσθαι καὶ τὸν Ἀκουίλιον.

³² Nonostante l'estrema stringatezza dello scolio, ritengo possa considerarsi come versione abbreviata di C. 3.35.3, ed è questa la ragione per la quale non è stato posto tra parentesi quadre (v., diversamente, *supra*, nt. 10).

³³ Cfr., in particolare, D. 9.2.23.9 (Ulp. 18 *ad ed.*). V., per tutti, M. MIGLIETTA, '*Servus dolo occisus*', cit., *passim*, nonché ID., *Χρηματική - εγκληματική καταδίκη. Giudizio civile e giudizio criminale nel tentativo di organizzazione sistematica della giurisprudenza bizantina*, I. *Parte generale*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, cur. L. GAROFALO, Padova 2012, 514 e ss.

³⁴ Cfr. anche B. 60.3.59 [BT VIII, 2768-20 = B. 60.3.60, Hb. V, 324]: ... τὴν ζημίαν πληρῶσαι... (= BT VIII, 2769-1).

³⁵ V. M. MIGLIETTA, *Χρηματική - εγκληματική καταδίκη*, cit., 518.

Lo Sch. 2, cit., di Taleleo, sembra finalizzato, invece, a ribadire un principio latente nelle fonti latine³⁶ secondo cui il proprietario dello schiavo, legittimato attivo all'azione privata, 'possa' (senza, per ciò stesso, esserne costretto: si veda, infatti, l'uso della forma verbale *δύναται*) instaurare anche il giudizio pubblico a carico del responsabile³⁷.

2.4. - C. 3.35.4: Impp. Diocl. et Maximian. AA. Zoilo³⁸ = B. 60.3.60[61]³⁹ [BT VIII, 2769-2 = Hb. V, 324]: *Contra negantem ex lege Aquilia, si damnum per iniuriam dedisse probetur, dupli procedit condemnatio.*

→ Sch. 1 [BS VIII, 3167-23 = Hb. V, 324]⁴⁰: Θεοδώρου. Μετὰ τὰς ἀποδείξεις διπλασιάζεται ὁ Ἀκουίλιος ἐξ ἀρνήσεως. [Τὸ αὐτὸ φησιν ἡ ε'. διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου ἐπὶ τοῦ λιμώξαντος ἀλλότρια θρέμματα καὶ ἀρνησαμένου τοῦτο ποιῆσαι]⁴¹.

→ B. 60.3.60[61], cit.: [...] [Θαλελαίου]⁴². [Χρὴ οὖν ἀποδείκνυσθαι τὴν ζημίαν, καὶ οὐκ ὀφείλει ὄρκω τοῦ ἐνάγοντος ἢ ζήτησις τέμνεσθαι]⁴³.

In ordine alla *constitutio* salvata in C. 3.35.4 – versata in B. 60.3.60[61], ma soltanto nella prima parte (*Σαφὴς ὁ κανὼν τῆς διατάξεως. ὅτι ὁ Ἀκουίλιος ἐξ ἀρνήσεως διπλασιάζεται*)⁴⁴ – che serve a ribadire la sanzione della *infittatio*, i commenti bizantini parrebbero essere due.

Il primo è di sicura paternità di Teodoro, il quale, dopo aver riprodotto brevemente la fonte imperiale, amplifica il proprio discorso nel rimandare alla *διάταξις* appena successiva di C. 3.35.5 (*τὸ αὐτὸ φησιν ἡ ε'. διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου*)⁴⁵. Un dato, questo, che deve far almeno riflettere circa i dubbi di manomissione di C. *eod.* proprio relativamente ai termini «*in duplum*», avendo il giurista bizantino considerato quel testo emblematico di quanto

³⁶ V. ID., 'Servus dolo occisus', cit., 122 e ss. (125, in particolare).

³⁷ Cfr. – ancora tratto dall'opera di Taleleo, e che contiene, tra altro, concetti analoghi – lo Sch. 1 ad B. 7.3.35 [BS I, 50-6 = Sch. 2, Hb. I, 268]: Νόει δὲ ταύτην τὴν διάταξιν, ὅταν δύο τινὲς ἀλλήλοις ἐπιφέρουσι δίκας, ὁ μὲν χρηματικὴν, ὁ δὲ ἐγκληματικὴν· ἐὰν γὰρ ὁ αὐτὸς ἐκάτερα εἶχεν, ἐξουσίαν ἔχει ὁ βούλεται πρότερον κινήσαι ὡς οἰκέτου φονευθέντος Ἀκουίλιον [sic], οἷον τὴν περὶ ζημίας, καὶ Κορνέλιον, οἷον τὸν περὶ [ζημίας τὸν] τιμωρίας, ὡς φησὶ διατ. γ'. – intorzo a cui v. ancora M. MIGLIETTA, *Χρηματικὴ - ἐγκληματικὴ καταδίκη*, cit., 522 (e nt. 35, per la segnalazione del refuso contenuto dall'edizione olandese, che ascrive lo *scholium* a B. 7.3.8, «come si evince, del resto, correttamente da BT I, 324, lin. 9»).

³⁸ Dell'anno 293. Il testo non presenta ipotesi di intrusione giustiniana: cfr. G. BROGGINI, *Index interpolationum*, cit., 68 *ad h. tit.*

³⁹ V. *supra*, nt. 8.

⁴⁰ V. Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360 *ad h.l.*: «THEOD. summa: Θεοδ. Μετὰ V. 324».

⁴¹ V. *supra*, nt. 10.

⁴² *Ibid.*: «THAL. adn.: text. Bas. a.v. χρὴ οὖν. Cf. Μέχρις V. 324». Il secondo riferimento è a Sch. 3 ad B. *eod.* [BS VIII, 3167-29 = Sch. 2, Hb. V, 324]: Μέχρις ὧδε περαιούται ἡ διάταξις· τὸ δὲ ἐξῆς παραγραφὴ ἐστὶ τοῦ Θαλελαίου – testo che parrebbe giustificare la deduzione del Heimbach.

⁴³ V. *supra*, nt. 10.

⁴⁴ V. Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360 *ad h.l.*: «4 = 61 u.a.v. διπλασιάζεται».

⁴⁵ Cfr., sul punto, M. MIGLIETTA, *Trasmissione del testo e giurisprudenza bizantina: la tutela pretoria da Dig. 9.2 a Bas. 60.3 - Profili lessicali*, cit., 318 (e 325).

affermato sul punto specifico, in linea di principio, in C. 3.35.4⁴⁶.

Il secondo *scholium*, finito in realtà a comporre la continuazione di B. *eod.* (χρῆ οὖν – τέμνεσθαι), è da ascrivere – com'è possibile, stante il parere di Heimbach – all'altro *antecessor*⁴⁷.

2.5. - C. 3.35.5: Imppp. Dioclet. et Maximian. AA. Claudio⁴⁸ = B. 60.3.61[62]⁴⁹ [BT VIII, 2769-5 = Hb. V, 324]: *De pecoribus tuis, quae per iniuriam inclusa fame necata sunt vel interfecta, legis Aquiliae actione <in duplum>*⁽²⁾ *agere potes.*

L'operazione di individuazione del testo e dei relativi commenti, che riguarda C. 3.35.5, parrebbe, a prima vista, essere simile a quella condotta per la precedente costituzione salvata in C. 3.35.4.

A parere esplicito di Heimbach (ed implicito di Scheltema)⁵⁰, il testo di B. 60.3.61[62]⁵¹ che riporta il provvedimento imperiale non si spingerebbe oltre il tratto iniziale (Ὁ θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῶ διαφθείρας κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ), mentre – a giudizio del solo editore più antico – la prosecuzione racchiuderebbe in sé una *adnotatio* di Taleleo⁵². E questo sarebbe, dunque, il contenuto:

⁴⁶ A questo riguardo, infatti, H. DE JONG, *Die actio in duplum (ἢ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις) bei Sachbeschädigung – Ein Mysterium im byzantinischen Recht*, in ZSS 132, 2015, 341, non considera il problema di critica testuale (con una scelta probabilmente 'radicale', ma condivisibile nella sostanza). La stessa Autrice (*op. cit.*, 341 e ss.) richiama, poi, opportunamente anche lo Sch. 4 [ma non 'interlineare', come indicato: «4§»] ad B. 22.5.30 = D. 12.2.30 [BS IV, 1451-28 = Sch. 2, Hb. II, 554] e lo Sch. 6 [e non, invece, «6§»] ad B. *eod.* [BS IV, 1452-9 {di Stefano?: cfr. EAD., *op. cit.*, 342 nt. 73} = Sch. 3 ad B. *eod.*, Hb. II, 555]. V., tuttavia, D. 47.8.2.20 (Ulp. 56 *ad ed.*) – e, ancora, EAD., *op. cit.*, 330 e nt. 21 – che, per una fattispecie simile, evoca l'*actio utilis* (così come già Gai 3.219, e I. 4.3.16), ma cfr. D. 9.2.9.2 (Ulp. 18 *ad ed.*) e D. 9.2.29.7 (Ulp. 18 *ad ed.*), frammenti che legittimano, per contro, all'*actio in factum*, segno della difficoltà di approdare ad una soluzione testuale univoca.

⁴⁷ V. *supra*, nt. 42. Allo stato attuale non sembrano esservi ragioni apparenti per respingere l'ipotesi avanzata dall'editore tedesco.

⁴⁸ Ancora dell'anno 293. Per contro, la *constitutio* salvata in C. 3.35.5 ha dato luogo a numerose critiche di natura testuale (soprattutto in merito alla previsione dell'*actio* – immediatamente – 'in duplum'): cfr. C.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, in ZSS 8, 1887, 227 e s. (= ID., *Kleine Schriften zur römischen und byzantinischen Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1973, 360 e s.); J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*, in Mnemosyne 26, 1898, 273; G. ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae* [1914], in ID., *Scritti giuridici*, II. *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano 1922, 430 e ss.; F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, III.2, Jena 1917, 572; W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in ZSS 49, 1929, 160 nt. 1. V., per tutti, G. BROGGINI, *Index interpolatum*, cit., 69, *ad h.l.*

⁴⁹ V. *supra*, nt. 8.

⁵⁰ V. Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360 *ad h.l.*: « 5 = 62 u. a. v. διπλασιαζομένῳ »; BT VIII, 2769 'Scholia' B LX, 3, 61 ὄρισμένος: Pe 1 » (e cfr. BS VIII, 3168-4).

⁵¹ V. *supra*, ntt. 7 e 45.

⁵² V. Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360 *ad h.l.*: « THAL. adn.: text. Bas. a v. καὶ σημείωσαι ». V., ora, H. DE JONG, *Die actio in duplum (ἢ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις)*, cit., 339 nt. 59.

→ B. 60.3.61[62], cit.⁵³: [...] [Θαλελαίου – ?]⁵⁴ [Καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὄρισμένος Ἀκουίλιος τῶν διπλασιαζομένων ἐστὶ· πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντία δόξῃ κεκράτηνται τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες]⁵⁵.

L'edizione di Scheltema vi ricollega, dal canto suo, un'altra *σημείωσαι* (peraltro assente nel censimento di quella ottocentesca)⁵⁶, sebbene non ne identifichi alcuna specifica paternità:

→ Sch. 1 ad B. 60.3.61 [BS VIII, 3168-4]: [Θαλελαίου.]⁵⁷ Σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἤρουν ἢ ἱμφακτοῦμ ἐξ ἀρνήσεως διπλοῦν ἀπαιτεῖ.

Da notare, a tale proposito, che in quest'ultima fonte viene richiamata, con consueta traslitterazione (ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος), l'*actio utilis* relativa alla tutela aquiliana, mentre nella *σημείωσαι* che Heimbach ritiene sia da ascrivere a Taleleo⁵⁸ si tratta diversamente di «ὄρισμένος Ἀκουίλιος»: il significato sostanziale del termine è lo stesso⁵⁹, ma è evidente che si sia in presenza dell'uso di un diverso linguaggio tecnico (e, probabilmente, più tardo), e, pertanto, debba sconsigliarsi di optare per tale paternità. Lo stesso Scheltema si premura di osservare, a riguardo del testo di B. 60.3.61, che, invece di «ὄρισμένος Ἀκουίλιος: *Thealelaeus scripserat 'utilios Aquilios'*»⁶⁰, cercando di confermare, in questo modo, l'attribuzione di Heimbach.

⁵³ V. BT VIII, 2769-6 sino a lin. 8 = Hb. V, 324.

⁵⁴ V. *supra*, nt. 47. Il segno di dubbio è generato dalle considerazioni svolte appena oltre. E v. anche *infra*, nt. 60.

⁵⁵ V. *supra*, nt. 10.

⁵⁶ V. *supra*, nt. 50, e, sul punto, M. MIGLIETTA, *Trasmissione del testo e giurisprudenza bizantina. Profili lessicali*, cit., 317 nt. 109.

⁵⁷ L'attribuzione è mia, per le ragioni che verranno immediatamente esposte, e questo è il motivo per il quale, *infra*, § 3.1, inserirò, all'interno della palinogenesi di Taleleo, il testo dello Sch. 1, cit., e non già la seconda parte di B. 60.3.61 (discostandomi, quindi, dal parere di Heimbach: v. *supra*, nt. 52). Seguendo legittimamente le indicazioni degli editori, definiscono, invece, tale testo ancora come 'anonimo' J.L. BARTON, *The lex Aquilia and decretal actions*, in *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, cur. A. WATSON, Edinburgh-London 1974, 22, e, da ultima, H. DE JONG, *Die actio in duplum* (ἡ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις), cit., 341.

⁵⁸ Ex B. 60.3.61[62], II *pars*.

⁵⁹ V. ancora M. MIGLIETTA, *Trasmissione del testo e giurisprudenza bizantina. Profili lessicali*, cit., 317 e nt. 108 (nonché, ora, conformemente H. DE JONG, *Die actio in duplum* (ἡ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις), cit., 339).

⁶⁰ Così BT VIII, 2769 nt. ad lin. 7, e v. anche H. DE JONG, *Die actio in duplum* (ἡ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις), cit., 339 nt. 57. C.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, cit., 228 nt. 1 (= ID., *Kleine Schriften*, II, cit., 361 nt. 1), osserva: «Das ὄρισμένος braucht Thaleläus nicht selten für οὐτίλιος» (richiamato adesivamente da U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 175 nt. 9), invitando a verificare l'incidenza del termine nel commento dell'*antecessor* alle costituzioni tradite in C. 2.20.8, in C. 2.26.1 e in C. 2.50.1-3. Effettivamente nei luoghi corrispondenti dei *libri Basilicorum* indicati dallo Zachariä – ossia B. 10.3.48 [BT II, 547-27 = Hb. I, 505, e cfr. *Ecl. Bas. eod.*, Burgmann ed., 502-2], B. 10.9.1 [BT II, 570-7 = Hb. I, 520] nonché B. 10.33.1-3 [BT II, 604-16.22, 605-4 = Hb. I, 538] – appare il termine *ὄρισμένος*, ma questo, a mio parere, non prova ancora si tratti di un'espressione dovuta a Taleleo, né che i passaggi ora censiti appartengano necessariamente alla sua scrittura, come, del resto, non risulta da Hb. V. *Manuale Basilicorum*, 355-356 *ad hh.ll.* Infatti, al di là della comparsa di forme

In linea di principio non si può negare l'eventualità che sia intercorsa qualche trasformazione lessicale su un testo più antico ad opera di un trascrittore recente, ma, a tenore della tradizione manoscritta a noi pervenuta, accogliere questa conclusione corrisponderebbe ad operare una pura e semplice presunzione. Più ragionevole suggerire, dunque, che lo Sch. 1, cit., possa riproporre il linguaggio di Taleleo⁶¹, a differenza della seconda parte di B. 60.3.61, che appare quale commento non meglio riconducibile ad una mano certa (ma probabilmente posteriore all'epoca dello stesso giurista).

