Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

A CURA DI
FERDINANDO ZUCCOTTI E MARCO A. FENOCCHIO

A Pierluigi Zannini

Scritti di diritto romano e giusantichistici

Ledizioni
The Innovative LEDIpublishing Company

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

6/2018

A PIERLUIGI ZANNINI
Scritti di diritto romano e giusantichistici

A CURA DI
FERDINANDO ZUCCOTTI
E MARCO A. FENOCCHIO

Ledizioni

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto ad una revisione da parte di una Commissione di Lettura interna nominata dal Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza. Detta Commissione ha formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare l'opera

© 2018 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici,
a cura di Ferdinando Zuccotti e Marco A. Fenocchio

Prima edizione: marzo 2018
ISBN 9788867057207

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

Questi sedici studi, di diritto romano ed in genere di argomento giusantichistico, vengono dedicati a Pierluigi Zannini in occasione del suo «collocamento a riposo» da amici e colleghi dell'Università di Torino nonché da altre persone particolarmente legate a tale gruppo accademico.

Se ne va così in pensione, per ultimo, anche Pierluigi Zannini, quasi subito dopo Lelio Lantella e Fausto Goria: Filippo Gallo ha smesso di insegnare mi sembra fin dal 1997, e Giuseppe Provera era improvvisamente mancato nel 1990, mentre Silvio Romano si era conservato, ultracentenario, sino alla fine dello scorso decennio.

È, nel nostro piccolo ambito romanistico torinese, un mondo intero che scompare definitivamente con lui, un insieme di riferimenti e di sicurezze che viene meno una volta per tutte, aduste abitudini di vita che sembravano normali e pressoché senza tempo e che invece d'un tratto, semplicemente, non esistono più.

E quelli che insegnano oggi nella nostra università, ormai ad ogni effetto loro eredi, nonostante la percezione dell'ovvio succedersi delle generazioni ed il naturale nuovo e diverso ruolo da essi assunto, talora ricordano con un po' di nostalgia quando, ancora giovani, sembrava loro di essere da sempre abituati a muoversi sotto l'egida di tali «anziani», e ripensandoci, a tratti, non riescono a non provare come un malinconico senso di smarrimento, in un nuovo mondo ed in una università profondamente diversa e mutevole, ed anzi altresì fisicamente cambiata in una nuova ed un poco spaesante sede: e a non rimpiangere, in qualche modo, la sicurezza di un passato che sembra in ogni caso migliore nella sua conclusa definitività e che ormai si avvia a divenire quasi leggendario nel suo essere trascorso e in certa maniera finito per sempre.

In questa sorta di «ottimo mondo possibile» che ormai non c'è più, di Pierluigi Zannini ci mancheranno soprattutto la quotidianità del suo sorriso e della sua capacità di sdrammatizzare ogni situazione con una battuta, stemperando nel riso ogni contrarietà, la sua simpatia il suo buonumore e la sua umanità di ogni giorno, la sua continua presenza una volta percepita come ovvia e naturale ed ora, al di là delle sue sempre più rade visite in dipartimento, ahimè smarrita in qualche modo pressoché per sempre.

Certo, questa è solo una parte della verità, ed anzi quasi uno sfogo di nostalgia e di inevitabile rimpianto per un passato tramontato definitivamente: ma la vita, ovviamente, inesorabile persiste nel suo cammino, i giovani studiosi fioriscono ancora e crescono sulle vestigia di ciò che è stato, fiduciosi in uno smagato futuro che appare non poter mancare, nel segno di una tradizione che è certo da preservare e portare avanti, come un dono immeritato e perciò più prezioso. Ogni luce splende per il suo tempo: a noi, rimasti in questa università, spetta il ricordare quelle ormai spente ma soprattutto, consci del buio che hanno lasciato, l'accenderne di nuove.

In ogni caso, voglia pur nella sua inadeguatezza questa raccolta di studi segnare, quantomeno, con l'uscita di scena di Pierluigi Zannini anche la fine di un'epoca felice, quando ancora tutti gli «anziani» torinesi erano ogni giorno con noi e nel nostro essere giovani qualsivoglia cosa sembrava, allora, più densa di significato e di struggente perduta serenità.

Nel frattempo, a noi non resta che ringraziare Pierluigi Zannini per tutto quanto ci ha dato e ci lascia, ed augurargli di tutto cuore di trascorrere nel più felice e lieto dei modi il tempo libero e di riposo che gli viene finalmente concesso, sicuri che egli, nella sua saggezza di vita, saprà godere di tale dono nella maniera migliore e con la più accorta e sapiente consapevolezza.

f.z.

Torino, 30 marzo 2018

Indice

1. Filippo Gallo
A proposito delle interpolazioni nel Digesto 9

2. Pierfrancesco Arces
Strutture espositive in Gaio: condizione servile e potestà dominicale in *inst.* 1.52-54 13

3. Valentina Casella
Il «Lexicon» di Fozio e il «Lessico dei dieci oratori» di Arpocrazione quali fonti giuridiche 47

4. Marco A. Fenocchio
«Habitatio» - «dominium»: una tesi sulla natura dell'abitazione ricordata in C.I. 3.33.13.pr. 71

5. Michele A. Fino
La legislazione matrimoniale augustea. Un'occasione per valutare le potenzialità dell'analisi del diritto condotta nella prospettiva dell'ecologia umana. Valutazioni preliminari 97

6. Fausto Goria
La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figli nel diritto romano fino all'*Ecloga* di Leone III. 113

7. Lelio Lantella
Manuali e topoi.
Per una ipotesi di sperimentazione didattica 147

8. Saverio Masuelli
«Abalienatio» 189

9. Massimo Miglietta
Emblematic Cases of «Logical Conflict» between «Quæstio» and «Responsum» in the «Digesta» of Publius Alfenus Varus 207

10. Alberto Rinaudo
«Quod meretrici datur, repeti non potest». La *nova ratio* di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana 267

11. Enrico Sciandrello
A proposito di D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*) 283

12. Raffaella Siracusa
«Universitas» e «corpus»: ricostruzione lessicale nell'ambito delle associazioni 295

13. Andrea Trisciuoglio
La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale romana 313

14. Giuseppe Valditara
Riflessioni di diritto romano e diritto civile sul danno ingiusto 321

15. Lucia Zandrino
Dalla «pecunia expensa lata» alla «transscriptio»: tracce di una evoluzione del contratto letterale 359

16. Ferdinando Zuccotti
Sulle origini e sulla struttura dell'usucapione romana 381

Indice delle fonti 437

Filippo Gallo

A proposito delle interpolazioni nel Digesto

L'attuale stupefacente disattenzione di correnti di romanisti per il problema delle interpolazioni nel Digesto mi induce a richiamare l'attenzione sulle univoche testimonianze di Giustiniano circa la loro esistenza. Come appare ovvio, non si tratta di interpretazioni od opinioni, bensì di dati storici, coi quali si elabora la ricostruzione e che, in più, nella specie, non possono essere disattesi per l'assenza di altri dati (non fantasiose supposizioni) in senso contrario.

Riferisco le testimonianze a mio avviso più significative.

a) Giustiniano, nella costituzione *Deo auctore*, con cui dispose la compilazione del Digesto, prescrisse ai propri commissari (§ 7) di apportare ai testi dei giuristi classici (comprese le costituzioni imperiali in essi citate) tutte le modificazioni occorrenti per renderli adeguati, quali leggi vigenti, al proprio tempo[1]. Nella costituzione *Tanta*, 11, l'imperatore attesta di aver

1 Cfr. la costituzione *Tanta* (*de confirmatione digestorum*) § 19: '*… Hasce … leges*' [i frammenti aggiornati di opere giuridiche classiche ricevuti nella compilazione imperiale] '*et adorate et observate, omnibus antiquioribus quiescentibus*'. Il discorso successivo concerne congiuntamente la testimonianza in esame e quella che sarà considerata *infra*, nel testo, *sub* b): '*nemoque vestrum audeat comparare eas*' [i testi classici aggiornati ricevuti nel Digesto] '*prioribus vel, si quid dissonans in utroque est, requirere, quia omne quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus. Nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem institutionibus nostrisque digestis et constitutionibus a nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere conetur, nisi temerator velit falsitatis crimini subiectus una cum iudice, qui ei audientiam patiatur, poenis gravissimis laborare*'. Sottolineo due punti. Giustiniano proclama una rottura completa: si è aperta la pagina del diritto nuovo, da lui posto, e si è definitivamente chiusa quella del diritto previgente, di cui sono vietati anche la considerazione e il ricordo. Non sfugge che si tratta di una diversa rappresentazione della *legum permutatio*, pure testimoniata da Giustiniano (*Omnem*, § 11) e da lui realizzata nei limiti del possibile (sono perfette,

ammonito i propri commissari di tener conto delle costituzioni da lui emanate '*pro emendatione iuris*' e di attenersi ad esse anche nella compilazione delle Istituzioni. Ancora nella cost. *Cordi*, 1, egli ricorda: '*Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus*'.

b) Nella costituzione *Tanta*, 10, Giustiniano sintetizzò così le operazioni effettuate per la compilazione del Digesto[2]: «Noi abbiamo fatto solo questo intervento: che se qualcosa nei loro testi [in quelli dei giuristi classici] ci sembrava superfluo o incompleto o non appropriato[3], ricevesse le aggiunte o i tagli necessari[4]».

Più avanti l'imperatore vieta di confrontare tra loro '*ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit*' nel Digesto con questa giustificazione: '*quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*'. I cambiamenti anche di grande rilievo furono effettivamente tanti ed ebbero ad oggetto tanti campi del diritto: la distinzione delle cose, il trasferimento della proprietà, il potere del *paterfamilias*, il processo civile, etc. D'altra parte Giustiniano, detentore di un potere assoluto, ma legislatore oculato[5], non avrebbe vietato senza ragione (in assenza di modificazioni) il confronto tra la scrittura dei testi antichi e quella accolta nel Digesto, per di più comminando, contro i contravventori, le pene gravissime del *crimen falsi*.

c) Nella costituzione *Tanta*, 1, Giustiniano attesta che il Digesto, grazie all'illuminazione celeste e al favore della somma Trinità, è stato composto secondo le sue istruzioni impartite fin dall'inizio[6]. L'imperatore fu sicura-

---

come egli ricordava, solo le cose divine). La normativa riferita, dettata da Giustiniano, rendeva imprudente la stessa conservazione nella propria biblioteca di un testo giuridico classico. Ad esempio, un figlio dotato e alquanto temerario avrebbe potuto leggerlo e sollevare qualche rilievo sulla sua utilizzazione per la compilazione del Digesto, esponendosi così al rischio di subire le *poenae gravissimae* previste per il *crimen falsi* (non mancavano allora i delatori e i giudici non erano indipendenti dal potere imperiale, ma ad esso sottoposti).

2 La traduzione in italiano è tratta da «Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae» (*cur.* S. Schipani), I, Milano, 2005, p. 45.

3 L'aggettivo usato nella costituzione è '*inperfectus*'.

4 In chiusura del paragrafo l'imperatore parla di '*nostrae emendationes*'.

5 Penso che potrebbe giovare, nell'attuale dissesto – in Italia e nell'Unione Europea – della produzione del diritto, lo studio, da parte di un giovane volenteroso, di Giustiniano «modello di legislatore».

6 Le istruzioni imperiali, indicate col segno '*mandata*', avevano, come si è visto, il fulcro,

mente ottimista: non è credibile che tutti i commissari abbiano osservato in ogni caso le sue istruzioni; ma non è neppure credibile che nessuno di essi le abbia mai osservate.

In conclusione, nel Digesto ci sono sia frammenti genuini che frammenti interpolati e non si conosce a priori quali siano da annoverare tra i primi e quali, viceversa, tra i secondi. Per ciascuno di essi (per ogni parola da cui sono formati) occorre l'accertamento (l'indagine per compierlo), con la consapevolezza che in proposito non sembra valicabile il limite della probabilità[7].

Il problema delle interpolazioni non è riducibile a una moda o a una fase superata dello studio del diritto romano, bensì è ad esso connaturato, perché non si può fare a meno del Digesto, sia per la ricostruzione del diritto classico (in generale della storia del diritto romano), che per quella del diritto giustinianeo. Le interpolazioni rappresentano l'altra faccia della *legum permutatio* giustinianea, anch'essa incredibilmente rimossa dalla scienza romanistica[8]: mediante le interpolazioni dei testi classici l'imperatore cercò di concretizzare, per quanto era possibile con l'utilizzazione di tali testi, la *legum permutatio*[9].

---

secondo la rappresentazione invalsa, nelle interpolazioni: le aggiunte, le modifiche e i tagli da apportare ai frammenti inseriti nel Digesto, al fine di adeguarli alla nuova visione e alle nuove esigenze.

7 Ciononostante in recenti manuali romanistici appare ignorato il problema delle interpolazioni. Salvo mia svista, non ho trovato in essi né il segno «interpolazioni» né il precedente sintagma '*emblemata Triboniani*'. Si veda, invece, con la consueta lucidità, A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*[4], Torino, 2012, p. 69 s.: lo studio del diritto romano «non cessa … di avere il suo centro nell'analisi della compilazione giustinianea: in ordine» alla quale «peraltro i risultati delle ricerche interpolazionistiche vanno rivisti alla luce di una più aperta valutazione filologica e di una più profonda valutazione storica del relativo contenuto». Da parte mia auspico una rivisitazione *funditus* del problema delle interpolazioni, che – per il modo in cui Giustiniano utilizzò le opere dei giuristi classici per la sua compilazione – è, come si è detto, connaturato allo studio del diritto romano, al fine di mettere in luce i tanti aspetti, elementi ed implicazioni finora trascurati.

8 Non a caso essa è proclamata dall'imperatore nel paragrafo finale della costituzione *Omnem*, con la quale egli riformò il corso degli studi giuridici dopo – come si legge nel principio della stessa costituzione – aver purgato e sistemato tutto il diritto previgente nei quattro libri delle Istituzioni, nei cinquanta libri del Digesto e nei dodici delle Costituzioni imperiali (primo codice).

9 Giustiniano è uno dei grandi protagonisti (a mio avviso il più eminente) della tradizione giuridica in Occidente.

Pierfrancesco Arces

Strutture espositive in Gaio: condizione servile e potestà dominicale in *inst.* 1.52-54

1. Tema della ricerca – 2. Il § 52. Critiche alla genuinità del testo in esso racchiuso. Obbiezioni e proposta di una lettura conservativa – Il § 53. Gli interventi imperiali e l'atteggiamento di Gaio – (Segue). Peculiarità del testo contenuto nel § 53 – 5. Conclusioni.

1. Il fugace – e peraltro unico[1] – riferimento ai *prodigi* nelle Istituzioni di Gaio, in conclusione di un paragrafo del primo Commentario (1.53) dedicato alle conseguenze dell'abuso della *potestas* del *dominus* sul proprio servo, ha destato in diverse occasioni l'attenzione della dottrina romanistica[2]. Il

1 Cfr. P.P. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio* (Milano, 1910), rist. Torino, 1961, p. 90, S. Solazzi, *Glosse a Gaio*, I (1936), ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, p. 200, il quale pure ricorda che «dei prodighi non è discorso altrove nelle Istituzioni». Non mancano peraltro riferimenti ai *prodigi* effettuati da Gaio in altre sue opere: cfr. D. 2.14.28.1 (Gai, 1 *ad ed. prov.*), D. 27.10.13 (Gai, 3 *ad ed. prov.*), D. 46.2.34.1 (Gai, 3 *de verb. obl.*).

2 Cfr. Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 199 ss., Id., *L'abuso del diritto in Gai. 1.53* (1954), ora in *Scritti*, VI, cit., p. 665 ss., F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, trad. it. – *I principii del diritto romano* –, Firenze, 1946, rist. 2005, p. 137 s., F. De Martino, *Individualismo e diritto romano privato* (1941), ora in *Diritto e società nell'antica Roma*, I, Roma, 1979, p. 287 ss., G. Grosso, '*Abuso del diritto*', in «ED.», I, 1958, p. 161 ss., A.A. Correa, *Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique*, in «Atti del seminario romanistico internazionale (Perugia-Spoleto-Todi, 11-14 ottobre 1971)», Perugia, 1972, p. 141 ss., N. Scapini, *La ratio nelle Istituzioni di Gaio*, in «Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore del prof. S. Romano», Milano, 1981, p. 330 ss., R. Quadrato, *La persona in Gaio. Il problema dello*

riferimento in questione si inserisce nel più ampio contesto espositivo del *ius ad personas pertinens*: curiosamente, esso è racchiuso nella sequenza testuale riservata all'illustrazione della condizione dei servi (§§ 52-54), prima categoria, elencata nelle *Institutiones* (1.51), di soggetti[3] '*qui in aliena potestate sunt*'.

È all'insieme delle strutture espositive contenute nei §§ 52-54 che rivolgerò la mia attenzione, non senza premettere che esse sono introdotte all'esito di una serie di scansioni diairetiche[4]. Si tratta di una tecnica di scrittura

---

schiavo (1986), ora in Id., *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, p. 14 ss., Id., *L'abuso del diritto nel linguaggio romano: la regula di Gai. inst. 1.53* (1999), ora *ivi*, p. 115 ss. e 147, Id., G*aio cristiano?* (2007), ora *ivi*, p. 359 ss., F. Zuccotti, *Metamorfosi di un principio giuridico (Vivagni I)*, in «RDR.», I, 2001, p. 477 ss. (consultabile sul sito internet di tale rivista), Id., *La «crudeltà» nel Codice Teodosiano ed i suoi fondamenti teologico-giuridici*, in «Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XIX Convegno Internazionale», Roma, 2013, p. 33 ss., F. Pulitanò, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano, 2002, p. 126 ss., F. Longchamps de Bérier, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, p. 3 ss., 9 ss., 11 ss., 35 ss., 43 ss., 205 ss.

3 Categoria interessata da quel «doppio statuto» ontologico indagato di recente da R. Esposito, *Le persone e le cose*, Torino, 2014, p. 10 s., dove, proprio facendo riferimento alla *summa divisio de iure personarum* contenuta nel manuale gaiano (*inst*. 1.9), si osserva che «le persone a Roma si dividono in liberi e schiavi, i quali hanno così un doppio statuto» …: «di persona, cui appartengono sul piano astratto delle denominazioni, e di cosa, cui sono in realtà assimilati», con una «collocazione anfibia» che «non riguarda solo i *servi* – situati tra le *res corporales* e considerati 'strumenti vocali', cose dotate di voce – ma anche altre categorie, come mogli, figli, debitori insolventi, sempre in bilico tra il regime della persona e quello della cosa». Questa collocazione anfibia è la caratteristica tipica degli *alieni iuris*, cioè dei «non appartenenti a se stessi, come tutti coloro che non erano *patres*», e dunque si trovavano «in una dimensione assai prossima a quella della cosa». La distinzione tra liberi e servi è, nel diritto consuetudinario anteriore alla legislazione decemvirale, «un dato interno alla composizione della *civitas*»: così M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*[3], Torino, 2015, p. 126. Va inoltre rammentato l'insegnamento di A. Dell'Oro, *Assunzione e selezione del personale nell'antica Roma* (1991), ora in *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo Dell'Oro*, Milano, 2015, p. 385, il quale, proprio facendo riferimento alla riferita *summa divisio*, ricorda che i giuristi «pongono gli schiavi come una delle grandi categorie in cui si distinguono tutti gli uomini e ne trattano nella parte del diritto riservata alle *personae* e non già in quella dedicata alle *res*». Sulla persistente validità della più generale partizione gaiana del diritto, cfr. Id., P*artizione gaiana del diritto e sua validità odierna* (1997), ora in *La cattedra e la toga*, cit., p. 429 ss. L'allusione ai servi intesi quali *instrumenta vocalia* è presente in Varr., *re rust.* 1.17.1.

4 Attraverso le quali, dopo la *summa divisio* tra liberi e servi, si opera quella ulteriore tra *sui iuris* ed *alieni iuris* e, con riguardo a questi ultimi, si elencano i differenti tipi di soggezione a cui potevano essere sottoposti (*potestas*, *manus*, *mancipium*), preannunziandone l'immediata e più diffusa esposizione, al fine dichiarato di permettere, al termine di essa,

che informa tutte le Istituzioni[5] e che serve da inquadramento concettuale alle descrizioni dei singoli istituti; descrizioni svolte da Gaio, secondo una valutazione rinvenibile in letteratura, con «didascalica monotonia stilistica»[6]. Il giurista antoniniano riprenderebbe in qualche modo la tecnica di ri-

---

anche un'agevole individuazione dei *sui iuris* e della relativa condizione: Gai., *inst.* 1.48-50: '*Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae. Sed rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. Videamus nunc de iis, quae alieno iuri subiectae sint: nam si cognoverimus, quae istae personae sint, simul intellegemus, quae sui iuris sint*'. Cfr. M. Villey, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain (a propos d'un texte de Ciceron De oratore 1-188 a 190)*, Paris, 1945, p. 1 ss., H.J. Mette, *Ius civile in artem redactum*, Göttingen, 1954, p. 10 ss. e 50 ss., R. Orestano, *Obligationes e dialettica*, in «Ius», X, 1959, p. 18 ss. (anche in «Mélanges H. Lévy Bruhl», Paris, 1959, p. 445 ss.), M. Fuhrmann, *Das Systematische Lehrbuch: ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Gottingen, 1960, p. 183 ss. e 186 ss., e F. Schulz, *History of Roman Legal Science*[2], Oxford, 1953, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 119 ss.

5 Cfr. ad esempio Gai., *inst.* 1.8: '*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Sed prius videamus de personis*'; 1.12: '*Rursus libertinorum tria sunt genera; nam aut cives Romani aut Latini aut dediticiorum numero sunt. De quibus singulis dispiciamus; ac prius de dediticiis*'; 1.124: '*Videamus nunc, quo modo hi, qui alieno iuri subiecti sunt, eo iure liberentur. Ac prius de his dispiciamus, qui in potestate sunt*'; 1.142: '*Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis, quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur. Videamus igitur, quae in tutela, quae in curatione sint; ita enim intellegemus ceteras personas, quae neutro iure tenentur*. *Ac prius dispiciamus de his, quae in tutela sunt*' (evidentissimo, nella conclusione del § 142, l'identico modello espressivo usato in *inst.* 1.50); 2.99: '*Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex condicio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad nos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quae nobis ex testamento obveniunt*'; 2.246: '*Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius de hereditatibus videamus*'; 3.88: '*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensus*'; 4.10: '*Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. Quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur*'.

6 A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 328. Identico nella seconda edizione del volume (Torino, 2017, p. 365). Anche se sembra essere divenuta un *leitmotiv* della letteratura romanistica di questi ultimi anni, si tratta di una valutazione che convince poco: avremo modo di considerarla di nuovo. Va peraltro notata la tendenza di Aldo Schiavone a segnalare la monotonia della prosa di autori giuridici antichi e moderni: in *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987, p. X era la prosa dell'*Enchiridion* di Pomponio

partizione dell'esposizione del diritto, probabilmente sostenuta da Cicerone nel *De iure civili in artem redigendo* e da Ofilio nei libri di diritto civile, e già respinta oltre due secoli prima da Quinto Mucio, che si sarebbe limitato ad usarla solo all'interno dei *capita* dei suoi *libri iuris civilis*[7]. Si tratta di osservazioni suggestive e altamente ipotetiche. Il tema delle grandi scansioni sistematiche inquadranti l'esposizione gaiana e il loro più o meno consapevole uso come categorie generali del *ius* è comunque complesso e trascende la portata di questo contributo[8]. Per il momento limitiamoci a considerare il testo istituzionale:

Gai., *inst.* 1
[52.] In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.
[53.] Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire: nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit. [Regula:] male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.
[54.] Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.

---

a sembrargli «scarna e monotona», ma lo studioso aveva formulato una valutazione non dissimile persino nei confronti di Emilio Betti, il quale gli appariva «uno scrittore… che tende a ripetersi di continuo, da un lavoro all'altro, con una monotonia a volte addirittura meccanica» e nei cui scritti, quasi sempre, «il ritorno insistente d'una argomentazione o d'un esempio potrebbe anche non avere alcun significato particolare» (si tratta delle considerazioni di esordio di un saggio dal titolo inquietantemente lacaniano: *«Il nome» e «la cosa». Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», VII, 1978 – «Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento» –, p. 293).

7 Cfr. Schiavone, *Ius*, cit., p. 155 ss.

8 Per qualche accenno nella prospettiva comparatistica, cfr. F. Goria, O*sservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in «Il modello di Gaio», cit., p. 256 ss.

All'affermazione netta, in apertura del § 52, della soggezione dei servi alla *dominica potestas* seguono il riconoscimento della menzionata potestà come propria del *ius gentium*[9], e il riscontro di alcuni suoi tratti caratteristici,

9 L'ampiezza della *potestas* sui figli è invece riconosciuta da Gaio (*inst.* 1.55) come '*ius proprium civium Romanorum*', non rinvenendo il giurista un fenomeno analogo presso altre popolazioni, con l'eccezione dei Galati: i dubbi, espressi in letteratura, sulla paternità gaiana del riferimento ai Galati (e sulla sua correttezza) sono fugati da Goria, *Osservazioni*, cit., p. 306 ss., nt. 145. Cfr., inoltre, A.M. Rabello, *Effetti personali della «patria potestas»*, I, Milano, 1979, p. 174 ss. La riconduzione della *dominica potestas* allo *ius gentium* è affermata anche nel nono libro delle Istituzioni di Fiorentino, come attesta il frammento conservato in D. 1.5.4.1: '*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*'**.** Nell'età dei Severi, tuttavia, Marciano preciserà, nel primo libro delle sue Istituzioni, che la *dominica potestas* sui servi può sorgere *iure civili* o *iure gentium*: cfr. D. 1.5.5.1: '*Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium: iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est. Iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur*'**.** Cfr. O. Robleda, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976, p. 6 e 68 ss., G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*[3], Torino, 1991, p. 358. Va subito segnalato, richiamando l'insegnamento di Zuccotti, *Metamorfosi*, cit., p. 482, che, nella stesura dell'VIII Titolo del I libro delle Istituzioni giustinianee (il riferimento, nel testo di Ferdinando Zuccotti, al II libro delle Istituzioni imperiali è un evidente refuso), i compilatori utilizzeranno «principalmente la trattazione gaiana, essendo da rifiutare, secondo i più recenti studi, le ipotesi una volta avanzate in ordine alla derivazione della '*maior asperitas dominorum*' dal rescritto di Antonino Pio riferito in ipotesi dalle *Institutiones* di Marciano». Sulla ben nota attenzione riservata da Gaio al diritto di ordinamenti stranieri e allo *ius gentium* cfr. G. Lombardi, *Sul concetto di 'ius gentium'*, Roma, 1947, p. 120 ss., P. Frezza, *'Ius gentium'* in «RIDA.», II, 1949, p. 258 ss., G. Grosso, *Gai III.133: riflessioni sul concetto del 'ius gentium'*, ivi, p. 395 ss., Goria, O*sservazioni*, cit., p. 225 ss., T. Mayer-Maly, *Das 'ius gentium' bei den späteren klassikern*, in «Iura», XXXIV, 1983, p. 91 ss., M. Kaser, *'Ius gentium'*, Köhln, 1993, p. 20 ss., F. Gallo, B*ona fides e ius gentium*, in «Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea» (*cur.* L. Garofalo), II, Padova, 2003, p. 117 ss., O. Beherends, *Che cos'era il ius gentium antico?*, in «Tradizione romanistica e costituzione» (*dir.* L. Labruna, *cur*. M.P. Baccari, C. Cascione), Napoli, 2006, p. 483 ss., R. Martini, *Gaio e i peregrini (II)*, in «Scritti M. Comporti», I, Milano, 2008, p. 1775 s., A. Arnese, G*aio e il geo-diritto: l'aliud ius dei peregrini*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto», V.1, 2012, p. 737 ss., G. Falcone, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic., off. 3.69-70*, in «AUPA.», LVI, 2013, p. 259 ss. Già G. Silvestri, *Breve interpretazione delle Leggi delle dodici tavole de' Romani*, Padova, 1769, p. 7, riconduceva a Numa Pompilio il preciso riconoscimento e l'esposizione del *ius gentium*, essendo stato cimento di Romolo «amplificare» (p. 6) «il Gius di natura». V. Scarano Ussani, *Cicerone nei giuristi adrianei*, in D*isciplina iuris e altri saperi. Studi sulla cultura di alcuni giuristi romani fra tarda repubblica e secondo secolo d.C.*, Napoli, 2012, p. 227 e nt. 58-62, individua in un frammento celsino, conservato in D. 12.6.47 (Cels. 6 *dig.*), «la più antica menzione conosciuta, in un passo giurisprudenziale, del *ius gentium*». Secondo

rinvenibili secondo Gaio «in modo perfettamente uguale presso tutte le genti»: l'estrema ampiezza della sua portata, che attribuiva *ius vitae necisque* al *dominus* sul servo, e la riferibilità al primo degli acquisti compiuti dal secondo.

Sorge qui un primo problema: gli appena menzionati tratti caratteristici, infatti, non sono riscontrabili presso tutti i popoli dell'antichità. Come vedremo tra poco, questa osservazione sarà uno dei principali argomenti della «battaglia demolitoria» condotta da Siro Solazzi nei confronti della genuinità del passo. Invero, non è mancato chi si è posto le questioni relative, rispettivamente, all'effettivo grado di conoscenza, da parte di Gaio, degli ordinamenti stranieri a cui accenna, e alla sua «tendenza ad attribuire anche ai *peregrini* concezioni che sono invece tipicamente romane»[10]. Credo proprio che il testo in esame rientri in quest'ultima ipotesi: in esso è evidentemente condensata la descrizione della configurazione più antica della *dominica potestas*, propria del diritto romano di un periodo decisamente anteriore a quello di Gaio, il quale, nel successivo § 53, rende conto dell'evoluzione che interessò l'istituto mediante le limitazioni imposte dalla legislazione imperiale, che egli dimostra di approvare[11], deducendone peraltro una regola generale ('*male enim nostro iure uti non debemus*') ed esemplificando con riferimento ad un caso specifico: l'interdizione dei prodigi dall'amministrazione dei propri beni, su cui ci soffermeremo con più attenzione.

Nel § 53, dunque, vengono menzionati gli interventi autoritativi di Antonino Pio, con i quali fu appunto temperato il regime potestativo riconosciuto ai padroni, impedendo ai cittadini romani, e a chiunque fosse sotto l'imperio del popolo romano, di infierire oltre misura e senza motivo contro i propri servi ('*supra modum et sine causa in servos suos saevire*')[12]. In particolare, con

---

Schulz, *Storia*, cit., p. 140, «nella letteratura giuridica classica il termine *ius gentium* non s'incontra prima di Gaio», mentre in quella non giuridica apparirebbe per la prima volta in Cicerone, non essendo ritenuto probante il passo di Gellio (*noct. Att.* 6.3) che lo vorrebbe ricondurre a Catone; l'espressione, inoltre, non compare in Plauto.

10 Goria, *Osservazioni*, cit., p. 245, nt. 45.

11 Discuteremo più avanti, nel testo, il grado di adesione del giurista alle menzionate innovazioni.

12 Cfr. Rabello, *Effetti personali*, cit., p. 181; Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 122 ss., dove vengono svolte ampie considerazioni sull'utilizzo dell'espressione '*supra modum*', posta peraltro in correlazione (p. 124) con una costituzione di Costantino, del 319, nella parte in cui punisce severamente «il *dominus* che nell'*emendare* il servo ne abbia procurato la morte ('*reus homicidii sit*'), esercitando il suo diritto senza misura, con una crudeltà feroce, *immanium barbarorum*», così come può leggersi, oltre che in C.Th. 9.12.1, anche, e con pochi mutamenti formali, sotto il titolo '*De emendatione servorum*', in C.I. 9.14.1.1 (Imp. Constantinus A. ad Bassum, a. 319): '*Nec vero immoderate suo iure utatur, sed tunc*

una costituzione l'imperatore stabilì che colui il quale avesse ucciso il proprio servo ne avrebbe risposto non meno di chi avesse ucciso il servo altrui. Con un'ulteriore costituzione – in merito alla quale si discute se recepisse, confermandoli, analoghi precetti normativi esistenti in età repubblicana[13], e pronunciata all'esito di un *consultum* richiestogli da alcuni prèsidi di province circa quei servi che si rifugiano nei templi degli dei[14] o presso le statue dei

---

reus homicidii sit, si voluntate eum ictu fustis aut lapidis occiderit vel certe telo usus letale vulnus inflixerit aut suspendi laqueo praeceperit vel iussione taetra praecipitandum esse mandaverit aut veneni virus infuderit vel dilaniaverit poenis publicis corpus, ferarum unguibus latera persecando vel exurendo oblatis ignibus membra, aut tabescentes artus atro sanguine permixta sanie defluentes prope in ipsis adegerit cruciatibus vitam relinquere saevitia immanium barbarorum'. Nel citato scritto di Quadrato si rammenta inoltre (p. 131) come il ricorso all'espressione '*modum*' sia «un motivo ricorrente tra i giuristi romani», investendo «una pluralità di campi, di temi», e invocando a supporto i frammenti conservati in D. 21.1.17.3 (Ulp. 1 *ad aed. cur.*), D. 19.2.13.4 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 24.3.24.5 (Ulp. 33 *ad ed.*). Sui nuovi orientamenti normativi dell'età degli Antonini, che incisero profondamente sulla struttura del rapporto servile, cfr. V. Marotta, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano, 1988, p. 327 ss., e Brutti, *Il diritto privato*, cit., p. 134 ss.

13 J. Andreau, R. Descat, *Esclaves en Grèce et à Rome*, Paris, 2006, trad. it. – *Gli schiavi nel mondo greco e romano* – Bologna, 2009, p. 187 s. e nt. 8, propendono per la risposta affermativa, giudicando del tutto convincente la ricostruzione di J.-C. Dumont, *Servus. Rome et l'esclavage sous la République*, Roma, 1987, p. 143 ss., ma ricordando comunque il diverso avviso di K.R. Bradley, *Slaves and Masters in the Roman Empire: A Study of Social Control*, Bruxelles, 1984, p. 124 s.

14 Quadrato, *Gaio cristiano?*, cit., p. 360, ricorda che l'espressione '*fana deorum*' rappresenta «un *unicum* nel linguaggio giurisprudenziale perché non la si incontra in nessun altro giurista», precisando (nt. 7) che in D. 21.1.1.10 (Ulp. 1 *ad ed. cur.*) «si trova solo il vocabolo *fana*, ma senza il genitivo *deorum*». Il ricorso al riferito sintagma viene spiegato ipotizzando (p. 363) «che a usare le parole *fana deorum* fossero stati i presidi delle province nel raccontare i fatti all'imperatore: parole che Gaio, nel riferire i termini della consultazione, avrebbe poi riportato a sua volta, fedelmente»; in occasione della stesura delle Istituzioni imperiali, poi, «Giustiniano, a quasi quattro secoli di distanza, e in un contesto profondamente diverso, in cui il cristianesimo è diventata ormai la religione ufficiale dell'impero, sente il bisogno di intervenire: e …, nel riprodurre in 1.8.2 il documento gaiano, cancella il riferimento agli dei e sostituisce a *fana deorum* le parole *aedem sacram*», operando così quella «Christianisierung der *fana deorum*» di cui parlava già F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975, p. 190, nt. 69. Cfr., inoltre, C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* (1901), ora in *Opere di Contardo Ferrini*, II, Milano, 1929, p. 338 ss., L. Chiazzese, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, in «AUPA.», XVI, 1931, p. 411, nt. 1, R. Bonini, *Note sul primo libro delle Istituzioni giustinianee (I. 1,6,7 e 1,8,2)*, (1971) ora in «Studi G. Donatuti», I, Milano, 1973, p. 154, nt. 32, R. Gamauf, *Ad statuam licet confugere. Untersuchungen zum Asylrecht im römischen*

prìncipi[15] – statuì l'obbligo di vendita dei servi per quei padroni la cui cru-

Prinzipat, Frankfurt a.M. – Berlin – Bern - New York - Paris, 1999, p. 39 nt. 194, F. Lucrezi, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano. Studi sulla «Collatio»*, I, Torino, 2001, p. 68, nt. 58, e Zuccotti, *Metamorfosi*, cit., p. 482.

15 Il tema della fuga in luoghi sacri ove trovare rifugio interessa tutta l'antichità, e non riguarda solo gli schiavi, come illustra A.D. Manfredini, *Debitori pubblici e privati «in ecclesias confugientes» da Teodosio a Giustiniano*, in «RDR.», II, 2002, p. 305 ss. (l'articolo è anche online, e può essere consultato sul sito internet della rivista). Andreau e Descat, *Gli schiavi*, cit., p. 184 rilevano che la fuga degli schiavi «rappresenta il grande timore del proprietario. È percepita come una conseguenza non dell'atteggiamento del padrone ma di quello dello schiavo, che rompe così il suo contratto»: essa (p. 188) «si trova in rapporto anche con un altro aspetto della schiavitù: la ribellione individuale e la violenza fisica rivolta contro il padrone. Questo timore è costantemente presente nei pensieri dei proprietari», B. Santalucia, *Incendiari, ladri, servi fuggitivi: i grattacapi del praefectus vigilum*, in «Index», XL, 2012, p. 396 s., rileva che l'incombenza della ricerca degli schiavi fuggitivi era tradizionalmente affidata, quantomeno a far data dall'epoca di Augusto, alle *cohortes vigilum*. La tendenza alla fuga dello schiavo verrà presentata come una vera e propria malattia mentale (la «drapetomania») dal medico della Louisiana S.A. Cartwright, *Report on the diseases and physical peculiarities of the Negro race* (1851), ora in «Health, Disease, and Illness. Concept in Medicine» (*cur.* A.L. Caplan, J.J. McCartney, D.A. Sisti), Washington, 2004, p. 28 ss., il quale – ricorrendo ad osservazioni anatomo-fisiologiche, ma anche ad argomenti storici e teologici, e dando prova di conoscere le ragioni giustificative della schiavitù desumibili dalla letteratura greco-romana – presenta questa condizione (con particolare riguardo ai neri e all'organizzazione del loro lavoro) come conforme alle leggi di natura, rilevando altresì l'insorgenza di patologie psichiatriche (tra cui la stessa drapetomania) all'esito di un non corretto rapporto del padrone (a seconda dei casi, troppo duro e repressivo o troppo blando e confidenziale) nei confronti degli schiavi medesimi. L'articolo di Cartwright è diffusamente analizzato da G. Rizzelli, *Drapetomania e autori antichi*, in «Scritti G. Melillo», II, Napoli, 2009, p. 1047 ss. Brutti, *Il diritto privato*, cit., p. 128 rileva come della fuga degli schiavi si occuperanno ampiamente i giuristi romani sin dal I secolo a.C.: in proposito, cfr. già E. Ciccotti, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico* (Torino, 1899), rist. Roma-Bari, 1977, I, p. 137 ss., dove, con riguardo alla Grecia, viene ricordato (p. 138), e riconosciuto già esistente nel IV secolo a.C., «l'espediente del rifugiarsi in luoghi sacri, specialmente nel tempio di Teseo» da parte degli schiavi all'indirizzo di quali fossero rivolte «ingiurie», II, p. 208, dove, con riferimento a Liv., *urb. cond*. 3.15.16, si rileva che «già nella più antica tradizione appare come i servi fossero considerati un pericolo permanente, pronti a servire d'istrumento in mano agli ambiziosi e a' ribelli, disposti a tendere la mano a' nemici in occasione di qualche assalto». Cfr. F. Pringsheim, *Acquisition of ownership through servus fugitivus*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 605, C.A. Maschi, *Tre momenti del diritto romano classico in tema di possesso del servo fuggitivo*, in «Studi F. Vassalli», II, Torino, 1970, 1088 ss., M.I. Finley, *Ancient slavery and Modern Ideology*, London, 1980, trad. it. – *Schiavitù antica e ideologie moderne* – Roma-Bari, 1981, p. 121 ss. e 148 ss., nella parte in cui si rileva che «La menzione degli schiavi fuggitivi compare quasi ossessivamente nelle fonti», osservando altresì come (p. 151) «certi autori antichi …

deltà fosse apparsa intollerabile. Si tratta in entrambi i casi di rescritti, «due provvedimenti legati tra loro, originato il secondo dalla medesima occasione del primo»[16]: risulta in tal senso indicativa la lettura dei corrispondenti passi delle *Istituzioni* di Giustiniano[17] e della *Parafrasi* di Teofilo[18], oltre che del

---

erano pronti a vedere 'rivolte servili' dovunque», pur riconoscendo che «Esplosioni di violenza di schiavi sono state numerose in ogni società schiavistica», per quanto quasi sempre con esito infausto per gli schiavi; in precedenza Id., *Un'istituzione peculiare?* in «Schiavitù antica e schiavitù moderna: problemi, storia, istituzioni» (*cur.* L. Sichirollo), Napoli, 1979, p. 30, aveva già sostenuto che «Una rivolta di schiavi è senza dubbio estremamente difficile da progettare e da eseguire, soltanto i professori nei loro studi la trovano facile», peraltro riconoscendo (p. 28) «la fondamentale equazione schiavo = *outsider*», e affermando l'estrema difficoltà di una ricostruzione della condizione personale e giuridica del servo (con particolare riguardo ai rapporti familiari) sulla base della considerazione dei soli dati normativi, come del resto aveva fatto, con riguardo ad Atene, L. Gernet, *Diritto servile ateniese*, in «Schiavitù antica e schiavitù moderna», cit., p. 65 ss., nella medesima prospettiva si pone J. Annequin, *De l'esclavage à la marginalité: normalité et déviance. Le discours de la fiction*, in «Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno. Dépendance et marginalisation de l'antiquité à l'âge contemporaine. Atti del XXXIII convegno internazionale G.I.R.E.A. dedicati alla memoria di Franco Salerno» (*cur.* F. Reduzzi Merola), Roma, 2012, p. 15 ss., 21 ss. Si veda inoltre K.R. Bradley, S*laves and Masters,* cit., p. 113 ss., 121 ss., 124 ss., 129 ss., 139 ss., dove si dimostra come venne recepita nelle fonti antiche la tensione tra padroni e schiavi, nonché Id., S*lavery and rebellion in the Roman world: 140 B.C.-70 B*.C., Bloomington-Indianapolis-London, 1989, p. 19 ss., e Id., *Slavery and Society at Rome*, Cambridge,1994, p. 35 ss., 141 ss., 167 ss.

16 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 119. Cfr., inoltre, P. Garnsey, *Ideas of slavery from Aristotle to Augustin*, Cambridge, 1996, p. 90 ss.

17 1.8.2: '*Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita et supra modum in servos suos saevire. nam ex constitutione divi Pii Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur quam qui servum alienum occiderit. sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercetur. nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis qui ad aedem sacram vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos bonis condicionibus vendere, ut pretium dominis daretur: et recte; expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur. cuius rescripti ad Aelium Marcianum emissi verba haec sunt: 'Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi. sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famen vel intolerabilem iniuriam denegetur his qui iuste deprecantur. ideoque cognosce de querellis eorum qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est, vel infami iniuria affectos cognoveris, veniri iube, ita ut in potestatem domini non revertantur. qui Sabinus, si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet, me admissum severius exsecuturum''*.

18 1.8.2. Sul rapporto tra la *Parafrasi* e le *Istituzioni* imperiali, e sulla teoria secondo la quale la *Parafrasi* stessa non sarebbe stata scritta di pugno da Teofilo, derivando piutto-

frammento di Ulpiano, «ancora fedele al testo del rescritto di Antonino Pio»[19], conservato in D. 1.6.2 (8 *de off. proc.*)[20] e in Coll. 3.3.1-6[21]. In particolare, in

sto da appunti, non destinati alla pubblicazione, di un suo allievo presso l'Università di Costantinopoli, cfr. G. Falcone, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in «T.», LXVIII, 2000, p. 417 ss., e L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 469 ss. e nt. 361. Di diversa opinione, in merito alla stesura della Parafrasi, è C. Russo Ruggeri, *Theophilus and the student publisher: a resolved issue?* (2014), ora in Ead., *Studi su Teofilo*, Torino, 2016, p. 81 ss. Del medesimo scritto esiste una traduzione italiana, con ulteriori svolgimenti a cura dell'autrice, dal titolo *Ancora intorno alla formazione del testo della Parafrasi*, in «Scritti G. Silvestri», I, Torino, 2016, p. 2164 ss., 2167 ss., con bibliografia.

19 Zuccotti, *Metamorfosi*, cit., p. 480.

20 '*Si dominus in servos saevierit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi Pii ad Aelium Marcianum proconsulem Baeticae manifestabitur. Cuius rescripti verba haec sunt: 'Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegetur his qui iuste deprecantur. Ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infami iniuria affectos cognoveris, veniri iube ita, ut in potestate domini non revertantur. Qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius exsecuturum'. Divus etiam Hadrianus Umbriciam quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset*'.

21 '*Si dominus in servum saevierit vel ad inpudicitiam turpemque violationem conpellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi Pii ad Aurelium Marcianum proconsulem Baeticae manifestatur. Cuius rescripti verba haec sunt: 'Dominorum quidem potestatem in suos servos inlibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegetur his, qui iuste deprecantur. Ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia Iuli Sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos, quam aequum est vel infami iniuria adfectos cognoveris, venire iube, ita ut in potestatem Sabini non revertantur. Quod si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius executurum'. Divus etiam Hadrianus Umbram quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractaret. Item divus Pius ad libellum Alfi Iuli rescripsit in haec verba: 'Servorum obsequium non solum imperio, sed et moderatione et sufficientibus praebitis et iustis operibus contineri oportet. Itaque et ipse curare debes iuste ac temperate tuos tractare, ut ex facili requirere eos possis, ne, si apparuerit vel inparem te inpediis esse vel atrociore dominationem saevitia exercere, necesse habeat proconsul u. c., ne quid tumultuosius contra accidat, praevenire et ex mea iam auctoritate te ad alienandos eos conpellere. Glabrione et Homullo cons.''* (a. 152). In proposito, si veda A.M. Rabello, *L'uccisione dello schiavo nella Collatio*, in «Index», XXXV, 2007, p. 183 ss.: si tratta della recensione – non del tutto adesiva – al volume di Lucrezi, *L'uccisione*, cit., il quale (p. 37 ss., 56 ss.) si occupa della *saevitia dominorum* nella *Collatio*.

questi ultimi due passi si ricorda la sanzione inflitta da Adriano a quella matrona Umbricia (o Umbra) che non fece risparmio di crudeltà nei confronti delle sue serve, le quali si erano macchiate di lievi colpe.

Infine, nel § 54 dell'articolato istituzionale gaiano in esame si illustra un'ipotesi di separazione della titolarità della *potestas* dal *dominium*: dopo aver ricordato la peculiarità del diritto privato romano rappresentata dal *duplex dominium* – con la distinzione concettuale tra il godimento proprio dell'*in bonis habens* e la spettanza *ex iure Quiritium* – il giurista rende conto di uno degli effetti correlati a tale distinzione, precisando che il padrone, il quale abbia il nudo *ius Quiritium* sul servo, non potrà esercitare su di esso la *potestas*, come invece sarà possibile all'*in bonis habens*.

2. Dicevo che il testo racchiuso nel § 52 mi sembra una sintetica illustrazione dei tratti più antichi della *potestas* del padrone sullo schiavo *per diritto romano*, individuati da Gaio nell'ampiezza della medesima e nella riferibilità al *dominus* degli acquisti compiuti dal servo. In particolare, quest'ultimo effetto è indicato con l'espressione '*et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur*'.

È noto il sospetto con cui Siro Solazzi[22] vedeva la frase, ritenendola una glossa, non tanto per la considerazione in forza della quale, a differenza di quanto avviene nel caso in esame, di solito in Gaio sembra preferirsi il ricorso al plurale ('*servi*' e '*domini*') al posto del singolare, quanto piuttosto sulla base di una serie di osservazioni relative alla struttura sintattica, oltre che al merito del discorso. Lo studioso rilevava innanzitutto l'erroneo costrutto dell'espressione conclusiva del § 52 in dipendenza da '*animadvertere possums*', escludendo peraltro il suo coordinamento con la frase iniziale del paragrafo in esame.

Il riferimento genuino sarebbe stato effettuato solo alla *potestas*, dunque, e non anche al principio '*quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur*', il quale avrebbe trovato una più compiuta collocazione in *inst.* 2.86 ss., dove è svolto il tema degli acquisti per mezzo di altri (e più precisamente '*per eos quos in potestate manu mancipiove habemus*'). Siro Solazzi osservava, infine, che l'effetto della riferibilità al *dominus* degli acquisti compiuti dal servo, pur essendo tipico del diritto romano, non era certo riscontrabile presso tutti i popoli e nella stessa misura. Gaio non avrebbe dovuto ignorarlo, a pena di tradire vistosamente non solo la vocazione comparatistica che informa la succinta indicazione presente nel § 52, ma anche l'attitudine che pure gli viene riconosciuta, e cioè quell'attenzione al diritto provinciale (oltre che, più in generale, agli ordinamenti stranieri), determinante «una visuale… più vasta di quel che comporterebbe l'esposizione del diritto 'positivo' romano»[23]. Si è infatti soliti

22 *Glosse*, I, cit., p. 197 s.

23 Goria, O*sservazioni*, cit., p. 247.

ritenere – secondo un giudizio comunque informato all'estrema cautela suggerita dalle vicende della tradizione testuale e della frammentarietà delle testimonianze – che la scrittura gaiana, dalla quale si evincerebbe una «non trascurabile conoscenza di certe concezioni e certe norme di diritto straniero, cui non si esita a volte a far rinvio»[24], rappresenti un'eccezione alla scarsa propensione alla comparazione normativa con i diritti dei popoli italici (anche nella prospettiva del confronto tra i singoli istituti); tendenza, quest'ultima, caratterizzante invece la giurisprudenza della repubblica e del principato[25].

La frase incriminata sarebbe pertanto stata inserita da un'altra mano, e l'«intimo legame»[26] tra il § 52 e quello immediatamente successivo avrebbe quindi comportato l'originaria consequenzialità del testo in essi contenuto, con l'eccezione dell'espressione conclusiva del § 52 (con l'eccezione, cioè, del riferimento all'effetto acquisitivo in capo al *dominus* degli acquisti compiuti dal proprio servo). Una conferma in tal senso deriverebbe dall'esame del corrispondente luogo dell'*Epitome Gai*[27], la cui stesura, nella lettura offerta da Solazzi, si assume condotta, nel punto che ci interessa, sul modello di un esemplare non glossato delle *Institutiones*[28]: dedicato, quindi, esclusi-

24 R. Martini, *Gaio e i peregrini*, in «Studi Senesi», LXXXV, 1973, p. 273 s. Cfr., inoltre, Id., *Gaio e i peregrini (II)*, cit., p. 1765 ss., e L. Hernández Tejero, *Gayo y los extranieros (libro I de las Instituciones)*, in «Estudios J. Iglesias», III, Madrid, 1988, p. 1397 ss.

25 È questa la lezione di V. Scarano Ussani, «*In libro Aristonis iureconsulti*» (2009), ora, in versione ampliata, in Id., D*isciplina iuris*, cit., p. 161, dove si riferisce che, prima di Gaio, «la citazione delle regole di un diritto extraitalico, in un libro di un giureconsulto romano, appare attestata soltanto per Tizio Aristone» (nt. 1 e 3): in particolare, nella nt. 1, si rende comunque conto della testimonianza gelliana (*noct. Att.* 4.4.1-4) relativa alla descrizione dello «*ius sponsaliorum* vigente nel Lazio, prima che, con la *lex Iulia*, fosse estesa la cittadinanza romana», riportata nel *De dotibus* di Servio Sulpicio Rufo, al quale, come rileva Schiavone, *Ius*, cit., p. 229, «non era estranea … una sottile curiosità per la nascita e per i particolari di remote istituzioni del mondo latino», ed il cui pensiero viene evidentemente ripreso nel *De nuptiis* di Nerazio Prisco, suo lettore al pari di Gellio. In termini non dissimili sulla questione riferita nel testo si esprimeva già Goria, O*sservazioni*, cit., p. 260 ss.

26 Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 197. Di «intima fusione» tra i §§ 52 e 53 parla anche P. Pescani, *Difesa minima di Gaio*, in «Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico», Napoli, 1966, p. 103, ma proprio per contestare la ricostruzione di Solazzi, come si accennerà tra poco nel testo.

27 1.3.1: '*In potestate itaque dominorum sunt servi; quam potestatem omnes gentes habere certum est. Sed distringendi in servos dominis pro sua potestate permittitur; occidendi tamen servos suos domini licentiam non habebunt, nisi forte servuus, dum pro culpae modo caeditur, casu forsitan moriatur. Nam si servus dignum morte crimen admiserit, iis iudicibus, quibus publici officii potestas commissa est, tradendum est, ut pro suo crimine puniatur*'.

28 Cfr. Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 198. Conseguentemente, lo studioso riteneva che la

vamente all'indicazione dell'ampiezza della *dominica potestas*[29] e non anche alla riferibilità al *dominus* degli acquisti del servo.

L'esegesi di Solazzi è stata sottoposta a critiche serrate in letteratura[30]. Per quanto qui interessa, oltre a richiamare il già riferito sospetto relativo alla tendenza di Gaio ad attribuire agli ordinamenti stranieri anche concezioni tipicamente romane, mi limito ad osservare che tanto l'ampiezza della *dominica potestas* quanto gli effetti ad essa correlati vengono menzionati nel § 52 proprio perché in esso Gaio illustra lo *status* dei servi, in conseguenza delle già menzionate scansioni diairetiche dei §§ 48-50, immediatamente seguite, nel § 51, dall'espressa sua dichiarazione di accingersi ad esporre la condizione di quanti sono sottoposti all'altrui potestà.

L'accenno all'effetto della riferibilità al padrone degli acquisti compiuti dal servo è dunque formulato con l'evidente finalità di concorrere ad illustrare lo *status* servile mediante l'enunciazione di una delle sue caratteristiche fondamentali, senz'altro riscontrabili in diritto romano. L'esposizione ha la sintesi propria di un manuale istituzionale, anche se la sintassi non è felicissima. Non penserei comunque all'intervento di un'altra mano: va infatti tenuto presente che alla «classicità» del diritto non corrisponde necessariamente quella della lingua, e, da questo punto di vista, la prosa di Gaio non è certo un caso isolato tra i giuristi[31].

Proprio per la collocazione e la sua necessaria brevità, l'accenno in esame

---

riproposizione dell'espressione sospetta nelle fonti giustinianee (ed in particolare in *Iust. inst*. 1.8.1 e in D. 1.6.1.1) fosse dovuta alla presenza, nella biblioteca giustinianea, «di una copia di Gaio, nella quale era penetrato lo stesso glossema da noi scoperto nella copia della biblioteca veronese».

29 Tanto nella prospettiva della succinta (ed imprecisa) introduzione comparatistica quanto in quella dell'illustrazione del restringimento della sua portata per diritto romano, all'esito degli interventi imperiali.

30 Cfr. C.A. Maschi, *La parafrasi greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo*, in «Studi C. Ferrini», Milano, 1946, p. 332 ss., e Pescani, *Difesa minima*, cit., p. 102 ss., Goria, *Osservazioni*, cit., p. 293 s. e nt. 123.

31 Ad esempio, A. Guarino, *Mucio e Servio* (1994), ora in Id., *Altre pagine di diritto romano*, Napoli, 2006, p. 15, non ha problemi a giudicare il frammento del *liber singularis enchiridii* di Pomponio conservato in D. 12.2.43 come «scritto per vero in un latinaccio che rimane tale anche se si vogliono accogliere le emendazioni migliorative proposte nel 1529 da Gregor Heltzer (in arte Haloander)». Ulteriori considerazioni in Id., *Giusromanistica elementare*[2], Napoli, 2002, p. 93 s.: «Gli errori di mera grammatica non creano generalmente dubbi circa il carattere alterato del testo. Ma già con gli 'errori' di sintassi bisogna andarci più piano, potendo essi ben essere l'espressione di una sintassi d'epoca o di ambiente (per esempio, di ambiente, anzi di un determinato ambiente provinciale), che sfugge alla sintassi convenzionale». Cfr., inoltre, S. Schipani, *Il latino del diritto nella costruzione della identità dell'Europa*, in «Studi R. Martini», III, cit., p. 517 ss.

non può illustrare nella sua interezza la disciplina della schiavitù per diritto romano (e, a maggior ragione, per gli ordinamenti stranieri), rendendo conto così, oltre che di fenomeni peraltro ben conosciuti a Roma sin dall'età arcaica (come, ad esempio, la concessione del *peculium* al servo e le modalità e i limiti entro cui quest'ultimo poteva provvedere alla sua gestione spendendolo, accrescendolo e, più in generale, trafficando con i terzi)[32], anche della diversa ed ulteriore prospettiva della configurazione dell'istituto in parola nel diritto di altri popoli, presso i quali si sono individuati «tipi di schiavitù diversificati sul piano giuridico»[33]. Lo spazio di un accenno non può consentire (direi quasi «in maniera strutturale») al giurista di svolgere, nel punto del manuale istituzionale in esame, le opportune precisazioni in proposito, così da attenuare il rigore apodittico della riferita affermazione, rendendo agevolmente percepibili, con riguardo al fenomeno schiavistico, aspetti specifici e complessi delle società antiche, presso le quali la schiavitù si caratterizza come un fenomeno tutt'altro che unitario[34].

---

32 Cfr. W.W. Buckland, *The Roman Law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian* (Cambridge, 1908), rist. Union, 2007, p. 187 ss., A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1984, p. 387 ss., M. Talamanca, I*stituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 87 s., 531, Dell'Oro, A*ssunzione*, cit., p. 389 ss., A. Guarino, *Diritto privato romano*[12], Napoli, 2001, p. 675, C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*[10] (*cur*. A. Corbino, A. Metro), Soveria Mannelli, 2002, p. 139 s., A. Di Porto, *Servus e libertus. Strumenti dell'imprenditore romano*, in P. Cerami, A. Di Porto, A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Un profilo storico*[2], Torino, 2004, p. 63 ss., 74 ss., 81 ss., M. Marrone, I*stituzioni di diritto romano*[3], Palermo, 2006, p. 195 s., E. Cantarella, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 130 s., Ead., P*ersone, famiglia e parentela*, in «Diritto privato romano. Un profilo storico»[2] (*cur.* A. Schiavone), Torino, 2010, p. 178 s., F. Reduzzi Merola, *Dipendenza e schiavitù: integrazione, emarginazione, diritto*, in «Dipendenza ed emarginazione», cit., p. 387 ss., F. Del Sorbo, *L'autonomia negoziale dei servi nella prassi giuridica campana. Un'applicazione del mandatum pecuniae credendae (TPSulp. 48)?*, ivi, p. 429 ss., Ead., *L'autonomia negoziale degli schiavi nella prassi giuridica campana: il dossier di C. Novius Eunus*, in «Studi L. Labruna», III, Napoli, 2007, p. 1407 ss., e G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, Oxford - New York, 2012, trad. it. – *Roma. Storia di un impero* – Torino, 2014, p. 92 s., dove non si manca di ricordare che l'assegnazione di un *peculium* agli schiavi permetteva a costoro, almeno a far data dagli ultimi secoli prima dell'era cristiana, di «mettere da parte il denaro per comprare la propria libertà dai padroni», i quali «ottenevano così la somma per acquistare un nuovo schiavo e si garantivano i servizi di un liberto»: di questa eventualità dovevano tenere conto quanti intendessero acquistare un servo *cum peculio* (cfr. sempre Di Porto, *op. et loc. cit.*).

33 Talamanca, *Istituzioni*, cit., p. 78.

34 Alla letteratura indicata nella precedente nt. 32 si aggiunga M. Piacenza, *La schiavitù in Roma antica: studio storico*, I, *Epoche dei re e della Repubblica*, Mondovì, 1896, p. 3 ss., 61 ss. A prescindere dalla prospettiva dichiaratamente marxista dell'esposizione, offre inte-

ressanti rilievi Ciccotti, *Il tramonto della schiavitù*, cit., I, p. 41 ss., 83 ss., 97 ss., 104 s., 109 ss., 129, 135 s., e II, p. 187 ss., 199 ss., 204 ss., 239 ss., dove si ha riguardo al *peculium*, del quale viene riconosciuta l'antichità, «tanto che si cerca di trovarne traccia nelle XII tavole», ma la cui ampia diffusione è correlata più che altro col successivo sviluppo e ampliamento delle aziende agricole, a far data quantomeno dall'età di Plauto, e col conseguente sviluppo della ricchezza e delle liberalità, venendo inteso anche «come un eventuale prezzo di riscatto» (p. 246 ss., 284 ss.), nonché Buckland, *The Roman Law of slavery*, cit., p. 267 ss., E. Wetter, *Seneca über Sklavenbehandlung*, in «Wiener Blätter für die Freunde der Antike», I.8, 1922, p. 112 ss., R.H. Barrow, S*laveryin the Roman Empire*, London, 1928, p. 118 ss. e 248 ss., W.L. Westermann, *Industrial Slavery in Roman Italy*, in «Journal of Economic History», II.2, 1942, p. 149 ss., Id., *The slave systems of Greek and Roman Antiquity*, Philadelphia, 1955, p. 1 ss., 46 ss., 77 ss., 90 ss., 118 ss., C.W. Westrup, *Some Notes on the Roman Slave in Early Times. A Comparative Sociological Study*, Copenhagen, 1956, p. 4 ss., A. Watson, *Morality, Slavery and the Jurists in the Later Roman Republic* (1967-1968), ora in Id., *Legal Origins and Legal Change*, London, 1991, p. 263 ss., 286 ss., F. Kiechle, *Sklavenarbeit und technischer Fortschritt im römischen Reich*, Wiesbaden, 1969, p. 12 ss., H. Klees, *Herren und Sklaven. Die Sklaverei im oikonomischen und politischen Schriftum der Griechischen in klassischer Zeit*, Wiesbaden, 1975, p. 14 ss., 56 ss., A. Wilinski, *Ricerche sull'alienazione degli schiavi nel diritto romano, vendita dello schiavo con la clausola 'ne manumittatur'*, in «Index», V, 1974-75, p. 321 ss., Robleda, *Il diritto degli schiavi*, cit., p. 87 ss., 100 ss., C. Grassi, *La schiavitù a Roma nelle testimonianze degli autori latini pagani e cristiani*, Messina-Firenze, 1975, p. 45 ss., 59 ss., I. Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, Napoli, 1976, p. 41 ss., 65 ss., 199 ss., G. Boulvert, *L'emergence des rapports esclavagistes dans le domaine du droit romain*, in «Index», X, 1981, p. 80 ss., Id., *L'état du Principat et la fin de l'esclavage antique*, in «Studi C. Sanfilippo», V, Milano, 1984, p. 140 ss., G. Boulvert, M. Morabito, *Le droit de l'esclavage sous le Haut Empire*, in «ANRW.», II.14, Berlin - New York, 1982, p. 98 ss., 105 ss., 116 ss., 121 ss., A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 92 s., C.R. Whittaker, *Labour Supply in The Later Roman Empire*, in «Opus. International Journal for Social and Economic History of Antiquity», I.1, 1982, p. 171 ss., J.A. Lencman, *I termini greci designanti gli schiavi*, in «Schiavitù e produzione nella Roma repubblicana» (*cur*. I. Biezunska Malowist), Roma, 1986 (anche per i saggi contenuti in questo volume collettaneo vale lo stesso rilievo formulato per la citata opera di Ciccotti), p. 21 ss., E.S. Golubtsova, *Le forme di dipendenza della popolazione rurale in Asia Minore nei secoli III-I a.C.*, ivi, p. 67 ss., 95 ss., I.D. Amusin, *I termini designanti la schiavitù nell'Egitto ellenistico in base ai dati dei Settanta*, ivi, p. 107 ss., I.F. Fichman, *Il lavoro servile nell'artigianato egiziano*, ivi, p. 247 ss. (dove si ricorda, con riguardo all'Egitto, l'estrema difficoltà, se non addirittura l'impossibilità, di distinguere in certi casi tra lavoratori liberi e schiavi, a causa dell'indeterminatezza di alcuni termini con i quali questi ultimi venivano indicati), P. Spanger, *Historische Untersuchungen zu den Sklavenfiguren des Plautus und Terenz*[2], Stuttgart, 1984, p. 15 ss., 36 ss., 90 ss., M.A. Dandamaev, *Slavery in Babylonia. From Nabopolassar to Alexander the Great (626-331 B C)*, Dekalb, 1984, p. 67 ss., 585 ss., W. Waldstein, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, 1986, p. 402 s., M. Sordi, *Paolo a Filemone o della schiavitù*, Milano, 1987, p. 27 ss., R. Klein, *Sklaverei in der Sicht der Bischofe*

Ambrosius und Augustinus, Stuttgart, 1988, p. 192 ss., G. Giliberti, *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli, 1988, p. 75 ss. e 95 ss., F.D. Harvey, *Herodotus and the Man-Footed Creature*, in «Slavery and Other Forms of Unfree Labour» (*cur.* L. Archer), London - New York, 1988, p. 42 ss., D. Wiles, *Greek Theatre and the Legitimation of Slavery*, ivi, p. 53 ss., J. Burdon, *Slavery as a Punishment in Roman Criminal Law*, ivi, p. 68 ss., B.S. Jackson, *Biblical Law of Slavery: a Comparative Approach*, ivi, p. 86 ss., Z. Yavetz, *Meridot 'avadim be-Romi*, Tel Aviv, 1983, trad. ingl. – *Slaves and Slavery in Ancient Rome* – (Oxford, 1983), seconda ristampa New Brunswick, 1991, p. 115 ss., e A. Dell'Oro, *Puer id est servus* (1989), ora in *La cattedra e la toga*, cit., p. 361 ss. Resta sempre interessante, nella più ampia prospettiva antropologica del fenomeno della schiavitù, la lettura di C. Meillassoux, A*nthropologie de l'esclavage. Le ventre de fer et d'argent*, Paris, 1986, trad. it. – *Antropologia della schiavitù* – Milano, 1992, p. 34 ss., 78 ss., R. Martini, A*lcune considerazioni a proposito degli «apeleutheroi»*, in «Schiavi e dipendenti nell'ambito dell'«oikos» e della «familia». Atti del XXII Colloquio GIREA, Pontignano (Siena), 19-20 novembre 1995» (*cur.* M. Moggi, G. Cordano), Pisa, 1997, p. 11 ss., M. Lombardo, *Schiavitù e «oikos» nelle società coloniali magnogreche da Smindiride ad Archita*, ivi, p. 19 ss. (il quale ritorna sul tema delle «incertezze ed oscurità che avvolgono la tematica relativa alle esperienze 'schiavistiche' nel mondo magnogreco, con le loro eventuali articolazioni e dinamiche, nell'alternativa complementarietà tra forme di dipendenza comunitarie (o 'personali') e schiavitù-merce, viste anche in relazione ai diversi possibili contesti operativo-funzionali di 'impiego' della manodopera servile»), S. Hodkinson, S*ervile and Free Dependants of the Classical Spartan «oikos»*, ivi, p. 45 ss. e 66 ss., A. Paradiso, *Gli iloti e l'«oikos»*, ivi, p. 73 ss. – ove si rileva (p. 74) l'aspetto per cui «Le funzioni che i dipendenti di origine ilotica ricoprivano all'interno dell'*oikos* non erano poi tanto diverse da quelle sbrigate dagli schiavi-merce negli *oikoi* delle altre città», e si propone di individuare nella prospettiva demografica e sociale nella quale esse si collocano la reale differenza, nell'*oikos* greco, tra le due forme di schiavitù prese in considerazione –, A. Mele, *Allevamento ovino nell'antica Apulia e lavorazione della lana a Taranto*, ivi, p. 97 ss. e 100 ss., D. Plácido, *Los «oikétai», entre la dependencia personal y la producción para el mercado*, ivi, p. 105 ss., 111 ss., A. Schiavone, *Leggi di natura o convenzione sociale? Aristotele, Cicerone, Ulpiano sulla schiavitù-merce*, ivi, p. 173 ss. e 178 ss., A. Storchi Marino, *Schiavitù e forme di dipendenza in Roma arcaica. Alcune considerazioni*, ivi, p. 183 ss., 202 ss., 207 ss., F. Mencacci, *Relazioni di parentela nella comunità servile. Gli schiavi gemelli*, ivi, p. 203 ss. – ove si sottolinea come anche la considerazione della rilevanza (o meno) dell'affettività dello schiavo obbedisce comunque alla duplice logica (p. 216) «in cui lo sfruttamento dello schiavo si sposa al rafforzamento della sua dipendenza» –, B. Scardigli, *Servi privati delle Vestali?*, ivi, p. 233 ss., M.G. Angeli Bertinelli, *Lo schiavo nella società lunense. A margine della documentazione epigrafica*, ivi, p. 391 ss., M. Melluso, *La schiavitù nell'età giustinianea. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris, 2000, p. 137 ss. (si veda anche la recensione alla monografia appena menzionata a firma di G. Luchetti, *«Libertas inaestimabilis res est». Note sulla schiavitù in epoca giustinianea*, in «RDR.», IV, 2004 – consultabile sul sito internet di tale rivista – p. 1 ss.), e F.M. De Robertis, *Occorrenze destabilizzanti e sbandamenti dottrinali in tema di schiavitù*, in «SDHI.», LXIX, 2003, p. 623 ss. (dove si effettua un rapido ma si-

Nemmeno mi sembra particolarmente probante in questo senso l'altra osservazione, pure formulata da Siro Solazzi[35], per cui, nel paragrafo succes-

gnificativo cenno all'influenza esercitata dallo stoicismo). Sanfilippo, *Istituzioni*, cit., p. 137 ss., rammenta che il quadro delle condizioni della schiavitù a Roma cambia, rispetto all'età più antica, «per colorarsi di tinte fosche, in sèguito al rivolgimento sociale operatosi con la crisi della fine della repubblica»: in termini sostanzialmente analoghi si esprimono Marrone, I*stituzioni*, cit., p. 192 ss., P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*[6], Milano, 2004, p. 72 s., e Andreau, Descat, *Gli schiavi*, cit., p. 13 ss., dove, proprio in esordio di trattazione, si rileva l'aspetto per cui, nonostante «la schiavitù costituisca, al pari della cittadinanza, la realtà sociale più caratteristica dell'antichità, la sua definizione non è scontata»: essa, infatti, «non è un'istituzione sempre presente nelle società umane. Alcune società non l'hanno mai conosciuta. Gli antichi ne erano perfettamente consapevoli, in particolare i greci, che consideravano un fatto curioso l'assenza di schiavi» (p. 20 ss., 25 ss., 40 ss., 44 ss., 106 ss., 114 ss., 148 ss., 168 ss., 184 ss., 188 ss., 193 ss., 209 ss.). Si veda, inoltre, S.E. Phang, *Soldiers' Slaves, 'Dirty Work', and the Social Status of Roman Soldiers*, in «A Tall Order. Writing the Social History of the Ancient World» (*ed.* J.J. Aubert, Z. Várhelyi), München-Leipzig, 2005, p. 203 ss., P. Cabanes, *Introduzione alla storia del mondo antico. Dai regimi del Vicino Oriente alla fine dell'Impero romano*, Roma, 2008, p. 37 ss. (dove si rileva che, nel mondo antico, «esiste tutta una scala di condizioni intermedie tra la libertà e la servitù»), U. Roth, *Cicero, a legal dispute, and a «terminus ante quem» for the large-scale exploitation of female slaves in Roman Italy*, in «Index», XXXVI, 2008, p. 575 ss., R. Caporali, *La schiavitù nel mondo antico*, in «Il senso della repubblica. Schiavitù» (*cur.* T. Casadei, S. Mattarelli), Milano, 2009, p. 93 ss., 102 ss., 108 ss., M. Trümer, *Graeco-Roman Slave Markets. Fact or fiction?*, Oxford, 2009, p. 1 ss. (ove si rammenta in esordio come la schiavitù «was an integrative and important part of ancient Graeco-Roman cultures»), e R. Ortu, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino, 2012, p. 64 ss. Sull'importanza del ruolo delle deportazioni di schiavi dalla Grecia a Roma nella prospettiva della formazione, realizzatasi nell'arco di diverse generazioni, della cultura di alcuni intellettuali romani del I secolo a.C., cfr. L. Russo, *La rivoluzione dimenticata. Il pensiero scientifico greco e la scienza moderna. Nuova edizione accresciuta*, Milano, 2013, p. 269 ss. (il quale peraltro rileva (p. 301) che la «schiavitù nel regno dei Tolomei non aveva affatto l'importanza né le caratteristiche che ebbe nella Grecia classica e a Roma»), e M. Frunzio, *Lavorare ai tempi di Vitruvio. Aspetti economici, giuridici e culturali in Roma antica*, Roma, 2014, p. 32 ss. Interessanti notazioni sul significativo coinvolgimento degli schiavi nello sviluppo dell'arte libraria a Roma già dal I secolo a.C., mediante attività eterogenee che spaziavano dall'insegnamento della scrittura al lavoro di trascrizione possono leggersi in E. Clayton, *The Golden Thread. The story of Writing*, London, 2013, trad. it. – *Il filo d'oro. Storia della scrittura* – Torino, 2014, p. 34 ss. L'estrema ampiezza del fenomeno schiavistico nell'antichità (ed in partcolare nell'antichità romana) si riflette anche nella constatazione per cui le prescrizioni del diritto romano sulla schiavitù troveranno applicazione dal 1652 al 1834, sia pure in via sussidiaria rispetto al diritto coloniale, nel Capo di Buona Speranza: cfr. D. Visser, *The role of Roman law in the punishment of slaves at the Cape of Good Hope under Dutch rule*, in «Mélanges F. Wubbe», Fribourg, 1993, p. 523 ss.