composte del termine, variamente declinate (come *κεχωρισμένος*, *περιωρ-*, *διωρ-*, *διακεχωρ-*, *προωρ-*, *ἀφωρ-*) il termine appartiene, di norma, a *scholia* anonimi, anche sporadicamente all'interno di una *ἐρμηνεία*, di una *παραπομπή*, di una *ἐρώτησις*, di una *προθεωρία*, di un *θεματισμός*, o, ancora, di una *παραγραφή*. Sembrano, invece, proprie di Teodoro, e relativamente numerose, le occorrenze in Sch. 3 ad B. 8.1(V).11 [BS I, 62-29 = ΘΕΟΔ., Hb. I, 333], Sch. 2 ad B. 13.1(CA).25 [BS II, 625-2 = Hb. II, 23], Sch. 1 ad B. 20.1(Pa).73 [BS III, 1213-3 = Hb. II, 371], Sch. 1 ad B. 23.1(Pa).49 [BS IV, 1588-9 = Hb. II, 646], Sch. 1 ad B. 40.1(Pb).24 [BS VI, 2363-10 = Hb. IV, 58], Sch. 1 ad B. 47.1(Pc).60 [BS VII, 2774-31 = Hb. IV, 585] con due evenienze, Sch. 1 ad B. 47.1(Pc).66 [BS VII, 2779-8 = Hb. IV, 589], Sch. 1 ad B. 60.34(Pe).28 [BS IX, 3653-24 = Hb. V, 693], Sch. 1 ad B. 60.37(Pe).58 [BS IX, 3728-20 = Sch. 1 ad B. 60.37.59, Hb. V, 748], Sch. 1 ad B. 60.51(Pe).41 [BS IX, 3897-18 = Sch. 1 ad B. 60.51.39, Hb. V, 871], Sch. 1 ad B. 60.51(Pe).60 [BS IX, 3903-14 = Hb. V, 876] nonché Sch. 1 ad B. 60.64(Pe).4 [BS IX, 3942-5 = Hb. V, 908]. In testi che, invece, possono essere assegnati con certezza a Taleleo, l'espressione censita appare soltanto in tre evenienze, ossia in Sch. 6 ad B. 8.1(V).26 [BS I, 77-20 = ΘΑΛ., Hb. I, 346] e in Sch. 2 ad B. 48.13(Pc).15 [BS VII, 2963-28 = Sch. *(III), Hb. IV, 752] – ma con la forma *κεχωρισμένος* in Sch. 2 ad B. 48.14(Pc).1 [BS VII, 2966-29 = ad § 3, Hb. IV, 754]: peraltro nessuna di queste testimonianze è rievocata dallo Zachariä (*op. et loc. ult. cit.*). Per completezza, si noti che altri *scholia* debbono essere assegnati a Cirillo (Sch. 13 ad B. 11.1(CA).27 [BS I, 250-28 = Κυρ. Hb. I, 602]), all'Enantiophane (Sch. 21 ad B. 21.2(Pa).13 [BS IV, 1305-35 = Τοῦ Ἐωαντ. Hb. II, 447], e con la forma *κεχωρισμένος* in Sch. 2 ad B. 18.5(II).12 [BS III, 1121-16 = Zach., *Suppl.* 215 = ried. Miglietta, *Suppl.* 231]), all'Anonimo (Sch. 2 ad B. 28.7(F-Pa).8 [BS V, 1874-21 = Hb. III, 230]), all'Aghiotheodorito (Sch. 99* ad B. 60.12(Pe).52 [BS VIII, 3403-14 = Sch. 48, Hb. V, 501] e Sch. 6 ad B. 60.12(Pe).70 [BS VIII, 3427-35 = Sch. 3*, Hb. V, 523]), nonché al tardo Costantino Niceno (Sch. 22 ad B. 21.2(Pa).13 [BS IV, 1306-14 = Τοῦ Νικ., Hb. II, 447] – intorno a questo giurista, generalmente poco noto, v. M. MIGLIETTA, *Riflessioni intorno a Bas. 21.1.31.1: problemi testuali e prospettive di giuristi bizantini*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, cur. L. GAROFALO, Padova 2007, 700-701 nt. 30, nonché Σ.Ν. ΤΡΙΑΝΟΣ, *Οι πηγές του βυζαντινού δικαίου*³, cit., 282 e 293 [e v. S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, cit., 186 e 194]). Dal complesso delle testimonianze analizzate può essere rilevato un dato di natura statistica, che ha implicazioni, tuttavia, sostanziali: le incidenze del termine, soprattutto per ciò che concerne Taleleo, appaiono – e comunque nel loro numero assai ridotto, contrariamente a quanto indurrebbe a concludere il parere dello Zachariä – all'interno di un 'blocco' iniziale correlato ad una latenza sino al libro LXVIII (*ad B. 8.1-2 e ad B. 48.13-14*), ciò che pare confermare la soluzione che la sua comparsa possa essere frutto di più tardi trascrittori, e non appartenere, invece, alla terminologia utilizzata *ab origine* da tale *antecessor* (per Teodoro cfr., invece, più ampia e diffusa presenza *ad B. 8.1, B. 13.1, B. 20.1, B. 23.1, B. 40.1, 47.1, B. 60 tit. 34, 37, 51 e 64*). E deve, inoltre, essere considerata la differenza degli *scholia* interessati – rispetto a B. 60.62.61[62] – che offrono la presenza esplicita del nome di Taleleo, laddove compare il termine *ῶρισμένος* (e mai all'interno di una *σημείωσαι*, come, per contro, avverrebbe, se avesse ragione Heimbach, nel luogo citato dei libri dei sovrani macedoni: anzi, stando al censimento appena condotto, si tratterebbe dell'unica ipotesi di questo genere – e la stessa osservazione può essere ripetuta anche per Teodoro). Ciononostante non si può escludere che la seconda parte di B. 60.3.61[62] sia stata tratta, piuttosto, dall'opera di Teodoro, attribuzione che sembra offrire maggiori spie linguistiche e statistiche di attendibilità (e v. *infra*, ntt. 70 e 71, in relazione alle conseguenti proposte).

⁶¹ Alla luce delle edizioni moderne, H. DE JONG, *Die actio in duplum (ἡ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις)*, cit., 341, ripropone lo *σχόλιον* come dovuto ad un giurista anonimo.

2.6. - C. 3.35.6: Imppp. Diocletian. et Maximian. AA. Plinio⁶² = B. 60.3.62[63]⁶³ [BT VIII, 2769-9 = Hb. V, 324]: *De his, quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.*

→ Sch. 1 [BS VIII, 3168-7 = Hb. V, 324]: Θεοδώρου. Ὁ βόσκων ἀδίκως ἐν ἀλλοτρίᾳ γῆ θρέμματα τῷ Ἀκουίλιῳ ὑπόκειται, οὐτίλιῳ δέ⁶⁴.

→ B. 60.3.62[63], cit.⁶⁵: [...] [Θαλελαίου.]⁶⁶ [Ἐπειδὴ δὲ μὴ οἰκείῳ σώματι τὴν βλάβην ἐπήγαγεν, εἰκότως οὐτίλιον Ἀκουίλιον δέδωκε. Καλῶς δὲ ἐθεμάτισα, ὅτι εἰς τὸν ἀλλότριον ἀγρὸν ἀπαγαγὼν κατεβόσκησεν. ἐὰν γὰρ καρπῶν ἀλλοτρίων πεσόντων ἐν τῇ ἰδίᾳ γῆ ἀπαγαγὼν τὰ ἴδια θρέμματα κατεβόσκησεν, οὐκέτι ἐστὶν ὁ Ἀκουίλιος, ἀλλὰ ἡ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτούσα ἀγωγή κατὰ τὸ κείμενον ἐν τῷ ὀγδόῳ βιβλίῳ τῶν δευτέρου.]⁶⁷.

Il primo σχολίον – espressamente desunto dall'opera di Teodoro – riproduce il testo imperiale, mentre il secondo – nuovamente caduto a formare parte del testo dei Basilici, ed attribuito da Heimbach a Taleleo⁶⁸ – costituisce una classica *adnotatio*.

3. Alla luce dell'analisi condotta, possiamo giungere ad una sintesi visiva, attraverso l'ipotetica restituzione palinogenetica dei testi⁶⁹.

3.1. Taleleo

Ad C. 3.35.1: *abest.*

Ad C. 3.35.2: Τὸ κατὰ πόδας. Τῆ τοῦ Ἀκουίλιου ἀγωγή χρησάμενος κατ' ἐκείνου, ὄντινα τὸν οἶκον καταλύσαι ἢ ἐμπρῆσαι καὶ ζημίᾳ σε περιβαλεῖν λέγεις, ἐπὶ τῷ ταύτην τὴν ζημίαν κατορθωθῆναι διὰ τῆς τοῦ ἄρχοντος αὐθεντίας ἐπιτεύξῃ. Οὐ μὴν ἀλλ' εἰ καὶ τὸ ὕδωρ ἀλλαχοῦ μετοχετεύθη, ἵνα εἰς τὴν ἀρχαίαν κατάστασιν ἀποκαταστή, τῆ τοῦ ἄρχοντος προνοία ἐπιτεύξῃ. Καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως. Θεμάτισον, ὅτι ἐξ ὧν τὸ ὕδωρ ἀφείλετο ἔβλαψέ με ἢ τῶν δένδρων τῶν ἐμῶν ξηρανθέντων ἢ ἀλόγων ἐμῶν ὑπὸ δίψους ἀποθανόντων, ἵνα ἐστὶν οὐτίλιος Ἀκουίλιος, ἢ ὅτι τὸν ὄλκον κατέστρεψε, ἵνα ἐστὶ δῖρεκτος Ἀκουίλιος. Εἰ γὰρ ζημία μὲν οὐκ ἐγένετο, ζητῶ δὲ τὸ τοῦ ὕδατος δίκαιον, τὴν περὶ δουλείας ἰνρέμ δύναμαι κινῆσαι κατ' αὐτοῦ. Κατὰ δὲ τοῦ ἐμπρῆσαντος οἶκον κινεῖται καὶ ἄλλη ἀγωγή λεγομένη AEDIUMINCAICARUM. Εἰ μὲν τὸν ὄλκον κατέστρεψε τοῦ ὕδατος, ἔχω κατ' αὐτοῦ τὸν δῖρεκτον Ἀκουίλιον· εἰ δὲ μὴ κατέστρεψεν, ἀλλ' ἐκ τοῦ μετοχετευθῆναι τὸ ὕδωρ ἀπέθανον τὰ ζῴα μου, τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἔχω.

⁶² Dell'anno 294. Anche questa fonte, al pari di C. 3.35.1-2 e 4, non sembra aver offerto spazio a dubbi di genuinità: cfr. G. BROGGINI, *Index interpolationum*, cit., 69 *ad h. tit.*

⁶³ V. *supra*, nt. 8.

⁶⁴ Cfr. anche C. FERRINI, *Edizione critica del νόμος γεωργικός*, in Id., *Opere*, I, Milano 1929, 377 e nt. 1.

⁶⁵ BT VIII, 2769-10 sino a lin. 15 = Hb. V, 324.

⁶⁶ V. Hb. VI. *Manuale Basilicorum*, 360 *ad h.l.*: «THAL. adn.: text. Bas. a v. ἐπειδὴ u. a. f.».

⁶⁷ V. *supra*, nt. 10.

⁶⁸ V. *supra*, nt. 66.

⁶⁹ V. nuovamente *supra*, nt. 10.

Ad C. 3.35.3: Δύναται ὁ ἔχων τὸν Ἀκουίλιον τὸ ἔγκλημα τοῦ φόνου γυμνάζειν.

Ad C. 3.35.4: Χρὴ οὖν ἀποδείκνυσθαι τὴν ζημίαν, καὶ οὐκ ὀφείλει ὄρκω τοῦ ἐνάγοντος ἢ ζήτησις τέμνεσθαι.

Ad C. 3.35.5: [?] Σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἤγουν ἢ ἰμφακτοῦμ ἐξ ἀρνήσεως διπλοῦν ἀπαιτεῖ⁷⁰.

Ad C. 3.35.6: Ἐπειδὴ δὲ μὴ οἰκείω σώματι τὴν βλάβην ἐπήγαγεν, εἰκότως οὐτίλιον Ἀκουίλιον δέδωκε. Καλῶς δὲ ἐθεμάτισα, ὅτι εἰς τὸν ἀλλότριον ἀγρὸν ἀπαγαγὼν κατεβόσκησεν. ἔαν γὰρ καρπῶν ἀλλοτρίων πεσόντων ἐν τῇ ἰδίᾳ γῆ ἀπαγαγὼν τὰ ἴδια θρέμματα κατεβόσκησεν, οὐκέτι ἐστὶν ὁ Ἀκουίλιος, ἀλλὰ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτοῦσα ἀγωγὴ κατὰ τὸ κείμενον ἐν τῷ ὀγδόῳ βιβλίῳ τῶν δερέβους.

3.2. Teodoro

Ad C. 3.35.1: Ὁ καίων ἀλλοτρίαν ὕλην τῷ Ἀκουίλιῳ κατέχεται. Ἐπάγει δὲ ἡ δευτέρα διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου, ὡς ὁ καίων ἢ καταστρέφων ἀλλότριον οἶκον τῷ αὐτῷ νόμῳ εὐθύνεται. Σημείωσαι δέ, ὅτι τὸ διαφέρων ἀπαιτεῖ ὁ Ἀκουίλιος.

Ad C. 3.35.2: *abest*.

Ad C. 3.35.3: Ὁ ἀπὸ πληγῶν φονεύσας ἀνδράποδον δηλονότι ἀλλότριον εἰς μὲν τὴν ζημίαν τῷ Ἀκουίλιῳ ἐνέχεται, εἰς δὲ τὸ πλημμέλημα κατέχεται τῷ περὶ φόνου ἐγκλήματι.

Ad C. 3.35.4: Μετὰ τὰς ἀποδείξεις διπλασιάζεται ὁ Ἀκουίλιος ἐξ ἀρνήσεως. Τὸ αὐτὸ φησιν ἢ ἐ'. διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου ἐπὶ τοῦ λιμώξαντος ἀλλότρια θρέμματα καὶ ἀρνησαμένου τοῦτο ποιῆσαι.

Ad C. 3.35.5: [?] Καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὠρισμένος Ἀκουίλιος τῶν διπλασιαζομένων ἐστὶ πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντία δόξῃ κεκράτηνται τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες⁷¹.

Ad C. 3.35.6: Ὁ βόσκων ἀδίκως ἐν ἀλλοτρίᾳ γῆ θρέμματα τῷ Ἀκουίλιῳ ὑπόκειται, οὐτίλιῳ δέ.

⁷⁰ Cfr., invece, secondo Heimbach, B. 60.3.61[62], π *pars*: [Καὶ σημείωσαι,] ὅτι καὶ ὁ ὠρισμένος Ἀκουίλιος τῶν διπλασιαζομένων ἐστὶ· πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντία δόξῃ κεκράτηνται τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες (c. v., in proposito, *supra*, § 2.5, e ntt. 54-58). Ma v. *infra*, nt. 71.

⁷¹ Cfr. B. 60.3.61[62], π *pars*: v. *supra*, ntt. 60 (*fin.*) e 70.

ANDREAS SCHMINCK †
(Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte)

Die Titelrubriken der *Ecloga*, der *Eisagoge* und des *Prochiron**

* Quando il volume era già in tipografia è giunta la triste notizia della scomparsa dell'illustre Studioso francofortese. La presenza del testo che segue ha, perciò, assunto per gli *Annali* anche il significato di omaggio alla memoria del Suo autore.

DIE TITELRUBRIKEN DER *ECLOGA*, DER *EISAGOGÉ* UND DES *PROCHIRON*

I. Die Ἐκλογή τῶν νόμων (die *Ecloga*), die vermutlich 741 von den „isaurischen“ Kaisern Leon III. (717 – 741) und Konstantinos V. (741 – 775) promulgierte „Auswahl aus den (justinianischen) Gesetzen“, ist in ein Prooimion und die folgenden 18 Titel eingeteilt:¹

- 1) Περὶ συστάσεως μνηστείας καὶ λύσεως αὐτῆς
- 2) Περὶ γάμων ἐπιτετραμμένων καὶ κεκωλυμένων, πρώτου καὶ δευτέρου, ἐγγράφου καὶ ἀγράφου, καὶ λύσεως αὐτῶν
- 3) Περὶ τῆς καταγραφείσης προικὸς καὶ μὴ ἐπιδοθείσης καὶ περὶ δικαίου προικὸς
- 4) Περὶ δωρεῶν ἀπλῶν, ἧγουν ἀπεντεῦθεν ἤδη χρήσεως καὶ δεσποτείας πραγμάτων ἢ δεσποτείας αὐτῶν μόνον, ἢ μετὰ θάνατόν τισι καταλιμπανομένων καὶ περὶ αἰτιῶν, ἐξ ὧν αἰ τοιαῦται δωρεαὶ ἀνατρέπονται
- 5) Περὶ τῶν κεκωλυμένων διατίθεσθαι προσώπων καὶ περὶ διαθηκῶν ἐγγράφων καὶ ἀγράφων
- 6) Περὶ τῶν ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομιῶν καὶ λεγάτων καὶ περὶ τῶν ἐξ ἀχαριστίας ἐκπιπτόντων
- 7) Περὶ παίδων (παίδων om. Zachariae) ὄρφανῶν (καταλειφθέντων add. Zachariae) καὶ τῆς τούτων κουρατορίας (κουρατωρείας Zachariae)
- 8) Περὶ ἐλευθεριῶν καὶ ἀναδουλώσεων
- 9) Περὶ πράσεως καὶ ἀγορασίας, ἐγγράφου καὶ ἀγράφου, καὶ ἀρραβῶνων αὐτῶν
- 10) Περὶ δανείου ἐγγράφου καὶ ἀγράφου καὶ τῶν διδομένων ἐπ' αὐτοῖς ἐνεχύρων
- 11) Περὶ πάσης παραθήκης (παρακαταθήκης Zachariae)
- 12) Περὶ ἐμφυτεύσεων διηνεκῶν καὶ ἐμπεριγράφων
- 13) Περὶ μισθώσεων
- 14) Περὶ μαρτύρων πιστῶν καὶ ἀπροσδέκτων

¹ Der Text wurde erstmals von C. E. ZACHARIAE A LINGENTHAL, *Collectio librorum juris Graeco-Romani ineditorum – Ecloga Leonis et Constantini, Epanagoge Basilii Leonis et Alexandri*, Leipzig 1852, 9-52 (Ndr. in: I. ZEPOS / P. ZEPOS, *Jus Graecoromanum*, Athen 1931 [Ndr. Aalen 1962], II 11-62), und zuletzt von L. BURGSMANN, *Ecloga (Das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos' V)*, Frankfurt 1983, 160-244, herausgegeben. Zu der hier behandelten Thematik vgl. jetzt auch F. GORIA, *Impostazioni sistematiche nelle compilazioni minori postgiustiniane dell'Impero d'Oriente (secoli VIII – X)*, in S. MASUELLI / L. ZANDRINO (Hgg.), *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista (Atti della Giornata di Studi in onore del Professor Lelio Lantella [Torino, 22 marzo 2013])*, Neapel 2014, 263-290, der die Titel der drei Gesetzbücher insbesondere mit den entsprechenden Titeln des *Corpus iuris civilis* verglich.

15) Περὶ διαλύσεων κυρουμένων ἢ ἀνατρεπομένων

16) Περὶ στρατιωτικῶν ἰδιοκτητῶν πραγμάτων καὶ κανστρισίων (κανστρεσίων Zachariae) κερδῶν ὑπεξουσίῳ αὐτῶν τυγχανόντων καὶ περὶ κληρικῶν καὶ χαρτουλαρίων (χαρτουλλαρίων Zachariae) καὶ ἐτέρων στρατευομένων

17) Ποινάλιος τῶν ἐγκληματικῶν κεφαλαίων

18) Περὶ διαμερισμοῦ σκύλων.

In Übereinstimmung mit der Rubrik der *Ecloga*² sind deren Quellen die *Institutionen*, die *Digesten*, der *Codex* und die *Novellen* Iustinianos' I., doch in keinem Teil des *Corpus iuris civilis* ist der Stoff auf ähnliche Weise angeordnet wie in dem „isaurischen“ Gesetzbuch. Es ist daher dessen „Systematik“ zu ermitteln.³

Dass die Regelung der *Ehe* am Anfang steht (Titel 2), ergibt sich aus der großen Bedeutung, die diesem allmählich in die Zuständigkeit der Kirche übergehenden Rechtsinstitut beigelegt wurde.⁴ Besonders im Kapitel 2.9.1 begnügten sich die Kompilatoren nicht mit einer knappen Wiedergabe der justinianischen Norm, sondern betätigten sich selbst legislativ, indem sie die Unauflöslichkeit der Ehe unmittelbar aus der Bibel ableiteten.⁵

Der Ehe geht das *Verlöbnis* voraus (Titel 1), und sie ist begleitet von Abmachungen über die *Mitgift* (Titel 3), weshalb diese Materien die Titel vor und nach der Ehe einnehmen.⁶ Da es sich bei der Mitgift um eine Art *Geschenk* handelt, lag es nahe, dem Titel über die *προίξ* denjenigen über die *δωρεά* folgen zu lassen (Titel 4).⁷ Den Geschenken vergleichbar sind die Erbschaften,⁸ denen entweder ein *Testament* (Titel 5) oder eine *Intestaterbfolge* (Titel 6) zugrunde liegt.