35 *Glosse*, I, cit., p. 197 s.

sivo, Gaio illustri solo le limitazioni alla *dominica potestas* introdotte dagli interventi imperiali senza fare riferimento alcuno all'effetto degli acquisti: di quest'ultimo aspetto, in particolare, torneremo a discutere in sede di più attenta considerazione del contenuto dell'altro paragrafo – il 54 – con il quale si conclude la sequenza di nostro interesse. Ciò ci permetterà anche di svolgere qualche osservazione in più sulla stesura delle strutture espositive che stiamo esaminando.

La frase conclusiva di *inst.* 1.52, a dispetto della sintassi, deve allora ritenersi genuina, proprio per la sua idoneità a indicare, nella prospettiva negoziale, un importante effetto (se non addirittura il più importante) correlato alla *dominica potestas*, quale era appunto la riferibilità al *dominus* degli acquisti compiuti dal servo[36].

3. E veniamo al § 53, le cui peculiarità non si esauriscono di certo nell'essere l'unico luogo delle *Istituzioni* in cui compaiono le espressioni '*fana deorum*' e '*prodigi*', o nell'essere stato inserito per ben due volte nella compilazione giustinianea[37]. La stesura di questo paragrafo, infatti, è stata letta da più di uno studioso come sintomatica dell'improvviso abbandono, da parte di Gaio, del «dimesso e subalterno moralismo» che una certa letteratura è solita attribuirgli. In questo punto delle *Institutiones*, insomma, il giurista indosserebbe inaspettatamente le vesti di un ardito intellettuale anticipatore dei tempi.

Si è già fatto un rapido cenno al contenuto del paragrafo, nel quale sono menzionati gli interventi imperiali volti a limitare la *potestas* dei padroni nei confronti degli schiavi. Nella parte finale, che è stata giudicata «una pausa nel ritmo narrativo»[38], Gaio mostra di approvarli ('*et utrumque recte fit*'), ne deduce il più generale insegnamento in forza del quale viene individuato nel '*male uti*' – che potremmo liberamente tradurre nel senso sostantivato di «cattivo uso» o, più precisamente, «abuso»[39] – il limite all'esercizio del pro-

36 Persino di quelli non perfezionatisi, come ad esempio i lasciti ereditari di cui il servo fosse stato beneficiario, o il valore dei medesimi, nell'ipotesi in cui lo schiavo, già istituito erede, fosse stato nel frattempo sottratto al *dominus* per poi morire senza aver effettuato l'accettazione dell'eredità. Questo effetto della *potestas* permarrà ancora e continuerà ad essere studiato in età severiana: cfr. D. 47.2.52.28 (Ulp. 37 *ad ed.*), sul quale cfr. I. Fargnoli, *La morte dello schiavo «heres institutus» e poi «subreptus»*, in «RDR.», II, 2002, p. 327 ss. (l'articolo è anche online, e può essere consultato sul sito della rivista).

37 Il paragrafo gaiano in esame viene ripreso in D. 1.6.1.2 e in *Iust. Inst.* 1.8.2. Cfr. Longchamps de Bérier, *L'abuso*, cit., p. 13, il quale rileva che il passo evidentemente «doveva risultare assai utile» ai compilatori.

38 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 119.

39 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 126 s. e nt. 78 e 79, individua nel '*male uti*' un «inten-

prio diritto (‘*male enim nostro iure uti non debemus*’) e inferisce conclusivamente[40] che proprio per questo motivo ai prodighi è interdetta l’amministrazione dei propri beni (‘*qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*’). Si è detto che l’accostamento delle disposizioni di Antonino Pio all’interdizione dei prodighi dall’amministrazione del proprio patrimonio risponderebbe all’individuazione, da parte di Gaio, della medesima *ratio iuris*: la cancelleria imperiale si sarebbe ispirata alla *ratio* dell’antica norma sui prodighi per reprimere in via analogica le riferite crudeltà dei padroni nei confronti dei servi, e Gaio si sarebbe limitato a renderne conto con una semplice constatazione, senza diffondersi particolarmente in proposito[41].

Già all’esito di una primissima lettura, tuttavia, il riferimento ai prodighi appare quantomeno curioso[42], risultando in effetti avulso dall’illustrazione svolta nel paragrafo, oltre che dal più ampio contesto espositivo nel quale quest’ultimo è inserito (che, conviene ricordarlo, riguarda la condizione degli schiavi e la correlata *potestas* dei relativi padroni). La parola ‘*regula*’ – che è leggibile nel manoscritto veronese e introduce il generale insegnamento dedotto da Gaio – viene soppressa dagli editori, in quanto ritenuta un «intervento nella formulazione originale gaiana … da parte di un lettore studioso delle Istituzioni»[43], il quale avrebbe così inserito una «nota sottoli-

---

so valore espressivo», che ritiene preferibile, ai fini della strategia comunicativa di Gaio, all’«instabilità semantica» di ‘*abuti*’, che addirittura tenderebbe a confondersi con ‘*uti*’ se non accompagnato da un avverbio (ad esempio ‘*immoderate*’, ‘*immodice*’, come desume da Cic., *ad fam.* 11.28.2, Liv., *urb. cond.* 39.26.7 e Ps. Quint., *decl. min.* 306.4) idoneo ad esprimere il senso di mancanza di moderazione.

40 Mediante un «ragionamento induttivo» secondo Quadrato, *L’abuso*, cit., p. 119; mediante un’analogia secondo Longchamps de Bérier, *L’abuso*, cit., p. 12; mediante il ricorso ad «un semplice argomento blandamente analogico» secondo Zuccotti, *Metamorfosi*, cit., p. 483.

41 È l’opinione di Scapini, *La ratio*, cit., p. 335.

42 Cfr. Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 200: «L’accenno del § 53 è più sospetto che non sarebbe il silenzio»: la proposizione appare falsa non fosse altro che per l’inesatto ricorso all’ ‘*et*’ (nel senso di «anche») dopo l’espressione ‘*qua ratione*’, posto che «S’interdice l’amministrazione dei proprii beni unicamente ai prodighi; ma anche l’interdizione dei prodighi avrebbe per *ratio* la regola *male nostro iure uti non debemus*». Pulitanò, *Studi*, cit., p. 128, pur rilevando che «una simile progressione espositiva armonizza poco con lo scopo didattico del manuale», e non mancando di osservare la totale dissonanza con la considerata sezione delle Istituzioni, dedicata ai soggetti *in potestate*, si dichiara più possibilista, ma francamente non convince.

43 Longchamps de Bérier, *L’abuso*, cit., p. 11. Cfr., altresì, Wieacker, *Textstufen*, cit., p. 190 s., Scapini, *La ratio*, cit., p. 335, e Bonini, *Note*, cit., p. 158, nt. 45, che parla di una «semplice glossa di un lettore». Una rilevante eccezione al riferito e pressoché unanime convincimento in R.G. Böhm, *Gaiusstudien*, VIII-IX, Freiburg im Breisgau, 1975, p. 169 s.

neante una portata di carattere più generale»[44]. L'annotazione marginale di un glossatore «entusiasta della regola gaiana» '*male nostro iure uti non debemus*'[45], dunque, sarebbe penetrata in maniera definitiva nel testo, secondo una modalità probabilmente ripetuta in altri luoghi delle *Institutiones*[46].

Divergenti sono poi le opinioni, espresse in letteratura, in merito alla portata dell'intervento, a partire dalla riconducibilità o meno al diritto classico della teoria dell'abuso del diritto[47]. Al convincimento più radicale di Solazzi – il quale riteneva «che non solo il nome, bensì anche la formulazione della regola»[48] appartenesse al glossatore – si sono contrapposte letture mag-

---

44 Longchamps de Bérier, *loc. ult. cit.*

45 Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 199 e 202 s., ove si sostiene la possibilità che il glossatore fosse un cristiano dell'età di Costantino: cfr., inoltre, Id., *L'abuso*, cit., p. 667 s. M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e famiglia*, Milano, 1938, p. 55, propone l'anticipazione dell'inserimento della glossa ad un'età anteriore a quella di Costantino. L'idea dell'intervento nel testo istituzionale gaiano di un «christliche Schriftsteller», già formulata da W. Kalb, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig, 1890, p. 78, è ripresa da F. Kniep, *Gai Institutionum Commentarius Primus*, Iena, 1911, p. 21, nt. 7, ma viene contestata, tra gli altri, da Casavola, *op. cit.*, p. 224 ss., Goria, *Osservazioni*, cit., p. 295 s. e nt. 128, e Quadrato, *Gaio cristiano?*, cit., p. 333 ss.

46 Si tratterebbe di Gai., *inst.* 3.113, 3.126 e, probabilmente, anche 4.16 e 4.24. Cfr. F. Schulz, *Nachklassische Quaestionen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus*, in «ZSS.», L, 1930, p. 227, Id., *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 292 e nt. 6, Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 199 e nt. 155, e Longchamps de Bérier, *L'abuso*, cit., p. 11 e nt. 30.

47 Non è possibile effettuare un'analitica ricostruzione della questione: basti in questa sede rammentare che la classicità della teoria fu sostenuta da Ch. Appleton, *Les exercices pratiques dans l'enseignment du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits*, in «Revue Internationale de l'Enseignement», XLIV, 1924, p. 142 ss., e ampiamente criticata da Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 201 s. e nt. 162, che invece la riteneva «una teoria morale e cristiana», la quale si sarebbe innestata su quei precetti postclassici imponenti la moderazione nell'uso del diritto, in un'epoca, dunque, più vicina all'età di Costantino che non a quella di Antonino Pio, i cui interventi sembrerebbero indirizzati piuttosto «a prevenire le ribellioni e le sedizioni degli schiavi» che a contrastare l'abuso del diritto. Ancora più drastico Grosso, '*Abuso*', cit., p. 161. La classicità della teoria sarà nuovamente rivalutata da Pescani, *Difesa minima*, cit., p. 354. Cfr., inoltre, A. Popescu, *Neue Betrach tungen über den Gaius-Stil*, in «Iura», XXIV, 1973, p. 198 ss., Rabello, *Effetti personali*, cit., p. 247 e nt. 66, con ulteriore bibliografia, e Longchamps de Bérier, *L'abuso*, cit., p. 171 ss.

48 *Glosse*, I, cit., p. 199. Lo studioso arriva peraltro ad includere nell'atetesi (p. 203 s.) anche l'espressione '*et utrumque recte fit*' oltre che la precedente '*a quibusdam presidibus provinciarum*'. Cfr., in precedenza, F. Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Iena, 1910, p. 40, Id., *Gai Institutionum*, cit., p. 22, nt. 1. Di opposto avviso, tra gli altri, M. David, H.L.W. Nelson, *Gai Institutionum Commentari IV*, *Kommentar*,

giormente conservative le quali, con l'eccezione della parola espunta dagli editori, attribuiscono a Gaio la paternità dell'intero testo riferito nel § 53 in base a considerazioni volte a dimostrarne l'asserita omogeneità e logica interna[49]. Secondo tali ultime ricostruzioni, la lapidaria affermazione '*male enim nostro iure uti non debemus*' costituirebbe «il punto di forza dell'intero testo»[50], il quale «ha una sua trama, una struttura composita»[51], calibrata sin nella scelta dell'uso della parola '*debemus*'[52]. Esso viene spiegato mediante l'individuazione di sequenze sintattiche correlate, rispettivamente, all'ipotesi dell'inflizione di intollerabili sevizie ai propri servi, a quella dell'ingiustificata uccisione dei medesimi, e ai più volte ricordati interventi autoritativi imperiali, introdotti nel passo in esame da altrettanti '*nam*' teleologicamente orientati a limitare la crudeltà dei padroni, quale risultante dall'espressione '*supra modum et sine causa in servos suos saevire*', ed individuata come il «punto cruciale del discorso che Gaio fa intorno all'iniziativa di Antonino Pio»[53].

L'andamento espositivo del passo consentirebbe, dunque, di pervenire – partendo dall'illustrazione di distinte fattispecie – all'individuazione del più ampio principio che vede nell'abuso (nel '*male uti*') il limite all'esercizio del proprio diritto. La generalizzazione ed estensione del principio medesimo sarebbe confermata proprio dal ricorso per analogia all'esempio dei

---

I, *Lieferung*, Leiden, 1954, p. 75 s.

49 Cfr., in tale prospettiva, Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 117 (il quale afferma nettamente che della frase '*male nostro iure uti non debemus*' «l'autore è Gaio … e sua è quella riflessione, nonostante i molti, disparati (e disperati) tentativi di sottrargliela»: essa verrebbe sviluppata per il tramite di un discorso che – p. 119 – «sembra procedere su due piani distinti: l'uno fattuale, l'altro dimostrativo, parenetico: due livelli che si possono percepire anche nella scrittura, pur nell'apparente continuità, affidata anche all'*enim*, mezzo di collegamento»), e Longchamps de Bérier, *L'abuso*, cit., p. 11 ss. e 35 ss. Sia consentito segnalare il faticosissimo uso della lingua italiana da parte dell'autore polacco, che rende tutt'altro che agevole seguirne le esegesi, oltre che taluni ragionamenti.

50 Longchamps de Bérier, *L'abuso*, cit., p. 12.

51 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 119.

52 Cfr. in questo senso Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 127 ss.

53 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 121. Di diverso avviso Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 199, per il quale – concernendo l'esposizione in esame il solo '*sine causa saevire*' (ed essendo implicita nel verbo '*saevire*' l'idea dell'eccesso) – «*supra modum* è ozioso», a maggior ragione considerando il fatto che si parla della '*maior asperitas*' (intesa equivalente al '*supra modum*') nella seconda parte del testo, dove si rinviene l'individuazione della norma e della fonte della norma medesima, rispettivamente, nelle espressioni '*Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur*' e '*nam consultus … praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere*'.

prodigi, giudicato «maggiormente evidente ed efficace per il lettore di quel tempo»[54], supponendosi persino la sua idoneità a fungere da valido termine di raffronto per qualificare le crudeltà dei padroni sui servi quali patologie non dissimili dalla prodigalità[55].

Secondo queste letture, dunque, l'esemplificazione conclusiva del paragrafo in esame, nel suo richiamare il divieto ai prodighi di amministrare i propri beni, non difetterebbe di coesione ed omogeneità rispetto alla precedente parte del testo: essa permetterebbe anzi – con riguardo alla regola '*male enim nostro iure uti non debemus*' – di individuare un ulteriore esempio concreto di limite (e conseguente sanzione) all'abuso del diritto, realizzando altresì, in coerenza alla funzione didattica del manuale istituzionale gaiano, una semplificazione della comprensione e della memorizzazione della questione nella sua ampia portata. A tale questione si vorrebbe di conseguenza ricondurre un'eterogeneità di fattispecie, alcune delle quali – come l'ultima in esame – erano previste e sanzionate già in età decemvirale, mediante la recezione di pregresso diritto consuetudinario nella legge delle XII Tavole, per poi essere interessate da successivi interventi ad opera del pretore[56].

---

54 Longchamps de Bérier, *loc. ult. cit*. Quadrato, L'*abuso*, cit., p. 132 s., ritiene addirittura «eloquente» il richiamo ai *prodigi* contenuto nella parte conclusiva di *inst.* 1.53, in una proposizione che, secondo l'autore, lungi dall'essere ritenuta dotata di «valore normativo» (e come potrebbe, in verità?), è ricondotta all'àmbito della '*suasio*', lo stesso nel quale si vorrebbe includere Gai., *inst.* 2.108 e il discorso ivi svolto sull'idoneità di determinati soggetti a svolgere il ruolo di testimoni in un testamento. Non mi soffermo ad analizzare tale accostamento, limitandomi a segnalare che, con riguardo al paragrafo del manuale istituzionale gaiano da ultimo menzionato, è ora particolarmente notevole la lettura di F. Terranova, *Osservazioni su Gai 2.108*, in «AUPA.», LII, 2007-2008, p. 281 ss. Va comunque tenuto presente che Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 200 – formulando un giudizio analogo a quello espresso pochi anni prima, e in maniera ancora più decisa, da G. von Beseler, *Beiträge Zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, Leipzig, 1931, p. 2 – ritiene invece «di dubbia esattezza» il paragone con i prodighi.

55 In questo senso cfr. Rizzelli, *Drapetomania*, cit., p. 1057, il quale ipotizza che « – forse – la prodigalità, possibile indizio di alienazione mentale per i medici antichi …, assunta quale termine di raffronto, vale a patologizzare, in una prospettiva "stoica" …, gli eccessi commessi sui *servi*». Il rapporto tra prodigalità e patologia mentale nel mondo antico è tenuto presente anche da M.P. Pavese, *Ad iudicem vocare*, in «Studi R. Martini», III, Milano, 2009, p. 62, quando ricorda che nel mondo romano l'*accusatio dementiae* trova un referente nella *díke paranóias* del diritto attico, «prevista per il caso di infermità mentale di un soggetto che dilapidasse il proprio patrimonio secondo quanto attestato, fra l'altro, nella (pseudo)aristotelica Costituzione degli Ateniesi in materia di procedimenti di competenza degli arconti».

56 Ce lo ricorda Ulpiano, offrendo un succinto resoconto dell'evoluzione storica del divieto ai prodighi di amministrazione dei propri beni che sembra soffermarsi sulla portata

Prima di formulare qualche prudente conclusione in proposito, mi sembra opportuno soffermare ancora l'attenzione su alcuni aspetti, a partire dall'analisi del grado di adesione con cui l'autore delle *Institutiones* riferisce le innovazioni introdotte dai menzionati interventi imperiali. Posso anticipare il mio convincimento: credo che si tratti di un'adesione piena, tutta condensata nella sinteticità dell'espressione '*et utrumque recte fit*', la quale mi sembra lasciare poco spazio ad altre ipotesi, che pure sono state avanzate. Renato Quadrato, ad esempio, scrive che Gaio approverebbe gli interventi imperiali senza taglio apologetico, con un assenso contenuto, ed addirittura con un'«impercettibile presa di distanza… dalle posizioni dell'imperatore»[57]. Lo studioso correla l'asserito «rispettoso distacco» del maestro antoniniano alla circostanza per cui, nel paragrafo in esame, sarebbe riferito solo un sostanziale riassunto dei rescritti, non accompagnato da una pedissequa riproposizione del testo imperiale[58]: quest'ultimo, peraltro, sarebbe «interpretato»,

---

dell'intervento di Antonino Pio in materia, nel frammento conservato in D. 27.10.pr.-1 (1 *ad Sab.*): '*Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum. Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda: sed extat divi Pii rescriptum filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit*'. Cfr., inoltre, *Paul. sent.* 3.4.a.7: '*Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo:* QUANDO TIBI BONA PATERNA AVITAQUE NEQUTIA TUA DISPERDIS LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, OB EAM REM TIBI EA RE COMMERCIOQUE INTERDICO'. Cfr. L. Beauchet, '*Prodigus*', in «Dictionnaire des antiquités grecques et romaines» (*cur.* C. Daremberg, E. Saglio), IV, Paris, 1892, p. 667 s., A. Audibert, *Études sur l'histoire du droit romain*, I, *La folie et la prodigalité*, Paris, 1892, p. 79 ss., I. Pfaff, *Zur Geschichte der Prodigalitätserklärung*, Wien, 1911, p. 1 ss. e 8 ss., S. Solazzi, *Furor vel dementia* (1924), ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 623 ss., Id., *Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII Tavole* (1930), ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 260 ss., F. De Visscher, *Études de droit romain*, Paris, 1931, p. 21 ss., M. Kaser, *Vom Begriff des 'commercium'*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1953, p. 133 s., G. Wesenberg, sv. '*Prodigus*', in A. Pauly, G. Wissowa, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», XXIII.1, Stuttgart, 1957, c. 1280, A. Berger, '*Prodigus*' in «Encyclopedic Dictionary of Roman Law» (Philadelphia, 1953), rist. Philadelphia, 1991, p. 655, Marrone, I*stituzioni*, cit., p. 262 ss., C.A. Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 78 s., e Pulitanò, *Studi*, cit., p. 7 ss., 37 ss. e 57 ss..

57 *L'abuso*, cit., p. 119.

58 In proposito Goria, *Osservazioni*, cit., p. 273, parla di «una presentazione sostanzialmente riduttiva di costituzioni imperiali ricche di potenzialità innovatrici».

«reinterpretato» e «riletto» dal giurista «nella sua ottica»[59], secondo un procedimento che lo porterebbe ad omettere di rendere conto della sua principale finalità, indirizzata più a tutelare gli interessi patrimoniali del *dominus*[60] che a salvaguardare la condizione degli schiavi[61]. Secondo la ricostruzione di Renato Quadrato, Gaio, riversando nella stesura del § 53 «echi della propria formazione intellettuale, le proprie inclinazioni, idee, inquietudini»[62], opererebbe una rielaborazione, una «trasposizione»[63] delle fonti.

Se così fosse, tuttavia, si tratterebbe di un'operazione che non esiterei a collocare pericolosamente al limite estremo tra ciò che oggi chiamiamo l'«interpretazione evolutiva» del dato normativo e il suo palese travisamento, soprattutto se si volesse individuare nella menzionata stesura l'«impegno ideologico» e il «forte coinvolgimento» che, per Renato Quadrato, animerebbero Gaio, portandolo, da un lato, ad enfatizzare solo gli aspetti a suo giudizio innovativi della costituzione imperiale, e, dall'altro, a passare sotto silenzio le parti non condivise nella *ratio* di fondo. Queste considerazioni

59 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 119.

60 Cfr. P. López Barja de Quiroga, *Manumisión y control de esclavos en la antigua Roma*, in «Circe», XVI, 2012, p. 62.

61 Come ci si aspetterebbe invece considerando il testo alla luce di una visione solidaristica nei confronti di costoro, riconosciuta comunque non del tutto estranea all'ideologia del Principato: cfr. P. López Barja de Quiroga, *Historia de la Manumisión en Roma. De los origenes a los Severos*, Madrid, 2007, p. 91 s. e nt. 56, ove peraltro, per un evidente refuso, si individua in Gai., *inst.* 1.52 (anziché in 1.53) i limiti all'abuso della *potestas* sui servi introdotti dalle disposizioni antoniniane: cfr., infatti, Id., *Violencia servil en la Metamorfosis de Apuleyo*, in «Studia Historica. Historia Antigua», XXV, 2007, p. 313 – e nella cui prospettiva si inserisce, ad esempio, la sanzione inflitta da Adriano alla crudele matrona, ricordata nei già menzionati passi riferiti in Coll. 3.3.4 e D. 1.6.2, peraltro spiegata alla luce del più ampio quadro della politica perseguita dall'imperatore, volta a realizzare un più generale ridimensionamento della *patria potestas* (cfr. le osservazioni di A. Torrent, *«Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet»*, in «Index», XXXV, 2007, p. 159 ss., 166 ss., 169 ss.) – per poi risultare di nuovo fortemente offuscata presso i maestri bizantini, imbevuti dell'assolutismo imperiale, e, come afferma Quadrato, *L'abuso*, cit., p, 120, «ancora partecipi di una ideologia schiavista». È allora nella principale prospettiva dell'informazione sull'evoluzione della tutela della *dominica potestas* che deve essere letto il paragrafo in commento delle Istituzioni di Gaio, nel quale dunque si riferisce un principio analogo a quello per cui, su tutt'altro piano, la repressione in tema di falso nummario è indirizzata a tutelare, nel diritto romano-imperiale, non solo e non tanto la *publica fides* quanto piuttosto l'indebita ingerenza in un'esclusiva prerogativa del principe, l'unico al quale spetta il diritto di coniare la moneta: cfr., in questo senso, E. Barcellona, *Ius monetarium. Diritto e moneta alle origini della modernità*, Bologna, 2012, p. 92 ss.

62 *L'abuso*, cit., p. 120.

63 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 120.

dovrebbero a mio avviso condurre ad una profonda revisione in merito a quanto di solito si insegna sul «senso della storia» proprio del maestro antoniniano, che nel paragrafo in esame sembrerebbe comportarsi più come un falsificatore che come uno storico.

Il testo, in ogni caso, è di particolare interesse sotto molteplici aspetti. Lo ammette lo stesso Renato Quadrato quando evoca l'infrazione del «tabù» di schulziana memoria[64] riferito al pathos riconosciuto estraneo al canone espressivo tipico della giurisprudenza classica. Qui il fisiologico «tranquillo andante» del linguaggio dei giuristi sarebbe insolitamente sopraffatto da «eccitazione, pathos ed emozionalità» collegati non solo alla tensione morale che alimenterebbe il discorso, ma anche ad un'asserita spinta pedagogica di quest'ultimo, e al contestuale invito alla riflessione da parte di Gaio, il quale si farebbe improvvisamente «interprete di valori antropologici, di istanze etico-sociali», ponendosi «come tramite fra l'ordinamento ed i destinatari, fra il potere e la società»[65]. E così «da cronista, il giurista» sembrerebbe «trasformarsi, per un impulso improvviso, ma non inatteso, in protagonista»[66], determinando l'«accelerazione» impressa al testo, nel quale parrebbe irrompere «un'area nuova», idonea a trasformarlo da semplice strumento di informazione a mezzo di provocazione e stimolo del pensiero.

Mi domando se non si stia chiedendo un po' troppo al povero Gaio! In fin dei conti, si tratta sempre del giurista e maestro di scuola che – per quanto consapevole della forza delle parole, al punto da «scegliere con cura gli strumenti espressivi ed i vocaboli»[67] – lo stesso Renato Quadrato, attingendo dalle parole di Obrad Stanojević, ricorda essere «una personnalité simple, limpide, sans prétensions»[68], a cui è consono – come altri hanno scritto in tempi recenti – uno stile di scrittura dal «tono pacato, quasi dimesso»[69], senza una particolare gamma di sfumature che non rientrino nell'«inimita-

64 *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 467.

65 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 120.

66 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 125: l'autore sottolinea con una particolare intensità la difesa della suggestione proposta: immediatamente prima di osservare che «il giurista *sembra* trasformarsi» aveva già affermato che «La scrittura, attenta, misurata, *sembra* mossa dall'urgenza di dire qualcosa di proprio, di personale, di soggettivo. Un discorso che pareva già chiuso (*recte fit*) *sembra* ad un tratto riaprirsi, assumere il tono di una denuncia, di un dover essere». I corsivi sono miei, come è mio il convincimento dell'individuazione di un'iperbole più nell'interpretazione fornita che non nell'intrinseco contenuto del testo interpretato.

67 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 125.

68 *Gaius noster. Plaidoyer pour Gaius*, Amsterdam, 1989, p. 105.

69 A. Schiavone, V. Marotta, *Obbligazioni, contratti, illeciti civili*, in «Diritto privato romano», cit., p. 323.

bile grigio gaiano»[70]. Del resto, l'atteggiamento di sufficienza nei confronti dell'abilità espositiva del diritto da parte di Gaio non è una novità: è anzi accostabile ad un analogo e più ampio giudizio in passato esteso addirittura a Giustiniano e ai suoi compilatori[71]. Di questi ultimi, in particolare, non si è mancato di criticare la scelta di condurre la stesura delle Istituzioni imperiali proprio sul modello di quelle di Gaio, «mentre potevano scegliere le *Instituzioni* di un qualche giureconsulto di più acuto ingegno e di più vasta erudizione e dottrina, come le *Instituzioni* di Papiniano, di Ulpiano, di Paulo e simili»[72].

---

70 *Loc. ult. cit.* Ritorna, insomma, il tema della «monotonia» gaiana a cui ho fatto cenno in precedenza (e continuo a domandarmi quali caratteristiche dovrebbe avere un elementare manuale istituzionale per esercitare un maggiore *appeal* sugli studiosi contemporanei!).

71 Un sintetico quadro delle eterogenee – ma prevalentemente critiche – posizioni degli illuministi italiani nei confronti del diritto romano-giustinianeo, peraltro comprensivo di quelle voci minoritarie volte a «salvare» proprio le Istituzioni imperiali (comunque non esenti da aspre critiche, come verrà illustrato di sèguito nel testo), è offerto da R. Bonini, *Un «ordinato codice di leggi romane». Il giudizio degli illuministi italiani sulle Istituzioni di Giustiniano*, Bologna, 2001, p. 9 ss. e 63 ss.

72 O. Taglioni, I*ntroduzione*, in Id., *Codice civile Napoleone col confronto delle leggi romane*[2], Milano, 1838, p. XXVIII. La prima edizione, in tre volumi, è Milano, 1809-1811: si tratta di una delle più diffuse opere di commento, dall'evidente impronta romanistica, al Codice Napoleone tradotto in italiano. S. Schipani, *Rileggere i Digesta. Enucleare i principii. Proporli*, in «Valori e principii del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano maestro di istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)», Napoli, 2009, p. 66, osserva che in essa «troviamo il diritto romano intrecciato a commento di ogni articolo del quale era appunto considerato la base, e la chiave di comprensione; ciò, sulla stessa linea di analoghe opere elaborate in Francia». La metodologia sottostante a questo approccio «comparativo» del diritto romano con le codificazioni moderne è comunque sottoposta ad acuta critica già da parte di M. De Martino, *Su gli abusi del diritto romano loro cause e rimedi su le sue scuole nelle università su le scuole di perfezionamento. Considerazioni di Martinangelo de Martino*, Napoli, 1842, p. 5 ss. e 11 ss., dove si effettua anche uno specifico riferimento all'opera del Taglioni, oltre a lamentarsi l'assenza, per la giurisprudenza romana, di «un uomo, come *Linneo* per la botanica, … che dopo la classificazione, ne avesse fatto il confronto coi principi della novella legislazione. È rincrescevole che niuno de' giureconsulti filosofi se ne occupò, lasciandosi sfuggire la opportunità non reduce del tempo. Lavoro, che non avrebbe fatto fortuna presso la plebe de' forensi, non di rado avida che di repertori di quistioni e di casi risoluti: avrebbero però illuminato i governi e le scuole, già prevenuto, o almeno diminuito, i mali della confusione delle due legislazioni»: quella moderna, appunto, e (p. 33) «la congestione musaica di Giustiniano». Per un più ampio quadro sull'influenza del diritto romano come «modello» per la codificazione francese, cfr. L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, Torino, 2010, p. 58 ss. e 100 ss. Il giudizio del Taglioni riferito nel testo rappresenta la parte conclusiva di una più estesa sequenza dedicata all'intero progetto della compilazione, nella quale, da un lato (p. XXV), egli ritiene Giustiniano «degno di lode perché riuscì in ciò che altri e per ingegno e per dottrina a lui di gran

lunga superiori tentarono inutilmente», dall'altro (p. XXV ss.), osserva che l'imperatore «meglio ancora vi sarebbe riuscito se meno avesse ascoltato i consigli del clero e di Teodora sua moglie, donna viziosissima …, e se si fosse prevalso più che non fece di migliori giureconsulti; imperciocché egli per direttore dell'opera scelse Triboniano, uomo non solo d'ingegno molto inferiore a quello che si richiedeva, ma eziandio pieno di vanità, avarissimo e di niuna fede … Sotto dunque la direzione di Triboniano fu fatto un codice da dieci giureconsulti, il quale comparve alla luce il giorno 13 febbraio 528, e fu chiamato *Codice Giustinianeo*. Di quanto pregio esso fosse si può rilevare da ciò, che poco dopo la sua pubblicazione fu abolito … Frattanto Giustiniano rivolse le sue cure all'antica giurisprudenza, della quale esistevano duemila volumi, e commise a diciassette giureconsulti di darle un sistema, raccogliendo soltanto ciò che era in uso, omettendo le contrarietà che si riscontravan, e conformando il tutto al nuovo diritto, ritenuto però il nome del giureconsulto da cui avessero desunta la legge ... Essi, diretti sempre da Triboniano, si accinsero all'opera, e servendosi degli scritti dei giureconsulti celebri che vissero principalmente dai tempi di Adriano in poi, come di Prisco Giavoleno, Nerazio Prisco, Salvio Giuliano, Gajo, Pomponio, Marcello, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino e di altri, ridussero l'antica giurisprudenza in cinquanta libri, cui fu dato il nome di *Digesti* o *Pandette* volendo con ciò indicare che quei libri contenevano le dispute, le decisioni e tutta la scienza del diritto … Quanto poca diligenza usassero i compilatori delle medesime, ben si comprende non solo dalla brevità del tempo che impiegarono (condussero eglino a termine una così grande opera in un triennio), ma eziandio da ciò che scrissero sopra di esse Guid. Pancirol. *in Thes. var. sect.*, Pandulphus Pratejus *de Jurisprud. med.* Petr. Murellus *de studio juris*, *et* Jac. Wissenbachius *Libell. Emblem. Triboniani.* Furono le *Pandette* divise da Giustiniano in sette parti … e dai glossografi furono divise in *Digesto vecchio*, in *forziato* e *nuovo*. Prima che si pubblicassero le *Pandette*, Giustiniano commise a Triboniano, Teofilo e Doroteo di comporre gli elementi della giurisprudenza, i quali furono da costoro divisi in quattro libri, cui fu dato il nome d'*Instituzoni*, e furono confermati unitamente alle *Pandette* … Queste *Instituzioni*, sebbene composte dopo le *Pandette*, furono però prima di esse pubblicate il giorno 21 novembre 533 … ma non ebbero forza che contemporaneamente alle medesime, locché accadde il dì 30 dicembre dello stesso anno … Era mente di Giustiniano che le *Instituzioni* dovessero contenere gli elementi di tutta la giurisprudenza, com'egli medesimo ci lasciò scritto nel § 4 *proem. instit.*; ma coloro che le composero molto si discostarono dalla di lui intenzione, imperciocché omisero di dare i principj sulla materia *dei patti*, *delle transazioni*, *delle restituzioni in intero*, *delle usure*, *dell'editto edilizio*, *delle evizioni*, *delle prove*, *dei testimonj*, *degl'instrumenti*, *delle confessioni*, *dei giudizi*, *degli arbitri*, *delle sentenze*, *della cosa giudicata*, *dei possessi*, *del senato-consulto Vellejano*, *dell'annunziazione di nuova opera*, *del danno mai arrecato ma temuto*, *della collazione de' beni*, *della dote*, *delle questioni*, *o sia delle interrogazioni che si facevano ai rei sotto tormenti onde confessassero il delitto di cui erano grandemente indiziati*, *delle pene*, *delle appellazioni*. Era eziandio intenzione di Giustiniano che le *Instituzioni* non dovessero essere in opposizione colle *Pandette*, né queste con quelle; pure varie antinomie vi si riscontravano … Per la qual cosa quando trovavasi una qualche antinomia tra le *Pandette* e le *Instituzioni* conveniva fare osservazione se i compositori delle *Instituzioni* avessero inteso di derogare alle *Pandette*, o piuttosto se fossero caduti in errore dando alle *Pandette* un'intelligenza quando un'altra esse ne dovevano ricevere; mentre nel primo caso le *Instituzioni* prevalevano sulle *Pandette*, nel secondo queste a quelle erano preferite. Tutto ciò dimostra quanto tenue fosse la capacità di Triboniano, Teofilo e Doroteo». Sulla figura

Perché mai proprio in *inst.* 1.53 Gaio dovrebbe improvvisamente trasformarsi in un ardito alfiere dei diritti umani, al punto da intervenire sul documento piegandolo «ad una finalità diversa da quella perseguita dall'imperatore»[73], e quindi falsificandolo? Se così fosse, qui, oltre al «tabù» infranto nel testo, dovremmo riconoscere pure la violazione del «totem» rappresentato dalla figura stessa (dalla peculiare personalità) del maestro antoniniano!

4. È forse più utile svolgere una prima serie di valutazioni in merito allo stile e alla coerenza dell'esposizione del testo racchiuso nel § 53, e poi evidenziare la peculiarità di quest'ultimo in riferimento all'esposizione complessivamente svolta nei §§ 52-54.

In quanto allo stile, il paragrafo si presenta, nella sua globalità, genuinamente gaiano: non è, infatti, il solo luogo delle *Institutiones* in cui il giurista riassume, condensandoli, i percorsi storici di determinati istituti[74], senza

---

di Onofrio Taglioni e sul *milieu* culturale nel quale operò come avvocato e apprezzato consulente giuridico, cfr. D. Vaccolini, '*Taglioni (Onofrio)*', in «Biografia degli Italiani illustri nelle scienze, lettere e arti del secolo XVIII e de' contemporanei compilata da letterati italiani di ogni provincia e pubblicata per cura del professore Emilio de Tipaldo», I, Venezia, 1884, p. 105 s., C.A. Cannata, *Onofrio Taglioni*. *1782-1823* (1987), ora in Id., *Scritti scelti di diritto romano*, I (*cur.* L. Vacca), Torino, 2011, p. 467 ss., Id., *Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l'avvenire del diritto privato europeo* (1997), ora in Id., *Scritti scelti di diritto romano*, II (*cur.* L. Vacca), Torino, 2012, p. 291 s., M.R. Di Simone, *La pubblicistica austriaca e la sua influenza in Italia dall'antico regime alla Restaurazione*, in Ead., *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, 2006, p. 98, Ead., *Sull'influenza del pensiero giuridico austriaco nel Litorale tra Settecento e Ottocento*, ivi, p. 100, Ead., *L'introduzione del codice civile austriaco in Italia. Aspetti e momenti*, ivi, p. 174, e R. Ferrante, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB* (2006), ora in Id., *Codificazione e cultura giuridica*[2], Torino, 2011, p. 128 ss. Completamente diverso rispetto a quello di Onofrio Taglioni è il giudizio formulato invece da Silvestri, *Breve interpretazione*, cit., p. 21 ss., il quale ritiene che Giustiniano, con la sua compilazione, «diede un nuovo, e più profiguo aspetto all'intero corpo del Gius civile, e lasciò così alla Posterità eterno onore di se medesimo, ed immortal memoria», e ciò anche grazie ai suoi compilatori, che vengono presentati come «i più autorevoli in prudenza, ed in dottrina». Giudizi sostanzialmente analoghi vengono riferiti e formulati da G. Luchetti, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. VII ss. Va rilevata l'attuale *communis opinio* in forza della quale «le *Institutiones Iustiniani Augusti* non solo furono strutturate in massima parte come quelle gaiane, ma furono infarcite di passi tratti da queste ultime, dalle *Res cottidianae* e dalle opere istituzionali di Fiorentino, Marciano, Ulpiano e Paolo, oltre che per l'appunto con frammenti del Digesto e parti di costituzioni imperiali»: così V. Giuffré, *Interpolazioni e glosse. Una notazione sull'opera di Siro Solazzi*, in «SDHI.», LXXIX, 2013, p. 770.

73 Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 120.

74 Per limitarsi ad un esempio tra i tanti possibili, cfr. Gai., *inst.* 2.224 -228.

peraltro prendere ogni volta posizione – come invece avviene nel caso in esame – sulla bontà o meno del *novum* di volta in volta illustrato.

In quanto alla coerenza, il particolare riferimento conclusivo ai prodighi – nonostante le menzionate letture conservative – continua a risaltare per il suo essere completamente avulso dal contesto espositivo nel quale è inserito. Se proprio si deve individuare l'intervento di un'altra mano nella stesura del § 53, mi sentirei, con estrema prudenza, di circoscriverlo ad esso: nulla, comunque, ci vieta di pensare ad un'annotazione successiva ad opera dello stesso Gaio, poi definitivamente penetrata nel testo[75].

L'analisi del rapporto del § 53 con l'esposizione complessivamente svolta nei §§ 52-54 induce poi a svolgere ulteriori considerazioni, rispetto alle quali, come si vedrà, è sostanzialmente indifferente ritenere la più volte menzionata frase conclusiva ('*qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*') un'aggiunta successiva (come io credo) o meno, dovuta alla mano di Gaio o di un terzo.

A tal proposito, vale la pena ricordare che i rilievi svolti in letteratura sulla principale finalità degli interventi imperiali (e cioè quella di preservare – ponendone limiti all'esercizio – il diritto di proprietà sui servi) confermano un'osservazione che abbiamo già svolto: nei menzionati paragrafi è illustrato, ancorché in maniera succinta, il tema della *dominica potestas* con riguardo ad alcuni suoi elementi fondamentali (la titolarità, l'ampiezza sostanziale, ed uno dei suoi più importanti effetti – se non proprio l'effetto più importante – sul piano negoziale).

Come riferito in apertura di questo scritto, l'esposizione del tema della potestà dominicale si esaurisce, nella sequenza testuale in esame, nel successivo § 54[76], dove – rammentando il duplice modello di appartenenza conosciuto dal diritto romano ('*Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit*

75 In questa sede non è possibile rendere conto dell'ampio dibattito dottrinale fiorito sulle *Institutiones*, e in particolare sulla questione della definitività o meno della loro stesura. Auspicando di poter sviluppare in un successivo lavoro anche questi aspetti, posso qui anticipare che il § 53 mi sembra uno di quelli che suggeriscono l'idea di una mancata revisione finale del testo, facendo propendere per l'ipotesi di una stesura tutt'altro che definitiva, come del resto riconosceva già Schulz, *Storia*, cit., p. 289, riferendo l'impressione «di un'opera che il suo autore ha riveduta a più riprese, ma che non portò mai a forma definitiva». Da tempo, peraltro, mi domando se Gaio e, più in generale, gli utilizzatori del suo manuale abbiano mai pensato all'idea di una stesura definitiva dell'opera, o se la medesima non sia stata a lungo intesa come una sorta di permanente *work in progress*, una «fabbrica del duomo» dell'esposizione istituzionale del diritto romano.

76 A tale paragrafo, infatti, seguirà quello dedicato all'illustrazione di un'ulteriore categoria di soggetti alla *potestas*, ed in particolare quella dei '*liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus*'.

dominium')[77] – si rende conto di uno degli effetti correlati alla distinzione tra il godimento proprio dell'*in bonis habere* e la spettanza *ex iure Quiritium*. Viene infatti precisato che il padrone, il quale abbia il *nudum ius Quiritium* sul servo, non potrà esercitare su di esso la *potestas*, come invece sarà possibile all'*in bonis habens*. Quello racchiuso nel § 54 è un testo estremamente

77 Sul *duplex dominium*, cfr. M.S. Mayer, *Ueber das duplex dominium des Römischen Rechts*, in «ZGR.», VIII, 1832, p. 1 ss., P. Bonfante, *Sul c.d. Dominio bonitario ed in particolare sulla denominazione 'in bonis habere'*, in Id., *Scritti giuridici varii*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, 1926, p. 370 ss., E. Albertario, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (1929), ora in Id., *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, p. 425 ss., G.G. Archi, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1936, p. 112 ss., S. Di Marzo, *Il duplex dominium di Gaio*, in «BIDR.», XLIII, 1936, p. 296 ss., Solazzi, *Glosse*, I, cit., p. 204 ss., Id., *In tema di «duplex dominium»* (1950), ora in *Scritti*, VI, cit., p. 602 ss., Id., *Diritto e aritmetica in Gai. 1.54* (1954), ora ivi, p. 670 ss., P. Ciapessoni, *Duplex dominium (Gai 1.54 e 2.40-41)* in Id., *Studi su Gaio*, Pavia, 1940 (ma 1943), p. 93 ss., F. La Rosa, *In tema di duplex dominium*, in «AUCA.», III, 1949, p. 521 ss., F. Gallo, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955, p. 82 ss., A. Berger, sv. '*Dominium duplex*' in «Encyclopedic Dictionary», cit., p. 442., M. Kaser, *In bonis esse*, in «ZSS.», LXXVIII, 1961, p. 173 ss. e 184 ss., U. Brasiello, '*Proprietà (diritto romano)*', in «NNDI.», XIV, Torino, 1967, p. 111 ss., 119 ss., R. Feenstra, '*Duplex dominium'*, in «Simbolae Martino David dedicatae» (*ed.* J.A. Ankum, R. Feenstra, W.F. Leemans), I, Leiden, 1968, p. 55 ss., Id., *Dominium and ius in re aliena. The Origin of a Civil Law Distinction*, (1989) ora in «Legal scholarship and doctrines of private law, 13th-18th centuries» III, 111 ss., G. Diósdi, *'In bonis esse' und 'nudum ius Quiritium'*, in «Studi E. Volterra», II, Milano, 1971, p. 125 ss., Id., *Ownership in ancient and preclassical roman Law*, Budapest, 1970, p. 166 ss., E. Pool, *Lateinische Syntax und juristische Begriffsbildung: in bonis «alicuius» esse und bonitarisches Eigentum im klassischen römischen Rechtsquellen*, in «ZSS.», CII, 1985, p. 470 ss., H. Ankum, M. van Gesselde Roo, E. Pool, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», CIV, 1987, p. 238 ss., Eid., *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht*, II, in «ZSS.», CV, 1988, p. 334 ss., Eid., *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht*, III, in «ZSS.», CVII, 1990, p. 155 ss., L. Vacca, *Il c.d. 'duplex dominium' e l''actio publiciana'* (1988), ora in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano» (*cur.* L. Vacca), Torino, 1997, p. 88 ss., F. Gallo, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium* (1996), ora in Id., *Opuscula selecta* (*cur.* F. Bona, M. Miglietta), Padova, 1999, p. 944 ss., Marrone, *Istituzioni*, cit., p. 337, S.A. Cristaldi, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, p. 119 ss., 140 ss., 161 ss., 177 ss., 208 ss., B. Biscotti, *Ancora sulle proprietà in diritto romano. Spunti esegetici*, in «Index», XXXVI, 2008, p. 185 ss., S. Romeo, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, p. 24, 78 s., 69 s., 93 ss., 98 ss., U. Vincenti, *I modelli dell'appartenenza*, in «Diritto privato romano», cit., p. 268 ss., e M. Nardozza, '*In bonis esse' e 'nudum ius quiritium'*, in «TSDP.», VI, 2013, p. 1 ss. (consultabile sul sito internet di tale rivista).

discusso in dottrina[78]. In esso, come appena accennato, si torna a parlare della titolarità della *potestas* (e non delle limitazioni al suo esercizio).

Ora, di titolarità della *potestas* si parla, a ben vedere, anche nel § 52. Traspare, allora, una sequenza espositiva nella quale si enuncia che la *potestas*, in tutta la sua ampiezza, è esercitata dal *dominus* sul servo (§ 52), o – per la già menzionata peculiarità del diritto romano rappresentata dal *duplex dominium* – dall'*in bonis habens* (§ 54). In tale sequenza, mi sembra di scorgere il naturale e coerente svolgimento di un discorso in tutta evidenza unitario: all'enunciazione della regola principale (§ 52) si accosta l'illustrazione della vistosa eccezione conosciuta dal diritto romano (§ 54)[79]. La formulazione del conclusivo § 54 sembra pertanto atteggiarsi come la ripresa dell'esposizione interrotta poco prima, nel § 52.

In quest'ordine di idee, appare suggestiva, dal punto di vista sintattico, la correlazione che si verrebbe a creare tra il '*quidem*' presente nell'attuale § 52 e il '*ceterum*'con cui inizia il § 54. Di quest'ultimo segno, propriamente un accusativo di relazione, si registra l'utilizzo nei trapassi da un pensiero ad un altro con valore restrittivo[80]: ciò risulta coerente con l'andamento stesso dell'esposizione in esame, che, partendo dal riferimento ai tratti generali della disciplina, si concentra poi su una specifica eccezione.

Di conseguenza, ferme restando le considerazioni appena svolte sul difetto di coerenza della frase conclusiva del § 53, anche il restante testo in esso contenuto mi sembra interrompere una pregressa esposizione, la quale, principiando con le informazioni contenute nell'attuale § 52, si sarebbe protratta sino ad includere, senza soluzione di continuità, il testo poi confluito nell'attuale § 54, all'esito di quello che mi sembra un curioso «smembramento» dettato dalla necessità di consentire l'introduzione dell'«aggiornamento» della disciplina riferito nel § 53, che, a sua volta, verrà annotato, nella sua parte finale, con l'ormai ben noto riferimento ai *prodigi*. Mi sembra evidente che la più antica sequenza espositiva qui ipotizzata rappresenti il modello sul quale si sarebbe poi svolta la più diffusa relazione presente nella versione a noi giunta delle *Institutiones*.

L'*incipit* del § 53 sembra inoltre denunziare la più ambiziosa intenzione dell'autore di richiamare in via preventiva, con il proprio intervento di scrittura, il mutamento culturale che ne costituiva il presupposto, in forza del quale, almeno formalmente, non si tollerava più l'eccessiva crudeltà nei

78 Rabello, *Effetti personali*, cit., p. 175 s. e nt. 4, con bibliografia.

79 E tale modalità espositiva non è certo un caso isolato nelle *Institutiones*: cfr., ad esempio Gai., *inst*., 3.154-154.a nella parte in cui alla menzione del più generale modello della *societas consensu contracta* conosciuto dal *ius gentium* si fa seguire l'illustrazione della più ristretta fattispecie, propria del diritto romano, del *consortium ercto non cito*.

80 Cfr. F. Calonghi, *Dizionario latino-italiano*[3], Torino, 1965, sv. '*ceterus*', c. 456.

confronti dei servi: '*Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire*'[81]. Questa «componente culturale» è ritenuta – da molti degli studiosi che hanno esaminato il passo – preminente a tal punto da far passare in secondo piano un altro aspetto meritevole di attenzione: il palese ribaltamento della successione cronologica nell'esposizione dei fattori di sviluppo e delle innovazioni riguardanti l'ampiezza e gli effetti della *dominica potestas*. Leggendo in sequenza i §§ 52-54, infatti, la menzione dei temperamenti introdotti dalle costituzioni imperiali di Antonino Pio *precede* il riferimento alle conseguenze connesse al *duplex dominium*, ed è appena il caso di sottolineare che quest'ultimo fenomeno è di qualche secolo più antico dei menzionati rescritti.

5. Avevo già in altra sede[82] segnalato una simile tecnica di «intervento» e di «scrittura aggiuntiva» all'esito dell'analisi dei §§ 195[83] e 200[84] del secondo

81 Con riguardo all'enfasi posta sul riferito mutamento culturale, e ovviamente prescindendo dalla ricostruzione che propongo in questa sede in merito alle stratificazioni successive di scrittura nel testo istituzionale gaiano e alla conseguente spiegazione della concatenazione dei paragrafi, cfr. l'efficacissima osservazione di Quadrato, *L'abuso*, cit., p. 119: «il *sed* di avvio, poi ripetuto, ha nella sua intonazione avversativa un chiaro sapore polemico nei confronti di un ordinamento che considera gli schiavi come cose, non come persone: oggetto di una proprietà, il cui titolare, il *dominus*, ha il potere di vita e di morte».

82 Cfr. P. Arces, *La disciplina dei legati e la tecnica di scrittura nelle Istituzioni di Gaio*, in «RDR.», XIII, 2013, p. 4 ss. (consultabile sul sito internet di tale rivista), dove peraltro rilevavo come, più che dell'unica disputa di scuola sull'argomento, sarebbe il caso di parlare dell'unica disputa accesa, o di quella in merito alla quale Gaio ritiene opportuno (o è in condizione di) riferire in maniera più dettagliata, dato che, dall'esame dei paragrafi destinati all'illustrazione della disciplina del *legatum per vindicationem*, emerge un più ampio numero di questioni discusse dai *prudentes*, la maggior parte delle quali comunque risolte con un generale consenso.

83 '*In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse, sed postea quam scierit et spreverit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere: sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, 'Deliberent', inquit, 'decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset''*.

84 '*Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius esset: nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed diuersae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod*

Commentario delle *Institutiones*, dedicati a quella che Gaio qualifica l'unica disputa sabiniano-proculiana in tema di *legatum per vindicationem*: anche in quel caso, un discorso evidentemente unitario e consequenziale – proprio come quello ripartito tra i §§ 52 e 54 del primo Commentario – mi appariva «smembrato» per fare spazio ad altro testo contenente ulteriori informazioni in merito all'evoluzione del considerato settore del diritto, praticando così il suo autore una «scrittura di aggiornamento» su un modello evidentemente più antico. Riferimenti, ancorché generici, ad un aggiornamento del testo delle *Institutiones* si rinvengono anche nella letteratura più recente[85], nonostante non sia mancato in precedenza un forte ed espresso scetticismo nei confronti di questo tipo di ricerche[86].

Nel caso in esame, la «scrittura aggiuntiva» o «di aggiornamento» è rappresentata dalla quasi totalità del contenuto del § 53 (o dalla sua totalità, se si volessero seguire le riferite interpretazioni per cui la paternità del riferimento ai *prodigi* sarebbe la medesima dell'autore del paragrafo: ma, come ho già osservato, in questa particolare prospettiva la questione diventa secondaria).

Quella descritta inizia allora a sembrarmi una delle tecniche compositive concretamente adoperate per la stesura delle *Institutiones*, nella versione a noi pervenuta. La costruzione dell'articolato istituzionale gaiano in esame, infatti, appare condotta su un pregresso modello privo del riferimento ai più volte menzionati interventi autoritativi dell'imperatore (in altre parole: privo del testo contenuto nel § 53). Tale pregresso modello doveva limitarsi ad individuare le caratteristiche della *dominica potestas*, non illustrando anche le limitazioni ad essa imposte da Antonino Pio, molto probabilmente perché contenuto in una versione più antica – precedente l'emanazione delle costituzioni imperiali, e quindi «non aggiornata» – del manuale istituzionale.

Se l'ipotesi che propongo è corretta, questa più antica versione rappresenterà con tutta evidenza la base testuale di cui il giurista dell'età degli Antonini si servirà per procedere alla stesura del relativo punto della sua opera, nella versione a noi nota, mediante il ricorso ad una tecnica di scrittura che, come ho avuto modo di rilevare, ricorre anche in altri luoghi delle Istituzioni, facendomi pensare a un Gaio glossatore – o, se vogliamo, «interpolatore aggiuntivo» – di più antiche sequenze espositive di diritto civile.

---

multo magis dicunt de eo, quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum'.

85 Cfr., ad esempio, M. Avenarius, *L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio*, in «AUPA.», LV, 2012, p. 15 s. e 17 s.

86 Cfr., per esempio, i drastici rilievi di Schulz, *Storia*, cit., p. 287 ss.

Valentina Casella

Il *Lexicon* di Fozio e il *Lessico dei dieci oratori* di Arpocrazione quali fonti giuridiche

Il rapporto di discendenza che lega Fozio ad Arpocrazione è già stato rilevato dalla critica, in particolare negli studi riguardanti la questione della dipendenza della *Suda* dal *Lexicon* del patriarca[1].

1 La dottrina si è divisa tra i sostenitori di una comune ma autonoma indipendenza del *Lessico* foziano e della *Suda* dalla Συναγωγὴ λέξεων χρησίμων – G. Wentzel, *rec.* a C. Boysen, *Lexici Segueriani* Συναγωγὴ λέξεων χρησίμων *inscripti pars prima* (A), in «Göttingische Gelehrte Anzeigen», CLV, 1893, p. 27-46, *Beiträge zur Geschichte der griechischen Lexicographen*, in «Sitzungsberichte der Königlich preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin», 1895, p. 477-487 (specialmente p. 480), ora in «Lexica Graeca Minora» (*cur,* K. Latte), Hildesheim, 1965, p. 1-11; R. Reitzenstein, *Der Anfang des Lexikons des Photios*, Leipzig-Berlin, 1907, p. 6 s.; A. Adler, '*Suidas*', in A. Pauly, G. Wissowa, K. Kroll, K. Mittelhaus, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumwissenschaft», IV.A.1, Stuttgart, 1931, c. 675-717; H. Erbse, *Praefatio* in «Lexica Graeca Minora» (*cur,* K. Latte), Hildesheim, 1965, p. i ss.; K. Alpers, *Das attizistische Lexicon Des Oros*, Berlin-New York, 1981, p. 71 ss. – e della discendenza diretta della seconda dal primo (G. Bernhardy, *Suidae Lexicon: Graece et Latine*, I, Halis et Brunsvicae, 1853, p. xliv; C. G. Cobet, *Novae Lectiones*, Leiden, 1858, p. 163, *Ad Photii Lexicon*, in «Mnemosyne», IX, 1860, p. 408, 411-416; S. A. Naber, *Prolegomena ad Photii Patriarchae Lexicon*, I, Leiden, 1864, p. 1 ss.; L. Dindorf, *Über Photios Lexicon und Bibliothek*, in «Jahrbücher für Philologie und Paedagogik», CIII, 1871, p. 361 ss.; P. P. Dobree, *Adversaria*, *cur.* W. Wagner, III, Berlin, 1874, p. 42; W. Dindorf, in «Th.G.L.», IV, sv. καμπή, c. 924, sv. κυνόσαργες, c. 2124, VI, sv. Πνίξ, c. 1267; «Photii Patriarchae Lexicon», II, E-M, *cur.* Ch. Theodoridis, Berlin-New York, 1998, p. XXVII-XL; F. Bossi, *Sui rapporti tra Fozio e la Suda*, in «Eikasmos», XIII, 2002, p. 269 e nt. 1). Si veda R. Tosi, *rec.* a «Photii Patriarchae Lexicon», II, E-M, *cur.* Ch. Theodoridis, cit., in «Byzantinische Zeitschrift», XCIV, 2001, p. 347-353, e *Il Fozio di Richard Porson e gli studi lessicografici*, in «Lexis», XXVII, 2009, p. 221-227, in particolare p. 222 s., ora in «Seminario di studi su Richard Porson», Napoli, 2011, p. 183-189.

Sono già state censite, infatti, le glosse che compaiono pressoché identiche nell'opera foziana e nell'epitome di Arpocrazione[2], e l'edizione di Keaney del *Lessico dei dieci oratori*[3] rimanda puntualmente alle voci dell'*editio plenior* riprese dal patriarca e dalla *Suda*[4].

Le osservazioni che seguiranno, dunque, si incentreranno piuttosto sulle diverse finalità e ambizioni di completezza manifestate dalle fonti in esame, con speciale riguardo ai lemmi giuridici. Per tal via, infatti, sarà possibile formulare al lettore di Fozio alcune avvertenze inerenti alla mancata coincidenza degli obbiettivi del patriarca e del grammatico da cui attinge.

Gli intenti *Lexicon* bizantino sono dichiarati nella lettera di indirizzo al protospatario Tommaso, ove la chiarezza della lingua degli oratori e degli storici attici è contrapposta all'oscurità della letteratura teologica contemporanea:

<Φώτιος Θωμᾷ πρωτοσπαθαρίῳ καὶ ἄρχοντι τοῦ Λυκοστομίου φιλτάτῳ μαθητῇ χαίρειν>. Αἱ τῶν λέξεων πλείους, περὶ ἃς τὸ ποιητικὸν νέμεται ἔθνος, εἰς τὸ ὠφελιμώτατον τοῖς βουλομένοις προσέχειν Διογενιανῷ συνελέγησαν· εἰ γὰρ καὶ πολλοῖς ἄλλοις ἐπὶ νοῦν ἦκεν τὴν ἴσην καὶ ὁμοίαν πραγματείαν ἐνστήσασθαι, ἀλλ'οὖν, ὅσα γε ἐμὲ εἰδέναι, οὐδενὶ τῶν πρωτείων οὗτος περί γε τὸν εἰρημένον πόνον ἐξίσταται. ὅσαι δὲ ῥητόρων τε καὶ λογογράφων ἀττικίζουσι γλῶσσαν καὶ ἁπλῶς εἰς τὸν οὐκ ἐθέλοντα λόγον ἐποχεῖσθαι μέτρῳ συντελεῖν εἰσιν εὖ πεφυκυῖαι, ναὶ δὴ καὶ τῆς καθ'ἡμᾶς θεοσοφίας ὅσαι δέονται σαφηνείας, ταύτας δὲ ἄρα εἰ καὶ μὴ πάσας – οὔτε γὰρ ῥάδιον οὔτε ἀλαζονείας ἡ ὑπόσχεσις πόρρω, ἅμα δὲ καὶ μείζονος ἢ

Secondo lo stemma di I.C. Cunningham, *Συναγωγὴ λέξεων χρησίμων*, Berlin-New York, 2003, p. 20 e *passim*, invece, il *Lexicon* di Fozio dipenderebbe anche dalla *Synagoge*.

2 Del *Lessico dei dieci oratori* ci sono pervenute infatti una versione più estesa e un'epitome anonima degli inizi del IX secolo. Le glosse del *Lexicon* foziano che dipenderebbero dalla seconda ammonterebbero a 80: di queste, 54 non ricorrono anche nella *Suda*, mentre 26 sono presenti in tutte e tre le opere appena menzionate; 62 si ritrovano invece nella *Suda* ma non anche in Fozio. Si veda Bossi, *op. cit.*, p. 270, che cita Theodoridis, *op. cit.*, p. XLV.

3 L'edizione in parola («Harpocration. Lexeis of the ten Orators», *cur.* J. J. Keaney, Amsterdam, 1991) è la più recente ed è considerata dalla comunità scientifica non trascurabile, benché non utilizzabile da sola con sicurezza per il rilevante numero di errori in essa contenuti: per la questione, si rimanda a E. Dickey, *Ancient Greek Scholarship: A Guide to Finding, Reading, and Understanding Scholia, Commentaries, Lexica and Grammatical Treatises, from their Beginnings to the Byzantine Period*, London-New York, 2007, p. 94, che a sua volta rinvia alla recensione di R. Otranto, in «Quaderni di Storia», XXXVIII, 1993, p. 225-231.

4 Si veda l'edizione «Photii Patriarchae Lexicon», *cur.* Ch. Theodoridis, Berlin-New York, 1982-2013.

καθ'ἡμᾶς σχολῆς – ἀλλ'οὖν ἂς μάλιστά γε εἰδέναι προσήκει καὶ ἀναγκαῖον κεχρῆσθαι συναγαγὼν τὴν ἀναγραφήν σοι κατὰ στοιχεῖον ἐποιησάμην, οὐδὲ τῶν ποιητικῶν παντελῶς ἀποστάς· ἐπεὶ μηδ'ὅσοι ταύτας συνειλόχασι τῶν ἁρμοζόντων τῇ χωρὶς μέτρου φράσει παντελῶς ἀπέσχοντο. ταύτην δέ σοι ἄρα τὴν ὑπόθεσιν συνεταξάμην μνήμης τε ἅμα καὶ φιλίας ἀφοσίωσιν. διὸ εἰ καί τινας τῶν λέξεων περιέχει τὸ σύνταγμα, ἐν αἷς ἡ ποιητικὴ διατρίβει μοῦσα, περιττὸν οὐδὲν οὐδὲ φιλότιμον οὐδὲ νοθεῦον τὴν πρόθεσιν· ἐφ'ὧν τε γὰρ οὐκ ἔστι πολιτικὴν φωνὴν εὑρεῖν δηλοῦσαν καθαρῶς τὸ ὑποκείμενον, οὐ ποιητικὴν μόνον ἀνάγκη λαβεῖν, ἀλλὰ καὶ εἰ γλῶτταν ἀπομάττοιτο· τὸ γὰρ ἔχειν ὁτιοῦν ὀνόματι εἰπεῖν τοῦ μὴ ἔχειν χρειωδέστερον. ναὶ δὴ καὶ ὁ λίαν σεμνὸς καὶ τὸν ὄγκον πεποιημένος κόσμον λόγος πολλάς, αἷς τὸ ποιητῶν ἐντείνεται μέτρον, τῇ οἰκείᾳ σπουδῇ φιλεῖ ὑποβάλλεσθαι. καὶ μέντοι καὶ ὅσαι σαφέστεραι μέν εἰσι τῶν λέξεων, δοκοῦσι δέ πως μνήμης δεῖσθαι τῆς ἀναγούσης αὐτὰς εἰς τοὺς γεγεννηκότας, οὐδὲ τούτων κατὰ τὸ δυνατὸν τοὺς πατέρας ἀπεσιωπήσαμεν. ἀλλὰ καὶ εἴ πού τις ἐν τοῖς ἀρχαίοις ἀσάφεια τῇ τῶν λέξεων παραπλεκομένη ἑρμηνείᾳ τὸ τοῦ λόγου διέφθειρε χρήσιμον, οὐδὲ ταύτην λελυμασμένην ἐγκατελίπομεν, ἀλλ'εἰς τὸ σαφέστερον καὶ συνοπτικώτερον ἡρμοσάμεθα. σὺ δὲ κατὰ μέρος ἀναγινώσκων τὴν παροῦσαν τῶν λέξεων συναγωγήν, ἀκριβέστερον ἂν εἴης ἐποπτεύων, πότερον κομψευομένη μᾶλλον ἢ τὸ μέτριον τιμῶσα ἡ ὑπόσχεσις προοιμιάσατο. ἀλλὰ γὰρ προσθείην, ὡς οἶμαι, καὶ πονοῦντί σοι περὶ τοὺς ῥητορικοὺς καὶ συγγραφικοὺς λόγους ἡ τῶν λογάδων λέξεων μελέτη τὴν ἐπὶ τοῖς ῥήμασι δύναμιν σοφωτέραν μᾶλλον ἐπιμαρτυρήσειεν.

<Fozio saluta Tommaso, protospatario e direttore del Licostomio, suo amatissimo allievo.>

La maggior parte delle parole che sono in uso presso i poeti, per il beneficio di chi voglia occuparsene, fu raccolta da Diogeniano: anche se pure molti altri si dedicarono alla stessa o solo simile impresa, tuttavia, almeno a quanto mi è dato di sapere, costui non è secondo a nessuno dei predecessori nella suddetta materia. (Per) quei lessemi degli oratori e degli storici attici che sono di per sé semplicemente adatti a chi non voglia oltrepassare la consueta misura dell'eloquio e quelli della teologia odierna che necessitano di essere spiegati, se non addirittura tutti – non è certo impresa più semplice, né si tratta di finta modestia, ma ben più grande anche solo rispetto al mio impegno – ebbene di queste parole, selezionando quelle che soprattutto è opportuno conoscere e fondamentale impiegare, feci una raccolta in ordine alfabetico a tuo uso, senza però escludere del tutto il lessico poetico, poiché neppure quanti hanno radunato questi vocaboli che sono affini alla prosa se ne distaccano.