Sehr sinnvoll ist dann auch der Übergang vom Erbrecht zum Personenrecht: Einer Erbschaft geht naturgemäß ein Todesfall voraus, der oft auch dazu führt, dass es zu einer *Vormundschaft* kommt (Titel 7).⁹ Wie die *Waisen* (Titel 7) in einem bestimmten Alter erlangen die Sklaven durch *Freilassungen* die volle „Rechtsfähigkeit“ (Titel 8).

Genau wie die Freilassung ein „Rechtsgeschäft“ darstellt, ist dies auch der *Kauf* (Titel 9), der – als wichtigster bzw. am häufigsten vorkommender¹⁰ „Vertrag“ – die fünf Titel zum Schuldrecht einleitet, gefolgt von denjenigen über das *Darlehen* (Titel 10), die *Verwahrung*

² *Ecloga*, Rubrik Zeilen 4-5 (ed. BURGMANN [Anm. 1] 160): „ἀπὸ τῶν ἰνστιτούτων, τῶν διγέστων, τοῦ κώδικος, τῶν νεαρῶν τοῦ μεγάλου Ἰουστινιανοῦ διατάξεων“.

³ Vgl. BURGMANN (Anm. 1) 8 und F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 268-279.

⁴ Ähnlich BURGMANN (Anm. 1) 8.

⁵ *Ecloga* 2.9.1. Die Kapitel zur Scheidung (2.9.1-4) wurden in einigen Handschriften sogar zu einem eigenen Titel verselbständigt, vgl. BURGMANN (Anm. 1) 108-110 und F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 278; vgl. auch das mit biblischen Zitaten angereicherte Kapitel 2.5.2.

⁶ Diese gewissermaßen selbstverständliche Reihenfolge wurde auch in den *Digesten* (23.1-5) eingehalten, vgl. F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 270.

⁷ Ähnlich BURGMANN (Anm. 1) 8.

⁸ Ähnlich F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 271.

⁹ Etwas anders F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 272 und 285.

¹⁰ Ähnlich F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 273.

(Titel 11),¹¹ die *Emphyteuse* (Titel 12) und die *Pacht* (Titel 13).¹²

Daran schließt sich mit den Titeln über die *Zeugen* (Titel 14) und die *Vergleiche* (Titel 15) das Prozessrecht an, während das Militär- und das Strafrecht mit den Titeln über die *Soldaten* (Titel 16), die *Verbrechen* (Titel 17) und die *Kriegsbeute* (Titel 18) den Abschluss des „isaurischen“ Gesetzbuches bilden.

Der Vergleich der Titelfolge in der *Ecloga* mit der Reihenfolge der Titel in den einzelnen Teilen des *Corpus iuris civilis* zeigt, dass die – partiell geradezu „pandektistisch“ anmutende – „Systematik“ der „Auswahl“ („ἐκλογή“) Leons III. und Konstantinos' V. der Anordnung des Stoffes in den justinianischen „Volltexten“ überlegen ist.¹³

II. Die *Εἰσαγωγή τοῦ νόμου* (die *Eisagoge*), die vermutlich am 15. Mai 886 im Namen der „makedonischen“ Kaiser Basileios I. (867 – 886), Leon VI. (886 – 912) und Alexandros (912 – 913) promulgierte „Einführung in das Gesetz“, ist in ein Prooimion und die folgenden 40 Titel eingeteilt:¹⁴

- 1) Περὶ νόμου καὶ δικαιοσύνης
- 2) Περὶ βασιλέως
- 3) Περὶ πατριάρχου
- 4) Περὶ τάξεως ἐπάρχου πόλεως
- 5) Περὶ τοῦ κοιαίστωρος
- 6) Περὶ ἀπλῶς ἀρχόντων
- 7) Περὶ τοῦ χωρὶς δόσεως γίνεσθαι τοὺς ἄρχοντας καὶ μηδένα ἐν μηδενὶ διὰ χρημάτων κρίνειν ἢ τοὺς ὑποπίπτοντας τοῖς ἐγκλήμασι συγχωρεῖν
- 8) Περὶ ἐπισκόπων καὶ χειροτονιῶν καὶ προβολῶν ἐκκλησιαστικῶν παντοίων
- 9) Περὶ τῶν ἀρμοζόντων ἐπισκόποις καὶ πρεσβυτέροις καὶ διακόνοις καὶ ἀπλῶς πᾶσιν ἐκκλησιαστικοῖς καὶ μοναχοῖς
- 10) Περὶ τῶν ἐκκλησιαστικῶν ἐμφυτεύσεων καὶ μισθώσεων
- 11) Περὶ τάξεως καὶ κριτηρίων
- 12) Περὶ μαρτύρων
- 13) Περὶ συμβολαίων
- 14) Περὶ μνηστείας
- 15) Περὶ ἀρραβῶνων καὶ δωρεῶν μνηστείας
- 16) Περὶ γάμου καὶ ἀκριβείας αὐτοῦ

¹¹ Die ohnehin sinnvolle Reihenfolge Darlehen – Verwahrung wurde durch *Institutiones* 3.14 pr. (*mutuum*) und 3 (*depositum*) bzw. Theophilus, *Institutionen-Paraphrase* 3.14 pr. und 3 (unter Auslassung der sehr speziellen Regelungen in 3.14. 1-2) suggeriert; anders F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 274-275.

¹² GORIA (Anm. 1) 273 fand diese Regelung des Schuldrechts nicht besonders sinnvoll und wunderte sich über die „Auslassung“ der *stipulatio*, die jedoch, von vereinzelt Ausnahmen abgesehen (vgl. K. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*³, Berlin 1892 [Ndr. Aalen 1955], 293, und A. SCHMINCK, *Subsidiua Byzantina nova. I. Ἐπερώτησις*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 83, 2015, im Druck), in nachjustinianischer Zeit außer Gebrauch kam.

¹³ Zurückhaltend BURGEMANN (Anm. 1) 7 und F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 279.

¹⁴ Der Text wurde von ZACHARIAE A LINGENTHAL (Anm. 1) 61-217 (Ndr. in: ZEPOS / ZEPOS [Anm. 1] II 236-368) herausgegeben.

- 17) Περὶ γάμων κεκωλυμένων
- 18) Περὶ προικός
- 19) Περὶ πρὸ γάμου ἢ διὰ γάμου δωρεᾶς
- 20) Περὶ δωρεῶν μεταξὺ ἀνδρῶς καὶ γυναικὸς γινομένων
- 21) Περὶ λύσεως γάμου
- 22) Περὶ δωρεῶν καὶ ἀνατροπῆς αὐτῶν
- 23) Περὶ πράσως καὶ ἀγορασίας
- 24) Περὶ μισθώσεως
- 25) Περὶ καταθήκης
- 26) Περὶ κοινωνίας
- 27) Περὶ διαλύσεως
- 28) Περὶ χρέους καὶ ἐνεχύρων
- 29) Περὶ διαθήκης καὶ κωδικέλλου
- 30) Περὶ τῶν κωλυομένων διατίθεσθαι
- 31) Περὶ διαθήκης ὑπεξουσίων καὶ λύσεως ὑπεξουσιότητος
- 32) Περὶ ἀνατροπῆς διαθήκης
- 33) Περὶ τῶν ἐκ διαθήκης καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονόμων
- 34) Περὶ φαλκιδίου καὶ ἀποκλήρων
- 35) Περὶ [τοῦ] τοὺς τελευτῶντας ἤγουν τὰ λείψανα αὐτῶν μὴ ἐνυβρίζεσθαι παρὰ τῶν δανειστῶν, καὶ πότε δεῖ ἐνάγειν τοὺς δανειστὰς κατὰ τῶν κληρονόμων τῶν τελευτησάντων
- 36) Περὶ λεγάτου
- 37) Περὶ ἐλευθεριῶν καὶ ἀπελευθέρων
- 38) Περὶ ἐπιτρόπων καὶ κουρατόρων καὶ ἀποκαταστάσεως
- 39) Περὶ καινοτομιῶν καὶ ὄρων
- 40) Περὶ ποινῶν

Auch die *Eisagoge* basiert auf den vier Teilen der justinianischen Kodifikation, zusätzlich diente ihr aber auch die *Ecloge* als weitere Quelle. Genau wie diese weist sie eine völlig eigenständige „Systematik“ auf.¹⁵

Dass am Anfang Normen über *Gesetz und Gerechtigkeit* stehen (Titel 1), geht auf die entsprechenden einleitenden Titel der *Digesten* (1.1: „De iustitia et iure“) und der *Institutionen* (1.1: „De iustitia et iure“)¹⁶ sowie auf die herausragende Stellung des „νόμος“ im Prooimion der *Eisagoge* zurück.¹⁷ Die Titel über den *Kaiser* (Titel 2) und den *Patriarchen* (Titel 3) sind eine Schöpfung des Patriarchen Photios,¹⁸ der auch die folgenden, in die Zuständigkeit des weltlichen und des geistlichen Oberhauptes fallenden Titel über den *Eparchen* (Titel 4), den *Koiaistor* (*Quaestor*) (Titel 5) und die *Archonten* (Titel 6 und 7) sowie über die *Bischöfe* (Titel

¹⁵ Vgl. F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 279-290, der allerdings die „Systematik“ der *Eisagoge* zusammen mit derjenigen des *Prochiron* behandelte.

¹⁶ So auch F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 281.

¹⁷ Vgl. A. SCHMINCK, *Από τον «νόμο» στον «νόμο»*. Ο Φώτιος και η έννοια του νόμου στην αρχαιότητα, in *Συμβολές στην έρευνα του αρχαίου ελληνικού και ελληνιστικού δικαίου*, 2, Athen 1994, 61-72.

¹⁸ So insbesondere J. SCHARF, *Photios und die Epanagoge*, in *Byzantinische Zeitschrift* 49, 1956, 385-400.

8), die sonstigen *Kleriker und Mönche* (Titel 9) sowie die *kirchliche Emphyteuse und Pacht* (Titel 10)¹⁹ inspirierte und teilweise sogar selbst verfasste.

Diese ersten Titel der *Eisagoge* zum weltlichen und kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsrecht haben keine Parallele in der *Ecloga*; erst mit Titel 10 kommt es zu einer deutlichen Bezugnahme auf die „Systematik“ des „isaurischen“ Gesetzbuches, nämlich dessen Titel 12 und 13 über *Emphyteuse* und *Pacht*, und auch der übernächste Titel der *Eisagoge* über die *Zeugen* (Titel 12), der dem sich in der *Ecloga* unmittelbar anschließenden Titel 14 thematisch entspricht, ist der Titelfolge der letzteren verpflichtet.

Allerdings ist der prozessrechtlichen Materie über die *Zeugen* in der *Eisagoge* ein neuer Titel über die *Gerichte* (Titel 11) vorgeschaltet, der ebenfalls photianische Züge trägt und auf sinnvolle Weise vom (kirchlichen) Verwaltungsrecht zum Gerichtsverfassungsrecht überleitet. Der nächste Titel (15) der *Ecloga* über die *Vergleiche* ist sodann zu Recht aus dem Prozessrecht entfernt und (als Titel 27) in das Schuldrecht der *Eisagoge* inkorporiert, während ein ebenfalls auf Photios zurückzuführender Titel über die *Vertragsurkunden* bzw. *Verträge* (Titel 13)²⁰ das Beweisrecht angemessen zum Abschluss bringt.

Erst nach diesem neuartigen öffentlichrechtlichen Teil beginnt in Analogie zur *Ecloga* der privatrechtliche Teil der *Eisagoge* mit Bestimmungen über die Ehe,²¹ welche wegen ihrer großen Zahl auf acht (statt – wie in der *Ecloga* – auf drei) Titel aufgeteilt sind: das *Verlöbniß* (Titel 14), die *Verlöbnißgaben* (Titel 15), die *Eheförmlichkeiten* (Titel 16), die *Ehehindernisse* (Titel 17), die *Mitgift* (Titel 18), das *Ehegeschenk* (Titel 19), die *Geschenke unter Eheleuten* (Titel 20) und die *Eheauflösung* (Titel 21).

Angeregt durch die Titel (18-20) über die gegenseitigen Geschenke von Ehegatten folgen dann in der *Eisagoge* – wie in der *Ecloga* – Vorschriften über *Schenkungen* (Titel 22).²² Danach jedoch entfernen sich die Kompilatoren der *Eisagoge* von der assoziativen „Systematik“ der *Ecloga* und fahren mit dem (dort erst später geregelten) Obligationenrecht fort: dem *Kauf* (Titel 23), der *Pacht* (Titel 24), der *Verwahrung* (Titel 25), der *Gesellschaft* (Titel 26), die in der *Ecloga* nur als Anhang in dem Titel (10) über das *Darlehen* behandelt wurde, dem *Vergleich* (Titel 27), der hier – richtiger als in der *Ecloga* – zum Schuld- statt zum Prozessrecht gezählt wird, sowie der *Geldschuld*, d.h. dem *Darlehen* (Titel 28).²³

¹⁹ F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 281⁴³ sah sogar eine „euritmia“ mit „un equal numero di titoli“, nämlich vier, indem er den (hauptsächlich den weltlichen Beamten gewidmeten) Titel 7 ausklammerte.

²⁰ Vgl. A. SCHMINCK, *Subsivica Byzantina, II: Συμβόλαιον*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 83, 2015, 126-144 (133-139).

²¹ Obwohl die *Eisagoge* insoweit völlig der *Ecloga* und dem *Prochiron* entspricht, wie auch schon aus *Eisagoge*, Prooimion Zeile 104 (ed. A. SCHMINCK, *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern*, Frankfurt am Main 1986, 10), hervorgeht, sah F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 284 hier einen großen Unterschied.

²² So auch F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 285.

²³ F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 286 wunderte sich hier erneut (vgl. schon Anm. 12) über das Fehlen der *stipulatio* bei der Normierung der Verträge, zumal er glaubte, dass die *stipulatio* „è l'unico contratto specificamente indicato nel proemio, come esempio di atto a cui sono funzionali testimoni e documenti“. Das ist indes unrichtig: An der betreffenden Stelle (*Eisagoge*, Prooimion Zeile 107 [ed. A. SCHMINCK, *Studien*, cit., 10]: „ἐν ταῖς ἐπερωτήσεσιν καὶ τοῖς συμφώνοις καὶ τοῖς συναλλάγμασιν“) ist nicht nur von „Stipulationen“, sondern auch von „Vereinbarungen und Verträgen“ die Rede, denen ebenfalls kein eigener Titel zugebilligt wurde. Entgegen GORIA 286⁵⁶ ist es daher auch nicht möglich, das Fehlen eines

In dem letzteren Titel (28) geht es auch um die *Pfänder*, also eine sachenrechtliche Materie, bevor in den nächsten acht Titeln das Erbrecht normiert wird: das *Testament* und das *Kodizill* (Titel 29), die *Testierunfähigen* (Titel 30), das *Testament der Gewaltunterworfenen* (Titel 31),²⁴ die *Aufhebung des Testaments* (Titel 32), die *testamentarischen* und die *Intestat-erben* (Titel 33), der *Pflichtteil* und die *Enterbten* (Titel 34), die *Gläubiger der Verstorbenen* (Titel 35) und das *Legat* (Titel 36).

An diesen erbrechtlichen Teil schließen sich – ähnlich wie in der *Ecloga* (Titel 8 und 7) – noch zwei personenrechtliche Titel an, nämlich über *Freilassungen und Freigelassene* (Titel 37) sowie über *Vormünder, Kuratoren und Rückerstattung* (Titel 38), wobei der letzte Begriff („ἀποκατάστασις“) auf das entsprechende Kapitel der *Ecloga* Bezug nimmt.²⁵

Wie die *Ecloga* (Titel 17) beschließt das Strafrecht auch die *Eisagoge*: Allerdings geht in der letzteren dem sehr umfangreichen Titel über die *Strafen* (Titel 40), in den am Ende auch der nur einige Zeilen umfassende letzte Titel (18) der *Ecloga* über die *Teilung der Kriegsbeute* in verkürzter Form integriert ist,²⁶ ein merkwürdiger Titel über *Neuerungen und Grenzen* (Titel 39) voraus, dessen Aufnahme in das Gesetzbuch ebenfalls auf das Ingenium des Patriarchen Photios zurückzuführen ist.²⁷

Dass die *Eisagoge* gerade 40 Titel umfasst, ist kein Zufall (wie es vermutlich die 18 Titel der *Ecloga* sind), sondern steht im Zusammenhang mit den ihnen entsprechenden („ἰσαριθμῶς“) 40 *Büchern*, die im Prooimion der *Eisagoge* nicht weniger als dreimal erwähnt werden²⁸ und deren Anzahl höchstwahrscheinlich einen Bezug zu Photios aufweist.²⁹ Auf die im Vorausgehenden erörterten 40 Titel der *Eisagoge* sind, wenn man von wenigen Ausnahmen absieht, die in das Gesetzbuch aufgenommenen Rechtsnormen in höchst sinnvoller Weise verteilt.

III. Der *Πρόχειρος Νόμος* (das *Prochiron*), das vermutlich am 8. November 907 von Leon VI. promulgierte „Handliche Gesetz“, ist in ein Prooimion und die folgenden 40 Titel eingeteilt:³⁰

Titels über die *stipulatio* als „un indizio ... del fatto che il proemio fosse stato redatto prima della composizione dell'opera“ zu qualifizieren.

²⁴ Dass in diesem Titel – seiner Rubrik gemäß – auch Fragen der (Auflösung der) „ὑπέξουσιότης“ behandelt werden, ist naheliegend und keinesfalls, wie F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 287 vermeinte, auf den Einfluss der *Ecloga privata* oder des *Prochiron* zurückzuführen.

²⁵ *Ecloga* 7.1 Zeile 469 (ed. BURGMANN [Anm. 1] 198).

²⁶ Diese Integration erfolgte augenscheinlich aufgrund der Kürze des Titels 18; anders F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 284², der daran dachte, dass die Herkunft der Norm aus der *Ecloga* verschleiert werden sollte.

²⁷ A. SCHMINCK, *Subsivica Byzantina, III: Καλοτομία*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 83, 2015, 126-144 (140-144); vgl. auch F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 288-289.

²⁸ *Eisagoge*, Prooimion Zeilen 32, 36 und 39 (ed. A. SCHMINCK, *Studien*, cit., 6); hinzu kommt eine Bezugnahme auf die 40 Titel in Zeile 37.