Approntai questo studio introduttivo quale adempimento al vincolo della memoria

della nostra amicizia.
Perciò se anche la raccolta comprende alcuni lemmi peculiari della poesia, nulla vi è di superfluo, né di compiacimento né tale da snaturare il mio proposito: nei casi in cui non è possibile reperire una definizione gergale che renda chiaramente il significato, non solo è doveroso servirsi di quella poetica, ma pure imitarne lo stile linguistico: invero poter definire un oggetto con un vocabolo è ben più utile che non poterlo fare.
Certo l'eloquio oltremodo elevato e che fa della sovrabbondanza un ornamento ama appropriarsi con particolare zelo di molti vocaboli tipici della poesia.
Ebbene anche tra i termini quelli il cui significato è più certo e paiono in tal senso di dover essere ricordati ai posteri a loro riguardo, per quanto possibile, non abbiamo taciuto il nome di chi li coniò.
Ma anche laddove l'oscurità del linguaggio arcaico ha pregiudicato l'interpretazione delle parole, annullando l'utilità di un singolo vocabolo, non per questo l'abbiamo lasciato nel dimenticatoio, e anzi l'abbiamo ripreso e adattato al fine di maggior chiarezza e completezza.
Tu, esaminando nella sua articolazione la presente raccolta di lemmi, possa fartene censore, e valutare se quanto mi sono ripromesso abbia più privilegiato l'eleganza che non rispettato la giusta misura.
Potrei infatti proseguire, come credo, e la cura dedicata ai lemmi scelti aggiungerebbe prova ancor più forte e sicura alle mie parole agli occhi tuoi che ti occupi di retorica e storiografia[5].

Il fine dell'opera ivi dichiarato, pertanto, consiste nell'approntare una raccolta in ordine alfabetico delle espressioni da impiegare preferibilmente per scrivere in uno stile comprensibile, non ampolloso e in ultima analisi bello, che non disdegna di mutuare vocaboli anche dal linguaggio poetico.

Questo è del resto il primario interesse che spinge Fozio anche nelle letture riassunte nella *Biblioteca*, ritenendo egli la consultazione degli autori antichi e soprattutto degli atticisti di epoca romana funzionale innanzitutto al miglioramento della prosa del lettore[6].

Tuttavia, pur mirando esplicitamente a queste finalità pratiche, l'autore manifesta altresì una certa apprensione a che i posteri mantengano in memoria quanto riportato nel *Lessico*, se non addirittura un qualche gusto antiquario. Con palpabile orgoglio, poi, egli sottolinea il proprio erudito coraggio nell'aver affrontato financo problemi interpretativi pur di non tralasciare

5 Dove non altrimenti segnalato, le traduzioni sono della scrivente. Si ringraziano il prof. Pietro Cobetto Ghiggia e il prof. Luigi Silvano per il gentile aiuto e i preziosi consigli.

6 Così sostiene Dickey, *op. ult. cit.*, p. 104, notando la frequenza dei giudizi stilistici e di autenticità sulle opere menzionate nella *Bibliotheca*.

espressioni ormai oscure.

Indagando il suo rapporto con Arpocrazione, è certamente interessante notare che nell'esprimere la propria tendenza enciclopedica il patriarca non lo denuncia come modello neppure con mero riferimento ai lemmi tratti dagli oratori. Al contrario, egli si limita a individuare un antecedente del proprio lavoro, concentrato sulla letteratura in prosa, in quello già compiuto sul linguaggio poetico da Diogeniano.

Costui assurge anche nella *Bibliotheca* a vero e proprio paradigma del genere lessicografico[7] ed è ricordato dalla *Suda*[8] quale autore in età adrianea

7 Cfr. Phot., *Biblioth.* p. 99.a cod. 145: Ἀνεγνώσθη λεξικὸν κατὰ στοιχεῖον Ἑλλαδίου, ὧν ἴσμεν λεξικῶν πολυστιχώτατον. Οὐ λέξεων δὲ μόνον ἡ συναγωγή, ἀλλ'ἐνίοτε καὶ κομματικῶν τινῶν χαριεστάτων λόγων καὶ εἰς κῶλου πολλάκις σύνθεσιν ἀπαρτιζομένων. Πεζοῦ δὲ λόγου ἐστὶ τὸ πλεῖστον τῶν λέξεων, ἀλλ' οὐχὶ ποιητικοῦ, ὥσπερ ἡ Διογενιανῷ ἐκπονηθεῖσα συλλογή· οὐδὲ κατὰ πάσας τὰς συλλαβὰς τὴν τοῦ στοιχείου τάξιν φυλάττει, ἀλλὰ κατὰ μόνην τὴν ἄρχουσαν. *Ho letto il lessico compilato in ordine alfabetico di Elladio. È il più esteso dei lessici a mia conoscenza. Non si tratta soltanto di una raccolta di singole parole, ma talora anche di alcune bellissime locuzioni, spesso per giunta complete nella composizione del membro retorico. La maggior parte delle parole proviene dal linguaggio prosastico, ma non poetico, come la raccolta redatta da Diogeniano, e non mantiene l'ordine alfabetico con riferimento a tutte le sillabe, ma solo a quella iniziale*; cod. 149: Ἀνεγνώσθη Πολλίωνος λεξικὸν κατὰ στοιχεῖον. Ἔχει πλείστας ποιητικὰς λέξεις, ἧττον δὲ Διογενιανοῦ· εἰς τὸ διπλάσιον δὲ αὐτῷ τῆς ἐκείνου πραγματείας τὸ φιλοπόνημα παρατείνεται. *Ho letto il lessico redatto in ordine alfabetico di Pollione. Contiene moltissimi termini poetici, ma meno di quello di Diogeniano: il lavoro di quest'ultimo si estende infatti fino al doppio di quell'opera*.

8 Sv. Διογενειανός[2]· Ἡρακλείας ἑτέρας, οὐ τῆς Πόντου, γραμματικός, γεγονὼς καὶ αὐτὸς ἐπὶ Ἀδριανοῦ βασιλέως. ἐπιστατέον δὲ μήποτέ ἐστιν ὁ ἐκ τῆς Ἀλβάκης Ἡρακλείας τῆς ἐν Καρίᾳ ἰατρός· ἦν γὰρ οὗτος παντοῖος λόγος (leggo con Toup e Whitehead: λόγιος)· οὐ γὰρ εὗρον ῥητῶς τὸ ἐξ Ἡρακλείας αὐτὸν εἶναι τῆς ἐν Πόντῳ, ἀλλ' οὕτω παρά τισι δεδόξασται. ἔστι δὲ αὐτοῦ βιβλία ταῦτα· Λέξις παντοδαπὴ κατὰ στοιχεῖον ἐν βιβλίοις ε· ἐπιτομὴ δέ ἐστι τῶν Παμφίλου λέξεων βιβλίων ε καὶ τετρακοσίων καὶ τῶν Ζωπυρίωνος· Ἐπιγραμμάτων ἀνθολόγιον, Περὶ ποταμῶν, λιμνῶν, κρηνῶν, ὀρῶν, ἀκρωρειῶν, Περὶ ποταμῶν κατὰ στοιχεῖον ἐπίτομον ἀναγραφήν, Συναγωγὴν καὶ πίνακα τῶν ἐν πάσῃ γῇ πόλεων· καὶ λοιπά *Diogeniano[2]: di un'altra Eraclea, non quella del Ponto, grammatico, vissuto anche lui sotto l'imperatore Adriano. Bisogna considerare forse che sia il medico di Eraclea Albace in Caria: costui era infatti un erudito eclettico; non ho trovato invero esplicitamente che egli fosse di Eraclea nel Ponto, ma tale è l'opinione di alcuni. I suoi libri sono i seguenti: un lessico di vario genere in ordine alfabetico in 5 libri – è un'epitome del lessico di Panfilo in 405 libri e dell'antologia di epigrammi di Zopirione –; Sui fiumi, i porti, le sorgenti, le montagne e le creste montuose; Sui fiumi trattato in compendio in ordine alfabetico, Raccolta e tavola delle città nell'intera Terra etc.* Questo Diogeniano secondo la *Suda* non deve essere confuso con il suo contemporaneo Διογενειανός[1]· Ἡρακλείας Πόντου, γραμματικός, γεγονὼς ἐπὶ Ἀδριανοῦ βασιλέως *Diogeniano[1]: di Eraclea del Ponto, vissuto sotto l'imperatore Adriano*. Attribuita a Diogeniano ci è giunta altresì una raccolta di 775 proverbi in ordi-

di un'opera in cinque libri dal titolo Λέξις παντοδαπὴ κατὰ στοιχεῖον, epitome del lessico di Panfilo[9].

Anche Esichio, nell'*Epistola a Eulogio*, afferma ripetutamente di basare il proprio *Lexicon* su quello di Diogeniano, il che consente di sostenere che Arpocrazione presentasse rispetto a quest'ultimo una spiccata autonomia, vista a sua volta quella di Esichio dal grammatico alessandrino[10].

Arpocrazione, al contrario, non è menzionato neppure nei codici 145-158 del cosiddetto *Myriobiblon*, in cui si tratta di diverse opere appartenenti al genere lessicografico, ma il suo nome compare soltanto al codice 167 all'interno dell'elenco delle fonti filosofiche di Giovanni Stobeo e, quindi, si riferisce all'omonimo platonico argivo[11].

Occorre tuttavia tenere a mente che la *Bibliotheca* non costituisce affatto il catalogo completo di tutte le letture del patriarca, ma recensisce soltanto quelle compiute in un determinato periodo della sua vita: lo afferma invero l'autore stesso nella postfazione, laddove egli fa dono al fratello Tarasio della propria memoria bibliografica dall'età in cui ha acquisito la capacità di comprensione e critica testuale fino al momento della redazione del testo[12].

---

ne alfabetico, sulla quale si vedano: A. Dihle, *Greek and Latin Literature of the Roman Empire: From Augustus to Justinian*, London, 1989, p. 254, ed E. Lelli, *I Proverbi greci: le raccolte di Zenobio e Diogeniano*, Soveria Mannelli, 2006. Sulla sua antologia di epigrammi menzionata nella *Suda*, si veda invece G. Nisbet, *Greek Epigram in the Roman Empire: Martial's forgotten Rivals*, Oxford, 2003, p. 22 s.

9 Anche su Panfilo la *Suda* fornisce qualche informazione: Πάμφιλος², ʼΑλεξανδρεύς, γραμματικὸς ʼΑριστάρχειος. ἔγραψε Λειμῶνα· ἔστι δὲ ποικίλων περιοχή, Περὶ γλωσσῶν ἤτοι λέξεων βιβλία ϛε· ἔστι δὲ ἀπὸ τοῦ ε στοιχείου ἕως τοῦ ω· τὰ γὰρ ἀπὸ τοῦ α μέχρι τοῦ δ Ζωπυρίων πεποιήκει. Εἰς τὰ Νικάνδρου ἀνεξήγητα καὶ τὰ καλούμενα ʼΟπικά, Τέχνην κριτικήν, καὶ ἄλλα πλεῖστα γραμματικά *Panfilo²: alessandrino, grammatico della scuola di Aristarco. Scrisse I prati – un compendio di contenuto vario –, Sulle parole bisognose di spiegazione, cioè un lessico – 95 libri: parte dalla lettera epsilon fino alla omega; infatti Zopirione aveva già completato le lettere dalla alfa fino alla delta –, Sui passaggi non spiegati di Nicandro e i cosiddetti Opica, L'arte della critica e moltissime altre opere di grammatica.*

10 Insiste sulla comune discendenza da Diogeniano dei lessici di Fozio e di Esichio anche K. Tsantsanoglou, *Τὸ λεξικὸ τοῦ Φοτίου. Χρονολόγηση χειρόγραφη παράδοση*, Thessalonike, 1967, p. 13.

11 Phot., *Biblioth.* p. 114.a cod. 167.

12 Per la selezione dei contenuti da parte dell'autore della *Biblioteca*, che in particolare avrebbe ridotto al minimo la trattazione dei testi di più larga diffusione, si vedano Impellizzeri, *op. ult. cit.*, p. 354 ss.; C. Bevegni, *Fozio, Eunomio e i Padri Cappadoci*, in «Fozio tra crisi ecclesiale e magistero letterario», *cur.* G. Menestrina, Brescia, 2000, p. 57 ss., sulla base dell'epistola prefatoria e della postfazione; L. Canfora, *«Thesaurus insignis, non liber»*, in Fozio, *Bibliotheca* (a cura di N. Bianchi, C. Schiano), Pisa, 2016, p. XLI ss.

Ὃ μὲν οὖν φιλολογουμένοις ἡμῖν καθ’ἑαυτοὺς εἰς ἀνάμνησιν ἐλθεῖν συνηνέχθη, χωρὶς ὧν ἡ σπουδὴ καὶ μελέτη τέχνας φιλεῖ καὶ ἐπιστήμας ἐργάζεσθαι, ἀφ’οὗπερ τις αἴσθησις ἡμῖν ἀμηγέπῃ καὶ κρίσις λόγων ἐνεφύη μέχρι τῆς παρούσης τῶν ἀνεγνωσμένων ὡς ἐν τύπῳ συνεκδόσεως, εἰς τοσοῦτον, οἶμαι, συνάγεται πλῆθος, τριακοσιοστῷ καὶ πεντεκαιδεκάτῳ μέρει προελθεῖν ἄχρι τῶν τριακοσίων κωλυόμενον. Σὺ δ’ὦ τῶν ἐμοὶ κεκοινωνηκότων μητρικῶν ὠδίνων ἐρασμιώτατε, εἰ μὲν ταύτην τὴν πρεσβείαν διανοοῦντα τὸ κοινὸν καὶ ἀνθρώπινον καταλάβοι τέλος, ἔχεις τὴν αἴτησιν τῆς ἐλπίδος οὐ διαμαρτοῦσαν, φιλίας τε ἅμα καὶ παραμυθίας ὑπόθεσιν καὶ ἀνάμνησιν, καὶ δὴ καὶ ἀπαρχὴν καὶ τελευτὴν ἀφοσιουμένην τῶν σῶν κατὰ λογικὴν θεωρίαν αἰτήσεων τὴν ἐκπλήρωσιν. Εἰ δ’ἐκεῖθεν ἡμᾶς ἀνασωσάμενον τὸ θεῖόν τε καὶ φιλάνθρωπον νεῦμα εἰς τὴν ἀλλήλων θέαν καὶ προτέραν ἀπόλαυσιν ἀποκαταστήσει, τάχα ἂν ἑτέρων ἐκδόσεων οὐκ ἐλαττόνων ἀρχὴ ταῦτα εἴη παραπλησίῳ τύπῳ παρεχομένων σοι τὴν ὠφέλειαν.

Quanto dunque si è accumulato nella mia memoria mediante le mie personali ricerche, oltre a quanto sogliono procurare in abilità e conoscenze studio ed esercizio, dal tempo in cui sorse in me in qualche modo una certa capacità di intendere e di giudicare di letteratura fino alla presente raccolta, che è come un esempio delle mie letture, ammonta, io credo, a un numero che raggiunge 279 autori. Ma tu, che mi sei il più caro dei fratelli che abbiamo in comune lo stesso travaglio materno, se, mentre io attendo a questa ambasceria, dovesse raggiungermi il comune destino degli uomini, non sarai deluso nelle tue aspettative e avrai insieme un pegno di amore e di conforto e un ricordo, e inoltre un principio e una fine che soddisfa l’esigenza dei tuoi desideri nel campo della cultura letteraria. Se poi la benevola volontà divina mi conserva e mi concede di ritornare di là, e di rivederci e di vivere insieme come prima, forse quest’opera potrebbe essere il principio di altre pubblicazioni di non minore importanza, che in una forma simile potrebbero essere a te di utilità[13].

Inoltre, se sul punto la lettera prefatoria non costituisce una mera *fictio*, la *Bibliotheca* conterrebbe l’argomento dei soli libri letti da Fozio in assenza del dedicatario, senza nulla provare circa quelli a entrambi già noti:

Ἐπειδὴ τῷ τε κοινῷ τῆς πρεσβείας καὶ τῇ βασιλείῳ ψήφῳ πρεσβεύειν ἡμᾶς ἐπ’ Ἀσσυρίους αἱρεθέντας ᾔτησας τὰς ὑποθέσεις ἐκείνων τῶν βιβλίων,

13 La traduzione italiana è tratta da Impellizzeri, *op. ult. cit.*, p. 355 nt. 1. Si veda il quadro interpretativo di Canfora, *«Thesaurus insignis, non liber»*, cit., p. XLIV ss., secondo il quale la *Bibliotheca* coprirebbe l’intera attività dell’autore, non soltanto il periodo di cattività a cui alluderebbe l’epistola prefatoria.

οἷς μὴ παρέτυχες ἀναγινωσκομένοις, γραφῆναί σοι, ἀδελφῶν φίλτατέ μοι, Ταράσιε, ἵν'ἔχοις ἅμα μὲν τῆς διαζεύξεως ἣν βαρέως φέρεις παραμύθιον, ἅμα δὲ καὶ ὧν οὔπω εἰς ἀκοὰς ἡμῶν ἀνέγνως εἰ καὶ διατυπωτικήν τινα καὶ κοινοτέραν τὴν ἐπίγνωσιν (ταῦτα δέ ἐστι πεντεκαιδεκάτῳ μέρει τῶν τριακοσίων ἐφ'ἑνὶ καὶ οὐ πλέον ἀπολείποντα, τοσαῦτα γάρ, οἶμαι, τῆς σῆς οὐ τυχόντα παρουσίας ἀναγνωσθῆναι συνέπεσεν), ὀψὲ μὲν ἴσως τοῦ σοῦ διαπύρου πόθου καὶ τῆς θερμῆς αἰτήσεως, θᾶττον δὲ ἢ ὅσα ἄν τις ἄλλος ἐλπίσειε, τυχόντες ὑπογραφέως, ὅσας αὐτῶν ἡ μνήμη διέσωζε, τὸν σὸν ὥσπερ ἀφοσιούμενοι πόθον καὶ τὴν ἀξίωσιν ἐκδεδώκαμεν. οὕτω δὲ τάξεως αἱ ὑποθέσεις ἐπιλήψονται, ὡς ἂν ἑκάστην αὐτῶν ἡ μνήμη προβάλοι, οὐ χαλεπὸν ὂν καὶ εἴ τις ἕλοιτο ἰδίᾳ μὲν τούτων ὅσα τῆς ἱστορίας ἐστίν, ἰδίᾳ δὲ ὅσα πρὸς ἄλλον καὶ ἄλλον σκοπὸν ἀναφ.... . . . . εἶδος . . . . ἀλλὰ περιττῆς . . . . . τιμίας μᾶλλον . . . . . νομίζων ἀξι. . . . . δὲ καὶ τὸ ποικίλον ἐν πολλοῖς καὶ πολλάκις ὁρμ... καὶ κόρον οὐκ οἶδε τίκτειν εἰς μι... Εἰ δέ σοί ποτε κατ'αὐτὰ γενομένῳ τὰ τεύχη καὶ φιλοπονουμένῳ τινὰ ὑποθέσεων ἐλλιπῶς ἢ οὐκ εἰς τὸ ἀκριβὲς δόξουσιν ἀπομεμνημονεῦσθαι, μηδὲν θαυμάσῃς. Μίαν μὲν γὰρ ἑκάστην βίβλον ἀναλεγομένῳ τὴν ὑπόθεσιν συλλαβεῖν καὶ μνήμῃ καὶ γραφῇ παραδοῦναι ἀξιόλογον ἔργον ἐστὶ τῷ βουλομένῳ· ὁμοῦ δὲ πλειόνων, καὶ τότε χρόνου μεταξὺ διαρρυέντος, εἰς ἀνάμνησιν μετὰ τοῦ ἀκριβοῦς ἐφικέσθαι οὐκ οἶμαι ῥᾴδιον εἶναι. Ἡμῖν δὲ καὶ ὅσον ἐπιπολάζει τῶν ἀνεγνωσμένων καὶ οὐδὲ τὰς σὰς διὰ τὸ πρόχειρον ἴσως διαπέφευγε μελέτας, οὐδὲ τούτοις τὴν ἐπὶ τοῖς ἄλλοις ὁμοίαν ἐθέμεθα φροντίδα, ἀλλὰ κατὰ τὸ ἐκούσιον τὸ ἀκριβὲς αὐτῶν ὑπερώφθη. Εἰ δέ τι καὶ ἄλλο χρειῶδες καὶ τῆς σῆς αἰτήσεως ἐπὶ πλέον ταῖς ὑποθέσεσι συνεισπίπτει, αὐτὸς μᾶλλον συνήσεις. Χρησιμεύσει δέ σοι δηλονότι τὰ ἐκδεδομένα εἴς τε κεφαλαιώδη μνήμην καὶ ἀνάμνησιν τῶν εἴτε κατὰ σεαυτὸν ἀναλεξάμενος ἐπῆλθες, καὶ εἰς ἕτοιμον εὕρεσιν τῶν ἐν αὐτοῖς ἐπιζητουμένων, οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ εἰς εὐχερεστέραν ἀνάληψιν τῶν οὔπω τὴν ἀνάγνωσιν τῆς σῆς συνέσεως ὑπελθόντων.

Dopo il voto unanime dell'ambasceria e la decisione imperiale che mi hanno scelto a far parte della missione presso gli Assiri, tu mi hai chiesto che fossero messi per iscritto per te, o amatissimo fratello Tarasio, gli argomenti di quei libri, alla cui lettura non fosti presente, per avere insieme e un conforto della separazione che mal volentieri sopporti e una conoscenza, seppur sommaria e generica, di essi che ancora non hai letti con me. Son, questi libri, 279: tanti, credo mi accadde di leggerne in tua assenza. Troppo tardi forse per il tuo vivo desiderio e per la tua ardente preghiera, ma più presto di quanto qualcun altro potesse sperare, ho trovato un segretario e ho pubblicato quanto di essi la mia memoria riteneva, soddisfacendo, come un pio voto, il tuo desiderio e la tua richiesta. Gli argomenti dei libri saranno trattati nell'ordine in cui ciascuno di essi mi si presenterà alla

memoria, non perché sia difficile tra essi scegliere quelli che riguardano la storia o quelli che si riferiscono a un genere o all'altro … (a questo punto si trova nel testo tradito una lacuna incolmabile) *Ma se tu una qualche volta dovessi dedicarti allo studio di questi libri e qualcuno di questi argomenti dovesse sembrarti rievocato dalla memoria in maniera insufficiente e imprecisa, non meravigliartene. Perché leggere un sol libro per volta, coglierne l'argomento e affidarlo alla memoria e alla scrittura è opera degna di chiunque. Ma di parecchi libri insieme, e quando è trascorso in mezzo del tempo, giungere a una rievocazione precisa non credo sia cosa facile. Per altro, dei libri da noi letti che sono comuni e che forse non sono sfuggiti nemmeno al tuo studio per la loro facile accessibilità, non ci siamo dati la stessa cura che degli altri, ma deliberatamente se n'è trascurato un preciso ragguaglio. Se invece negli argomenti v'è aggiunto qualche altro dato utile che oltrepassa il tuo desiderio, tu ne trarrai una migliore intelligenza (delle opere). Certamente questa pubblicazione ti sarà utile per un ricordo e per un richiamo sommario alla memoria delle opere già da te lette e per un rapido reperimento di ciò che in esse cerchi, ma anche per una più facile comprensione delle opere che ancora non sono giunte alla tua intelligente lettura*[14].

Preme ancora rilevare che il sopra evidenziato vincolo tra i due lessicografi si manifesta con marcata evidenza proprio in materia giuridica, riguardo alla quale la raccolta di Arpocrazione deve avere costituito una fonte particolarmente preziosa per lo studioso bizantino, essendo imperniata sul linguaggio logografico e, nel dettaglio, avendone analizzato numerose espressioni tecniche.

Di fatto, nel testo del *Lexicon* pervenutoci sono ripresi quasi tutti[15] i lem-

14 La traduzione è nuovamente mutuata da Impellizzeri, *op. ult. cit.*, p. 353 s. Si veda l'interpretazione di Canfora, *«Thesaurus insignis, non liber»*, cit., p. XXX ss., secondo cui la missione presso gli Assiri costituirebbe una metafora della condanna di Fozio da parte dell'VIII concilio ecumenico.

15 Si vedano le voci: ᾽Αγορανόμοι, ᾽Αγραφίου, ᾽Αδικίου, ᾽Αδοκίμαστος, ᾽Αειλογία, ᾽Αζήτητον, Αἰδέσασθαι, Αἰκίας, ᾽Αμφισβητεῖν καὶ παρακαταβάλλειν, ᾽Αμφοτερόπλουν, ᾽Ανάγειν, ᾽Αναγκαῖον, ᾽Αναδικάσασθαι, ᾽Ανάκρισις, ᾽Ανδροληψία, ᾽Ανελοῦσα γὰρ τὸν νόμον τοῦτον ἐχειροτόνησεν αὐτῇι, Harp. sv. ᾽Ανθυπώμοσαν e Phot., *Lex.* sv. ᾽Ανθυπωμοσία, ᾽Αντιγραφεύς, Harp. sv. ᾽Αντιγραφή e Phot., *Lex.* sv. ᾽Αντιγραφή[2], ᾽Αντωμοσία, Harp. sv. ῎Απαγε e Phot., *Lex.* sv. ῎Απαγε[2], ᾽Απεσχοινισμένος, ᾽Αποκηρύττοντες, ᾽Απόκρισις, ᾽Απονομή, ᾽Απόρρητα, ᾽Απόταξις, ᾽Αποτιμηταί καὶ ᾽Αποτίμημα καὶ ᾽Αποτιμᾶν, ᾽Απόφασις, ᾽Αποψηφίζονται, ᾽Απροβούλευτον, ᾽Απρόσκλητον, Harp. sv. ῎Αστικτον χωρίον e Phot., *Lex.* sv. ῎Αστικτον, ᾽Αστυνόμος, ᾽Ατίμητος ἀγὼν καὶ τιμητός (che pare in Fozio un'epitome piuttosto libera), Αὐτομαχεῖν, ᾽Αφαίρεσις, Harp. sv. ᾽Αφανὴς οὐσία καὶ φανερά e Phot., *Lex.* sv. ᾽Αφανὴς, ᾽Αφεὶς καὶ ᾽Απαλλάξας, ᾽Αφορμή, Harp. sv. Βάραθρον e Phot., *Lex.* sv. Βάραθρον[2], Βεβαιώσεως, Βιαίων, Harp. sv. Βουλεία e Phot., *Lex.* sv. Βουλαία, Harp. sv. Βουλεύσεως e Phot., *Lex.* sv. Βουλεύσεως[2],

Harp. sv. Γεννῆται e Phot., *Lex.* sv. Γεννῆται[2], Harp. sv. Γραμματεύς e Phot., *Lex.* sv. Γραμματεύς[1], Harp. sv. Γραφή e Phot., *Lex.* sv. Γραφή[2], Harp. sv. Δατεῖσθαι e Phot., *Lex.* sv. Δατεῖσθαι καὶ δατηταί, Δεκάζων, Δέκα καὶ δεκαδοῦχος, Harp. sv. Δεκαδαρχία e Phot., *Lex.* sv. Δεκαδαρχίαι, Δεκατεύειν, Δεκατευτάς, Harp. sv. Δεκατηλόγους e Phot., *Lex.* sv. Δεκατηλόγον, Δήμαρχος, Δημόκοινος, Δημοποίητος, Harp., sv. Δημόσιος e Phot., *Lex.* sv. Δημόσιος[1], Harp., sv. Δημοτευόμενος e Phot., *Lex.* sv. Δημοτευόμενος[2], Harp., sv. Διάγραμμα e Phot., *Lex.* sv. Διάγραμμα[1], Διακεχρημένον, Διάθεσις, Διάληξις, Διαχειροτονία, Διαμεμετρημένη ἡμέρα, Διαψήφισις, Διαμαρτυρία καὶ διαμαρτυρεῖν, Διαιτηταί, Διεγγύησιν, Harp. sv. Δικαίωσις e Phot., *Lex.* sv. Δικαιώσεις, Harp. sv. Δίκη e Phot., *Lex.* sv. Δίκη[3], Δοκιμασθείς, Δόσις, Δωροξενία, Harp. sv. Δώρον γραφή Phot., *Lex.* sv. Δωρογραφή, Ἔθνος, Harp. sv. Εἰσαγγελία e Phot., *Lex.* sv. Εἰσαγγελία[3], Ἐκδικάσασθαι, Ἔκδοσις, Ἐκκλητεύειν, Ἐκλογεῖς, Ἐκμαρτυρία, Ἐκφυλλοφορῆσαι, Harp. sv. Ἑλληνοταμίαι e Phot., *Lex.* sv. Ἑλληνοταμίαι[2], Ἔμμηνοι δίκαι, Harp. sv. Ἐνεπίσκημμα καὶ ἐνεπισκήψασθαι e Phot., *Lex.* sv. Ἐνεπίσκημμα καὶ ἐνεπισκήψασθαι[2], Ἐνετιμᾶτο, Harp. sv. Ἐν Φρεαττοῖ e Phot., *Lex.* sv. Ἐν Φρεαττοῖ[2], Ἐξαιρέσεως δίκη, Ἐξεγγύησις, Ἐξηγητής, Harp. sv. Ἐξούλης e Phot., *Lex.* sv. Ἐξούλης[1], Ἐξωμοσία, Harp. sv. Ἐπαγγελία e Phot., *Lex.* sv. Ἐπαγγελία καὶ ἐπαγγεῖλαι, Harp. sv. Ἐπακτὸς ὅρκος e Phot., *Lex.* sv. Ἐπακτὸς ὅρκος[2], Ἐπεδίκασε καὶ ἐπεδικάσαντο, Ἐπεσκήψατο, Ἐπιβολή, Ἐπιγνώμονας, Harp. sv. Ἐπὶ Δελφινίωι e Phot., *Lex.* sv. Ἐπὶ Δελφινίῳ[1], Ἐπιδιατίθεσθαι, Harp. sv. Ἐπιδιετὲς ἠβῆσαι e Phot., *Lex.* sv. Ἐπιδιετὲς ἠβῆσαι[2], Ἐπίδικος καὶ ἐπίκληρος καὶ ἐπίπροικος καὶ ἐπικληρῖτις, Harp. sv. Ἐπικεκηρυχέναι e Phot., *Lex.* sv. Ἐπικεκηρυχέναι[2], Ἐπικηρυκεία, Ἐπιλαχών, Ἐπιμελητὴς τῶν μυστηρίων, Harp. sv. Ἐπιμελητὴς ἐμπορίου e Phot., *Lex.* sv. Ἐπιμελητὰς ἐμπορίου, Ἐπιορκήσαντα, Ἐπίπεμπτον, Ἐπὶ Πρυτανείωι, Harp. sv. Ἐπίσκοπος e Phot., *Lex.* sv. Ἐπίσκοποι, Ἐπιστάτης, Harp. sv. Ἐπιτρέπειν e Phot., *Lex.* sv. Ἐπιτρέπειν τοῖς οἰκείοις, Ἐπιχειροτονία, Ἐπιψηφίζων, Ἐπόγδοον, Harp. sv. Ἐπωβελία e Phot., *Lex.* sv. Ἐπωβελία[2], Harp. sv. Ἐρανίζοντες e Phot., *Lex.* sv. Ἐρανίσας, Ἑτερόφθαλμος, Harp. sv. Εὔθυνοι e Phot., *Lex.* sv. Ευθύναι, Harp. sv. Ἔφεσις e Phot., *Lex.* sv. Ἔφεσις[3], Ἔφεκτος τόκος, Harp. sv. Ἐφέται e Phot., *Lex.* sv. Ἐφέται[3], Ἐχῖνος, Ζητητής, Harp. sv. Ἡγεμονία δικαστηρίου e Phot. *Lex.* sv. Ἡγεμονία δικαστηρίου[1], Ἡγεμὼν συμμορίας, Harp. sv. Ἡλιαία καὶ ἡλίασις e Phot., *Lex.* sv. Ἡλιαία καὶ ἡλιάζεσθαι, Θέσθαι, Θεσμός, Θεσμοθέται, Θέτης, Harp. sv. Θεωρικά e Phot., *Lex.* sv. Θεωρικά[2], Harp. sv. Θῆτες καὶ θητικόν e Phot., *Lex.* sv. Θητεὺς καὶ θητικόν, Θίασος, Ἰδίαν, Harp. sv. Ἱερομνήμονες e Phot., *Lex.* sv. Ἱερομνήμονες[2], Harp. sv. Ἵπparχος e Phot., *Lex.* sv. Ἵπparχος[2], Harp. sv. Ἱππάς e Phot., *Lex.* sv. Ἱππάς[2], Harp. sv. Ἴσαι ψῆφοι e Phot., *Lex.* sv. Ἴσαι ψῆφοι[3], Ἰσοτελὴς καὶ ἰσοτέλεια, Harp. sv. Καδίσκος e Phot., *Lex.* sv. Καδίσκος[2], Harp. sv. Καθάρσιον e Phot., *Lex.* sv. Καθάρσιον[2], Καθελών, Harp. sv. Κακοτεχνιῶν e Phot., *Lex.* sv. Κακοτεχνιῶν[2], Harp. sv. Κακώσεως e Phot., *Lex.* sv. Κακώσεως[1], Harp. sv. Καρποῦ δίκη e Phot., *Lex.* sv. Καρποῦ δίκη[2], Harp. sv. Καταβολή e Phot., *Lex.* sv. Καταβολή[3], Harp. sv. Κατὰ δήμους δικαστάς e Phot., *Lex.* sv. Κατὰ δήμους δικασταί, Καταδικασάμενος, Κατάστασις, Κατὰ τὴν ἀγορὰν ἀψευδεῖν, Καταψευδομαρτυρησάμενος, Harp. sv. Κιγκλίς e Phot., *Lex.* sv. Κιγκλίδες, Harp. sv. Κληροῦχοι e Phot., *Lex.* sv. Κληροῦχοι[2], Κλητῆρες καὶ κλητεύειν, Κοινὸν γραμματεῖον καὶ ληξιαρχικόν, Κοινωνικῶν, Harp. sv. Κύρβεις e Phot., *Lex.* sv. Κύρβεις[1], Harp. sv. Κυρία ἐκκλησία e Phot., *Lex.* sv. Κυρία ἐκκλησία[1],

mi latamente qualificabili come giuridici nel *Lessico dei dieci oratori*[16]; mancano del tutto in Fozio, invero, pochissime voci di portata poco significativa (᾽Αποικία, Αὐτοδικεῖν, Διαδόσεις, Καὶ γὰρ τὸ μηδένα τῶν μαχίμων ἄνευ τῆς τῶν ἀρχόντων γνώμης ἀποδημεῖν) o voci estremamente polisemiche nel mutato contesto e registrate in Arpocrazione con un'accezione molto specifica (Γνῶσις, Κλῆσις), mentre in rari casi è stato preferito un modello diverso.

In queste occasioni – sempre se si esclude l'ipotesi dell'inserimento suc-

---

Harp. sv. Ληξιαρχικὸν γραμματεῖον e Phot., *Lex.* sv. Ληξιαρχικὸν γραμματεῖον[1], Λίθος, Λογισταὶ καὶ λογιστήρια, Μετοίκιον, Μετρονόμοι, Μητρῷον, Harp. sv. Μύριοι ἐν Μεγάλῃ πόλει e Phot., *Lex.* sv. Μύριοι ἐν Μεγάλοπόλει, Harp. sv. Ναυκραρικά e Phot., *Lex.* sv. Ναυκραρία[1], Ναυτοδίκαι, Νοθεῖα, Νομοφύλακες, ᾽Οβολοστατοῖ, ῾Ο κάτωθεν νόμος, ῾Ομηρεύοντας, ᾽Οργεῶνας, ᾽Oρος, ᾽Oρυγμα, ᾽Oσιον, ᾽Oτι νόμος ἐστὶν ὑπὲρ μ ἔτη γενόμενον χορηγεῖν παισὶν, ᾽Oτι οἱ ἁλόντες, ᾽Oτι οἱ ποιητοὶ παῖδες, ᾽Oτι πρὸς τὴν φυλὴν, ᾽Oτι παιδὶ καὶ γυναικὶ, ᾽Oτι χιλίας ἐζημιοῦντο, Harp. sv. Οὐσίας δίκη e Phot., *Lex.* sv. Οὐσίας δίκη[1], Παλιναίρετος, Harp. sv. Παλαμναῖος e Phot., *Lex.* sv. Παλαμναῖος[2], Harp. sv. Παραγραφή e Phot., *Lex.* sv. Παραγραφή[1], Παραγγελία, Παράβυστον, Παρακαταβολή καὶ παρακαταβάλλειν, Πάρεδρος, Παράστασις, Παρεγγύησεν καὶ παρεγγυηθέντος, Πεντακοσιομέδιμνον, Harp. sv. Πενέσται e Phot., *Lex.* sv. Πενέσται[1], Harp. sv. Πεντηκόνταρχος e Phot., *Lex.* sv. Πεντηκόνταρχος[2], Πεντηκοστή καὶ πεντηκοστεύεσθαι καὶ πεντηκοστολόγοι, Πινάκια, Πληρωτής, Harp. sv. Ποδοκάκκη e Phot., *Lex.* sv. Ποδοκάκη[2], Πολιτεία, Harp. sv. Πολέμαρχος e Phot., *Lex.* sv. Πολέμαρχος[1], Προβολάς, Προβούλευμα, Harp. sv. Πρόεδροι e Phot., *Lex.* sv. Πρόεδροι[2], Πρόκλησις, Πρόπεμπτα, Πρόσκλησις[2], Προστάτης, Προστιμήματα, Προχειροτονία, Harp. sv. Πρυτανεῖα e Phot., *Lex.* sv. Πρυτανεῖα[2], Πρυτανείας, Πρυτανεύοντα, Πρυτάνεις, Harp. sv. Πυκνί e Phot., *Lex.* sv. Πυκνή[1], Πωληταὶ καὶ πωλητήριον, Πωλάς, Harp. sv. ῾Ρητορικὴ γραφή e Phot., *Lex.* sv. ῾Ρητορικὴ γραφή[1], Harp. sv. Σῖτος e Phot., *Lex.* sv. Σῖτος[1], Σιτοφύλακες, Στρατηγοί, Σύλας, Συλλογῆς, Σύμβολα, Harp. sv. Συμμορία e Phot., *Lex.* sv. Συμμορία[2], Harp. sv. Συγγραφεῖς e Phot., *Lex.* sv. Συγγραφεῖς[2], Σύνδικοι, Harp. sv. Συνήγοροι e Phot., *Lex.* sv. Συνήγοροι[2], Σύγκλητος ἐκκλησία, Harp. sv. Σύνταξις e Phot., *Lex.* sv. Σύνταξις[2], Harp. sv. Συντελεῖς e Phot., *Lex.* sv. Συντελεῖς[2], Harp. sv. Ταμίαι e Phot., *Lex.* sv. Ταμίαι[2], Τετρακόσιοι, Τετραρχία, Τετρυπημένη, Τίμημα, Τοὺς χωρὶς οἰκοῦντας, Τρίγωνον δικαστήριον, Harp. sv. Τριττύς e Phot., *Lex.* sv. Τριττύς[3], Harp. sv. ῾Υπερήμεροι e Phot., *Lex.* sv. ῾Υπερήμερος[2], ῾Υποφόνια, Harp. sv. ῾Υπωμοσία e Phot., *Lex.* sv. ῾Υπωμοσία[3], Harp. sv. Φάσις e Phot., *Lex.* sv. Φάσις[2], Harp. sv. Φρατέρες e Phot., *Lex.* sv. Φράτορες[2], Φύλαρχος.

16 La definizione del criterio di giuridicità in base al quale sono state selezionate le voci è ovviamente demandata all'interprete odierno, essendo il *Lessico dei dieci oratori* organizzato secondo l'ordine alfabetico e non in base a nessi di affinità semantica tracciati dall'autore, come invece l'*Onomasticon* di Polluce. Si è qui prescelta un'accezione estensiva, inclusiva non soltanto delle voci recanti un'intestazione univocabilmente riconducibile al linguaggio tecnico-giuridico, ma anche di quelle che recano informazioni sul diritto attico nel corpo della glossa.

cessivo dei corrispondenti lemmi in Arpocrazione nel corso della tradizione manoscritta – talvolta l'interprete ha l'impressione che la scelta sia dovuta a una maggiore ampiezza e completezza o chiarezza della glossa prescelta[17], in conformità con la dichiarazione di intenti espressa nell'epistola prefatoria.

A queste osservazioni, comunque, bisogna aggiungere che le peculiarità della tradizione del genere letterario ora in discussione impediscono di raggiungere un sufficiente grado di certezza nell'analisi del rapporto tra un'opera lessicografica e i suoi modelli tale da consentire considerazioni più puntuali relative ai singoli lemmi. La funzionalità e il carattere strumentale di questi testi, infatti, ne avrebbe comportato una speciale libertà di epitomazione e interpolazione non soltanto da parte dell'autore della raccolta nei confronti dei propri antecedenti, ma persino per iniziativa del singolo copista, in relazione agli interessi propri e/o dei destinatari dell'opera[18].

Ne è stata ritenuta una spia, ad esempio, la presenza sia nel *Lexicon* foziano che nella *Suda* di più voci aventi la stessa intestazione e riportanti glosse diverse[19]: questa duplicazione interessa per lo più glosse atticiste, che

17 Ad esempio, le azioni ἀποστασίου e ἀπροστασίου sono trattate separatamente dal grammatico alessandrino e congiuntamente dal patriarca, rilevandone in breve i differenti presupposti; anche la διωμοσία è definita *per differentiam* dall' ἀντωμοσία; sv. Ἐπὶ Παλλαδίωι è ripresa da Fozio la testimonianza di Paus. 1.28.8, più dettagliata rispetto alla scarna glossa di Arpocrazione. Si vedano anche i lemmi Ἀπογραφή, Ἀποδέκται, Ἁρμοσταί, Ἄτιμος, Βοώνης, Harp. sv. Διαγράψασθαι e Phot., *Lex.* sv. Διαγράψαι, Εἰλωτεύειν, Εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν, Ἔνδειξις, Καταχειροτονία, Μεσεγγύημα. Soltanto accezioni diverse da quelle registrate da Arpocrazione sono riportate sv. Ἀρχαιρεσιάζειν e Λῆξις.

18 Si rimanda in proposito alle osservazioni di Tosi, *rec.* a «Photii Patriarchae Lexicon», cit., p. 350, citato letteralmente da Bossi, *Sui rapporti*, cit., p. 269, nonché al manuale di Dickey, *Ancient Greek Scholarship*, cit., p. ix e 87.

19 Si vedano, a mero titolo esemplificativo, alcune delle le voci del *Lexicon* di Fozio già riportate con il numero in apice *supra* in nt. 15, molte delle quali recano più di una glossa anche nella *Suda*: vd. sv. Βάραθρον, Γεννῆται, Γραμματεύς, Γραφή, Διάγραμμα, Διαψήφισις καὶ ἀποψήφισις e Διαψήφισις, Διαμαρτυρία e Διαμαρτυρία καὶ διαμαρτυρεῖν, Δίκη, Ἐκφυλλοφορῆσαι, Ἑλληνοταμίαι, Ἐνεπίσκημμα καὶ ἐνεπισκήψασθαι, Ἐν Φρεαττοῖ, Ἐξούλης, Ἐπακτὸς ὅρκος, Ἐπὶ Δελφινίῳ, Ἐπιδιετὲς ἠβῆσαι, Ἐπικεκηρυχέναι, Ἐπωβελία, Ἔφεσις, Ἔφεκτος τόκος, Ἐφέται, Ἡγεμονία δικαστηρίου, Θεωρικά, Ἱερομνήμονες, Ἵππαρχος, Ἱππάς, Ἴσαι ψῆφοι, Καδίσκος, Καθάρσιον, Κακοτεχνιῶν, Κακώσεως, Καρποῦ δίκη, Καταβολή, Κληροῦχοι, Κύρβεις, Κυρία ἐκκλησία, Ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, Ναυκραρία, Οὐσίας δίκη, Παλαμναῖος, Παραγραφή, Πενέσται, Πεντηκόνταρχος, Ποδοκάκη, Πολέμαρχος, Πρόεδροι, Προθεσμίας νόμος, Πρόσκλησις, Πρυτανεῖα, Πυκνή, Ῥητορικὴ γραφή, Σῖτος, Συμμορία, Συγγραφεῖς, Συνήγοροι, Σύνταξις, Συντελεῖς, Ταμίαι, Τριττύς, Ὑπερήμερος, Ὑπωμοσία, Φάσις, Φράτορες. Tale fenomeno è più frequente in Fozio che nella Suda: è stato calcolato infatti, sulla base di una campionatura di voci, che nel primo tali duplicazioni si riscontrino all'in-

sarebbero state aggiunte da trascrittori successivi al testo foziano. Basandosi sul confronto tra i due lessici nel loro rapporto col *Quinto lessico di Bekker* (Λέξεις ῥητορικαί), infatti, Bossi ha notato che il materiale di provenienza atticista è collocato generalmente nella prima delle glosse doppie della *Suda* e nella seconda invece in Fozio: ciò ne dimostrerebbe dunque l'inserimento nel *Lexicon* dopo che esso confluì nella *Suda*[20].

Visti questi limiti epistemologici all'indagine che qui ci si propone, ci si limita quindi ad avanzare alcune considerazioni a proposito della cospicua presenza nel *Lexicon* di materiale arpocrazioneo riguardante il diritto attico, una gran parte del quale non sembra coinvolta nel fenomeno di sdoppiamento appena rilevato. Per meglio valutare le ragioni di questa ripresa, occorre però collocare cronologicamente l'opera nel corso della vita intellettuale e istituzionale dell'erudito bizantino e, in generale, della storia di Costantinopoli.

Imparentato con la dinastia macedone, professore nella rifiorente università locale e poi presidente della cancelleria imperiale, Fozio fu designato nell'858 dalla reggente Teodora a succedere al patriarca Ignazio, destituito per aver rifiutato la comunione allo zio dell'imperatore Bardas. A sua volta Fozio, sostenuto dal gruppo dei moderati, fu detronizzato ed esiliato dal nuovo sovrano Basilio I nell'867 per rinforzare il proprio appoggio da parte del partito estremista. Riconciliatosi con Basilio e Ignazio, egli riassunse la carica nell'877, anno della morte di quest'ultimo, fino all'886, quando succedette a Basilio I il figlio Leone VI, anch'egli sostenuto dagli estremisti. Morì nuovamente esiliato dall'imperatore non prima dell'893[21].

---

circa nel 6% dei casi, mentre nella seconda la percentuale si arresta al 3-4%: si veda Bossi, *Sui rapporti*, cit., p. 269 ss.

20 Cfr. Bossi, *Sui rapporti*, cit., p. 271.

21 Assai significativo è il riconoscimento dell'abilità politica e della sterminata cultura foziana anche nella *Vita Ignatii* di Niceta David («Patrologia Graeca» [*cur.* J. P. Migne], Paris, 1860, CV, c. 509.a-b), chiaramente schierato a favore della fazione politico-religiosa avversaria allo studioso: Ἦν δὲ οὗτος ὁ Φώτιος οὐ τῶν ἀγεννῶν τε καὶ ἀνωνύμων, ἀλλὰ καὶ τῶν εὐγενῶν κατὰ σάρκα, καὶ περιφανῶν, σοφίᾳ τε κοσμικῇ καὶ συνέσει τῶν ἐν τῇ πολιτείᾳ στρεφομένων εὐδοκιμώτατος πάντων ἐνομίζετο. Γραμματικῆς μὲν γὰρ καὶ ποιήσεως, ῥητορικῆς τε καὶ φιλοσοφίας, ναὶ δὴ καὶ ἰατρικῆς, καὶ πάσης ὀλίγου δεῖν ἐπιστήμης τῶν θύραθεν τοσοῦτον αὐτῷ τὸ περιὸν, ὡς μὴ μόνον σχεδὸν φάναι τῶν κατὰ τὴν αὐτοῦ γενεὰν πάντων διενεγκεῖν, ἤδη δὲ καὶ πρὸς τοὺς παλαιοὺς αὐτὸν διαμιλλᾶσθαι. Πάντα γὰρ συνέτρεχεν ἐπ'αὐτῷ, ἡ ἐπιτηδειότης τῆς φύσεως, ἡ σπουδή, ὁ πλοῦτος, δι'ὃν καὶ βίβλος ἐπ'αὐτὸν ἔρρει πᾶσα· πλέον δὲ πάντων ὁ τῆς δόξης ἔρως, δι'ὃν αὐτῷ καὶ νύκτες ἄυπνοι περὶ τὴν ἀνάγνωσιν ἐμμελῶς ἐσχολακότι (...) Ἐπεὶ δὲ καὶ πρὸς τὴν Ἐκκλησίαν αὐτήν, ὡς μὴ ὤφελεν, ἐπεισελθεῖν ἔδει καὶ τῶν διὰ τοῦτο βιβλίων τῆς ἀναγνώσεως οὐ κατὰ πάρεργον ἐπεμελήθη. *Fozio non era di bassa e oscura estrazione, bensì di nobile e illustre famiglia ed era ritenuto tra tutti*

L'inquadramento della redazione del *Lexicon* entro una vita così densa di eventi è solo apparentemente semplice. La ventunesima delle *Amphilochiae quaestiones*[22], infatti, parla di un'opera lessicografica quale precoce lavoro giovanile e questo dato ha fatto pianamente qualificare come tale il *Lexicon*[23]:

Καὶ πολύστιχον ἄν τις ἀπαρτίσῃ βίβλον, οὐκ ἐάν ποθεν τὰς πολυσήμους φωνάς ἁπάσας περιλαβεῖν ἐθελήσοι, ἐργῶδές τε γὰρ τοῦτο καὶ πλησίον τῶν ἀνεφίκτων, ἀλλ'ἐὰν εἰς ἕν συναγαγεῖν βουληθείη τὰς ἐπὶ πλέον τῶν ἄλλων

---

quelli che si dedicavano alla vita pubblica il più degno di considerazione per scienza e per intelligenza delle cose del mondo. In grammatica e in poesia, in retorica e in filosofia, e persino in medicina, e direi quasi in ogni scienza profana, tale era la sua competenza che non soltanto appariva emergere su tutti i suoi contemporanei, ma anche competere con gli antichi. Tutto infatti si riuniva in lui: le qualità naturali, il suo impegno, la sua ricchezza, mediante la quale tutti i libri affluivano a lui, e soprattutto il desiderio di gloria, per cui dedicava regolarmente alla lettura le sue notti insonni. E poiché, sfortunatamente, egli doveva accedere anche alla Chiesa, si dedicò non superficialmente alla lettura dei libri appropriati (traduzione di Impellizzeri, *op. ult. cit.*, p. 341 s. nt. 1). Sul personaggio storico e la sua biografia, in generale, vd. J. Hergenröter, *Photius, Patriarch von Constantinopel. Sein Leben, seine Schriften und das griechische Schisma*, I-III, Regensburg, 1867-1869; K. Krumbacher, *Geschichte der Byzantinischen Literatur*, München, 1897, p. 515-524; E. Amann, '*Photius*', in «Dictionnaire de Théologie Catholique», XII.2, 1935, c. 1536-1604; G. Hofmann, '*Photius*', in «Lexicon für Theologie und Kirche», VIII, 1936, p. 254-258; K. Ziegler, '*Photios*', in A. Pauly, G. Wissowa, K. Kroll, K. Mittelhaus, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumwissenschaft», XXXIX, Stuttgart, 1941, c. 667-737; F. Dvornik, *The Photian Schism: History and Legend*, Cambridge, 1948, trad. it. – *Lo scisma di Fozio: storia e leggenda* –, Roma, 1953, *The Patriarch Photius in the Light of Recent Research*, in «Berichte zum XI. Internationalen Byzantinisten-Kongress. München 1958», III.2, München, 1960, p. 1-56; H. G. Beck, *Kirche und theologische Literatur im byzantinischen Reich*, München, 1959, p. 520-528; H. Ahrweiler, *Sur la carrière de Photius avant son patriarcat*, in «Byzantinische Zeitschrift», LVIII, 1965, p. 348-363; P. Lemerle, *Le premier humanisme byzantin*, Paris, 1971, p. 177-204; W. T. Treadgold, *The Nature of the Bibliotheca of Photius*, Washington, 1980, p. 1-15; D. Stratoudaki White, *Patriarch Photios of Constantinople: His Life, Scholarly Contributions, And Correspondence Together with a Translation of Fifty-two of his Letters*, Brookline, 1981; N. G. Wilson, *Scholars of Byzantium*, London, 1983, p. 93-111, *Fozio e le due culture*, in «Fozio tra crisi ecclesiale e magistero letterario», cit., p. 29-44; Canfora, *Il rogo dei libri di Fozio*, in «Fozio tra crisi ecclesiale e magistero letterario», cit., p. 17-28; Impellizzeri, *op. cit.*, p. 297-365; C. Capizzi, '*Photios*', in «Lexikon für Theologie und Kirche», VIII, Freiburg-Basel-Rom-Wien, 1999, c. 267-273.

22 Cfr. «Patrologia Graeca» (*cur.* J. P. Migne), Paris, 1860, CI, c. 153.c e nt. 36.

23 Cfr. ad esempio: Hergenröter, *Photius, Patriarch von Constantinopel*, cit., I, p. 315-317; Ziegler, '*Photios*', cit., c. 668-670; Ahrweiler, *Sur la carrière*, cit., 1965, p. 348-363; Impellizzeri, *op. cit.*, p. 344 nt. 1.

συνήθεις καὶ τοῖς λόγοις μᾶλλον ἐπιπολαζούσας, οἷα δὴ καὶ ἡμῖν ἐπράχθη τὴν τῶν μειρακίων ἡλικίαν, ὡς καὶ αὐτὸς οἶσθα, παραλλάττουσι.

Se anche uno volesse scrivere un libro molto prolisso, non avrebbe certo di che includere anche volendo tutte quante le parole polisemiche, e questo infatti sarebbe difficile e vicino all'impossibile, ma se uno volesse riunire in una sola raccolta le parole di uso più comune e più frequenti nella conversazione, come feci io in età giovanile, come anche tu stesso sai, sono due cose diverse.

Tsantsanoglou, però, sulla scia di Krumbacher[24], ha messo in dubbio questa lineare interpretazione dell'estratto appena riportato, supponendo che l'autore alluderebbe qui a una prima e diversa opera lessicografica andata oggi perduta[25]. Di conseguenza, la raccolta a noi pervenuta risalirebbe agli anni del secondo patriarcato e sarebbe stata preannunciata dalle raccomandazioni all'integrazione dei glossari atticisti e platonici presenti nella *Bibliotheca*: difatti, è stato verificato che quasi tutti questi sono stati incorporati nel *Lexicon*.

A sostegno di tale seconda teoria si potrebbe del resto aggiungere a parere di chi scrive che non sarebbe stato affatto impensabile per Fozio pubblicare due opere appartenenti allo stesso genere e di simile impostazione: nella postfazione al *Myriobiblon*, infatti, è avanzato appunto il proposito di completare in futuro con scritti simili l'utilità recata da questa frettolosa compilazione qualora l'autore fosse tornato vivo dall'ambasceria, con una locuzione che sembra includere sia il miglioramento della forma della prima edizione sia la composizione di nuovi argomenti relativi a ulteriori letture[26].

Inoltre, le *Amphilochiae quaestiones* sembrano parlare di un lessico di portata ben minore rispetto a quello che conosciamo, descrivendolo come incentrato sulle parole di uso comune e ricavato per lo più da discorsi. Come si ricorderà, invece, nella prefazione Fozio si compiace espressamente di aver superato tali limiti, affrontando scogli interpretativi e traendo i lemmi anche dagli storici e financo, talvolta, dal linguaggio poetico.

In aggiunta, non sembra trascurabile l'indirizzo della lettera proemiale a Tommaso[27], che fa menzione alle cariche di protospatario e comandante del Licostomio da costui rivestite al momento della stesura dell'epistola. Nella dedica, infatti, non compare alcun cenno alla tardiva pubblicazione o al re-

24 K. Krumbacher, *Geschichte der byzantinischen Literatur*, München, 1897², p. 515-524.

25 Vd. Tsantsanoglou, *Τὸ λεξικὸ*, cit., p. 11 ss.

26 Si veda il testo della postfazione già riportato integralmente *supra*.

27 Egli deve forse identificarsi con l'omonimo a cui fa riferimento un discorso dell'allievo di Fozio Areta datato al 921: vd. Tsantsanoglou, *op. ult. cit.*, p. 24 s.

cupero di un'opera giovanile, mentre si insiste sul rapporto didattico tra dedicante e dedicatario, il quale deve avere raggiunto per lo meno la maturità necessaria per poter adempiere tali importanti *munera*. Pertanto, per quanto precoce, Fozio assai improbabilmente potrebbe aver avuto in età giovanile un allievo così illustre[28].

Infine, una nota a margine al «cod. Coisl.» 345 della *Synagoge* e dell'epitome di altri lessici presi a modello da Fozio è rivolta a Tarasio ed è probabilmente da attribuirsi ad Areta, allievo del patriarca nato intorno all'850; se costui, quindi, partecipò alle attività connesse alla redazione del *Lexicon*, si deve dedurre che esso risalirebbe quanto meno al ritorno di Fozio dal secondo esilio (875)[29].

In conclusione, la stesura del *Lessico* sarebbe successiva al rientro del patriarca dal primo esilio e alla composizione della *Bibliotheca*, le cui letture lessicografiche appaiono come preparatorie alla raccolta in esame[30].

Se anche si accogliesse la contraria prospettazione che ritiene la raccolta più precoce, comunque, in forza dell'attitudine a completare e migliorare i risultati delle proprie ricerche dimostrata dall'autore nella postfazione alla *Bibliotheca*, non si potrebbe escludere che egli abbia apportato modifiche al suo lavoro nel corso delle sue alterne fortune presso la corte bizantina[31], magari proprio ampliando il numero di voci giuridiche nel clima di crescente interesse verso la traduzione in greco del diritto romano.

---

28 L'argomento è di Tsantsanoglou, *op. ult. cit.*, p. 24 s.

29 La nota in commento è la seguente: Μικροῦ δεῖν με καὶ τοῦτο παρέδραμεν, ἀκάτια τοὺς ἀνθρώπους ὀνομάζεσθαι, ὦ φίλων ἄριστε καὶ ἐπέκεινα φίλων Ταράσιε.

30 Tsantsanoglou, *op. ult. cit.*, p. 28 ss., concorda con F. Halkin, *La date de composition de la Bibliothèque de Photius remise en question*, in «Analecta Bollandiana», LXXXI, 1963, p. 414-417, circa la datazione della *Bibliotheca* successiva all'876, contro la tradizionale opinione (A. A. Vasiliev, *Византия и арабы*, I, 1907, trad. fr. – *Byzance et les Arabes* –, I, Paris, 1950, p. 222 ss., 276-277, 317-318; Dvornik, *The Patriarch Photius*, cit., p. 9-10; Impellizzeri, *op. ult. cit.*, p. 356-357 e nt. 2) che colloca nell'855 l'ambasceria presso gli Arabi che ne ha occasionato la stesura. Difficile concordare con l'opinione di Ahrweiler, *Sur la carrière*, cit., p. 359 ss., e Lemerle, *Le premier humanisme*, cit., p. 37-38, 179-180 e 190, che identificano tale missione con quella attestata nell'838: improbabilmente infatti Fozio sarebbe stato scelto dall'iconoclasta Teofilo in tale occasione, sia per la giovane età sia per le sue simpatie iconofile.

31 La suggestione è di C. Lucchesini, *rec.* a A. Mai, *Scriptorum veterum nova collectio e Vaticanis codicibus edita ab Angelo Maio bibliothecae Vaticanae Praefecto ad Leonem XII. P. M. Romae in Collegio Urbano apud Burlieum*, Roma, 1825, in «Nuovo giornale de' letterati», XII, 1826, p. 100. Lo stesso studioso dubita della paternità dell'opera, in quanto alla voce κρόνος il manoscritto riporta la precisazione οὕτως ἐγὼ Φώτιος ὁ πατριάρχης. Essa però potrebbe più facilmente spiegarsi con l'esplicita dichiarazione dell'originalità del contributo autonomo del lessicografo bizantino rispetto ai suoi modelli.

Nei lemmi qui presi in esame, dunque, il *Lexicon* non soltanto ben manifesta la sensibilità di Fozio verso il patrimonio culturale ateniese[32] e si inquadra nel più generale contesto di recupero della cultura antica della cosiddetta Rinascenza macedone[33], ma anche si colloca nello specifico in un periodo cronologicamente vicino alla redazione dei *Basilici*, avviata negli ultimi anni del regno di Basilio I e conclusasi sotto Leone VI.

In altre parole, se anche non è facilmente provabile un nesso di immediata funzionalità delle ricerche terminologiche foziane alla stesura dei *Sessanta libri*, certamente esse costituiscono una significativa espressione di un più ampio clima intellettuale in cui all'esigenza di trasporre in greco le nozioni proprie del diritto romano si affianca la riscoperta della migliore lingua attica, costituita certamente nell'ambito semantico che qui interessa dall'oratoria del IV secolo già fatta oggetto del *Lessico dei dieci oratori* di Arpocrazione.

Così chiariti per quanto possibile gli obbiettivi del *Lexicon*, è possibile ora valutare l'apporto del modello alessandrino al loro perseguimento e i problemi aperti dalla mancata coincidenza delle finalità delle due opere.

Attraverso l'esame delle ricorrenti citazioni dello specifico discorso al quale le glosse si riferiscono, infatti, è possibile dedurre che il lessico di Arpocrazione si sarebbe plausibilmente prefissato scopi alquanto distanti da quelli del patriarca di Costantinopoli: laddove le orazioni menzionate da Arpocrazione ci siano pervenute, nel dettaglio, è spesso possibile riscontrare che il vocabolo o l'espressione oggetto di spiegazione compaiono in passi di

32 Fozio si sarebbe spinto a impreziosire con citazioni provenienti dalla cultura pagana le proprie epistole indirizzate a membri del clero, come ha dimostrato N. G. Wilson, *Fozio e le due culture*, in «Fozio tra crisi ecclesiale e magistero letterario», cit., p. 29 ss.

33 Per la definizione della cosiddetta rinascenza macedone, vd. H. Grégoire, *L'age hèroïque de Byzance*, in «Mélanges offerts à M. Nicolas Iorga par ses amis de France et des pays de langue française», *cur.* J. Gamber, Paris, 1933, p. 383 s.; B. Hemmerdinger, *La culture grecque classique du VII*e *au IX*e *siècle*, in «Byzantion», XXXIV, 1964, p. 125-133; G. Ostrogorsky, *Geschichte des byzantinischen Staates*, München, 1963[3], p. 176; S. Impellizzeri, *La letteratura bizantina da Costantino a Fozio*, Milano, 2002[3], p. 297 s.; E. Chrysos, *L'impero bizantino 565-1025*, Milano, 2002, p. 112 s. Dain, *Les manuscrits*, Paris, 1964[2], p. 126 s., e J. Irigoin, *Survie et renouveau de la littérature antique à Constantinople (IXe siècle)*, in «Cahiers de civilisation médiévale», V, 1962, p. 287 s., hanno individuato proprio in Fozio l'ispiratore di tale rinascenza, inizialmente teologica e poi filosofica e letteraria; al contrario, R. Devreesse, *Introduction à l'étude des manuscrits grecs*, Paris, 1954, p. 94, non vede quale influenza abbia avuto Fozio nella tradizione letteraria. Sull'interesse degli ultimi imperatori iconoclasti per gli studi classici e sulla correlata avversione dei monaci estremisti che furono da costoro perseguitati, si veda anche Dvornik, *Les Légendes de Constantin et Méthode vues de Byzance*, Prague, 1933, p. 27-31, e *Lo scisma di Fozio*, cit., p. 29.

spiccato interesse retorico, alla cui lettura è altamente probabile che il lessico fosse destinato quale strumento di supporto didattico.

Un esempio particolarmente considerevole è offerto dalla precipua attenzione del lessicografo per l'*exordium* dell'orazione demostenica *Contro Conone*, in cui l'attore giustifica la propria scelta di intentare la sola azione privata per percosse e lesioni personali (*dike aikias* o *dike aikeias*)[34] anziché l'azione pubblica per *hybris*[35] affermandosi legittimato persino ad esperire la

34 Su tale azione, si vedano J. H. Lipsius, *Das attische Recht, und Rechtsverfahren unter Benutzung des attischen Prozesses*, Leipzig, 1905-1915, rist. Hildesheim, 1966, p. 643 s.; A. R. W. Harrison, *The Law of Athens*, II, *Procedure*, Oxford, 1971, trad. it. – *Il diritto ad Atene*, II, *La procedura* –, Alessandria, 2001, p. 20 s.; R. G. Osborne, *Law in Action in classical Athens*, in «Journal of Hellenic Studies», CV, 1985, p. 56; S. C. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993, p. 102.

35 Secondo Aristotele (*Rhet.* 1374.a) la fattispecie di *hybris* sarebbe stata integrata qualora un individuo non soltanto avesse colpito qualcun altro, ma lo avesse fatto con il dolo specifico di disonorarlo o, all'inverso, di ricavare dalle percosse un incremento relativo del proprio onore. Sulla nozione giuridica di *hybris*, si vedano: E. Caillemer, '*Hybreos graphé*', in C. Daremberg, E. Saglio, E. Pottier, «Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines», III.1, Paris, 1900, p. 306-310; T. Thalheim, '῞Υβρεως γραφή' in A. Pauly, G. Wissowa, K. Kroll, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumwissenschaft», XVII, Stuttgart, 1914, col. 31-32; C. Lécrivain, *Le concept moral et le delit de l'hybris chez des Grecs. Comparaison avec l'injure romaine*, Toulouse, 1930; Ruschenbusch, ῞Υβρεως γραφή. *Ein Fremdkorper im athenischen Recht des 4. Jahrhunderts v. Chr.*, in «ZSS.», LXXXII, 1965, p. 302-309, ora in *Kleine Schriften zur griechischen Rechtsgeschichte*, 2005, p. 67-74; D. M. Macdowell, *Hybris in Athens*, in «Greece and Rome», XXIII, 1976, p. 14-31; N. Fisher, *Hybris and Dishonour*, in «Greece and Rome», XXIII, 1976, p. 177-193, e XXVI, 1979, p. 32-47, *La legge sulla hybris ad Atene*, in «Annali dell'istituto universitario orientale di Napoli. Dipartimento di studi del mondo classico e del Mediterraneo antico, Sezione di archeologia e storia antica», IX, 1987, p. 99-115, *Hybris. A Study in the Values of Honour and Shame in ancient Greece*, Warminster, 1992, *Body-abuse: The Rhetoric of Hybris in Aeschines' Against Timarchos*, in «La violence dans les mondes grec at romain: actes du colloque international (Paris, 2-4 mai 2002) réunis par Jean-Marie Bertrand» (*cur.* J. M. Bertrand), Paris, 2005, p. 67-89; D. J. Cohen, *Sexuality, Violence and the Athenian Law of Hybris*, in «Greece and Rome», XXXVIII, 1991, p. 171-188; D. Cairns, *Hybris, Dishonour and Thinking big*, in «Journal of Hellenic Studies», CXVI, 1996, p. 1-32; E. M. Harris, *Did Rape exist in classical Athens? Further Reflections on the Laws about sexual Violence*, in «Dike», IV, 2004, p. 41-83, ora in *Democracy and the Rule of Law in classical Athens. Essays on Law, Society and Politics*, Cambridge, 2006, p. 316 s.; P. Demont, *Hybris, 'outrage', 'anomia' et 'demésure' de Gernet à Fischer: quelques remarques*, in «Φιλολογία. Mélanges offerts à Michel Casevitz» (*cur.* P. Brillet-Dubois, E. Parmentier), Paris, 2006, p. 347-390; H. van Wees, *The 'Law of Hybris' and Solon's Reform of Justice*, in «Sociable man: Essays on ancient Greek social Behaviour in Honour of N. Fisher» (*cur.* S. Lambert), Swansea, 2011, p. 117-144.; S. Dmitriev, *The Protection of Slaves in the Athenian Law*

procedura speciale dell'*apagoge*[36], ma motivando la più modesta accusa con gli inviti di amici e familiari alla moderazione.