²⁹ Vgl. A. SCHMINCK, «Frömmigkeit ziere das Werk». Zur Datierung der 60 Bücher Leons VI., in *Subsivica Groningana* 3, 1989, 79-114 (79-91).

³⁰ Der Text wurde von C. E. ZACHARÆ, 'Ο Πρόχειρος Νόμος. *Imperatorum Basilii, Constantini et Leonis Prochiron*, Heidelberg 1837, 3-258 (Ndr. in: ZEPOS / ZEPOS [Anm. 1] 114-227), herausgegeben.

- 1) Περὶ συναινέσεως μνηστείας
- 2) Περὶ ἄρραβώνων μνηστείας
- 3) Περὶ δωρεῶν μνηστείας
- 4) Περὶ ὄρου καὶ διαθέσεως γάμου
- 5) Περὶ ἀκριβείας γάμου
- 6) Περὶ προγαμιαίας δωρεᾶς
- 7) Περὶ κεκωλυμένων γάμων
- 8) Περὶ δικαίου προικὸς
- 9) Περὶ ἐκδικήσεως προικὸς καὶ τῶν βαρῶν αὐτῆς
- 10) Περὶ δωρεῶν μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς
- 11) Περὶ λύσεως γάμου καὶ τῶν αἰτιῶν αὐτοῦ
- 12) Περὶ δωρεῶν
- 13) Περὶ ἀνατροπῆς δωρεῶν
- 14) Περὶ πράσεως καὶ ἀγορᾶς
- 15) Περὶ ἐμφυτεύσεως
- 16) Περὶ δανείου καὶ ἐνεχύρου
- 17) Περὶ μισθώσεως
- 18) Περὶ καταθήκης
- 19) Περὶ συστάσεως κοινωνίας
- 20) Περὶ λύσεως κοινωνίας καὶ ἀγωγῆς
- 21) Περὶ διαθήκης αὐτεξουσίαν
- 22) Περὶ διαθήκης ὑπεξουσίαν
- 23) Περὶ διαθήκης ἀπελευθέρων
- 24) Περὶ διαθήκης ἐπισκόπων καὶ μοναχῶν
- 25) Περὶ ἀνατροπῆς διαθήκης
- 26) Περὶ λύσεως ὑπεξουσιότητος
- 27) Περὶ μαρτύρων
- 28) Περὶ χειροτονίας ἐπισκόπων καὶ πρεσβυτέρων
- 29) Περὶ κωδικέλλου
- 30) Περὶ κληρονόμων
- 31) Περὶ ἀποκαταστάσεως
- 32) Περὶ φαλκιδίου
- 33) Περὶ ἀποκλήρων
- 34) Περὶ ἐλευθεριῶν
- 35) Περὶ λεγάτων
- 36) Περὶ ἐπιτρόπων
- 37) Περὶ τοῦ πότε δεῖ ἐνάγειν τοὺς δανειστὰς κατὰ τῶν κληρονόμων τῶν τελευτησάντων
- 38) Περὶ καινοτομιῶν
- 39) Περὶ ποινῶν
- 40) Περὶ διαμερισμοῦ σκύλων

Auch dem *Prochiron* liegen – wie der *Eisagoge* – die vier Teile der justinianischen Kodifikation und die „isaurische“ *Ecloga* zugrunde, wohingegen auf das photianische Gesetzbuch,

das ja gerade eliminiert werden sollte, nur indirekt zurückgegriffen wurde. Es ist hier nun auch noch die „Systematik“ des *Prochiron* zu untersuchen.³¹

Unter Ausscheidung der ersten elf bzw. dreizehn Titel der *Eisagoge* beginnt das *Prochiron* – wie die *Ecloga* – mit dem Eherecht:³² dem *Einverständnis zum Verlöbnis* (Titel 1), der *Arra zum Verlöbnis* (Titel 2), den *Verlöbnisgeschenken* (Titel 3), der *Ehedefinition* (Titel 4), den *Eheförmlichkeiten* (Titel 5), dem *vorehelichen Geschenk* (Titel 6), den *Ehehindernissen* (Titel 7), der *Mitgift* (Titel 8), der *Rückforderung der Mitgift und deren Belastungen* (Titel 9), den *Geschenken unter den Ehegatten* (Titel 10) und der *Eheauflösung* (Titel 11).

Im Vergleich zur *Eisagoge* ist das Eherecht im *Prochiron* auf elf statt auf acht Titel aufgeteilt, wobei sich die Rubriken der ersten beiden zusätzlichen Titel (3 und 5) aus den entsprechenden mehrteiligen Titeln der *Eisagoge* ableiten lassen, wohingegen die Rubrik des dritten zusätzlichen Titels (9) nur schwer mit dessen einzelnen Kapiteln in Einklang zu bringen ist.³³

Wie in der *Eisagoge* folgt dann das Schuldrecht, beginnend – wie in der *Ecloga* – mit den *Schenkungen* (Titel 12), dem *Widerruf von Schenkungen* (Titel 13), dem *Kauf* (Titel 14), der *Emphyteuse* (Titel 15), dem *Darlehen* und den *Pfändern* (Titel 16), der *Pacht* (Titel 17), der *Verwahrung* (Titel 18), der *Gründung einer Gesellschaft* (Titel 19) und der *Auflösung einer Gesellschaft* (Titel 20).

Diese neun Titel des *Prochiron* entsprechen im Großen und Ganzen dem schuldrechtlichen Teil der *Eisagoge*, allerdings mit dem Unterschied, dass hier wiederum zwei zusätzliche Titel bzw. Rubriken (13 und 20) eingefügt wurden und dass ein Titel (15) über die *Emphyteuse* den Titel (27) der *Eisagoge* über den *Vergleich* ersetzte. In der *Ecloga* (Titel 12) kam die *Emphyteuse* ebenfalls im Rahmen der Obligationen vor, also nicht wie in der *Eisagoge* (Titel 10) als Teil des kirchlichen Verwaltungsrechts, während der sowohl in der *Ecloga* (Titel 15) als auch in der *Eisagoge* (Titel 27) in einem eigenen Titel geregelte *Vergleich* im *Prochiron* weitgehend³⁴ ausgelassen wurde.

An das Obligationenrecht schließt sich in den Titeln 21 – 37 das Erbrecht an, dem allerdings nur 11 dieser 17 Titel zuzurechnen sind, und zwar diejenigen über das *Testament der Freien* (Titel 21), das *Testament der Gewaltunterworfenen* (Titel 22), das *Testament der Freigelassenen* (Titel 23), das *Testament der Bischöfe und Mönche* (Titel 24), den *Widerruf des Testaments* (Titel 25), das *Kodizill* (Titel 29), die *Erben* (Titel 30), den *Pflichtteil* (Titel 32), die *Enterbten* (Titel 33), die *Legate* (Titel 35) und die *Gläubiger der Verstorbenen* (Titel 37).

Auch dieser Teil korrespondiert weitgehend der Gliederung der *Eisagoge* (Titel 29 – 36), wobei jedoch deren mehrere Komponenten umfassende Titel bzw. Rubriken (29 und 34) jeweils zweigeteilt wurden (21 und 29 einerseits sowie 32 und 33 andererseits). Aus dem

³¹ Vgl. ZACHARĒ (Anm. 30) LXI-LXII und F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 279-290, der allerdings die „Systematik“ des *Prochiron* zusammen mit derjenigen der *Eisagoge* behandelte; vgl. Anm. 15.

³² Vgl. F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 283-284, der einen Unterschied bei der Regelung des Eherechts durch die *Ecloga* und durch das *Prochiron* sah.

³³ In *Prochiron* 9.14 wird der Terminus „ἐκδικεῖται“ verwendet, in *Prochiron* 9.12 der Ausdruck „βαρῶν“; vgl. den (elektronischen) *Thesaurus Linguae Graecae* der University of California, Irvine, *sub verbo* „Prochiron“.

³⁴ Nur die in *Eisagoge* 27.16 und 17 enthaltenen Bestimmungen wurden in *Prochiron* 20.3 und 4 aufgenommen, vgl. ZACHARIAE A LINGENTHAL (Anm. 1) 221 und 230 (Ndr. in: ZEPOS / ZEPOS [Anm. 1] 413 und 422).

Titel (37) der *Eisagoge* über die *Freigelassenen* wurden die abschließenden Kapitel 14 – 17 ausgliedert und in einem eigenen Titel (23) des *Prochiron* untergebracht. Statt des übergangenen Titels (30) der *Eisagoge* über die *Testierunfähigen* bietet das *Prochiron* einen weitgehend aus dem kirchenrechtlichen Abschnitt (Titel 9) der *Eisagoge* stammenden Titel (24) über das *Testament von Bischöfen und Mönchen*.

In den erbrechtlichen Teil des *Prochiron* sind sechs auf verschiedene Stellen der *Eisagoge* zurückgehende Titel eingeschaltet, und zwar über die *Beendigung der Gewaltunterworfenheit* (Titel 26), die *Zeugen* (Titel 27), die *Weihe von Bischöfen und Priestern* (Titel 28), die *Rückerstattung* (Titel 31), die *Freilassungen* (Titel 34) und die *Vormünder* (Titel 36). Diese wenig sinnvollen Einschübe³⁵ lassen sich hauptsächlich durch ein assoziatives Vorgehen der Kompilatoren erklären.

Die Verselbständigung des Titels 26 über die *Beendigung der Gewaltunterworfenheit*, der mit dem Titel 22 in Verbindung zu sehen ist,³⁶ wurde durch den zweiten Teil der Rubrik des Titels 31 der *Eisagoge* nahegelegt. Der Titel 27 über die *Zeugen* dürfte seine hiesige Stellung dem Umstand verdanken, dass zu Beginn des erbrechtlichen Abschnitts (in Titel 21) mehrfach von Zeugen die Rede ist.³⁷ Der Titel 28 über die *Weihe der Bischöfe* wurde sicherlich durch den Titel 24 über das *Testament der Bischöfe* angeregt,³⁸ und die drei Titel 31, 34 und 36 über *Rückerstattung*, *Freilassungen* und *Vormünder* hängen augenscheinlich mit den entsprechenden Titeln (37 und 38) der *Eisagoge* zusammen,³⁹ welche indes (vernünftigerweise) nicht in das Erbrecht integriert sind, sondern sich diesem anschließen.

Die beiden dem erbrechtlichen Teil folgenden Titel des *Prochiron* über die *Neuerungen* (Titel 38) und die *Strafen* (Titel 39) haben ihre Entsprechungen in den beiden letzten Titeln (39 und 40) der *Eisagoge*, wohingegen der letzte kurze Titel über die *Aufteilung der Kriegsbeute* (Titel 40) – in Anlehnung an den letzten Titel (18) der *Ecloge* – von dem langen strafrechtlichen Titel abgegrenzt ist.

IV. Der Vergleich der Titelrubriken der drei Gesetzbücher zeigt, dass diejenigen der *Ecloge* vernünftig, diejenigen der *Eisagoge* sogar sehr sinnvoll, diejenigen des *Prochiron* dagegen ziemlich unzweckmäßig sind.⁴⁰

³⁵ Vgl. schon ZACHARLÆ (Anm. 30) LXI: „tertio loco (tit. 21 – 37) sequitur de jure hereditario tractatus, in quem tamen plurima irreperunt, quae ab illo jure sunt aliena“. F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 287-288 nannte diese „Einschübe“ nicht „inserzioni“, sondern „appendici“.

³⁶ Vgl. schon ZACHARLÆ (Anm. 30) LXI.

³⁷ ZACHARLÆ (Anm. 30) LXI bezog diesen Einschub auf das Testamentsrecht, F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 287 auf das gesamte Erbrecht.

³⁸ Vgl. bereits ZACHARLÆ (Anm. 30) LXI.

³⁹ ZACHARLÆ (Anm. 30) LXI hielt es für möglich, dass die Einfügung des Titels 31 über die „ἀποκατάστασις“ durch die Verwendung des fast gleich lautenden Terminus „ὑποκατάστασις“ in *Prochiron* 30.1 beeinflusst wurde; F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 287-288 stellte diesen Zusammenhang zwar zu Recht nicht her, qualifizierte aber zu Unrecht auch die eindeutig erbrechtlichen Titel 35 und 37 über die *Legate* und die *Gläubiger der Verstorbenen* als Teile einer „nuova appendice“. ZACHARLÆ LXII nahm an, dass die Titel 34 und 36 deshalb in den erbrechtlichen Abschnitt aufgenommen worden seien, weil Freilassungen und Vormundschaften „testamento dari solent“.

⁴⁰ Vgl. schon ZACHARLÆ (Anm. 30) LXV: „... Prochiri auctores in ultimis XIX titulis componendis mi-

Das *Prochiron* besteht wie die *Eisagoge* aus 40 Titeln, deren Zahl vom Verfasser des Prooimions (Leon VI.) aber nicht – wie vom Verfasser des Prooimions der *Eisagoge* (Photios)⁴¹ – in Relation zu der Zahl der *Bücher* gebracht wird, nämlich der 60 *Bücher*, die später „*Basiliken*“ genannt wurden.⁴² Im Übrigen ist das *Prochiron* etwa um ein Drittel kürzer als die *Eisagoge* und enthält nicht wenige sehr kurze Titel, insbesondere die Titel 3, 5, 13, 20, 22, 23, 24, 28, 29, 31, 32, 35, 36, 37 und 40.

Diesen kurzen Titeln bzw. ihren Rubriken ist gemeinsam, dass sie für ein Gesetzbuch, welches in 40 Titeln einen – wenn auch nur kursorischen – Überblick über das *gesamte* Recht geben will, zu speziell sind und dass sie Rechtsnormen enthalten, die sich, wie dies auch in der *Eisagoge* geschah, mühelos in den benachbarten Titeln hätten unterbringen lassen.⁴³

Wenn das *Prochiron* eine viel zu große Zahl an Titel(rubrike)n aufweist, so ist dies damit zu erklären, dass das neue Gesetzbuch, in dem insbesondere die von Leon VI. abgelehnten Anfangstitel (1-11 und 13) der *Eisagoge* zu beseitigen waren, unter dem Zeitdruck der Ereignisse vom Herbst 907⁴⁴ „gestreckt“ werden musste. In kürzester Zeit war aus der „photianischen“ *Eisagoge* ein angeblich auf Basileios I. zurückgehendes Werk herzustellen, das fast ausschließlich auf kaiserlichem (d.h. justinianischem) Recht beruhte und als das „wahre“ Produkt der Gesetzgebungstätigkeit Basileios' I., des Vaters Leons VI., ausgegeben werden konnte. Hierfür war es erforderlich, große Teile der ursprünglichen Kompilation und vor allem die Einteilung in 40 Titel beizubehalten, weil nur auf diese Weise die 907 verbreitete Fiktion, dass Photios ein *schon existierendes* Gesetzbuch verfälscht habe, glaubhaft zu machen war.

Bei der Ausscheidung des Photios zugeschriebenen bzw. zumindest mit ihm in Verbindung gebrachten Materials wurden nun aber recht schwerwiegende Fehler begangen. So wurde etwa der – fast ausschließlich justinianisches Recht enthaltende⁴⁵ – Titel 13 „*Περὶ συμβολαίων*“ nur deshalb vollständig eliminiert, weil ihm ein Gedanke des Patriarchen zugrunde lag und weil er mit einem von diesem verfassten Kapitel begann.⁴⁶

Die (fast vollständige) Auslassung des Titels 27 „*Περὶ διαλύσεως*“ der *Eisagoge*⁴⁷ könnte auf der irrigen Vorstellung beruhen, dass auch dieser Titel seine Entstehung einer photianischen Idee verdankte. Der Ausfall des Titels 30 „*Περὶ τῶν κωλυομένων διατίθεσθαι*“ der *Eisagoge* dürfte darauf zurückzuführen sein, dass ein solcher Titel auch in den 60 *Büchern*

nus diligenter versati s(u)nt ...“ und LXXXI: „... ordo titulorum ... in Epanagoge hic illic in melius mutata est“; auch F. GORIA, *Impostazioni sistematiche*, cit., 288 erkannte an, dass die *Eisagoge* „appare più vicina alle nostre concezioni in tema di sistematica giuridica“ als das *Prochiron*.

⁴¹ Vgl. Anm. 28.

⁴² *Prochiron*, Prooimion Zeilen 58 und 80 (ed. A. SCHMINCK, *Studien*, cit., 58 und 60): „ἐν ὅλοις τεσσαράκοντα τίτλοις“ und „ἐν ἑτέροις ἐξήκοντα βίβλοις“.

⁴³ Vgl. A. SCHMINCK, *Studien*, cit., 75-76.

⁴⁴ Vgl. A. SCHMINCK, *Studien*, cit., 101-102 im Anschluss an N. OIKONOMIDES, *Leo VI' Legislation of 907 Forbidding Fourth Marriages. An Interpolation in the Procheiros Nomos*, in *Dumbarton Oaks Papers* 30, 1976, 173-193 (Ndr. in: N. O., *Byzantium from the Ninth Century to the Fourth Crusade [Studies, Texts, Monuments]*, Aldershot 1992, Nr. IV mit Addendum).

⁴⁵ Vgl. ZACHARIAE A LINGENTHAL (Anm. 1) 226 (Ndr. in: ZEPOS / ZEPOS [Anm. 1] 418).

⁴⁶ Vgl. Anm. 20.

⁴⁷ Vgl. ZACHARIAE A LINGENTHAL (Anm. 1) 230 (Ndr. in: ZEPOS / ZEPOS [Anm. 1] 422).

fehlte⁴⁸ und dass er vor allem aus Exzerpten aus der *Institutionen-Paraphrase* des Theophilos bestand, welche zu Beginn der Regierungszeit Leons VI. *in complexu* in Kraft gesetzt worden war.⁴⁹

Die ziemlich unzweckmäßige Gliederung der Titel(rubriken) des *Prochiron*, insbesondere in dessen erbrechtlichem Abschnitt, findet ihre Erklärung darin, dass sich der Kompilator des *Prochiron* – zur Beibehaltung der Titelzahl 40 – gezwungen sah, die acht diesbezüglichen Titel(rubriken) der *Eisagoge* (29-36) auf siebzehn im *Prochiron* (21-37) zu erhöhen, was ihm, der es unterließ, sich mit der „Systematik“ der *Eisagoge* genauestens vertraut zu machen, nicht anders als durch die Einschaltung von (größtenteils den späteren Titeln der *Eisagoge* entnommenen) Einschüben zu bewerkstelligen schien.