Attraverso tale espediente, il cliente di Demostene riesce al contempo a esagerare la gravità degli illeciti avversari, a esaltare la propria misura e a smentire preventivamente il sospetto di aver agito in via privata per timore delle sanzioni[37] previste per il mancato raggiungimento di un quinto dei voti per le sole azioni pubbliche, accattivandosi la simpatia dei giudici nel fondamentale punto di apertura del discorso:

Ὑβρισθείς, ὦ ἄνδρες δικασταί, καὶ παθὼν ὑπὸ Κόνωνος τουτουὶ τοιαῦτα, ὥστε πολὺν χρόνον πάνυ μήτε τοὺς οἰκείους μήτε τῶν ἰατρῶν μηδένα προσδοκᾶν περιφεύξεσθαί με, ὑγιάνας καὶ σωθεὶς ἀπροσδοκήτως ἔλαχον αὐτῷ τὴν δίκην τῆς αἰκείας ταυτηνί. πάντων δὲ τῶν φίλων καὶ τῶν οἰκείων, οἷς συνεβουλευόμην, ἔνοχον μὲν φασκόντων αὐτὸν ἐκ τῶν πεπραγμένων εἶναι καὶ τῇ τῶν λωποδυτῶν ἀπαγωγῇ καὶ ταῖς τῆς ὕβρεως γραφαῖς, συμβουλευόντων δέ μοι καὶ παραινούντων μὴ μείζω πράγματ' ἢ δυνήσομαι φέρειν ἐπάγεσθαι, μηδ' ὑπὲρ τὴν ἡλικίαν <περὶ> ὧν ἐπεπόνθειν ἐγκαλοῦντα φαίνεσθαι, οὕτως ἐποίησα καὶ δι' ἐκείνους ἰδίαν ἔλαχον δίκην, ἥδιστ' ἄν, ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, θανάτου κρίνας τουτονί.

Sono stato vittima di hybris, o giudici, e ho subito dal qui presente Conone tali

against Hybris, in «Phoenix», LXX, p. 1-13.

36 Azione pubblica straordinaria, che qualsiasi cittadino avrebbe potuto introdurre trascinando direttamente davanti al magistrato il colpevole colto in flagranza (ἐπ' αὐτοφώρῳ: cfr. Lys., *In Agor.* XIII.86; Isae., *De Nicostr.* IV.28; Demosth., *In Steph. I* XLV.81). Se costui avesse confessato, il magistrato avrebbe inflitto immediatamente la pena (Aeschin., *In Timarch.* I.91; Aristot., *Ath. Pol.* 52.1; Poll., *Onom.* 8.102; Phot., *Lex. sv.* περὶ τῶν ἕνδεκα; *Schol.* Aristoph., *Vesp.* 1108); in caso contrario, l'accusatore avrebbe dovuto presentare al magistrato un atto scritto sulla base del quale si sarebbe tenuto un processo (Lys., *In Agor.* XIII.85; *Suda*, *Lex. sv.* 'Απαγωγή). In generale, su tale procedura, vd. H. Meuss, *De apagoges actione apud Athenienses*, Breslau, 1884, *passim*; M. Sorof, *Über die Apagoge im attischen Gerichtsverfahren*, in «Jahrbücher für klassischen Philologie», CXXXI, 1885, p. 7-16; Lipsius, *Das attische Recht*, cit., p. 320 s.; G. Glotz, *La cité grecque*, Paris, 1928, trad. it. – *La città greca* –, Torino, 1973[3], p. 205; Lécrivain, *Trois formes speciales d'accusation dans le droit penal grec: l'apagoge, l'ephegesis et l'endeixis*, Toulouse, 1936, *passim*; R. J. Bonner, G. Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, I, New York, 1930, rist. New York, 1968, p. 75, 78, 121, 203, 214 s.; Harrison, *Il diritto di Atene*, II, cit., p. 221 s.; Macdowell, *The Law in classical Athens*, London, 1978, p. 148.

37 Sarebbero consistite in una multa di soccombenza (cfr. Demosth., *In Mid.* XXI.47, *In Timocr.* XXIV.7, *In Theocr.* LVIII.6) e in una forma di atimia che avrebbe comportato l'impossibilità di presentare ulteriori accuse pubbliche (cfr. Andoc., *De myst.* I.33; Demosth., *In Aristog. II* XXVI.9).

violenze che per molto tempo né i miei familiari né alcuno dei medici si aspettavano in alcun modo che me la sarei cavata; essendo guarito e scampato al pericolo inaspettatamente, ho intentato contro di lui quest'azione per aikeia. Pur avendo affermato tutti gli amici e i familiari ai quali ho chiesto consiglio che costui per le sue malefatte sarebbe passibile sia dell'apagoge prevista contro i ladri di abiti sia dell'accusa pubblica di hybris, tuttavia consigliandomi e raccomandandomi di non procurarmi più problemi di quanti ne possa sopportare e di non sembrare intentare una causa non confacente alla mia età riguardo ai misfatti che ho subito, così ho fatto e assecondandoli ho intentato un'azione privata, anche se gli avrei mosso con il più grande piacere, o cittadini Ateniesi, un'accusa capitale.

Il paragrafo appena trascritto, infatti, è citato con ogni probabilità sotto varie voci le cui glosse rimandano espressamente al titolo del discorso:

῎Απαγε· ἀντὶ τοῦ ἀπαγωγῇ χρῶ· ἀπαγωγὴ δὲ εἶδός ἐστι δίκης· Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Κόνωνος. ὠνόμασται δὲ ἀπὸ τοῦ ἀπάγειν, ἀπάγεσθαι δ'ἐπὶ τῶν κακούργων. ἀπήγοντο δὲ πρὸς τοὺς ἕνδεκα.

Apage: in luogo di "esperire l'apagoge". L'apagoge infatti è un tipo di azione: Demostene nell'orazione Contro Conone. Prende appunto il nome da apagein, apagesthai con riferimento ai kakourgoi. Essi venivano trascinati davanti agli Undici

Γραφή· δημοσίου τινὸς ἐγκλήματος ὄνομα. οὐ μόνον δὲ ὅταν ψηφίσματος ἢ νόμου κατηγορῷ τις, παρανόμων γραφὴν ἀποφέρεσθαι καὶ γράφεσθαι λέγεται, ἀλλὰ καὶ ἐπ'ἄλλοις πολλοῖς ἀδικήμασιν, ὅταν ἢ δημοσίᾳ ἢ ὡς ἐπὶ δημοσίοις αὐτοῖς ἐγκαλῇ τις. πολὺ δὲ τοὔνομα παρὰ τοῖς ῥήτορσι. Δημοσθένης κατὰ Κόνωνος.

Graphe: nome di un'accusa pubblica. Infatti, si dice "presentare una graphe paranomon" e "graphesthai" non soltanto qualora qualcuno avanzi un'accusa contro un decreto o una legge, ma anche con riferimento a molti altri illeciti, allorquando un individuo formuli un'accusa o per conto dello Stato o in riferimento agli affari pubblici in sé. Il vocabolo ricorre spesso presso gli oratori. Demostene, Contro Conone

Δίκη· σημαίνει μὲν καὶ ἄλλα τὸ ὄνομα, ἰδίως δὲ λέγεται ἐπὶ τῶν ἰδιωτικῶν ἐγκλημάτων, ὡς σαφὲς ποιεῖ Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Κόνωνος.

Dike: il vocabolo ha anche altri significati, ma si impiega propriamente con riferimento alle citazioni private, come chiarisce Demostene nell'orazione Contro Conone

ʼΙδίαν· ἀντὶ τοῦ ἰδιωτικήν Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Κόνωνος. ἐλέγετο δὲ τὸ ἴδιον καὶ ἰδιωτικὸν, ὡς ὁ αὐτὸς ῥήτωρ ἐν τῷ πρὸς Ζηνόθεμιν.

Idian: in luogo di "privata", idiotike: Demostene nel discorso Contro Conone. Si diceva sia idion sia idiotikon, come il medesimo oratore nel discorso Contro Zenotemide

Dalla lettura integrata di questi lemmi si può agevolmente intendere come l'autore mirasse a far comprendere il meglio possibile il significato di un brano di indubbia efficacia retorica, quale modello di eloquenza efficace e di stile linguistico.

Da quanto appena rilevato discende pianamente che Arpocrazione si sarebbe tendenzialmente limitato a registrare l'accezione impiegata nello specifico brano citato e che avrebbe dedicato un apposito commento soltanto ai significati più infrequenti, oscuri o comunque bisognosi di spiegazione presso il proprio pubblico.

Notevole in proposito è la voce Παραγραφή, la cui glossa tralascia intenzionalmente il significato giuridicamente più pregnante del sostantivo perché dato per noto ai destinatari dell'opera:

Παραγραφή· οὐ μόνον ἐπὶ τοῦ κοινοῦ καὶ γνωρίμου τίθεται παρὰ τοῖς ῥήτορσιν, ἀλλ' ἰδίως ʼΙσοκράτης ἐν τῷ περὶ τῆς ἀντιδόσεώς φησιν λέγε ἀρξάμενος ἀπὸ τῆς παραγραφῆς, ὅπερ ἐστὶν ἀπὸ τῆς γραμμῆς ἣν μέχρι νῦν παράγραφον καλοῦμεν· καὶ ἔστι τὸ λεγόμενον, ἀφ' οὗ παρέγραψα· τοῦτο δ' ἂν εἴη, ἀφ' οὗ παρεθέμην. ὁ δ' ʽΥπερείδης ἐν τῷ κατὰ Δημοσθένους οὐδὲ μέχρι παραγραφῆς φησὶν ἀντὶ τοῦ οὐδὲ μέχρι τινὸς ὡρισμένου χρόνου καὶ παραγεγραμμένου, ὅ ἐστι περιγεγραμμένου.

Paragraphe: non è soltanto considerata dagli oratori tra ciò che è comune e noto, ma propriamente Isocrate nel discorso Sullo scambio dice: "esponi iniziando dalla paragraphe", e cioè dalla linea che ancora oggi chiamiamo paragraphos; e vige l'espressione "da dove ho messo il paragrafo", vale a dire dal punto a partire da cui ho citato. Iperide nell'orazione Contro Demostene dice "non fino alla paragraphe" in luogo di "non fino a un momento determinato" e paragegrammenos, cioè prefissato.

Coerentemente, infatti, al lemma relativo alla *diamartyria* il lessicografo aveva definito l'istituto *per differentiam* quale sorta di *paragraphe*, il che lascia intendere che la nozione fosse ritenuta oltremodo familiare ai lettori:

Διαμαρτυρία καὶ διαμαρτυρεῖν· τρόπος τις ἦν παραγραφῆς ἡ διαμαρτυρία· πρὸ γὰρ τοῦ εἰσαχθῆναι τὴν δίκην εἰς τὸ δικαστήριον ἐξῆν τῷ βουλομένῳ διαμαρτυρῆσαι ὡς εἰσαγώγιμός ἐστιν ἡ δίκη ἢ οὐκ εἰσαγώγιμος. διαφέρει δὲ τῆς παραγραφῆς τῷ τὴν διαμαρτυρίαν γίνεσθαι οὐ μόνον ὑπὸ τῶν φευγόντων, ἀλλὰ καὶ ὑπὸ τῶν διωκόντων. (…)

Diamartyria e *diamartyrein: la diamartyria era un tipo di paragraphe: era infatti possibile per chi lo volesse, prima che la causa fosse introdotta davanti al tribunale, pronunciare una diamartyria sostenendo che l'azione fosse procedibile o improcedibile. Differisce dalla paragraphe nel fatto che la diamartyria non è prevista soltanto a favore dei convenuti, ma anche a favore degli attori*.

Un'apparente eccezione potrebbe ravvisarsi in alcuni non numerosi lemmi di disambiguazione del *Lessico dei dieci oratori*, in realtà semplicemente rispondenti in diversa veste all'intento didattico di supporto alla lettura delle orazioni che caratterizza l'intera opera: tali voci, infatti, riportano vari significati sotto la medesima intestazione probabilmente per evitare che in passi ambigui il lettore destinatario cadesse in errori interpretativi anche marchiani. Si veda ad esempio la voce Ἐχῖνος, in cui oltre alla definizione di urna impiegata per racchiudere la documentazione relativa al processo attico, si riporta un toponimo e persino un'accezione zoologica:

Ἐχῖνος· ἔστι μὲν ἄγγος τι εἰς ὃ τὰ γραμματεῖα τὰ πρὸς τὰς δίκας ἐτίθεντο· Δημοσθένης ἐν τῷ πρὸς Τιμόθεον. μνημονεύει τοῦ ἄγγους τούτου καὶ Ἀριστοτέλης ἐν τῇ Ἀθηναίων πολιτείᾳ καὶ Ἀριστοφάνης Δαναΐσιν. ἦν δὲ καὶ πόλις Ἐχῖνος, ἧς μνημονεύει Δημοσθένης ἐν θ Φιλιππικῶν. ἔστι δέ τι καὶ ζῷον χερσαῖον καὶ θαλάσσιον ὄστρεον.

Echinos: è un'urna in cui erano inseriti i documenti relativi ai procedimenti giudiziari: Demostene nell'orazione Contro Timoteo. Rammenta questo vaso anche Aristotele nella Costituzione degli Ateniesi e Aristofane nelle Danaidi. Esisteva anche una città chiamata Echinos, che ricorda Demostene nella nona Filippica. È inoltre un animale terrestre e un mollusco marino.

Tali essendo i peculiari tratti compositivi del *Lessico dei dieci oratori*, la sua assunzione in età bizantina quale modello per opere dalla forma analoga ma di natura ben differente e più spiccatamente enciclopedica avrebbe chiaramente comportato un alto tasso di rischio di fraintendimento di usi speciali e di casistiche incomplete per definizioni esaustive. In questa prospettiva, anche la sua mancata menzione quale prototipo del *Lexicon* nella lettera a Tommaso di accompagnamento potrebbe sembrare un ulteriore indizio circa

la conoscenza della diversa natura dell'opera alessandrina.

Nella tensione bizantina verso la completezza, però, quest'ultima fonte innanzitutto avrebbe apportato dati interessanti proprio in quanto talvolta curiosi, infrequenti e poco noti già nell'Alessandria del II secolo[38]; da un'altra angolazione, poi, avrebbe comunque costituito una testimonianza in grado di riferire le informazioni ricavate da Arpocrazione da orazioni o altre opere magari andate perdute, se non addirittura l'unica attestazione disponibile su determinati aspetti linguistici. In questi ultimi casi, evidentemente, i lessicografi e i copisti medioevali si sarebbero accontentati di riferire la sola glossa del grammatico egiziano, senza poterla confrontare e completare accostandovene altre di diversa provenienza.

In definitiva, lo specifico genere letterario del *Lessico dei dieci oratori*[39] avrebbe per propria natura manifestato una spiccata attenzione per le parole indicanti istituti, istituzioni e vari aspetti del diritto attico, in accezioni già all'epoca insolite e che avrebbero potuto proprio per questo motivo rivelarsi utili per fondare il costituendo linguaggio giuridico greco bizantino. È evidente, però, che nonostante la dichiarazione di intenti del patriarca il reimpiego del modello egiziano ne avesse trasfuso tutti i suesposti limiti congeniti anche all'interno dei *Lexicon*, il quale non deve essere dunque inteso dal lettore come una sorta di dizionario.

Di conseguenza, sembra prudente ai fini dell'impiego della fonte tenere a mente che quelle che in Fozio appaiono come definizioni compiute si riferiscono in realtà con larga frequenza alla specifica valenza impiegata nell'orazione citata da Arpocrazione o da costui ritenuta bisognosa di spiegazione, a discapito di quelle più comuni nei *logoi* e nel contesto linguistico del grammatico alessandrino.

---

38 Questa è infatti la datazione più plausibile del *Lessico dei dieci oratori*.

39 Il sottogenere letterario del *Lessico dei dieci oratori* avrebbe goduto di un'affermata e autorevole tradizione ai tempi di Arpocrazione: dopo quello di Didimo, secondo la *Suda*, sv. Δίδυμος^2, vivente fino all'età di Augusto, Fozio (*Biblioth.* 145-158) ricorda l'omonima raccolta di Giuliano come connotata da spiccata sensibilità storica, che avrebbe costituito il modello per il *Lessico dei dieci oratori* di Valerio Diodoro, a cui Arpocrazione sarebbe legato non soltanto per via gentilizia, ma anche dalla comune predilezione per il criterio ordinatore alfabetico delle glosse analogo a quello odierno e cioè non limitato alla sola lettera iniziale: sul punto, si veda G. Zecchini, *Harpocration and Athenaeus. Historiographical relations*, in «Athenaeus and his world. Reading Greek culture in the Roman Empire», *cur.* D. Braund, J. Wilkins, Exeter, 2000, p. 154 ss. Sul rapporto tra Arpocrazione e Didimo, rispetto al quale in più occasioni il primo dissente, si vedano invece Schultz, *Harpokration*, cit., c. 2413 s., e C. A. Gibson, *P. Bero. Inv. 5008, Didymus, and Harpocration reconsidered*, in «Classical Philology», XCII, 1997, p. 375 ss.

Marco A. Fenocchio

«Habitatio» - «dominium»: una tesi sulla natura dell'abitazione ricordata in C.I. 3.33.13.pr.

Sul diritto di abitazione per la romanità giuridica molto si è detto[1] e an-

1 Tra le pagine da leggere, ricordiamo soprattutto quelle di B.L. Schwendendörffer, J. Plitz, *De habitatione*, Lipsiae, 1667, N.Ch. De Lyncker, *De jure habitationis commentatio*, Jenae, 1704, N.H. Gundling, *Quomodo Habitatio magis in facto, quam in jure consistat?*, in «Gundlingiana. Darinnen allerhand zur Jurisprudenz, Philosophie, Historie, Kritik, Litteratur und übrigen Gelehrsamkeit gehörige Sachen abgehandelt werden», XVII, Halle, 1717, p. 125 ss., I. Marco, *Dissertatio juridica de usu, et habitatione*, Argentorati, 1746, L.I. Chauffour, *Positiones juridicae de usu et habitatione*, Argentorati, 1751, G. Mayans, *Disputatio XVIII De habitatione*, in Id., *Disputationes juris, in quibus multa juris civilis, aliorumque scriptorum veterum loca explicantur & illustrantur*, I, Lugduni Batavorum, 1752, p. 326 ss., J.F. Ludovici, *Doctrina Pandectarum, ex ipsis fontibus legum Romanarum depromta, et usui Fori accomodata*, Halae Magdeburgicae, 1760, p. 167 s., C.M. Segnitz, *Quaestio iuris controversi an habitatio sit servitus iuris civilis*, Leipzig, 1774, Ch.F. von Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, IX.2, Erlangen, 1808, p. 455 ss., A.F.J. Thibaut, *Civilistische Abhandlungen*, II. *Ueber die Römische habitatio, und den partus ancillae*, Heidelberg, 1814, p. 7 ss., J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, et de superficie*, VI, Dijon, 1824, p. 57 ss., spec. 69, J.A. Seuffert, *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, I, Würzburg, 1825, p. 232 s., C.-J. Neujean, *Dissertatio inauguralis juridica de usu et habitatione secundum juris Romani et hodierni praecepta*, Leodii, 1826, p. 17 ss., C. Luden, *Die Lehre von den Servituten*, Gotha, 1837, p. 124 ss., Ch.F. Elvers, *Ueber den Gegensatz von Factum und Jus im römischen Rechte*, in «Themis», I.1, Göttingen, 1838, p. 13 ss., E. Hoffmann, *Die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte. Eine civilistische Abhandlung*, I, Darmstadt, 1838, p. 191 ss., E. Klooß, *Über die Lehre von der habitatio des römischen Rechtes: eine juristische Abhandlung*, Rostock, 1839, Genty, *Traité des droits d'usufruit d'usage et d'habitation d'après le droit romain*, Paris, 1854, p. 421 ss., Th. Landwehr, *Das Wohnungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs im Vergleich zur habitatio des römischen und des gemeinen Rechts*, Diss. Rostock, Vegesack, 1904, p. 7 ss., G. Rotondi, *Natura contractus*, in «BIDR.», XXIV, 1911, p. 5 ss., G. Cicogna, *Note intorno alle cosidette servitù personali d'«habitatio» e d'«operae»*, in «Il Filangieri», VII, 1906, p. 481 ss., M. Pampaloni, *Questioni di diritto giustinianeo*, in «RISG.», LII, 1913, p. 168 ss., P.J. Venedikov, *Habitatio i operae servi*, Sofija, 1936, G. Astuti, '*Abitazione (diritto di) (dir. rom. e*

cora molto si dice[2], al di là della comune constatazione e registrazione *inter studiosos* di un *ius* come figura autonoma configurato solo nel correre del 530 d.C.[3], con quel «Wendepunkt» che la tradizione consolidata esattamente riconosce e legge in C.I. 3.33.13.pr., nonché nella regolamentazione ultima e compiuta di un diritto prima variamente delineato.

C.I. 3.33.13.pr.: Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decidentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus.

La costituzione salva dall'oblio un ventaglio di ipotesi, formulate in me-

---

interm.)', in «ED.», I, Milano, 1958, p. 92 ss., G. Grosso, *Uso, abitazione, opere dei servi e degli animali (Supplemento al Corso su «L'usufrutto»)*, Torino, 1939, p. 107 ss., Id., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, seconda edizione ampliata, Torino, 1958, p. 494 ss., E. Papa, *Uso di cosa fruttifera*, in «Synteleia V. Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1964, p. 684 ss., L. Amirante, *Locare habitationem*, in «Studi B. Biondi», I, Milano, 1965, p. 455 ss., G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*[2], Torino, 1972, p. 806 ss., N. Scapini, *«Usus domus» e «habitatio» nel diritto romano*, in «Studi G. Grosso», V, Torino, 1972, p. 25 ss., F. Sitzia, *D. 13.6.1.1 e D. 19.5.17 pr.: un caso tipico di duplex interpretatio in tema di diritto di abitazione*, in «Studi C. Sanfilippo», II, Milano, 1982, p. 579 ss., V. Giuffrè, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, p. 150 ss., spec. 154 ss., e C. García Vázquez, *Contribución al estudio del usus, la habitatio y las operae servorum*, Cádiz, 1995.

2 Per molti interessanti aspetti cfr., di recente, P. Biavaschi, *Profili antidogmatici del diritto romano: in fundo morari, precarium di habitatio e gratuita habitatio*, in «Index», XXXVI, 2008, p. 247 ss., specie p. 260 ss. con letteratura in nt. 61. Più generali le valutazioni di J. Scott, *Effect of the destruction of a dwelling on the personal servitude of habitatio*, in «Journal of Contemporary Roman-Dutch Law», LXXIV, 2011, p. 155, che lamenta un'attenzione dottrinale all'*habitatio* prestata «in rather cursory fashion». Si vedano anche A. Manzo, *«Magnum munus de iure respondendi substinebat». Studi su Publio Rutilio Rufo*, Milano, 2016, p. 93 ss., e B. Bruschi, *Habitatio und Wohnrecht*, in «Die Macht der Tradition im Dienstbarkeitsrecht und Eugen Huber» (*cur.* I. Fargnoli, U. Fasel), Bern, 2016, p. 119 ss. La prima conoscenza dei contenuti dell'articolo da ultimo citato, nonché della tesi del Landwehr (nt. 1), si è resa possibile durante un soggiorno di ricerca nell'agosto del 2017 presso la Bibliothèque de droit de l'Université de Neuchâtel. Colgo l'occasione per ringraziare i dipendenti della struttura universitaria svizzera, che hanno saputo prontamente indirizzarmi agevolando il reperimento delle collocazioni di mio interesse.

3 Affermazione diffusissima: prova ne sia la menzione in C.G. van der Merwe, *Extinction of personal servitude of habitatio*, in «Journal of Contemporary Roman-Dutch Law», LXXIII, 2010, p. 662, e Bruschi, *Habitatio*, cit., p. 120 s. Poco citato, ma lucido come di consueto, B. Biondi, *Le servitù prediali. Corso di lezioni*[2], Milano, 1954, p. 9, e Id., *Il diritto romano*, Bologna, 1957, p. 414.

rito alla sostanzialità o «Beschaffenheit»[4] di un'attribuzione concreta (poter abitare un edificio), che si dice ben presente alla stessa esperienza giuridica dell'antichità, quale che sia poi il senso in ultima analisi da attribuire all'*antiquitas* che segnatamente '*dubitabat*', in realtà, sul caso del legato riguardante una casa d'abitazione[5].

Nel testo ravvisiamo il participio presente '*decidentes*', indizio della cosiddetta autoqualificazione dell'intervento giustinianeo come *decisio* in una portata e in un senso affatto tecnici[6]: circostanza che, unitamente alla data di emanazione del 14 settembre 530, porta senza preoccupazioni a includere C.I. 3.33.13 tra le *Quinquaginta decisiones*, approvate in effetti, secondo la dottrina quasi unanime, a partire dalle calende di agosto del 530 e fino

4 Alla cui fissazione era letteralmente vòlto il contributo di Ch.G. Gmelin, *Von der eigentlichen Beschaffenheit der Habitation nach dem römischen Rechtssystem*, in Ch.G. Gmelin, K.F. Elsäßer, *Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle*, III, Frankfurt-Leipzig, 1778, p. 78 ss. Sulla «große Uneinigkeit» regnante in materia, si consulti Landwehr, *Das Wohnungsrecht*, cit., p. 8, ma discordanze classiche sul versante della «Einteilung» teorica non sono ravvisate da K.-H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, p. 292, con asserti giudicati poco persuasivi, però, da N. Benke, *Exemplum contra legem*, in «T.», LVII, 1989, p. 298 nt. 174.

5 In quanto il diritto di *habitatio* era, secondo G. Scherillo, F. Gnoli, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano, 2003, p. 392, «oggetto frequente di legati», anche se «i classici stentavano a configurarlo come un istituto a sé, discutendo piuttosto se rientrasse nel concetto di usufrutto, di uso o di concessione a titolo precario». Cfr. anche G.L. Falchi, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di leges e iura*, in «SDHI.», LIX, 1993, p. 45 s. Sono ancora di un certo interesse le pagine leggibili in G. Mascow, *De sectis Sabinianorum et Proculianorum in jure civili diatriba. Inserta est disquisitio de herciscundis*, Lipsiae, 1728, p. 171 ss.: «Usufructu habitationis legato, variatum dicit Imperator in l. 13 C. de usufructu & habitatione, inter antiquos, cui similis esset, utrumne usui vel usufructui, an neutri eorum, sed jus proprium & specialem naturam sortita esset habitatio». Non ritengo fuori luogo ricordare che anche nel vigente panorama normativo non esiste un unico diritto reale di abitazione, con la relativa disciplina contenuta negli artt. 1022-1026 codice civile: cfr. sul punto, almeno M.G. Falzone Calvisi, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, p. 141 ss. (interessante è tutto il capitolo quarto, intitolato alla «natura giuridica del diritto di abitazione»).

6 Cfr. G. Luchetti, in F. Amarelli, F. Botta, L. De Giovanni, G. Luchetti, V. Marotta, A. Schiavone, E. Stolfi, U. Vincenti, *Storia giuridica di Roma – cur.* Aldo Schiavone –, Torino, 2016, p. 427. Per il resto, per quanto attiene alla considerazione di C.I. 3.33.13 come facente parte delle *quinquaginta decisiones*, rimando alla letteratura riportata da M. Varvaro, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones*, in «AUPA.», XLVI, 2000, p. 386 nt. 36, cui *adde* Luden, *Die Lehre*, cit., p. 126 nt. 6.

al novembre 530 ovvero, secondo alcuni più recenti studi[7], addirittura fino all'aprile del 531.

'*Usum fructum habitationis do lego*'[8], sappiamo innanzitutto che così poteva disporsi in via particolare: ossia poteva aversi un *legatum* non immediatamente classabile – viste le dispute sorte proprio al riguardo – con cui si attribuisse *legatario* un '*domus usus fructus habitandi causa*', come letteralmente emerge nella fattispecie discussa da Ulpiano in D. 7.8.10.2 (17 *ad Sab.*)[9]. Qui, peraltro, riemergono vedute anteriori maturate molto più indietro nel tempo, grazie all'autorità di giuristi come Proculo e Lucio Nerazio Prisco, i quali ritenevano che questo fosse un legato di uso e non di usufrutto[10], che cioè fosse consentito abitare la *domus* ma non trarne «frutti»: '*Sed si sic relictus sit: 'illi domus usus fructus habitandi causa', utrum habitationem solam an vero et usum fructum habeat, videndum. Et Proculus et Neratius putant solam habitationem legatam, quod est verum. Plane si dixisset testator 'usum habitandi causa', non dubitaremus, quin valeret*'.

Come si vede, nel § 2 tiene il campo la contrapposizione non tanto tra uso e usufrutto, ma, in apparenza, tra abitazione e usufrutto: tuttavia, come si dirà meglio tra breve, il tenore testuale una volta riguardato nel suo contesto non dovrà essere tale da rivelare nell'opinione applaudita da Ulpiano ('*quod est verum*') una *sententia* mediana di segno diverso rispetto a quello significato nel *principium* del medesimo frammento[11].

---

7 Si veda sempre Luchetti, *op. cit.*, p. 427 nt. 24.

8 Si veda S. Puliatti, in A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, p. 377. Sulla «Bestellung der *habitatio*» cfr. ora Bruschi, *Habitatio*, cit., p. 121.

9 In proposito, cfr. ora M.E. Montemayor Aceves, *Acerca del usufructo. Libro séptimo del Digesto de Justiniano*, traducción, introducción y notas, México, D.F., 2006, p. XXII, e Y. González Roldán, *Il legato d'usufrutto nel pensiero di Nerazio*, in «Scritti A. Corbino», III, Tricase, 2016, p. 476 s. Tra gli approcci più risalenti, si veda anche De Lyncker, *De jure habitationis*, cit., p. 8. Secondo una corrente dottrinale debitrice di Grosso, *Usufrutto*[2], cit., p. 499, in relazione al solo legato di *domus usus fructus habitandi causa* sarebbe sorta questione, non invece a proposito del legato di *habitatio*, serenamente eguagliato a quello d'uso: cfr. F. Tuccillo, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia*, Napoli, 2009, p. 232 nt. 139 (ma, per altro verso, cfr. p. 231 nt. 137).

10 Così anche Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., p. 807. Leggendo '*Proculus et Neratius*', l'insigne studioso parlava, a differenza degli *antiqui*, di una concezione dell'*habitatio* come *usus* e non *ususfructus* dovuta alla «scuola proculeiana, che forse aveva avuto la prevalenza e a cui accede Ulpiano».

11 In Mayans, *Disputatio XVIII De habitatione*, cit., p. 327, si parla solo di maggiore similitudine rispetto all'uso, riconosciuta anche da Ulpiano: «Jureconsulti igitur, qui haec

Qui viene tra l'altro individuato uno dei terreni di scontro dialettico tra le scuole giuridiche che hanno segnato l'esperienza dei primi due secoli del principato[12]: sulla base della testimonianza raccolta in D. 7.8.10.pr. gli studiosi più remoti del *ius habitationis* hanno attribuito ai sabiniani la concezione dell'*habitatio-usus*, ai proculiani quella dell'*habitatio-usufructus*[13], con sfumature diverse, tuttavia, nella portata da attribuire a D. 7.8.10.2: non sarà inutile osservare da subito che gli annotatori dell'asserito dibattito giurisprudenziale spesso hanno preferito non valersi del § 2 per confermare il *principium*, individuando nei due giuristi menzionati nel secondo paragrafo i portatori impegnati e consapevoli di una visione «terza» dell'abitazione e già in qualche misura antesignana rispetto alla ben nota costituzione giustinianea accolta in C.I. 3.33.13, appena citata[14].

A battere sul punto che vi fosse un ingresso in lizza delle diverse *scholae* è stato per esempio Gottfried Mascow[15], il quale ha ritenuto che possa trovarsi

---

& alia considerabant, quaerebant anxie, utri similis esset habitatio, usuifructuine, an usui: & credibile est sensisse plerosque, usui esse similiorem. Certe Ulpianus hujus sententiae fuisse videtur, *l. si habitatio* 10. §. *sed si* 2. *de usu & hab.* si versiculus *plane*, conferatur cum *principio ejusdem* §». Tuttavia, secondo lo studioso, lo stesso Ulpiano, che pure si figurava un'abitazione *usui similior*, avrebbe distinto tra *legatum usus* e *legatum habitationis* in quanto in D. 7.8.10.pr. si legge '*Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis*'. Il '*paene*' significa che solo approssimatamente i due legati possono ritenersi equivalenti, e ciò suggerirebbe Ulpiano ricordando che come l'usuario l'abitatore non può donare il suo diritto, mentre per il resto l'abitazione non si estingue per *non usus* e *capitis deminutio*. Più avanti (p. 330), si legge: «Huc usque docui antiquam aliquorum Jureconsultorum dubitationem de habitatione, usuine, an usuifructui accederet: & existimasse Aelium Marcianum accedere usui, Ulpianum ab utroque distinctam».

12 Si vedano per molti E. Mérille, *Expositiones in Quinquaginta decisiones Justiniani*, Neapoli, 1720, p. 46 e H.E. Dirksen, *Beiträge zur Kunde des römischen Rechts*, Leipzig, 1825, p. 106 s.

13 Contrariamente all'impostazione oggi corrente: si pensi, *e.g.*, agli studi di Pugliese prima e González Roldán poi.

14 Nel senso indicato della *medietas*, esplicitamente, Mérille, *Expositiones*, cit., p. 47 – cui si deve non a caso l'introduzione della categoria storiografica dei *Miscelliones* per A. Mantello, *Per una storia della giurisprudenza romana. Il problema dei «miscelliones»*, Milano, 1985, p. 13 nt. 2, 33, 41 – e L.J.F. Höpfner, *Theoretisch-praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*, Frankfurt a.M., 1790, p. 320, § 384: «Die Sabinianer behaupteten, sie sey ein usus, die Prokulianer hingegen, sie sey usufructus aedium. Javolenus hielt sie für eine von beyden verschiedene, ganz eigne Servitut. Diese letzte Meinung hat Justinian durch eine Entscheidung gebilligt». Così anche Dirksen, *Beiträge*, cit., p. 107, e J. Krans, *Traité des droits d'usufruit d'usage et d'habitation et de leur accroissement entre colégataires en droit romain*, Liège-Paris, 1869, p. 269.

15 Mascow, *De sectis*, cit., p. 172: «et quidem habitationem usui similem dixisse videtur

segno delle idee di Masurio Sabino portanti a valutare l'*habitatio* assimilabile all'*usus*, cogliendo indizi per questa conclusione in D. 7.1.32 (Pomp. 33 *ad Sab.*): '*Si quis unas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id, quod personae, non praedii est, veluti usum et usum fructum. Sed et si excipiat, ut pascere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio, cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione, sive temporali sive usque ad mortem eius qui excepit, usus videtur exceptus*'[16]. Se '*habitationis exceptione … usus videtur exceptus*' è espressione direttamente pomponiana ma indirettamente riferibile a Sabino per quanto immaginabile dall'*inscriptio*, sostiene Mascow[17], allora si può ipotizzare che Proculo riportasse l'*habitatio* piuttosto all'*ususfructus*.

Bisogna in effetti sempre tenere presente che prima del 530 solo per qualcuno l'*habitatio* era una facoltà distinta da uso e usufrutto, ma che fuori da questa versione si ragionava per l'*habitare domum* direttamente di *uti* ovvero di *frui* come *habitare*, per l'appunto quando l'*uti* e il *frui* concernevano delle *aedes*[18].