Die „Ermüdung“ des Kompilators zeigt sich dann insonderheit in den drei letzten Titeln (38-40) des *Prochiron*, welche die beiden letzten Titel der *Eisagoge* (39-40) fast unverändert wiedergeben, obwohl gerade diese Titel wegen ihrer Inspiration durch Photios (Titel 38: „Περὶ καινοτομιῶν“)⁵⁰ bzw. durch die „isaurischen“ Kaiser (Titel 39 und 40: „Περὶ ποιῶν“ und „Περὶ διαμερισμοῦ σκύλων“) einer sorgfältigen Überprüfung bedurft hätten.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass sich auch aus einem Vergleich der Titelrubriken die Priorität der *Eisagoge* gegenüber dem *Prochiron* mit aller Deutlichkeit nachweisen lässt.

⁴⁸ Vgl. ZACHARIAE A LINGENTHAL (Anm. 1) 231 (Ndr. in: ZEPOS / ZEPOS [Anm. 1] 423).

⁴⁹ A. SCHMINCK, *Zur Auslassung des 1. Titels der Institutionen-Paraphrase des Theophilos*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 82, 2014, 323-326 (325).

⁵⁰ Vgl. Anm. 27.

VARIE

OLIVIERO DILIBERTO
(Università di Roma - La Sapienza)

Una sconosciuta monografia palermitana sulla palingenesi
delle XII Tavole (e un curioso caso di omonimia)

UNA SCONOSCIUTA MONOGRAFIA PALERMITANA SULLA PALINGENESI DELLE XII TAVOLE (E UN CURIOSO CASO DI OMONIMIA)

1. Esattamente quindici anni fa – era il 2000 –, in un catalogo napoletano d'antiquariato librario¹, rinvenni con mia grande sorpresa un volume dedicato alla palingenesi dei frammenti della Legge delle XII Tavole, sino a quel momento del tutto sconosciuto, il cui autore portava il mio stesso cognome.

Confesso: pensai inizialmente ad una burla bibliografica. Ma quando il libro arrivò nella mia abitazione, compresi che non di burla si trattava, bensì di un curiosissimo caso di omonimia, per giunta in un'opera dedicata ad un argomento – come ben sanno gli studiosi – da me lungamente trattato.

Feci comunque a tempo ad inserire il volume nella mia *Bibliografia* sulle edizioni a stampa delle XII Tavole, apparsa l'anno successivo², svolsi qualche sommaria ricerca, poi non ci pensai più. La pubblicazione era la seguente:

Frammenti delle XII Tavole. Parafrasi – spiegazione e note per Francesco Saverio Diliberto, Palermo, Stab. Lito-Tipografico C. Lo Casto & C., Via Resuttana, 18, 1898.

Come detto, il volume conserva una raccolta ordinata per tavole (una vera e propria palingenesi) dei frammenti decemvirali, ma era del tutto sconosciuto alle bibliografie ed ignoto persino al CLIO³. Apparso nel mio catalogo ragionato del 2001, non ha peraltro suscitato curiosità particolari nella comunità scientifica.

Peraltro, proprio redigendo la bibliografia del 2001, sostenevo che “vi sarà sempre un ignoto autore di qualche parte del mondo che, nella solitudine dei propri studi o nell'ambito di circoli letterari di provincia, ha scritto opere concernenti argomenti anche di rilievo, che tuttavia sfuggono e sfuggiranno ai repertori bibliografici: per l'estraneità dell'autore rispetto ai circuiti culturali nazionali o per l'assenza delle sue opere nelle pubbliche biblioteche.”⁴

¹ Libreria antiquaria E. CASSITTO, Napoli, cat. 3/2000, n. 628.

² O. DILIBERTO, *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della legge delle XII Tavole (secoli XVI-XX)*, Roma 2001, 224.

³ *Catalogo dei libri italiani dell'Ottocento (1801 – 1900)*, prospetto e direzione di M. COSTA e G. VIGINI, voll. 1 – 19, Milano 1991.

⁴ DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., 18.

Bene, il volume in esame presenta proprio le caratteristiche ora ricordate. Appare subito, evidentemente, come una pubblicazione prodotta privatamente dall'autore presso una tipografia locale⁵. Il medesimo autore, inoltre, non ha pubblicato – per quanto mi consta dai riscontri dell' ICCU – alcuna altra opera⁶. E, infine, Diliberto si occupa di un argomento di storia giuridica romana arcaica, pur non appartenendo sicuramente alla comunità scientifica dei giuromanisti siciliani, come vedremo appresso.

Insomma, il volume è sfuggito alle bibliografie specializzate (sino al mio lavoro del 2001), così come non compare nelle raccolte bibliografiche dedicate agli autori (o di argomento) siciliani⁷.

E' tuttavia presente in alcune (poche) biblioteche pubbliche⁸.

In definitiva, può senza esitazione essere sottolineata l'intrinseca rarità del volume: vale dunque forse la pena – in poche pagine – dedicargli qualche annotazione, per comprenderne motivazione, struttura e finalità.

2. Intanto, dell'autore, Francesco Saverio Diliberto, possediamo non molte, ma significative notizie biografiche.

In primo luogo, doveva essere personaggio di una certa rilevanza, esistendo a Palermo una via a lui dedicata. Grazie, dunque, proprio a questa circostanza, consultando la preziosa ricognizione toponomastica della città di Palermo svolta da un altro (quasi) omonimo, Mario Di Liberto⁹, si apprendono le principali notizie su Francesco Saverio¹⁰: nato a Villalba, in provincia di Caltanissetta, nel 1830, morirà poi a Palermo, quasi centenario, nel 1929. Fu professore di latino nei licei siciliani e uomo politico locale, ricoprendo più volte la carica di consigliere comunale (per la lista clericale). Fu anche presidente della Congregazione di Carità e amministratore della Pia Opera del Monte Pallavicino. Come si può constatare, Diliberto intrecciava l'insegnamento e gli studi con l'attività politica e istituzionale.

⁵ Lo stabilimento Lito-Tipografico di C. Lo Casto & C., in Via Resuttana, 18 a Palermo fu attivo, secondo il più accreditato tra i repertori bibliografici sull'editoria italiana ottocentesca (*Editori italiani dell'Ottocento. Repertorio*, a cura di A. GIGLI MARCHETTI - M. INFELISE - L. MASCILLI MIGLIORINI - M. I. PALAZZOLO - G. TURI, I, Milano 2004, 611), negli anni tra il 1827 e il 1900. In realtà, per quanto mi risulta, continuò a pubblicare (forse solo come tipografia, il che spiegherebbe la discrepanza tra le informazioni) perlomeno sino al 1910, con particolare intensità, peraltro, negli anni tra 1901 e il 1904. Pubblicò storia locale, letteratura, memorialistica, scritti d'occasione, medicina, economia, agiografia, ma fu editore anche di riviste le più disparate.

⁶ Cfr. peraltro la successiva nt. 9.

⁷ Cfr. lo splendido G. MONCADA LO GIUDICE DI MONFORTE, *Una biblioteca siciliana*, Roma 2001 [nel frontespizio], ma 2002 [nel foglio di guardia libero], "edizione fuori commercio di 200 copie dedicate agli amici bibliofili".

⁸ Biblioteca Etnografica Giuseppe Pitré, Palermo; Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara; Harvard Law School Library, Usa; Staatsbibliothek zu Berlin.

⁹ M. DI LIBERTO, *Palermo. Dizionario Storico Toponomastico*, I, Palermo 2012, 349, le cui informazioni sono tratte in larga misura dal necrologio del Nostro, apparso su *Il Giornale di Sicilia* del 12 febbraio 1929. Peraltro, nella scheda relativa a Francesco Saverio, vi si afferma che avrebbe lasciato "numerose opere di commento ai classici latini" (*ibidem*), delle quali tuttavia non ho rinvenuto traccia.

¹⁰ Da non confondere, evidentemente, con il Francesco Saverio Diliberto, sindaco di Palermo negli anni 1963-1964.

Ma avviciniamoci all'opera. Sin dalla Prefazione (p. V), l'autore spiega il motivo che lo ha indotto a scriverla: "Leggendo il testo delle 12 tavole nei frammenti come in atto sono, non poteva rilevarne il senso. Ciò mortificò alquanto il mio amor proprio; credevo di conoscere un poco di latino". Da professore colto e curioso, Diliberto intende, viceversa, comprenderne appieno il senso e anche l'intrinseco significato, che evidentemente gli sfuggiva per l'arcaicità del lessico decemvirale. Così, egli afferma, "in difetto di altro commento ... che io non ho potuto o saputo trovare", procede lui stesso a redigere una ricostruzione delle XII Tavole, con il relativo apparato critico. Lo scopo, dichiarato, è quello di "rendere la lingua di quei frammenti accessibile ai giovani, che metton piede nelle Università".

Diliberto sottolinea che il suo è un lavoro essenzialmente "grammaticale" e non rivolto agli specialisti (evidentemente, gli studiosi di diritto romano), pur essendo ben consapevole che, alla fine, giudicheranno "i dotti": anche se il libro non è rivolto a loro, ma ai giovani (p. XXV). Di certo, conclude, si è trattato di un lavoro "alquanto ingrato e fastidioso".

Infine, la dedica. Poiché le XII Tavole rappresentano la base del "dritto (*sic*)¹¹ italico", il volume è dedicato a Camillo Finocchiaro Aprile, allora Ministro di Grazia e Giustizia¹², e a Guido Baccelli, Ministro dell'Istruzione Pubblica¹³.

3. Già queste parole introduttive inducono a qualche considerazione iniziale. Diliberto doveva essersi imbattuto, da latinista, in qualche frammento decemvirale che aveva suscitato in lui la frustrazione della quale parla, per via della sua oscurità: polemica, questa sull'oscurità del testo delle XII Tavole, sia detto cursoriamente, diffusa già nella Roma tardo-repubblicana, come testimonia Cicerone, ed oggetto della celebre discussione gelliana tra il giurista Sesto Elio e il filosofo Favorino¹⁴. Ma Diliberto, questo, evidentemente non lo sa: forse avrebbe mitigato la sua frustrazione.

Tuttavia, proprio a fronte dell'oscurità del testo decemvirale, il nostro autore non si scoraggia e si cimenta in prima persona nella restituzione di una palingenesi commentata: qui, tuttavia, si nota la prima lacuna nella formazione di Diliberto. Affermando, infatti, di non aver "potuto o saputo" trovare un commento alle XII Tavole, egli mostra di non conoscere la copiosa letteratura concernente proprio la palingenesi decemvirale, che nell'Ottocento aveva coinvolto non solo giuristi, ma anche molti tra i più eminenti latinisti del tempo: che Diliberto ignora. Vedremo, tuttavia, che almeno uno di quei lavori gli era ben noto, ancorché non lo menzioni mai.

In ogni caso, egli si cimenta nella propria ricostruzione, partendo dall'assunto che le XII Tavole rappresentino il più genuino spirito latino, quindi romano e italiano. In tal senso, non solo dedica il libro a due esponenti di spicco del governo di allora (i Ministri della Giu-

¹¹ Cfr. O. DILIBERTO, *Una sconosciuta monografia ottocentesca sulle leges regiae. Il Dritto Papiriano di Domenico Cassini*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VI, Napoli 2007, 1466 nt. 3.

¹² Camillo Finocchiaro Aprile (Palermo 1851 – Roma 1916), giurista e uomo politico, fu più volte Ministro della Giustizia e delle Poste del Regno d'Italia.

¹³ Guido Baccelli (Roma, 1830 – 1916), medico, scienziato e docente universitario illustre, fu per ben sette volte Ministro della Pubblica Istruzione del Regno d'Italia tra il 1881 e il 1900. Fu anche Ministro all'Agricoltura, Industria e Commercio tra il 1901 e il 1903.

¹⁴ Per tutti, sul tema e la relativa polemica concernente l'oscurità delle XII Tavole sin da epoca tardo-repubblicana (e oltre), rinvio al mio *Una palingenesi "aperta"*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, cur. M. HUMBERT, Pavia 2005, 218 e ivi (in nota) ulteriore letteratura.

stizia e dell'Istruzione¹⁵), ma si diffonde in non poche pagine (pp. VII – XXV) nel tentativo di dimostrare che la presunta ambasceria dei decemviri in ambiente greco per apprendervi le norme soloniche sia del tutto da rigettare.

Le XII Tavole sono italiche e non greche, così come tutte le istituzioni romane arcaiche, anche di diritto pubblico (es. tribù, senato, magistrature, patrizi e plebei, clientela). Esse sarebbero da ascrivere alla precedente legislazione regia (di Romolo e soprattutto di Numa, re legislatore per eccellenza¹⁶), per poi confluire, appunto, nelle norme decemvirali.

Dopo queste pagine introduttive (e patriottiche¹⁷), Diliberto inizia la vera e propria trattazione palinogenetica. Ogni versetto è distribuito ordinatamente nelle tavole e per ognuno di essi l'autore propone: 1. Il testo (in un presunto latino arcaico, nella ricostruzione dell'autore medesimo); 2. La parafrasi in latino classico, con la relativa traduzione in lingua italiana; 3. Le note lessicali (con gran sfoggio di citazioni di altre fonti antiche che attestano l'impiego di certi lemmi o costrutti).

Raramente svolge alcuni confronti con l'ordinamento a lui contemporaneo¹⁸ e, ancor più raramente, menziona precedenti autori: Theodor Mommsen (p. 18), il *Lexicon* del Forcellini (il che per un latinista si spiega agevolmente: pp. 14, 22 e 124) e i più lontani Giusto Lipsio (p. 6) e Scaligero (p. 22), non facendo mancare qualche sfoggio di erudizione letteraria¹⁹.

4. Ma quale ordine palinogenetico segue Diliberto che, a suo dire, non aveva a disposizione alcun commento decemvirale (tra i molti che, viceversa, avrebbe potuto analizzare)?

¹⁵ Il che potrebbe anche forse confermare la sua attitudine "politica", già menzionata: cfr. *supra* § 2.

¹⁶ Mi permetto di rinviare al mio *La città e le leggi. Racconti di fondazione, legislazione arcaica e ideologia augustea in Legge, eguaglianza, diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*. Convegno Bologna-Ravenna 9-11 maggio 2013, di prossima pubblicazione (ivi la letteratura precedente).

¹⁷ Patriottismo che lo spinge a proclamare (p. 70, ma v. anche p. 85) l'eternità del diritto romano, rispetto a quello di tutti gli altri popoli, giungendo a sostenere che esso tragga la sua origine addirittura nella Sacra Bibbia.

¹⁸ Ad es.: la durata dei processi era troppo lunga ai suoi tempi, mentre durava una sola giornata per via una disposizione delle XII Tavole (p. 11); a proposito dell'arresto, discute delle leggi moderne alla luce del codice francese e di quello delle Due Sicilie (p. 29); ragiona sul divorzio, non ammesso nella legge italiana (p. 58); a proposito del *furiosus* nelle XII Tavole, afferma che nella Roma antica "non era ancora sorta l'idea del manicomio" (p. 64); compie un paragone tra il sistema delle *sodalitates* romane e il diritto societario vigente al suo tempo (p. 100); asserisce la liceità (anzi, l'opportunità) della pena di morte nell'ordinamento coevo (p. 107). Si tratta, in ogni caso, di riferimenti modesti e molto fugaci. Diliberto avrebbe potuto, in tale lavoro di raccordo tra le disposizioni decemvirali e l'ordinamento a lui coevo, fruire di una ricerca a ciò dedicata *ex professo* (ma, in questo caso, trattasi di un'opera di difficilissima reperibilità, per cui non se ne può dare colpa alcuna al nostro autore): D. M. BELLÌ, *Comentario italiano su i frammenti delle leggi delle XII Tavole. Col confronto del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1833. Anche tale opera, assai singolare, compare – per ciò che mi risulta – solo in CLIO, 1, 398 e poi in DILIBERTO, *Bibliografia* cit. 185: essa apparteneva (e per tale motivo ho potuto consultarla) alla biblioteca privata del compianto Prof. Ferdinando Bona che ancora – e con grande nostalgia – ringrazio.

¹⁹ Menziona infatti due versi, rispettivamente di Dante (p. 3: *Inferno* 6, 67) e di Tasso (p. 78: *Gerusalemme Liberata* 1, 21), in entrambi i casi citando il verso senza l'indicazione del luogo (immaginandosi evidentemente che i lettori li sapessero riconoscere a memoria), nonché la traduzione delle Satire di Orazio del Gargallo (p. 6): con ogni evidenza, si tratta della traduzione di Tommaso Gargallo, apparsa a Torino, presso l'editore Giuseppe Pomba, nel 1832.

La singolarità dell'ordine delle tavole e dei frammenti quale proposta nel volume ora in esame consente *prima facie* di escludere tra le letture di Diliberto tutte le principali restituzioni delle XII Tavole – di cui dirò a breve – che nel corso dell'Ottocento²⁰ hanno contribuito a formare quella sorta di “canone” palingenetico²¹ che si ritrova sin dalla prima edizione dei *FIRA*²² ad opera di Salvatore Riccobono.

Diliberto, invece, sceglie di seguire – pressoché integralmente, salvo rarissime, ininfluenti eccezioni – lo schema palingenetico che – con ragionevole sicurezza – poteva consultare nella raccolta di fonti giuridiche romane pubblicata pochi anni prima da Pietro Cogliolo:

P. COGLIOLO, *Manuale delle Fonti del Diritto Romano secondo i risultati della più recente critica filologica e giuridica*, I, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1885 (poi Torino, stesso editore, 1911²): le XII Tavole si trovano nelle pp. 3-8²³.

Il riscontro è reso semplicissimo dall'intrinseca circostanza che Cogliolo si discosta dal “canone” appena menzionato: quest'ultimo autore, infatti, afferma esplicitamente di essersi rifatto, a sua volta, ad una palingenesi del tutto eterodossa, rispetto al “canone” medesimo, quale era quella proposta pochi anni prima da Moritz Voigt²⁴. Un'opera, quest'ultima, che Cogliolo (p. X della prima edizione; p. 2 della seconda) definisce “non certo perfetta”, “ma allo stato della nostra scienza ... la migliore”, preferendola proprio a quelle palingenesi ottocentesche che costituivano già allora il menzionato “canone”: Cogliolo, a questo proposito, menziona esplicitamente le raccolte di fonti giuridiche romane di Gneist²⁵ e di Bruns²⁶ che,

²⁰ Basti scorrere le molteplici ricostruzioni ottocentesche delle XII Tavole raccolte nella mia *Bibliografia* più volte citata: si tratta di ben cinquanta volumi, di cui circa la metà apparsi a stampa in Italia. Peraltro, pressoché negli stessi anni in cui Diliberto redigeva la propria palingenesi, proprio a Palermo un docente di diritto romano, Antonio Longo, pubblicava un pregevole lavoro, per molti versi ancora utile ed interessante, sul commento di Gaio alle XII Tavole (*Il commento di Gaio e il sistema delle XII Tavole*, in *Rendiconti R. Ist. Lombardo*, 21, 1988, 619 ss.): cfr. M. MARRONE, *Romanisti professori a Palermo*, in *Index* 25, 1997, 592 e 608.

²¹ O. DILIBERTO, *Il “diritto penale” nelle XII Tavole: profili palingenetici*, in *Index* 37, 2009, 12 e ivi note.

²² S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars Prima. Leges*, editio notisque illustravit S. RICCOBONO, Florentiae MCMVIII.

²³ DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., 212 s.

²⁴ M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie-Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, Erster Band: *Geschichte und allgemeine juristische Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*. Zweiter Band: *Das Civil- und Criminalrecht der XII Tafeln*, Leipzig 1883 (ristampa anastatica Scientia Verlag, Aalen 1966). Cfr. DILIBERTO, *Bibliografia*, cit. 210, ivi letteratura precedente, cui successivamente adde J.-L. FERRARY, *Saggio di storia della palingenesi delle Dodici Tavole*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, cit. 549.

²⁵ R. U. I. GNEIST, *Institutionum et Regularum Iuris Romani Syntagma – Exhibens Gai et Justiniani Institutionum synopsis; Ulpiani librum singularem regularum; Pauli sententiarum libros quinque; Tabulas systema institutionum iuris Romani illustrantes; praemissis duodecim tabularum fragmentis*, Lipsiae 1858. *Editio altera aucta emendataque*, Lipsiae 1880; refecit M. E. M. J. suae domi Striguili, 1937. Cfr. DILIBERTO, *Bibliografia*, cit. 200 e FERRARY, *Saggio*, cit., 543.

²⁶ C. G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui, Leges et negotia*, Tubingae 1860. La prima edizione di questa fortunatissima silloge di fonti giuridiche romane è appunto del 1860. La seconda edizione è del 1871,

a loro volta, erano debitrice dell'enorme lavoro di schedatura e sistemazione dei frammenti decemvirali operato da Dirksen²⁷ (e perfezionato successivamente da Schoell²⁸).

Cogliolo, peraltro, sa bene che quest'ultima versione è quella "comunemente accettata" in dottrina: non poteva infatti, nella seconda edizione (1911) del suo *Manuale*, esimersi dal menzionare i *FIRA* appena apparsi (1909). Ma non modifica il suo giudizio sulla superiorità della ricostruzione di Voigt.

Torniamo, dunque, a Diliberto del 1898. Egli non cita mai Cogliolo. Ma la dissonanza della ricostruzione decemvirale di quest'ultimo da tutte le altre correnti fa sì che individuare la dipendenza diretta (e pedissequa) del primo dal secondo autore è quanto mai agevole. Né può immaginarsi che Diliberto fosse risalito alla fonte tedesca (Moritz Voigt), dalla quale dipendeva a sua volta Cogliolo.

5. Ma il commento svolto da Diliberto sui testi decemvirali è opera sua. Cogliolo, infatti, non propone alcun lavoro critico sulle fonti, limitandosi a rinviare all'analisi precedentemente condotta da Voigt, del quale segue l'ordine dei versetti e la loro distribuzione nelle diverse tavole.

Il commento del nostro autore è, dunque, lavoro originale e ciò sarebbe sufficiente, almeno ai miei occhi, per giustificarne un esame, quantomeno in sede di storia della storiografia decemviralistica: tanto più in quanto è opera del tutto sconosciuta ai comuni repertori.

Ma vi è almeno un altro motivo che può indurre a sottrarre il mio antico omonimo all'oblio nel quale è stato sino ad oggi relegato. Diliberto, infatti, mostra una conoscenza non comune della lingua e della letteratura latina: il che – in assenza di commentarii sulle XII Tavole a sua disposizione – lo porta a proporre, per non pochi dei versetti analizzati, confronti testuali con fonti letterarie spesso differenti da quelle comunemente menzionate negli apparati critici delle sillogi di fonti giuridiche in uso tra i giusromanisti.

Gli esempi sarebbero molteplici. Diliberto – come già annotato e come da lui stesso premesso nel libro – è più attento agli aspetti grammaticali che a quelli giuridici delle norme decemvirali: ma ciò lo spinge a ricercare le ricorrenze di certi vocaboli negli autori più antichi (Plauto, Terenzio, Pacuvio e così via) o in quelli classici (Virgilio su tutti), seguendo percorsi di ricerca lessicografici originali.

Tuttavia, i risultati di questa indagine, spesso modesti, non sono tali da consentire avanzamenti significativi alle nostre conoscenze sull'antica raccolta legislativa.

Ma anche quest'opera si colloca in un preciso contesto culturale (quello a cavallo tra gli ultimi due decenni dell'800 e i primi due del secolo seguente), nel quale è agevolmente

la terza del 1876, la quarta del 1879. Dalla quinta edizione, si ebbe la cura di Th. Mommsen (Friburgi in Brisgavia, 1887) e poi di Th. Mommsen e O. Gradenwitz (ibid., 1893). L'edizione definitiva, la settima, a cura del solo Gradenwitz, è del 1909. Di quest'ultima, esistono due ristampe anastatiche: Aalen, Scientia Antiquariat, 1958 e 1969. Cfr. DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., 201 s. e FERRARY, *Saggio*, cit., 548; da ultimo, v. anche le considerazioni importanti di P. ARCÉS, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013, 69.

²⁷ H. E. DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafeln-Fragmente*, Leipzig 1824. Cfr. DILIBERTO, *Bibliografia* cit. 176 s.; FERRARY, *Saggio* cit. 541 ss.; ARCÉS, *Studi*, cit., 16 nt. 7 e 69.

²⁸ R. SCHOELL, *Legis Duodecim Tabularum Reliquiae*, Lipsiae MDCCCLXVI. Cfr. ancora DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., 203; FERRARY, *Saggio*, cit., 544 ss.; ARCÉS, *Studi*, cit., 69.

riscontrabile un'intensa curiosità intellettuale (di giuristi, storici, latinisti, filologi e anche semplici eruditi) verso la Legge delle XII Tavole. Si tratta quasi – come dire? – di un argomento *à la page* tra i dotti di quel tempo (e ad ogni latitudine²⁹).

Ricostruire quella temperie culturale, anche attraverso i suoi esponenti meno noti è, dunque, a mio modo di vedere, esercizio non inutile.

²⁹ Cfr. la mia *Bibliografia*, cit., 208 – 233: in quel torno di tempo, infatti, si cimentano in tentativi palingenetiche autori italiani, francesi, inglesi, lettoni, olandesi, spagnoli, russi, statunitensi, tedeschi. La Legge delle XII Tavole entra persino nella popolarissima Biblioteca Universale Sonzogno: N. CORTELLINI, *Leggi delle XII Tavole*, Milano 1905 (al n. 267 della collana, sulla quale cfr., per tutti, N. TRANFAGLIA - A. VITTORIA, *Storia degli editori italiani*, Roma – Bari 2000, 78 ss.), con testo latino e traduzione a fronte, con scopi dichiaratamente divulgativi (cfr. Prefazione, 4).

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

'Fabulis', non 'tabulis', in cost. Imperatoriam 3

‘FABULIS’, NON ‘TABULIS’, IN COST. IMPERATORIAM 3

Alcuni anni fa ho avuto occasione di occuparmi¹ – nel quadro di uno studio riguardante due cardini dell’ideologia giuridica giustiniana: la cura per l’insegnamento del diritto e l’eliminazione nell’opera compilatoria di ciò che, storicamente superato, “non è più *in usu*” – di un passaggio della costituzione *Imperatoriam*, nel quale si ricorre ad una forte contrapposizione tra vecchio e nuovo modello di apprendimento dei *prima legum cunabula*: grazie alla stesura delle *Institutiones* i giovani potranno attingere le prime cognizioni giuridiche dall’*imperialis splendor*, anziché apprenderle *ab antiquis fabulis*. Il passaggio in questione è il seguente:

cost. *Imp. 3. ... Triboniano ... nec non Theophilo et Dorotheo ... mandavimus ut ... componant Institutiones: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere et tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum optinet argumentis accipiant....*

Il senso della critica al precedente insegnamento espressa con il riferimento ad ‘*antiquae fabulae*’ si desume agevolmente dall’immediato seguito del discorso: ‘*et tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum optinet argumentis accipiant*’. In esso i segni ‘*inutile*’ e ‘*perperam positum*’ alludono, rispettivamente, ad una informazione ‘inutilizzabile’ in quanto sterilmente relativa ad un istituto o ad un regime non più in vigore e alla irrazionalità nella selezione dei contenuti, consistente nel mescolare senza un preciso criterio informazioni ‘utilizzabili’ con quelle ‘*inutiles*’ nel senso suddetto. Si tratta dello stesso motivo di critica al precedente materiale didattico che leggiamo in più luoghi delle costituzioni *Omnem* e *Tanta*.² Quanto al contrapposto risultato ottenuto con la redazione del nuovo manuale, esso è rappresentato in questi termini: d’ora in poi, gli studenti acquisiranno, nel loro apprendimento, ‘*quod in ipsis rerum optinet argumentis*’, «ciò la cui esistenza (vigenza) trova riscontro nelle cose, nella realtà». Questa affermazione è simile ad altre di conio giustiniano, le quali, attraverso giri di parole imperniati anch’essi in

¹ G. FALCONE, ‘*Legum cunabula*’ e ‘*antiquae fabulae*’ (cost. *Imperatoriam 3*), in *Scritti in onore di A. Metro*, II, Milano 2010, 283 ss.

² Cfr. cost. *Omnem 1* (particolarmente significativo, in quanto descrive proprio i *libri* che si usavano in precedenza quali fonti di apprendimento del primo anno: di codesti *libri* si afferma, con un accostamento dei due motivi critici, che essi stessi erano ‘*confusos et iura utilia in se perraro habentes*’); 3; cost. *Tanta 1*; 10; 11 *in fine* (v. *infra*, nel testo); 17; m. v. già cost. *Deo auct. 10*.

vario modo sull'impiego del termine 'res', esprimono il concetto di presenza di un istituto nell'*usus* e nella realtà giuridica attuale:

C. 7.5.1 (a. 530) *Dediticia condicio nullo modo in posterum nostram rem publicam molestare concedatur, sed sit penitus deleta, quia nec in usu esse reperimus, sed vanum nomen huiusmodi libertatis circumducitur. Nos enim, qui veritatem colimus, ea tantummodo volumus in nostris legibus, quae re ipsa obtinent.*

C. 7.6.1a (a. 531) *Cum igitur multis modis et paene innumerabilibus Latinorum introducta est condicio et ex his difficultates maximae emergebant tam ex lege Iunia quam ex Largiano senatus consulto nec non ex edicto divi Traiani, quorum plenae quidem fuerant nostrae leges, non autem in rebus fuerat eorum experimentum: studiosissimum nobis visum est haec quidem omnia et Latinam libertatem rescare, certos autem modos eligere, ex quibus antea quidem Latina competeat libertas, [...] ut his praesenti lege enumeratis [...] ceteri omnes modi, per quos Latinorum nomen inducebatur, penitus conquiescant et non Latinos pariant, sed ut pro nullis habeantur.*

C. 7.25.1 (a. 530-531) *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ius quiritorium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure Quiritium nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium.³*

C. 8.33.3 (a. 530) *Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus, quae iure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquitus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidimus neque nisi tantummodo ex librorum recitatione audivimus.*

Inst. 4.11.6 *Quae omnia (scil. il regime delle satisfationes) apertius et perfectissime e cotidiano iudiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.*

³ Il testo è, ancor più degli altri, emblematico, giacché vi compaiono già tutti gli elementi che caratterizzeranno la propaganda di cost. *Imp.* 3: i 'cunabula'; la forte critica all'insegnamento di nozioni 'inutilizzabili' ('inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt') in quanto riguardanti istituti che non trovano riscontro nella realtà ('neque in rebus apparent'); l' 'ascolto' da parte degli studenti: 'ad primam legum veniunt audientiam' (cfr. 'aures' in cost. *Imp.* 3); il motivo della sensibilità interiore dei giovani: 'animi iuvenum' (di 'animae' parla cost. *Imp.* 3). Proprio questa circostanza, peraltro, può far pensare che l'esigenza di intervenire sull'articolazione e sui contenuti dell'insegnamento del diritto e in particolare la sensibilità per lo specifico problema dell'utilizzabilità in chiave didattica di istituti e regimi ormai non più 'in usu' fossero state avvertite ben prima del completamento del Digesto: cfr. FALCONE, 'Legum cunabula', cit., 303 s.

cost. *Tanta* 11. ...*Et ideo Triboniano ... nec non Theophilo et Dorotheo ... mandavimus, quatenus libris, quos veteres composuerunt, qui prima legum argumenta continebant et institutiones vocabantur, separatim collectis, quidquid ex his utile et aptissimum et undique elimatum et rebus, quae in praesenti aevo in usu vertuntur, consentaneum invenitur, hoc et capere studeant et totius eruditionis prima fundamenta atque elementa ponere.*⁴

Sulla base di questi riscontri, ho tratto la conclusione, che ribadisco, che la locuzione ‘*antiquae fabulae*’ ha a che fare con i contenuti dell’insegnamento in quanto riguardanti in gran parte istituti e regimi che ormai non trovavano più riscontro nella realtà.

Questa prospettiva concettuale – preciso adesso – potrebbe teoricamente esser stata affidata o al vocabolo ‘*fabulae*’ in quanto tale o alla qualifica ‘*antiquae*’ o ad entrambi i termini congiuntamente. Nel primo senso, in favore, cioè, dell’idea che l’estensore abbia giocato sulla risaputa attitudine di ‘*fabula*’ ad indicare (anche) un discorso sganciato dalla realtà e dai fatti veri⁵ parrebbe deporre un’equivalenza, quale quella assunta nel su trascritto testo di C. 7.5.1, tra l’accogliere ‘*ea, quae re ipsa obtinent*’ e il ‘*veritate m colere*’; nonché il fatto che in questo modo il termine ‘*fabulae*’ è stato inteso dall’autore della seguente spiegazione, che troviamo nel corrispondente luogo della versione greca della *Imperatoriam*: «infatti leggendo cose che erano in vigore in passato, ma che ora sono state cacciate dall’uso, gli studenti sono simili a coloro che si imbattono in favole» (τὰ γὰρ πάλαι μὲν κρατήσαντα, νῦν δὲ τῆς χρήσεως ἐκβεβλημένα ἀναγινώσκοντες, εὐόκασι τοῖς ἐντυγχάνουσι μύθοις). Potrebbe, però, anche pensarsi che ‘*fabulae*’ avesse, invece, semplicemente il significato, in sé incolore e anch’esso attestato nelle fonti, di ‘narrazioni, racconti’⁶ e che la connotazione negativa – che dobbiamo necessariamente ammettere, giusta la contrapposizione con la brillante novità compiuta dall’intervento imperiale – sia espressa, piuttosto, dall’aggettivo ‘*antiquae*’: quest’ultimo potrebbe avere la medesima sfumatura di presa di distanza critica che incontriamo in C. 7.31.1.5 (del 531) ‘*Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet...*’, e esprimerebbe, in sostanza, l’idea che le narrazioni fino ad allora utilizzate nell’insegnamento del primo anno erano ormai “superate”, non più al passo con la realtà giuridica vigente. Tuttavia, ove si tenga conto, da un lato, che la qualifica ‘*antiquum*’ all’interno della stessa *Imperatoriam* compare altre due volte (§§ 4 e 6) e senza una colorazione in sé negativa, dall’altro lato, e soprattutto, che nel testo della costituzione è ben riconoscibile una notevole cura e ricercatezza retorica (un’immagine quale ‘*legum cunabula*’; un voluto accostamento tra sensi diversi, la vista e l’udito: ‘*luculenta consonantia*’: § 2; un

⁴ È notevole che, i questo brano, la semantica dell’*utile*, nel senso anzidetto, e delle *res* (complessiva realtà giuridica) compare proprio in occasione della descrizione dell’incarico affidato ai compilatori delle *Institutiones*: si tratta di una precisa corrispondenza con le affermazioni di cost. *Imp.* 3.

⁵ Il dato non richiede la citazione di specifici riscontri: basta rinviare al *Thesaurus Linguae Latinae*, s.v. ‘*Fabula*’, c. 26 e c. 27s.

⁶ Come accade, ad es., nel solo altro impiego giustiniano: C. 7.40.1.1d. *Nemo itaque audeat neque actionis familiae erciscundae neque communi dividundo neque finium regundorum neque pro socio neque furti neque vi bonorum raptorum neque alterius cuiuscumque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari: sed ex quo ab initio competit et semel nata est et non iteratis fabulis saepe recreata, quemadmodum in furti dicebatur, post memoratum tempus fniri.*

puntuale contrappunto quale ‘*desuetudine inumbratum - ab imperiali remedio illuminatum*’), mi pare senz’altro preferibile assumere una perfetta corrispondenza tra i membri dei due sintagmi contrapposti, ‘*antiquae fabulae*’ e ‘*imperialis splendor*’: l’aggettivo ‘*antiquae*’ fungerebbe da contraltare rispetto ad ‘*imperialis*’, che allude al presente imperatore, a Giustiniano stesso,⁷ mentre il sostantivo ‘*fabulae*’ sarebbe pensato come antitesi rispetto al sostantivo ‘*splendor*’ e, pertanto, avrebbe già in sé una valenza negativa, quale quella di narrazione che si scosta (in gran parte) dalla realtà delle cose.

In sostanza, il ricorso alla denigratoria locuzione ‘*antiquae fabulae*’ contribuisce ad esprimere una enfatica esaltazione non solo dei nuovi *libri institutionum*, ma anche, su un piano più spiccatamente ideologico, della cura di Giustiniano per l’insegnamento del diritto come per la selezione e la revisione dei testi da inserire nel *corpus* compilatorio. Ed è, appunto, in ragione del suo proiettarsi in questo sfondo più ampio che, come a suo tempo mi ero specificamente soffermato sulla locuzione, così, adesso, intervengo brevemente su una recentissima proposta di emendazione, che, se fondata, la cancellerebbe dal dettato della costituzione.

Infatti, in una concisa pagina di un filologo, Otto Zwierlein, apparsa contemporanea a quel mio articolo,⁸ e in una pubblicazione apposita di Rolf Knütel, apparsa lo scorso anno,⁹ si è sostenuto che il termine ‘*fabulis*’ sarebbe un errore di trascrizione al posto di un originario termine ‘*tabulis*’, che avrebbe fatto riferimento alle XII Tavole.¹⁰

Ora, di fronte ad una tradizione manoscritta uniforme nel restituire ‘*fabulis*’, l’assunto che, invece, l’autore del testo avesse originariamente scritto un diverso termine dovrebbe poter contare, ‘in positivo’, su un’argomentazione adeguata e stringente. Ma ciò non può dirsi per nessuna delle due prese di posizione in questione.

Zwierlein osserva: «es wäre erstaunlich, wenn Justinian nicht ab antiquis tabulis geschrieben, also sich nicht auf das altertümliche Zwölftafelgesetz bezogen haben sollte!»; ritiene che in questo senso orienti il contrapposto riferimento all’*imperialis splendor*, che fungerebbe da contraltare rispetto al carattere “duro” e “obsoleto” del dettato decemvirale: «Darauf verweits das antithetische Kolon *sed ab imperiali splendore*; denn die Diktion der zwölftafelgesetze galt als holprig und obsolet»; e adduce a sostegno i seguenti testi letterari: Cic., *de orat.* 1.193 ‘*plurima est ... in XII tabulis antiquitatis effigies, quod et verborum vetustas prisca cognoscitur*’; Cic., *de orat.* 3.98 ‘*in antiquis tabulis illo ipso horrido obsoletoque teneamur*’; Gell. 16.10.8 ‘*omnisque illa duodecim tabularum antiquitas*’; Aug., *civ.* 8.19 ‘*in duodecim tabulis, id est Romanorum antiquissimis legibus*’; Caes. Bass. 265.22 ‘*in tabulis antiquis, quas triumphaturi duces in Capitolio fugebant victoriaeque suae titulum Saturniis versibus prosequebantur, ...*’.

Orbene, la debolezza di siffatta argomentazione appare palese sia con riguardo al suo presupposto di fondo sia con riguardo ai riscontri addotti a sostegno. Invero, quanto al primo

⁷ Cfr. cost. *Omnem 3 ... omnia nova pulchritudine sunt decorata, nullo inutili, nullo desueto in his penitus inveniendos...*: proprio con riferimento alla eliminazione, commissionata da Giustiniano, di notizie “inutili”, non più attuali, si parla di una *pulchritudo* (indicazione eulogica dell’operato dell’imperatore accostabile allo *splendor* di cost. *Imp. 3*) qualificata, ‘*nova*’, con rimando antitetico all’*antiquum*.

⁸ O. ZWIERLEIN, *Textkritisches zu den Digesten Justinians*, in *Fest. R. Knütel*, Heidelberg 2009, 1515.

⁹ R. KNÜTEL, *Constitutio Imperatoriam § 3: fabulis o tabulis?*, in *IURA* 62, 2014, 1 ss., spec. 14 s.

¹⁰ Per qualche suggerimento in tal senso (ma senza apposita argomentazione) da alcuni autori d’età moderna cfr. KNÜTEL, *Constitutio Imperatoriam*, cit., 4 e note ivi.

aspetto, essa si regge evidentemente sulla convinzione che il termine '*splendor*' coinvolga ed esprima una prospettiva esteriore, se non estetica, del dettato normativo, come allusiva ad una scrittura chiara e lineare. E invece, nel lessico della propaganda compilatoria giustiniana la semantica della luce e della luminosità allude a profili contenutistici. Al riguardo, basterà qui richiamare appositamente due riscontri estremamente significativi.¹¹ Il primo è tale in quanto contenuto nella stessa cost. *Imperatoriam*, appena poche battute prima del nostro § 3, e in quanto, proprio come in quest'ultimo, concerne una contrapposizione tra un precedente ed esecrato stato di cose e il progresso ottenuto con un'operazione 'compilatoria' giustiniana (nel § 3, le *Institutiones*; qui, il *Codex*), progresso consistente, sul piano dei contenuti appunto, nel superamento della contraddittorietà tra le precedenti costituzioni: '*Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam...*' (§ 2). Il secondo riscontro, offerto da cost. *Omnem* 2, è determinante in quanto riguarda il medesimo raffronto, compiuto nel brano di cost. *Imperatoriam* 3, tra vecchi e nuovi contenuti dell'insegnamento del I anno: ivi, infatti, le *leges* che formano oggetto del rinnovato insegnamento sono qualificate '*clarae et dilucidae*' giacché affrancatesi dalla precedente commistione tra nozioni utili e inutili (in quanto riguardanti regimi ormai superati e desueti).¹² Direi, anzi, con l'occasione, che questo passaggio di cost. *Omnem* 2 costituisce, anche per il suo risalire al medesimo arco temporale della cost. *Imperatoriam*,¹³ una salda conferma della contrapposizione '*non ex antiquis fabulis, sed ab imperiali splendore appetere*' in chiave di dualismo tra un racconto didattico imperniato su istituti e regimi superati e un insegnamento avente ad oggetto solo istituti e regimi vigenti nella realtà.

Dall'altro lato, i riscontri che Zwierlein ha addotto in relazione all'accostamento tra '*antiquae*' e '*tabulae*' non fanno testo, in quanto in essi non compare mai un ermetico richiamo ad '*antiquae tabulae*' senza ulteriore esplicitazione, come invece si verificherebbe nel testo della cost. *Imperatoriam* (sorprendentemente, oltretutto, dato che esso è destinato ad esordienti): invero, in Cic., *de orat.* 1.193, in Gell. 16.10.8 e in Aug., *civ.* 8.19 compare una espressa menzione delle XII tavole; e in Caes. Bass. 265.22 vengono richiamate le tavole

¹¹ Va altresì segnalato specificamente, almeno il seguente passaggio di cost. *Cordi* 4, sia per il collegamento tra la 'luce' e l'eliminazione di contraddizioni, ripetizioni e istituti ormai superati, sia per l'esplicita menzione, in quest'ottica, (anche) delle *Institutiones*: *...constitutiones ... nova eliminationis luce rete gere, ut undique non solum institutionum et digestorum via dilucida et aperta pateret, sed etiam constitutionum nostri codicis plenum iubar omnibus clare at, nulla penitus nec simili nec diversa nec inusitata relicta, ...* Cfr., inoltre, cost. *Deo auct.* 1 *...constitutiones emendare et viae dilucidae tradere...*

¹² cost. *Omnem* 1. *Et antea nihil aliud nisi sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se per raro habentes a voce magistra studiosi accipiebant, ... Et primi anni hoc opus legentibus tradebatur non secundum edicti perpetui ordinationem, sed passim et quasi per saturam collectum et utile cum inutilibus mixtum, maxima parte inutilibus deputata...;* 2. *... antea enim dignum antiqua confusione legum cognomen habebant: cum autem leges iam clare et dilucide prostent animis eorum facile tradendae, visum est necesse eos et cognomine mutato fulgere.* Non sarà inutile, peraltro, segnalare il ricorso, per indicare il medesimo orizzonte concettuale, all'idea di '*pulchritudo*': cost. *Omnem* 3. *... omnia nova pulchritudine sunt decorata, nullo inutili, nullo desueto in his penitus inveniando...* (su questo testo cfr. *supra*, nt. 7; in generale, per la prospettiva sostanziale, e non meramente estetico-formale, del richiamo giustiniano alla *pulchritudo*, cfr. G. FALCONE, *The 'mysterious' beauty of Laws*, in AUPA 57, 2014, 341 ss.).

¹³ Notoriamente, la cost. *Imperatoriam* reca la data del 21 novembre del 533, la cost. *Omnem* la data del 16 dicembre.

dei fasti trionfali. Quanto al solo impiego, tra quelli invocati da Zwierlein, del sintagma *'antiquae tabulae'* senza precisazione alcuna – Cic., *de orat.* 3.98 *'in antiquis tabulis illo ipso horrido obsoletoque teneamur'* –, esso, lungi dal rendere plausibile che anche Giustiniano avesse considerato *'antiquae tabulae'* come locuzione di per sé immediatamente allusiva alle XII Tavole,¹⁴ si appalesa in realtà affatto estraneo alla questione sol che si legga il contesto in cui è inserito: nel discorso ciceroniano,¹⁵ infatti, le *'antiquae tabulae'* non sono certo le XII Tavole, bensì sono le *'antiche pitture'*, le quali, a detta dell'Arpinate, attraggono per il colore *'rozzo e antiquato'*, contrapposte alle *'nuove pitture'*, brillanti e variopinte!

Nemmeno gli elementi addotti da Knütel possono ritenersi calzanti.

Questo studioso, da un lato, si appoggia all'argomentazione di Zwierlein, la cui inadeguatezza, però, si è or ora segnalata; dall'altro lato adduce per proprio conto la testimonianza di una nota iscrizione, contenente un *elogium* di *Dalmatius*, governatore della *provincia Lugdunensis tertia*, risalente ai primi anni del V secolo:¹⁶

DESSAU, *ILS* III,² n. 8987. *Ius ad iustitiam revocare aequumque tueri/ Dalmatio lex est, quam dedit alma fides./ Bis sex scripta tenet praetorisque omne volumen, / Doctus et a sanctis condita principibus./ Hic idem interpres legum legumque minister/ quam prudens callet, tam bonus exequitur.*

In questa iscrizione le XII Tavole (*bis sex scripta*)¹⁷ vengono richiamate come oggetto di apprendimento accanto all'editto del pretore e alle costituzioni imperiali. Mommsen ha ipotizzato che l'ordine in cui queste fonti sono menzionate costituisca un'eco della successione interna agli studi giuridici pregiustiniani: gli studenti di primo anno avrebbero studiato il *ius civile*, negli anni successivi il *ius honorarium* e all'ultimo anno le costituzioni imperiali.¹⁸ Knütel ne trae la seguente deduzione: «Da ciò consegue che, se la materia del primo anno poteva essere indicata con la locuzione *bis sex scripta*, allora poteva altresì esserlo con le espressioni *XII tabulae* o *ius civile*. La qualcosa procura un decisivo sostegno all'ipotesi che, nel § 3 di cost. *Imp., fabulis* sia stato scritto per errore al posto di *tabulis*». ¹⁹ Quanto al senso

¹⁴ Parrebbe, peraltro, che proprio la coppia *'horrido obsoletoque'* di questo testo abbia influenzato il filologo tedesco là dove egli assume che Giustiniano avrebbe pensato alle XII Tavole per il loro dettato "duro e obsoleto" (*holprig und obsolet*).

¹⁵ Cic., *de orat.* 3.98. *Difficile enim dictu est, quatenus causa sit, cur ea, quae maxime sensus nostros impellunt voluptate et specie prima acerrime commovent, ab eis celerrime fastidio quodam et satietate abalienemur. Quanto colorum pulcritudine et varietate floridiora sunt in picturis novis pleraque quam in veteribus! Quae tamen, etiam si primo aspectu nos ceperunt, diutius non delectant; cum tamen nos in antiquis tabulis illo ipso horrido obsoletoque teneamur. Quanto molliores sunt et delicatiora in cantu flexiones et falsae voculae quam certae et severae! Quibus tamen non modo austeri, sed, si saepius fiunt, multitudo ipsa reclamant.*

¹⁶ Su di essa cfr., ultimamente, O. DILIBERTO, *La legge delle XII Tavole nel Basso Impero*, in *KOINONIA*, 38, 2014, 240 s.

¹⁷ Su questo modo di richiamare le XII Tavole cfr., per tutti, DILIBERTO, *La legge delle XII Tavole*, cit., 237 ss s.

¹⁸ TH. MOMMSEN, *Juristische Schriften*, II, rist. 1994, 154. Per richiami agli studiosi che hanno aderito a questa opinione cfr. KNÜTEL, *Constitutio Imperatoriam*, cit., 15 nt. 55.

¹⁹ KNÜTEL, *Constitutio Imperatoriam*, cit., 15.

che avrebbe il richiamo alle XII Tavole in contrapposizione all'*imperialis splendor*, il romanista bonnese afferma: «Giustiniano fa riferimento al fatto che gli studenti alle prime armi non debbano più confrontarsi con il diritto linguisticamente e sostanzialmente complesso nonché talvolta oscuro delle XII tavole - o con il suo evidente sinonimo di diritto civile - bensì possono iniziare il loro corso di studi con un manuale istituzionale dell'alta qualità di una costituzione imperiale; con un manuale in cui lo stesso imperatore ha assemblato quanto ritenuto utile e proficuo per gli studenti e con esso li ha previdentemente resi familiari - come gli studenti indi apprendono in *Inst. 1.1.2 - primo levi ac simplici ... interpretatione*, in primo luogo con una stesura semplice e leggera».²⁰ Infine, Knütel supera l'ostacolo (curiosamente, non considerato da Zwierlein) che potrebbe provenire alla proposta di emendazione dalla presenza del termine *μύθοι* nella traduzione greca della costituzione, aderendo senz'altro alla recentissima ipotesi degli editori groningani della Parafresi di Teofilo,²¹ secondo cui detta traduzione non deriverebbe dalla mano dell'antecessore costantinopolitano, bensì risalirebbe ad un momento successivo, non oltre comunque il VI secolo: cosa che, appunto, lascerebbe spazio per un intermedio incidente nella tradizione del testo latino, che avrebbe, poi, condizionato il traduttore.²²

Personalmente, resto fermo nella convinzione che la traduzione con '*μύθοις*' risalga allo stesso momento dell'emanazione della cost. *Imperatoriam*.²³ Ad ogni modo, lasciamo pure da parte questo dato, dal momento che potremmo, a tutto concedere, immaginare che un errore di trascrizione da '*tabulis*' a '*fabulis*' fosse avvenuto subito, in occasione di una delle primissime copiatore (o riproduzioni sotto dettatura) del testo e che ciò abbia determinato una contemporanea traduzione in '*μύθοις*'. Il fatto è, piuttosto, che, come accennato, l'apposito svolgimento argomentativo compiuto da Knütel a sostegno della proposta di emendazione non può considerarsi appagante.

Ad esso può opporsi, anzitutto, che l'*elogium* di Dalmazio va utilizzato con estrema cautela. Esso non impone di intendere il cenno alle XII Tavole come allusivo all'intero *ius civile*; e d'altra parte, una sequenza in chiave cronologica tra *ius civile* e *ius honorarium* quali complessive materie di studio sarebbe stata difficile da raffigurare, quasi che fosse possibile distinguere e isolare, in un orizzonte didattico, i due ambiti. Piuttosto, quel che sappiamo circa lo *studium iuris* d'epoca pregiustiniana è che anch'esso era imperniato sul materiale giurisprudenziale, qui del tutto sottaciuto. E proprio questo silenzio contribuisce a riconoscere, con buona probabilità, quale dovette essere il punto di vista sotteso all'*elogium*. Segnatamente, credo che non sia un caso che ad essere menzionati sono concreti testi 'normativi' (mi si passi la qualifica): XII tavole, editto pretorio, costituzioni imperiali. Invero, è in relazione a questo tipo di fonti che più incisivamente si poteva

²⁰ KNÜTEL, *loc. ult. cit.*

²¹ Cfr. *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, xxvi-xxvii; nonché lo studio specifico di uno degli editori, Jan Lokin, dal titolo *Some Remarks Concerning the Greek Translation of the Constitutio Imperatoriam*, in *Ius romanum-ius commune-ius hodiernum. Studies in honour of. E. J.H. Schrage*, Amsterdam 2010, 273 ss.

²² KNÜTEL, *Constitutio Imperatoriam*, cit., 12 s.

²³ Conto di mostrare le ragioni di questa mia convinzione in uno studio apposito di prossima pubblicazione.

rappresentare il governatore come *'interpres legum'*, come *'legum minister'*, come soggetto che, nell'esercizio del suo ufficio, era stato *'bonus'* nell'applicazione (*exequitur*) delle disposizioni normative apprese nel proprio studio. Non sembra legittimo, dunque, trarre deduzioni da questa iscrizione per interpretare il brano di Giustiniano e, in specie, per immaginare che l'imperatore avesse voluto richiamare il *ius civile* parlando (in modo così ellittico, peraltro) di *'antiquae tabulae'*.

Soprattutto, è una notizia offerta, in altro luogo, dallo stesso Giustiniano ad ostacolare la prospettata emendazione: e precisamente, l'informazione (cost. *Omnem* 1) che fino ad allora gli studenti di primo anno studiavano le Istituzioni di Gaio (oltre ai *libri singulares* in tema di *res uxoria*, di tutela, di testamenti e legati). Notoriamente, infatti, il manuale di Gaio è pieno di riferimenti all'editto pretorio e all'intreccio *ius civile-ius honorarium*. Anche a tacere del IV libro, nel quale i richiami alla figura del *praetor* sono, ovviamente, costanti, basterà ricordare l'ampia trattazione sulle successioni, nella quale un asse portante è dato dal dualismo tra regime decemvirale e innovazioni presenti nell'editto del pretore.²⁴ Alla luce di ciò, dunque, non avrebbe avuto senso, da parte di Giustiniano, richiamare i complessivi contenuti della precedente formazione elementare degli studenti facendo riferimento alle sole XII Tavole.

Va detto, oltretutto, che la stessa pretesa contrapposizione delle XII *Tabulae* rispetto all'*imperialis splendor* nei termini immaginati dallo studioso tedesco non poggerebbe, comunque, su basi condivisibili. Invero, nell'enunciato per dir così 'metodologico' di Inst. 1.1.2 a tal fine richiamato la *interpretatio 'levis ac simplex'* non allude al profilo esteriore e formale della scrittura del testo, bensì al livello con il quale le cognizioni vengono offerte ai discenti: elementare, al primo anno, e solo successivamente 'più analitico e più puntuale' (*diligentissima et exactissima interpretatione*): *'...videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. a l i o q u i n s i s t a t i m a b i n i t i o r u d e m a d h u c e t i n f i r m u m a n i m u m s t u d i o s i m u l t i t u d i n e a c v a r i e t a t e r e r u m o n e r a v e r i m u s ...'*. Una significativa corrispondenza di siffatta prospettiva della gradualità di contenuti dell'*'accipere'* da parte degli studenti di primo anno si trova all'interno dello stesso manuale imperiale, in un brano nel quale, peraltro, torna l'incisiva immagine dei *'prima legum cunabula'* di cost. *Imp.* 3. Si tratta di Inst. 2.20.3, in cui si sottolinea l'opportunità di considerare, dapprima, separatamente i legati e i fedecommessi, per poter poi consentire agli studenti di *'suptilioribus auribus accipere'* il regime ormai unificato dei due istituti: *'... sed ne in primis legum cunabulis permixte de his exponendo studiosis adulescentibus quandam introducamus difficultatem, operae pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis et postea de fideicommissis tractare, ut natura utriusque iuris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi suptilioribus auribus accipere'*.

In conclusione, l'ipotesi che, contrariamente all'indicazione della tradizione manoscritta, nel testo originario comparisse il termine *'tabulis'* (e, tramite esso, un velato riferimento alle XII Tavole come indicanti lo studio del *ius civile*), non solo è sprovvista di indizi adeguati,

²⁴ Per limitarmi a riferimenti espliciti richiamo qui i seguenti dati. Dualismo XII Tavole - *edictum*: Gai 3.25; 3.41; 3.78; 3.189; 3.192; 4.76; dualismo XII Tavole - *praetor*: Gai 3.28; 46; 49; 190; 191; dualismo *ius civile* - *praetor*: Gai 2.119; 129; 135; 170; 253; dualismo *ius civile* - *edictum*: Gai 1.136; 2.136; 3.71; 3.82; dualismo *ius legitimum* - *ius praetorium*: Gai 4.34; dualismo *ius legitimum* - *praetor*: Gai 2.167; riferimenti al solo *praetor*: Gai 2.125; 2.158; 160; 3.32.

ma urta, altresì, con quel che sappiamo, per bocca dello stesso Giustiniano, circa il materiale utilizzato per l'insegnamento del primo anno.²⁵

Rilevata la mancanza di elementi che possano legittimare l'emendazione del testo, chiudendo questo intervento mettendo a fuoco meglio, a sostegno della lezione tràdita, un dato terminologico-concettuale al quale avevo fuggacemente accennato in una nota del mio articolo citato in apertura (p. 297 nt. 27). Mi riferisco alla prospettiva della narrazione orale primariamente evocata dal termine '*fabulae*'. Ebbene, proprio la prospettiva dell'oralità dell'insegnamento è distintamente richiamata in cost. *Imp.* 3: non solamente si fa riferimento alle *aures* dei discenti (...*tam aures quam animae vestrae ... quod in ipsis rerum optinet argumentis accipiant*), ma a conclusione dell'intera contrapposizione tra vecchio e nuovo insegnamento si afferma che, proprio perché già i *prima legum cunabula* saranno attinti dall'*imperialis splendor*, d'ora in poi l'intera formazione dei giovani procederà, dall'inizio alla fine, dalla voce dell'imperatore (...*digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat*). Questo richiamo alla *vox principalis*, peraltro, appare ancor più indicativo se confrontato con la testimonianza, sostanzialmente contemporanea, offerta da un passaggio di cost. *Omnem* 1, particolarmente prezioso in quanto la voce del docente (*magistra vox*) viene criticamente richiamata proprio quale veicolo di un insegnamento²⁶ di primo anno troppo legato, fino ad allora, a nozioni 'inutili' in quanto ormai superate: '*sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se perraro habentes a voce magistra studiosi accipiebant*'. Un'affermazione, quest'ultima, che perfettamente corrisponde all'idea, autonomamente rintracciata nel nostro cost. *Imp.* 3, di "apprendere da narrazioni dei docenti testi contenenti nozioni antiche e superate": '*ex antiquis fabulis discere*', appunto.

²⁵ Non può condividersi, invece, l'argomento con il quale, a suo tempo, E. OTTO, *Thesaurus Juris Romani*, III, Leyden 1727, *praef.*, XXVII, voleva confutare la proposta di leggere '*tabulis*', e precisamente la circostanza che nei due seguenti luoghi lo stesso Giustiniano apprezza le XII Tavole (Otto menziona anche Nov. 22.2, dove, però, non ricorre nulla di indicativo): Inst. 3.2.3a-b (si elogia una norma decemvirale in quanto '*simplicitatis amica*' per il fatto di non aver distinto tra *masculi* e *feminae* nella chiamata degli *adgnati* alla *successio*) e C. 6.58.14pr. (vi si afferma, sempre con riferimento ad una materia successoria, '*Lege duodecim tabularum bene romano generi prospectum est...*'). Infatti, con queste due valutazioni positive sarebbe senz'altro compatibile una critica calibrata su un aspetto particolare, e cioè sull'essere il *corpus* decemvirale in massima parte fonte di regimi giuridici ormai superati.

²⁶ Alla *vox magistra* quale strumento di *recitatio* dei libri di studio accenna anche cost. *Omnem* 3, *in fine*.

J.H.A. LOKIN - B.H. STOLTE
(Università di Groningen)

In memoriam Nicolaas van der Wal
(Leeuwarden, 13 maggio 1925 - Paterswolde, 17 aprile 2015)

IN MEMORIAM NICOLAAS VAN DER WAL
(Leeuwarden, 13 maggio 1925 - Paterswolde, 17 aprile 2015)

Il 17 aprile 2015 si spegneva, poco prima del suo novantesimo genetliaco, Nicolaas van der Wal: con lui la Scuola groningana di diritto bizantino ha perduto l'ultimo dei suoi fondatori.¹

La carriera di Nicolaas van der Wal - Nico per le persone a lui vicine - può dirsi in un certo senso plasmata da combinazioni fortuite. Dotato di una mente brillante, egli aveva davanti a sé, in linea di principio, un ampio ventaglio di possibilità: un capriccio della sorte fece di lui un giurista. Le condizioni economiche della famiglia erano modeste e dunque il compiere studi universitari dipendeva dall'ottenimento di una borsa di studio. Che egli avesse le capacità, nessun dubbio: dopo aver conseguito il diploma di Ginnasio a Leeuwarden, città natale, con una votazione ottima vinse, infatti, una borsa di studio che gli consentì di accedere all'università di Groningen. Iniziò con lo studiare la materia che prediligeva, ovvero chimica; tuttavia, quando questa cominciò a risultargli indigesta, e desiderando in effetti cambiare indirizzo, si trovò costretto a individuare un corso di studi completabile nel tempo rimanente della borsa. E fu così che approdò alla Facoltà di Giurisprudenza. Tra i compagni di studi del suo anno, egli non si distinse né per entusiasmo né per l'eccellenza dei risultati, finché il padre spinto dalla preoccupazione non chiese a H.J. Scheltema, neoprofessore di diritto romano, la cortesia di parlare con suo figlio. Quello fu il primo passo del cammino che portò Van der Wal a divenire un eminente studioso di diritto romano e bizantino. Scheltema seppe vedere le straordinarie doti intellettuali del giovane studente, apparentemente poco convinto, che però senza difficoltà alcuna completò il resto del programma curricolare e venne poi prescelto da Scheltema per assisterlo, insieme al grecista Holwerda, nell'edizione dei *Basilica cum scholiis*, un progetto che Scheltema aveva da poco avviato. Sebbene Van der Wal fosse formalmente un giurista con una formazione di carattere scientifico, la sua padronanza del latino e del greco era tale da poter suscitare l'invidia di tanti classicisti. Le sue competenze giuridiche e filologiche lo rendevano sommamente adatto al compito.

Van der Wal era in prima istanza responsabile per l'edizione della *Series A*, i volumi con il testo dei Basilici; in pratica, però, l'insieme dei volumi, anche quelli della *Series B* con gli *scholia*, furono editati da tutti e tre gli studiosi. La sfida era duplice: da una parte l'edi-

¹ Per una rievocazione di carriera ed opere da parte dello stesso Van der Wal si veda A.B.J. SIRKS-B.H. STOLTE, 'Interview met een tekstbezorger van Byzantijnse rechtsbronnen', *Prominenten kijken om. Achttien rechtsgeleerden uit de Lage Landen over leven, werk en recht = Pro Memoriae. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 6, 2004, 331 ss.

zione esistente di Heimbach e dall'altra la riluttanza del mondo scientifico dominante ad accettare che un'équipe di giovani fosse in grado di offrire un testo decisamente migliore. Il risultato è di per sé piuttosto eloquente. Esulerebbe dai propositi della presente occasione esaminare i singoli dettagli: in sostanza, i tratti salienti sono un'edizione maggiormente attendibile di manoscritti già noti, l'utilizzo di codici sconosciuti ad Heimbach, tra cui dei palinsesti, e l'espunzione, dalla restituzione del testo perduto, di quei passi la cui presenza nei Basilici non poteva sostenersi con sufficiente certezza.² La separazione di testo e *scholia* in sezioni distinte, e l'edizione degli *scholia* in un unico manoscritto a se stante, discendeva dalla convinzione di Scheltema che non fosse esistito nulla di paragonabile a una *Glossa ordinaria* nel senso di una compilazione a catena di Digesti, convinzione che era in contrasto con gran parte dell'opinione dominante.³ *A posteriori* sia Van der Wal che gli altri due editori si rammaricarono di non aver allegato una traduzione, una componente che negli anni seguenti alla seconda guerra mondiale non appariva ancora come essenziale. Qualche decennio più tardi la decisione sarebbe stata un'altra. La conoscenza molto meno solida del greco rende l'edizione Heimbach uno strumento tuttora apprezzato, anche se dal suo utilizzo discendono talvolta argomentazioni fondate su testi che in realtà significano altro o non sono proprio mai esistiti. Heimbach aveva attinto largamente all'edizione di Fabrotus, che di tanto in tanto traduceva personalmente in greco un testo latino che era stato omesso nei Basilici. Van der Wal raccontava della sensibilità che aveva sviluppato per il greco bizantino, talmente fine da fargli subito individuare gli interventi di Fabrotus.

Conseguito il dottorato con una dissertazione dal titolo *Les commentaires grecs du Code Justinien* (1953), egli vide la propria tesi accolta con scetticismo dal gotha della disciplina: poteva mai venire qualcosa di buono da Groningen? Adolf Berger scrisse una sgarbata recensione incentrata sul corretto significato del termine *prokanon*.⁴ Diversamente da quanto sostenuto nel lavoro di dottorato,⁵ il termine alludeva, secondo lo studioso tedesco, a un canone che nei Basilici precedeva (*pro*) il testo in cui quella regola (*canon*) ricorre. I toni decisamente aspri della recensione spinsero Scheltema ad andare in soccorso del giovane dottore di ricerca. E in un articolo sull'argomento, intitolato *Ueber den Ausdruck 'Prokanon'*, appoggiò il punto di vista di Van der Wal con un'argomentazione eloquente quanto stringente.⁶

Dopo il dottorato, Van der Wal si dedicò – oltre al lavoro di edizione dei Basilici! – alla compilazione di uno strumento di straordinaria utilità per l'utilizzo delle *Novellae post Codicem constitutiones* di Giustiniano. Tramandate nella loro versione integrale, queste Novelle non avevano mai conosciuto un'edizione compendiate sul modello del *Codex*. Una lacuna non marginale giacché l'analisi accurata di questi estesi testi greci richiede una notevole pazienza: molte di queste costituzioni affrontano diversi argomenti, mentre numerosi ar-

² Si veda su quest'ultimo tema N. VAN DER WAL, *Probleme bei der Restitution verlorengegangener Basilikenbücher*, in *Subseciva Groningana* 3, 1988, 143 ss.

³ H.J. SCHELTEMA, *Ueber die angebliche Anonymuskatene*, in *TR* 25, 1957, 284 ss. = *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningen 2004, 315 ss.; ID., *Über die Scholienapparate der Basiliken*, in *Mnemosynon Bizoukidès*, Thessalonica 1960, 139 ss. = *Opera minora*, cit., 359 ss.

⁴ A. BERGER, *Studi sui Basilici V: Di nuovo su "Prokanon"*, in *IVRA* 5, 1954, 110 ss.

⁵ N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du Code Justinien*, s-Gravenhage 1953, 94.

⁶ H.J. SCHELTEMA, *Ueber den Ausdruck 'Prokanon'*, in *TR* 23, 1955, 83 ss. = *Opera minora*, cit., 283 ss.

gomenti occorrono in più di una costituzione. Ora, una mente analitica eccezionale e una memoria prodigiosa consentirono a Van der Wal di realizzare un repertorio sistematico, un *Manuale Novellarum*, che conobbe due edizioni, nel 1964 e nel 1998.⁷ E che egli ritenne la più valida tra le proprie opere. Gli autori del presente articolo sono dell'avviso che questa convinzione non rendesse giustizia al resto del suo lavoro, che comprende molto altro di ugualmente valido.

Una volta portata a termine l'edizione dei Basilici, tornavano ad esservi le condizioni per nuovi progetti, che avrebbero potuto beneficiare della vasta esperienza accumulata nel corso di quel grande progetto. Con il primo degli autori sottoscritti, Van der Wal redigette le *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453* (1985), la prima storia moderna delle fonti del diritto bizantino comprendente sia le fonti secolari che quelle ecclesiastiche. Insieme al secondo autore del presente articolo, Van der Wal curò l'edizione della *Collectio Tripartita* (1994), una raccolta bizantina del tardo sesto secolo di compendi di passi della legislazione giustiniana riguardanti questioni religiose ed ecclesiastiche. Insieme a Roos Meijering, e ad entrambi i sottoscritti autori, Van der Wal fu artefice dell'edizione critica del *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* (2010), l'unico testo di un *antecessor* conservatosi in tradizione diretta.

Oltre a quest'imponente serie di edizioni testuali e di studi – per un totale di ventuno volumi – Van der Wal è stato autore anche di articoli e recensioni. Per quanto riguarda gli articoli, il periodo più fecondo è quello compreso tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta. Certuni apparvero nella rivista *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*: 'La tradition des Novelles de Léon le Sage dans le manuscrit palimpseste Ambrosianus F 106 sup.' (1975), 'Wer war der Enantiophanes?' (1980) e 'La version florentine de la Collection des 168 Novelles' (1981). Altri contributi videro la luce in altre pubblicazioni, ad esempio 'Die Textfassung der spätromischen Kaisergesetze in den Codices' (*BIDR*, 1981), 'Edictum und lex edictalis. Form und Inhalt der Kaisergesetze im spätromischen Reich' (*RIDA*, 1981), 'Die Schreibweise der dem Lateinischen entlehnten Fachworte in der frühbyzantinischen Juristensprache' (*Scriptorium*, 1983), e naturalmente anche nei *Subseciva Groningana*, di cui era uno dei fondatori. L'articolo 'Die Textfassung der spätromischen Kaisergesetze in den Codices' fu una risposta ad una tesi di Volterra, secondo la quale i testi abbreviati del *Codex Theodosianus* non erano originali. Van der Wal, che sosteneva il contrario, volle prima della sua pubblicazione inviare l'articolo a Volterra giacché – come egli stesso ebbe a scrivergli –, non certo di averlo interpretato correttamente, riteneva un'ovvia cortesia fargli pervenire le proprie obiezioni prima di dare il testo alle stampe. Volterra gli rispose a stretto giro di posta che, essendo stato convinto dalla sua argomentazione, avrebbe pubblicato l'articolo nel *Bullettino* così come l'aveva ricevuto.

Il complesso della produzione di Van der Wal testimonia l'interesse di una vita intera per la legislazione giustiniana e il suo funzionare in un contesto bilingue. Quella realtà bilingue fu l'oggetto del suo discorso inaugurale (1976) e di quello di commiato (1990). È motivo di

⁷ È ovvio che egli sarebbe stato un capace traduttore delle Novelle, un compito che un poco controvo-
glia assunse nel quadro della traduzione del *Corpus iuris* da parte di J.E. Spruit. Van der Wal si impegnò a
prendere parte alla traduzione e redazione delle Novelle, pubblicata in tre volumi ad Amsterdam nel 2011:
Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling. X: *Novellen 1-50* (cur. J.E. SPRUIT - J.H.A. LOKIN - B.H. STOLTE - N.
VAN DER WAL); XI: *Novellen 51-114* (cur. J.E. SPRUIT - J.M.J. CHORUS - L. DE LIGT); XII: *Novellen 115-168*
(cur. J.E. SPRUIT - J.H.A. LOKIN - N. VAN DER WAL).

contentezza apprendere che i suoi articoli verranno raccolti e pubblicati da Tom van Bochove.

Uno scritto *In memoriam* è occasione di riflessione sulla vita e sull'opera della persona scomparsa, in cui è consuetudine menzionare i tributi che al *laudandus* sono toccati in vita. È significativo che nel suo caso ve ne siano pochi da citare. Al suo commiato gli venne offerta una pubblicazione celebrativa sotto forma di un numero speciale dei *Subseciva Groningana* (vol. IV, *Novella Constitutio. Studies in Honour of Nicolaas van der Wal*, 1990). Nico van der Wal non era il tipo di persona da riscuotere automaticamente riconoscimenti da ogni dove. Fortemente miope, timido e munito di una voce tutt'altro che possente, egli era raramente la star di un congresso o il fulcro di una vivace discussione, sarebbe stato insomma poco adatto ad affrontare grandi aule gremite di studenti. L'Università odierna avrebbe fatto presto a non accorgersi di lui e forse non gli avrebbe accordato l'onore di una cattedra *ad personam*, cosa che Groningen fece nel 1976, dapprima come *lector* e in seguito come docente. Se le pubblicazioni sono il parametro per misurare la validità di uno studioso, si constata che cattedre sono state assegnate per molto meno. Van der Wal scriveva con pari facilità in francese, tedesco ed inglese e sapeva argomentare in modo chiaro ed efficace. Era negli scritti che emergevano le sue grandi qualità. Allora la sua timidezza spariva: chi non lo aveva mai incontrato di persona e ne conosceva solo gli articoli avrebbe a ragione avuto rispetto per il leone che era in lui.

Coloro che invece hanno avuto il privilegio di conoscerlo più da vicino hanno trovato in lui un amico leale e generoso, sempre disposto a condividere il proprio immenso sapere. Lo ricorderanno così com'era solito essere nelle piccole compagnie, spalleggiato dalla socievolezza dell'amabile consorte, Suus Meyneken, che meno di un anno prima lo aveva preceduto nella morte. La loro ospitale dimora fu lo scenario perfetto per questo studioso un po' schivo, che poi ogni volta risultava avere un bagaglio infinito di conoscenze nei campi più diversi. Egli era, ad esempio, un valido ed entusiasta fotografo, che amava sviluppare e stampare le proprie foto da sé. Fin dagli albori del computer mostrò di possedere lo spirito giusto e la pazienza per imparare a farne uso precedendo con ciò di molto i suoi colleghi. Vasto era il suo sapere anche nel campo della musica classica e in particolare dell'opera, le cui rappresentazioni furono meta di tante gite in compagnia della moglie e spesso dell'intera Sezione di diritto romano. Aveva letto veramente di tutto, da Shakespeare e Goethe ai polizieschi inglesi e, quel che più conta, ricordava ogni cosa. Ma, fatti salvi i cari ricordi che i sottoscritti autori serbano della sua persona, quel che più conterà: *scripta manent*.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2015
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)