Tuttavia l'idea di un dissidio tra sabiniani che avrebbero visto nell'abitazione una sorta di uso e proculiani che al contrario vi avrebbero riconosciuto un usufrutto lievita o meno, in definitiva, in misura non lieve, anche in dipendenza della lezione che si ritiene di dover accogliere a proposito di D. 7.8.10.2, nel quale è da prendere atto di una oscillazione nelle restituzioni tra

---

Sabinus, si modo ex sententia eius disserit Pomponius in l. 32. D. de usufructu, quae est ex libro XXXIII. ad Sabinum». In De Lyncker, *De jure habitationis*, cit., p. 7, si riconosce una «diuturnam Sabin. & Proculianor. disceptationem».

16 Cfr. anche De Lyncker, *De jure habitationis*, cit., p. 9. Qui si dice che «Proculiani habitationem ad usumfructum magis referebant». Secondo l'autore si potrebbe ricavare un *vestigium* di ciò dal fatto che Marcello – secondo Mérille, *Expositiones*, cit., p. 46, un proculiano – riteneva locabile l'*habitatio* «quale quid de usu efferri non poterat». Si veda von Glück, *Ausführliche Erläuterung*, IX.2, cit., p. 456 s. Ma «Priscus & Neratius» (come si vede il De Lyncker non legge, come oggi si è soliti fare, '*Proculus et Neratius*') seguirebbero una diversa sentenza, a prova di come a volte ci si discostasse «a doctrina sectae suae». Sul punto, si consultino in aggiunta F. Hotman, *Scholae in LXX Titulos Digestorum et Codicis*, in *Operum*, II, Lugduni, 1599, c. 342 e Dirksen, *Beiträge*, cit., p. 107 nt. 103. Diceva Marcello proculiano anche E. Ch. Westphal, *Interpretationes iuris civilis, de libertate et servitutibus praediorum, artis ordine digestae*, Lipsiae, 1773, p. 517.

17 Mascow, *loc. ult. cit.*: «Et proinde usufructui forsitan habitationem Proculus comparavit». Si veda inoltre Segnitz, *Quaestio*, cit., p. 4.

18 Cfr. Cicogna, *Note*, cit., p. 484: «Per le *aedes*, … l'*uti* si concreta tipicamente, con singolare costanza, nell'*habitatio*, la quale deve essere comune al normale godimento della cosa per parte d'un usufruttuario». Si vedano altresì J. García Sánchez, *Domus usus*, in «Estudios U. Álvarez Suárez», Madrid, 1978, p. 175 ss., e Biavaschi, *Profili antidogmatici*, cit., p. 252 nt. 26.

Priscus e *Proculus*[19] in genere risolta accedendo all'autorità di Mommsen in favore della lezione *Proculus* – così ho fatto anch'io –, che trova un importante puntello nelle indicazioni di Stefano *ad Bas.* 16.8.10[20]: ovviamente aiuta di più ad affermare il punto di vista del Mascow leggere '*et Priscus et Neratius putant solam habitationem legatam*', dal momento che Giavoleno faceva capo, com'è noto, alla *secta* sabiniana.

Aiuta di più ma al postutto non pesa né vale a costituire elemento di disturbo od ostacolo in grado di dequotare gli assunti di partenza di Mascow, che tra l'altro espressamente non sconosce Nerazio come proculiano[21]; questo perché lo studioso, in effetti, vedeva piuttosto in Giavoleno e Nerazio, almeno su questo punto, dunque, non dei continuatori acritici degli insegnamenti ricevuti, ma addirittura quasi dei «rari nantes» in grado di affrancarsi dall'alternativa secca *usus* / *usufructus* quanto a natura giuridica dell'abitazione, per additare così una *media* o *neutra sententia* capace di incontrare i favori degli *herciscentes*[22], con l'individuazione di un percorso ritenuto praticabile, secoli dopo, nientemeno che da Giustiniano. Un po' come avrebbero ricostruito, tempo dopo, Höpfner e Glück.

Analogamente, in Segnitz[23] si coglie il segno di una valorizzazione dei *miscelliones*[24] – in sostanza, anche qui, degli *herciscentes* – che producendo una *media sententia* non seguivano né i sabiniani né i proculiani: dai primi si allontanavano perché quelli avevano assembrato l'abitazione all'uso, ma anche rispetto ai secondi c'era da marcare una distanza sensibile in quanto pur assentendo rispetto alla facoltà di locare, veniva scartata la ricomprensione dell'abitazione nell'usufrutto.

---

19 Vedasi F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt. Pars altera. Primi post principatum constitutum saeculi iuris consulti. Sectio altera*, Leipzig, 1901, p. 145 nt. 2.

20 Cfr. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, cit., p. 492: «Pro 'Priscus', quod libri nostri habent, Mommsen Stephanum secutus 'Proculus' scripsit».

21 Mascow, *De sectis*, cit., p. 196 e 221.

22 Deve ricordarsi che il tema degli *herciscentes* o *herciscundi* fu coltivato dal Mascow con particolare intensità: cfr. Mantello, *Per una storia*, cit., p. 12, 52 e 75 ss.

23 Segnitz, *Quaestio*, cit., p. 5: «Cum enim mediam sententiam nonnulli sequerentur, putantes in habitationis servitute posse inhabitatorem quoque habitationem locare, in quo consentiebant cum Proculeianis, quamvis omnem usumfructum contineri negarent, dissentiebant vero a Sabinianis, qui habitationem cum usu comparabant et locandi facultatem improbabant; huic simul servituti propriam quasi naturam adserebant, quod fecisse videntur *Priscus* et *Neratius* apud Ulpianum … Iustinianus itaque hanc mediam sententiam *cit. Leg.* comprobavit omnemque dubitationem resecavit».

24 Per un bilancio critico sui *miscelliones*, rinvio a Mantello, *Per una storia*, cit., p. 243 ss.

Coloro che leggono e ricostruiscono '*Proculus et Neratius putant*' ribaltano completamente il punto di vista di numerosi giuristi che al tema hanno dedicato qualche attenzione tra Seicento e Ottocento, facendo i proculiani e non già i sabiniani seguaci e difensori dell'avvicinamento dell'*habitatio* all'*usus* – con la conseguenza ovvia che i sabiniani avrebbero pensato a un'abitazione che arieggia l'usufrutto[25] –, benché anche in tale caso non manchino poi difficoltà da affrontare, come, tanto per dirne una, l'estrazione di D. 7.8.10 dal diciassettesimo libro dei commentari ulpianei *ad Sabinum*[26].

È vero che alcuni hanno dubitato della correttezza dell'alternativa prospettata ('*utrum habitationem solam an vero et usum fructum* …') in quanto la scelta sarebbe stata tra sussunzione entro l'*usus* e sussunzione entro l'*usus-fructus*[27], ma non è ragionevole pensare che proprio tale alternativa non venisse in causa nella sostanza[28]: se è credibile, come ha scritto Cicogna[29], che qui «l'*habitatio* si trova in relazione con l'usufrutto e precisamente sussiste con l'usufrutto nella relazione d'una parte al tutto», mi sembra allo stesso tempo evidente che questa parte è solo l'*uti* rispetto al tutto che salda l'*uti* con il *frui* nell'usufrutto.

Lo provano la chiusa di D. 7.8.10.2, in cui si legge '*Plane si dixisset testator 'usum habitandi causa', non dubitaremus, quin valeret*', e il contenuto di D. 7.8.10.pr., in un passaggio in cui Ulpiano chiaramente espone il proprio modo di vedere le cose: '*Si habitatio legetur, an perinde sit atque*

25 Si rifà ora a questa corrente – autorevolmente rappresentata da Grosso e Pugliese – anche Tuccillo, *Studi*, cit., p. 233 nt. 139.

26 Se ne rende conto, nel proporre in forma opinativa la tesi dell'*habitatio-usus* di matrice proculiana e non sabiniana, González Roldán, *Il legato*, cit., p. 477: «La tesi di Proculo, seguita da Nerazio e condivisa dal giurista severiano, è l'unica notizia pervenuta nel passo, e, secondo noi, la possibilità di una tesi contraria, proposta da giuristi sabiniani, non sarebbe da escludere, poiché il brano, sebbene sia stato estratto da un commento dell'opera di Sabino, ricorda soltanto una soluzione proculeiana».

27 Si vedano gli autori (Pampaloni e Scapini) citati da González Roldán, *Il legato*, cit., p. 476 nt. 49, con relativa critica.

28 Cfr. A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*[4], Torino, 2012, p. 372. Lo stesso Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., p. 807 nt. 2, che pure giudica «verosimile» l'ipotesi di Pampaloni, che leggeva '*utrum usum solum an vero et fructum habeat*', arriva a concludere che «non si può escludere che il testo genuino parlasse di *habitatio*, come nell'attuale redazione giustinianea, volendo intendere, non il diritto di abitazione, bensì la facoltà di abitare». Si veda anche F. Lamberti, «*Nominatim imponenda servitus*», in «Labeo», XLII, 1996, p. 60 nt. 96: «Ulpiano riferisce del dibattito dottrinale sulla configurazione del diritto di abitazione come *usus* o *usus fructus*, per concludere con la qualificazione di esso come *usus*, anche qualora la formulazione del legato sia *illi domus usus fructus habitandi causa*».

29 Cfr. Cicogna, *Note*, cit., p. 487.

si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo quaestionum. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius: ad heredem tamen nec ipsa transit nec non utendo amittitur nec capitis deminutione'[30].

Qui Ulpiano senza dogmatismi evoca un sostanziale pareggiamento[31] effettuale ('*effectu*') tra *legatum usus* e *habitationis* con un fraseggiare che rende comprensibile e non sospetta l'alternativa *habitatio-usufructus* contenuta nel successivo § 2, ragione per la quale i tentativi ortottici applicati proprio a D. 7.8.10.2 non sono da accogliere[32].

Non penso siano ricevibili, pertanto, ricostruzioni che vorrebbero Nerazio e Giavoleno (o Proculo) fautori di una terza via, anticipatrice della soluzione giustinianea, quella di un *ius proprium* che non era assimilabile né all'*usus* né all'*usufructus*[33].

Si dubitava certo, per Giustiniano, della natura di un simile legato, e qui si apre il ventaglio di opzioni giurisprudenziali che vengono riportate in numero di quattro: intenderlo come legato di uso; intenderlo come legato di usufrutto; poi, secondo la terza idea in qualche modo già affacciata, pensare piuttosto a un *ius proprium* distinto dai primi due anche se di necessità in certa misura collegato ad essi, se non altro per il minimo comune denomi-

30 Sul finale del passo cfr. García Sánchez, *Domus usus*, cit., p. 184 (183) nt. 29, e Bruschi, *Habitatio*, cit., p. 122. Si veda a proposito della chiusa di D. 7.8.10.2, per l'interpretazione di '*plane si dixisset testator* …', il complesso ragionare contenuto in Mayans, *Disputatio XVIII De habitatione*, cit., p. 331 s.: «Existimabat Ulpianus habitationem propius accedere ad usum, quam ad usumfructum, ideoque addit: *Plane si dixisset testator, usum habitandi caussa, non dubitaremus quin valeret*; & valeret quidem ut legatum habitationis. Nunc vero, cum habitatio res sit omnino diversa ab usufructu, & usu, dubium non est, quin verba illa, *habitandi caussa*, quae legatum usus determinant, & coarctant ad habitationem; aeque determinent, & coarctent usufructus legatum, si usufructus relicti finis habitatio sit». Si ribadisce che per lo studioso il lascito di abitazione è «res omnino diversa» rispetto ai legati di uso e usufrutto, anche se rapportabile maggiormente al primo di questi due, pure per Ulpiano. Per una lettura di Mayans sul punto cfr. Thibaut, *op. cit.*, p. 9 nt. 5.

31 Quale che sia il giudizio da prendere in merito alla attenuazione suggerita dall'avverbio '*paene*' (su cui cfr. ora Bruschi, *Habitatio*, cit., p. 120 e nt. 601), da taluni ritenuto interpolato (E. Bund, *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht*, in «ZSS.», LXXIII, 1956, p. 166 nt. 53).

32 In tal senso anche González Roldán, *Il legato*, cit., p. 477 nt. 50.

33 Così invece von Glück, *Ausführliche Erläuterung*, IX.2, cit., p. 457 (e pure p. 460), il quale vede Nerazio e Giavoleno come sostenitori della terza dottrina (*ius proprium*) approvata da Ulpiano («Ulpian, der ihr seinen Beifall giebt, gedenkt dieser Meinung»). Ma qui a me sembra che ci sia un difetto di coerenza perché Ulpiano prima plaudirebbe alla dottrina sabiniana dell'*usus* (D. 7.8.10.pr.) salvo poi conformarsi ad una differente ancora, *tertia sententia*, né sabiniana né proculiana (D. 7.8.10.2).

natore della realità di un diritto su cosa altrui; infine, secondo la lettura corrente dell'ultima ipotesi, la configurazione dell'*habitatio* come *dominium* cui si allude quando è posto il quesito se l'*habitator* possa *dominium sibi vindicare*[34].

Lo *iurgium*, il dissidio che regnava intorno a queste contrastanti valutazioni, viene dichiaratamente tolto di mezzo con la *resecatio* di *omnis dubitatio* da parte di Giustiniano, che dispone in una direzione ben nota nei paragrafi 1 e 2 della *decisio* citata[35]:

C.I. 3.33.13.1-2: Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat sive alii cedat, ut mercedem accipiat? Et multo magis, si habitationis usum fructum reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur etiam nomine usus fructus addito.

La linea precettiva seguita da Giustiniano va nel senso di attribuire la licenza all'abitatore di dare in locazione la casa oggetto di abitazione[36], in difformità rispetto alla giurisprudenza pressoché unanime, con approvazione invece di un isolato avviso proveniente, secondo quanto si apprende dalle Istituzioni giustinianee, da Marcello. In tal modo venne evidenziata una maggiore prossimità con l'usufrutto[37] e lo stesso usufrutto, l'uso e l'abitazione furono diritti concepiti forse a completamento di uno spunto marcianeo come *servitutes personarum* in contrapposto alle *servitutes praediorum*

34 Gundling, *Quomodo Habitatio*, cit., p. 132: «Quaerebatur quippe, quid sensisset & dedisset testator habitatione legata? Et unus usumfructum, alter usum, tertius peculiare jus ab usu & usufructu adseverabat distinctum, proprietatem quartus». Trovo interessante ricordare che lo studioso portava come sostenitore della prima concezione Marcello, della seconda Papiniano e Ulpiano, della terza Modestino e della quarta Gaio.

35 Si vedano G. Baviera, *Concetto e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, in «Mélanges P.F. Girard», I, Paris, 1912, p. 90, B. Biondi, *Il diritto romano*, cit., p. 383, e Schindler, *Justinians Haltung*, cit., p. 292.

36 Cfr. Landwehr, *Das Wohnungsrecht*, cit., p. 13 ss., G. Polignani, *Proposta di un emendamento al § 2 Tit. V delle Istituta de usu et habitatione*, in «Atti della reale Accademia di scienze morali e politiche di Napoli», XVII, 1883, p. 10, e B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, 1954, p. 322.

37 Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 467, per il quale «Giustiniano dà una disciplina autonoma a questa figura, la quale si risolve, però, praticamente in un usufrutto, in quanto l'*habitator* ha anche la facoltà di locare». Si legga anche Papa, *Uso di cosa fruttifera*, cit., p. 689 e nt. 28. Per la dottrina meno recente cfr. Westphal, *Interpretationes iuris civilis*, cit., p. 516.

(dette pure *servitutes rerum*)[38].

Anima questo contributo, fatte salve tutte le questioni che altrimenti emergono, l'intento di stabilire il senso della menzione di un possibile *dominium* rivendicato dall'abitatore.

Una prima puntuazione si rende necessaria: davvero in C.I. 3.33.13 la tesi dell'*habitatio-dominium* è tale e cioè la quarta e ultima di quelle passate in rassegna come vuole il pensiero maggioritario, oppure le tesi sono soltanto due o tre al massimo, mentre quanto segue (cioè l'asserita quarta tesi) sostanzia in realtà, a concedere tanto, interrogativi che si pongono sulle facoltà magari spettanti – accedendo alla terza tesi – al titolare di un *ius proprium*?[39]

L'impressione può derivare dal modo di esprimersi dell'imperatore allorché questi, dopo aver ricordato come un blocco omogeneo le prime tre tesi ('*et primo*'), dopo ('*postea autem*') sembra spostare il fuoco dell'attenzione sul disciplinamento concreto di un diritto interrogandosi '*si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare*'.

Inoltre, sempre in rappresentazione quanto più neutra possibile di questo modo di leggere l'intervento imperiale, l'inserzione della facoltà di dare in locazione spezzerebbe l'omogeneità e la linearità del catalogo di opzioni sulla natura del diritto di abitazione, con collocazione poco comprensibile tra la terza e la pretesa quarta indicazione giurisprudenziale.

Dico subito contro queste ragioni di dubbio che, secondo me, il pensiero maggioritario è assolutamente nel giusto, per diversi motivi.

In primo luogo si può confrontare il § 3 della costituzione 13 con il contenuto della parafrasi teofilina e col corrispondente luogo delle Istituzioni giustinianee.

Nel testo delle *Institutiones Iustiniani* si rammentano nell'ordine le tesi dell'*usus*, dell'*ususfructus* e del *quasi proprium aliquod ius* riconnettendo a quest'ultimo *ius* la facoltà di locare autoritativamente concessa all'*habitationem habens*[40].

Iust. inst. 2.5.5: Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque

38 Cfr. M.J. García Garrido, *Diritto privato romano*, ed. italiana a cura di Marco Balzarini, tr. it. Laura Biondo, Padova, 1992, p. 216, che osserva: «La nuova classificazione è erronea, e l'unificazione non era necessaria».

39 Secondo Varvaro, *Contributo*, cit., p. 408, «nella costituzione riferita in C.I. 3.33.13 si eliminano tre distinte *dubitationes* (la prima relativa alla natura della *habitatio* come diritto autonomo, e le altre, espressamente distinte dalla prima, circa la facoltà per il legatario di *habitatio* di concedere in locazione l'oggetto del legato e la sua legittimazione attiva alla rivendica)».

40 Cfr. Landwehr, *Das Wohnungsrecht*, cit., p. 9 e 26, e G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 157 ss.

usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius. Quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

Anche nella *Paraphrasis* si coglie lo stesso andamento del discorso impostato sulle tre differenti rappresentazioni della *οἴκησις*, come in termini greci, nei Basilici più che nell'antecessore costantinopolitano, si traduce *habitatio*[41].

Ora, se fosse vera la lettura che nega statuto di tesi all'abitazione come *dominium* in un pur variegato panorama classico o tardoclassico di *ius dubium* o *controversum*, dovremmo aspettarci di incontrare non solo l'interrogativo sulla licenza di locare attribuita al titolare del diritto di abitazione, ma anche almeno un cenno alla domanda se possa tale titolare persino *dominium sibi vindicare*: come si è visto nel *Codex* queste due «valutazioni» sono riportate in posizione di contiguità nel testo della costituzione.

Vero è che la mancanza della tesi dell'*habitatio-dominium* nel brano istituzionale e nella Parafrasi potrebbe addirittura e almeno ad una prima impressione portare argomenti proprio a chi legge dualmente C.I. 3.33.13. pr., ma francamente sarebbe stato troppo, una volta imboccata la strada del *proprium ius* valutato come diritto reale su cosa altrui, ricordare altro se non la *licentia locandi* dell'abitatore, che ovviamente non poteva sulla base dell'assunto di partenza esser considerato titolare di un *dominium*.

Né ovviamente e a maggior ragione poteva esserlo su un piano del tutto analogo valutando come percorribili le strade dell'*usus* o dell'*ususfructus*, che erano considerati del tutto pianamente come *iura in re aliena*.

Dunque l'idea dell'*habitatio-dominium* rappresenta una vera e propria spiegazione particolarmente orientata del diritto di abitazione, circolante con sicurezza in età precedente a quella di Giustiniano, e ricordata dall'imperatore su uno stesso piano valutativo rispetto alle concezioni più diffuse che guardavano in maniera antitetica vuoi all'assimilazione all'uso, vuoi all'assimilazione all'usufrutto[42].

Nella manualistica la variegatura d'idee si rispecchia perfettamente in alcune pagine dove maggiore è stata l'attenzione riservata all'istituto e alla sua storia cadenzata di dubbio, e dove per correttezza risaltano anche altre

41 Cfr. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, IX.2, cit., p. 455 nt. 31, e SITZIA, *D. 13.6.1.1 e D. 19.5.17 pr.*, cit., p. 584 e nt. 9 e 588 nt. 24.

42 In senso contrario, con toni alquanto netti, SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., p. 291: «Es ist deshalb erstaunlich, wieso bei der *antiquitas* die Zweifelsfrage auftauchen sollte, ob eine Vermietungsbefugnis oder gar ein Eigentumsrecht bestehe. Letzteres ist sogar nicht einmal vom Standpunkt der dargestellten Streitfrage aus zu verstehen, weil die *habitatio* niemals das Eigentum umfassen kann».

configurazioni, finora nemmeno dette e che mette conto adesso di ricordare per il completamento del quadro per sommi tratti tracciato: tanta, infatti, era la latitudine facente capo alla terminologia imperniata sull'*habitare*, che si era anche proposto di intendere l'*habitatio* come una sorta di *precarium* avente ad oggetto un'abitazione[43], secondo quanto apparirebbe in D. 39.5.32 (Scaev. 5 *resp*.)[44], o ancora l'oggetto di un particolarissimo *legatum sinendi*

43 Registrano anche questa tesi C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*[10] (*cur.* A. Corbino e A. Metro), Soveria Mannelli, 2002, p. 243, C. Cascione, *Manuale breve di diritto romano*, Milano, 2007, p. 167 s., Id., *Habitatio – diritto romano*, in M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*[3], Torino, 2017, p. 242.

44 '*Lucius Titius epistulam talem misit: 'Ille illi salutem. Hospitio illo quamdiu volueris utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio': quaero an heredes eius habitatione eum prohibere possunt. Respondit secundum ea quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem*'. Cfr. Giuffrè, *L'emersione*, cit., p. 155 nt. 36. Consistenti, tuttavia, i dubbi avanzati da P. Biavaschi, *Ricerche sul precarium*, Milano, 2006, p. 211 – e ribaditi in Ead., *Profili antidogmatici*, cit., p. 262 ss. –, per la quale non avremmo qui un vero e proprio precario di abitazione, in quanto escluso in radice, precisamente, dalle parole *quamdiu volueris utaris* usate da Lucio Tizio, che darebbero al *precario accipiens* la possibilità abnorme di decidere in autonomia la durata del beneficio. Sul passo non si trascuri il sempre acuto F.C. von Savigny, *Ueber die lex Cincia de donis et muneribus und deren spätere Umbildungen*, in «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft», IV, 1820, p. 46 ss. Come noto, anche D. 39.5.32 è stato portato da Thibaut, *Civilistische Abhandlungen*, II, cit., p. 31 e 34 (e Id., *Juristischer Nachlaß*, II. *Römisches Civilrecht*, hrsg. von C.J. Guyet, *Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des römischen Rechtes. Hermeneutik und Kritik des römischen Rechtes*, Berlin, 1842, p. 267), a sostegno della propria tesi dell'*habitatio* intesa come un «Almosen» di ricovero che si faceva a persona bisognosa, di uno spazio ottriato per «Pietät und Mitleiden» (così anche F. Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*[9], II, Giessen, 1831, p. 89 nt. b, e Luden, *Die Lehre*, cit., p. 125 s.), che basandosi sulle individualità coinvolte non poteva in alcun modo legare l'erede del «Besteller». In senso contrario Hoffmann, *Die Lehre*, I, cit., p. 192 s., pur riconoscendo che attraverso la concessione di un'*habitatio* doveva essere più soddisfatto un bisogno che concesso un diritto, ha criticato la tesi dell'*habitatio* come esclusivo «Almosen an Bedürftige», benché spesso proprio tale forma fosse riscontrabile (cfr. anche Elvers, *Ueber den Gegensatz*, cit., p. 14 nt. 25), in primo luogo valorizzando le parole '*secundum ea, quae proponerentur*' contenute in D. 39.5.32, le quali sembrerebbero fondare la decisione su «concrete Umstände»; in secondo luogo richiamando l'attenzione su D. 39.5.27 (Pap. 29 *quaest.*), che Hoffmann per svista cita come D. 39.5.7: '*Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: "Quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti". Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. Quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exem-*

modo con cui si permetteva (ecco la valenza nell'ipotesi *de qua* del *sinere* connesso al lascito) all'*habitator* di vivere dentro una *domus alterius*, come adesso ci ricorda Paolo Basso[45] col richiamo a D. 33.2.15.pr. (Marc. 13 *dig.*): '*'Damnas esto heres Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet': unum videtur esse legatum*'[46].

La durata vitalizia del diritto casisticamente esaminata da Marcello risulta tra l'altro congruente con le notazioni rutiliane e celsine conservate in D. 7.8.10.3: '*Utrum autem unius anni sit habitatio an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est: et Rutilius donec vivat habitationem competere ait, quam sententiam et Celsus probat libro octavo decimo digestorum*'[47].

Conta tuttavia maggiormente rilevare che ammettendo ai fini descritti il *legatum sinendi modo* – risaputamente ad effetti obbligatori – evocato da Marcello nei suoi *libri digestorum*, avremmo in estrema sintesi un'ulteriore applicazione di *habitatio* nemmeno più come diritto reale, dagli incerti confini eppure sempre reale, ma addirittura come diritto di credito: diritto

---

plum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accepit'. Sul passo cfr. Benke, *Exemplum*, cit., p. 296 ss. L'idea dell'*habitatio*-elemosina è contestata anche da F.W.L. von Meyerfeld, *Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht*, I, Marburg, 1835, p. 141 ss. Sulla questione si vedano anche K.A. Schneider, *Die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts: eine civilistische Abhandlung*, Rostock, 1834, p. 291 s. nt. 159, e K.F. Baurittel, *Handbuch des badischen Bürgerlichen Rechts*, II, Freiburg-Karlsruhe, 1839, p. 1283 ss.

45 P. Basso, *Il diritto di abitazione*, Milano, 2007, p. 6, dove del resto viene considerato l'inquadramento proposto da Giovanni Pugliese.

46 Cfr. ora, con chiarezza, S. Puliatti, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, p. 128 nt. 445. Non è fuori luogo ricordare anche D. 34.3.18 (Paul. 9 *ad Plaut.*): '*Cassius: etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet. Et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione: quod rectissime dicitur*'. Si tratta di un *legatum sinendi modo* che fa il paio con quello ricordato in D. 33.2.15.pr. Cfr. sul punto R. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, Padova, 1964, p. 42.

47 Cfr. von Glück, *Ausführliche Erläuterung*, IX.2, cit., p. 468, Landwehr, *Das Wohnungsrecht*, cit., p. 19, e M. Voigt, *Ueber den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, in «Berichte über die Verhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig», XXVI, Leipzig, 1874, p. 191; *adde* Pampaloni, *Questioni*, cit., p. 176 ed i recentissimi interventi di Manzo, *«Magnum munus de iure respondendi substinebat»*, cit., p. 93 ss., 105, e D. Mantovani, *Quando i giuristi diventarono 'veteres'. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*, in «Imagines antiquitatis. Representations, concepts, receptions of the past in Roman antiquity and the early Italian Renaissance» (*cur.* S. Rocchi, C. Mussini), Berlin-Boston, 2017, p. 275 nt. 96 e 278.

di credito in capo al legatario verso l'erede debitore[48]. L'osservazione agevola allora, forse, la comprensione dei non pochi testi anche manualistici che pongono senz'altro l'*habitatio* quale diritto di credito al centro delle discussioni che agitavano l'*antiquitas* richiamata da Giustiniano nella *decisio* del 530[49]: ma personalmente credo sia giusto tener fermo che la versione «schuldrechtliche» non fosse tanto una «tesi» mirante a tenere il campo sopra le altre, ma piuttosto una realtà ammessa in parallelo a situazioni che godevano di tutela assoluta: e le dissonanze tralucono solo in relazione alla «dingliche» '*habitatio*'[50].

Per Viviano, poi, la concessione di una *gratuita habitatio* poteva legittimare il concedente ad un'azione di comodato anche se non era secondo Ulpiano improponibile – anzi risultava più sicura – un'*actio praescriptis verbis*[51]: un parere all'evidenza da raccordare alle più ampie discussioni che erano germinate a proposito di *commodatum* e *utendum datum*, dove per

48 Si vedano Lamberti, *«Nominatim imponenda servitus»*, cit., p. 60 nt. 96, Giuffrè, *L'emersione*, cit., p. 154 nt. 36, e M.G. Zoz, *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2001, p. 82 nt. 133.

49 De Giovanni, in *Storia giuridica di Roma*, cit., p. 462.

50 Tanto che uno stesso giurista poteva soffermarsi a valutare l'abitazione lasciata con legato obbligatorio per poi volgersi a inquadrare il problema di quale fosse il *proprium* dell'abitazione se congegnata invece come *ius in domo aliena*.

51 D. 19.5.17.pr. (Ulp. 28 *ad ed.*): '*Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? Et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere*'. Si vedano Voigt, *Ueber den Bestand*, cit., p. 202 nt. 97, e K. Slapnicar, *Unentgeltliches Wohnen nach geltendem Recht ist Leihe, nicht Schenkung – Dogmengeschichtliches zu BGHZ 82, 354*, in «Juristen Zeitung», XXXVIII, 1983, p. 325 nt. 1. Secondo Sitzia, *D. 13.6.1.1 e D. 19.5.17 pr.*, cit., p. 587, la parola '*habitatio*' qui non andrebbe letta «nel senso di casa di abitazione», visto che «appare più corretto che nel diritto della compilazione D. 19.5.17.pr. debba essere riferito all'ipotesi di un comodato avente ad oggetto il diritto di *habitatio*». Lo studioso sardo afferma tanto facendo notare la stranezza a dir poco della prospettata *actio praescriptis verbis*, «essendo pacifico per il diritto giustinianeo che il comodato possa avere ad oggetto anche beni immobili». Stranezza che verrebbe ridimensionata – non, in ogni caso, obliterata del tutto – solo se si riconoscesse qui una fattispecie di comodato del *ius habitationis* e non senz'altro di una casa abitativa. Dunque in ambiente bizantino, per il Sitzia, si discuteva se la *datio gratuita* del *ius habitationis* configurasse un comodato ovvero una convenzione atipica tutelata con l'*actio praescriptis verbis*, e l'antecessore Stefano avrebbe optato per la prima soluzione. In altro senso si era espresso R. Bachov, *Notae et animadversiones ad disputationes Hieronymi Treutleri*, I, Coloniae Agrippinae, 1688, p. 441, ad disput. XXIV, lit. D, per il quale «non rei incorporalis, sed corporalis, videlicet aedium usus concessus fuit». Anche ad avviso di J. Słonina, *Commodare habitationem*, in «Prawo Kanoniczne», XXV, 1982, p. 205, si può supporre che tanto Viviano quanto Ulpiano consentissero la possibilità di prestiti di un appartamento.

l'appunto certuni ritenevano possibile il *commodatum* di un bene immobile a differenza del punto di vista labeoniano secondo il quale *utendum datum* si attagliava a mobili come a immobili, ma *commodatum* andava ristretto ai mobili; Viviano sembrerebbe spingersi ancora oltre (argomenti dall'*amplius*) abilitando l'operazione giuridica consistente nel *commodare habitationem*[52].

E se si pensa ad una univocità della richiamata terminologia facente perno sui lessemi '*habitare*', '*habitatio*', '*habitator*', ci si sbaglierà comunque, perché è noto ai romanisti che di '*habitatio*' si parlava anche con riguardo al contratto consensuale di *locatio conductio*, dove il locatario o inquilino di una casa poteva benissimo essere detto *habitator* senza che ciò comportasse una qualche improprietà di linguaggio, secondo quanto rilevato già da Adolf Berger[53] in una voce enciclopedica consacrata al concetto di *habitatio*: era insomma persino corrente rifarsi alle categorie – va richiamato anche il

52 D. 13.6.1.pr.-1 (Ulp. 28 *ad ed.*): '*Ait praetor: 'Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo'*. 1. *Huius edicti interpretatio non est difficilis. Unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. Sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait*'. Credo sia giusto ricavare dal brano un'adesione di Viviano al punto di vista cassiano. Ma forse Viviano non si sarebbe fermato a questo «step», ipotizzando *amplius* la possibilità di comodare l'*habitatio* quale diritto e dunque *res incorporalis*: così per esempio G.E. Schmidt, *Das commodatum und precarium. Eine Revision der Grundlehren beider*, Leipzig, 1841, p. 128 s. e nt. 125, e T. Palmirski, *Some remarks on D. 16,3,15 and D. 50,17,45pr*, in «RIDA.», LI, 2004, p. 199. *Contra*: Słonina, *Commodare habitationem*, cit., p. 204 e 209. Ad avviso di Sitzia, *D. 13.6.1.1 e D. 19.5.17 pr.*, cit., p. 584, «se è indubbio che Viviano impiegava nel caso in esame il termine *habitatio* nel senso di casa d'abitazione, non … sembra che al nostro termine possa essere attribuito il medesimo significato una volta che il passo d'Ulpiano venne inserito nel Digesto». Secondo F. Scaglione, *Il comodato. Artt. 1803-1812* («Il Codice Civile commentato», fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli), Milano, 2011, p. 5 nt. 4, Viviano «ammise la validità del comodato immobiliare».

53 Cfr. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, sv. '*habitatio*', p. 484. Si possono ricordare un paio di esempi: D. 19.2.19.6, Ulp. 32 *ad ed.* ('*Si quis, cum in annum habitationem conduxisset …*') e D. 19.2.25.1, Gai. 10 *ad ed. prov.* ('*Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit …*'). In particolare, poi, Amirante, *Locare habitationem*, cit., p. 459 s., deduce dalle fonti che già per Alfeno Varo l'*habitator* pianamente era il *conductor* di una casa, ed eventualmente anche il subconduttore della stessa in aderenza a un insegnamento particolare, pur dovendosi escludere un diritto per il conduttore alla sublocazione dell'*habitatio* (p. 465). Secondo lo studioso pertanto *habitatio* indicava sì, anche, la «casa di abitazione», ma soprattutto l'uso e godimento di una casa «in tema di locazione» a tutto tondo (p. 463), ciò che sarebbe alla finitiva evidente in D. 19.2.28.pr.-1, dove per casa di abitazione risulta scelta la parola *domus* (p. 460).

titolo di un conosciuto contributo apportato alla specifica materia da Luigi Amirante – del '*locare*' e '*conducere habitationem*', sempre in casi in cui non era nemmeno «questione … di locazioni effettuate dal titolare del diritto di abitazione»[54], d'altronde «in epoca classica … in nessun modo autorizzato a locare ad altri il suo diritto»[55]: e il rapporto secondo Ulpiano (D. 19.2.5) non mutava natura quand'anche si rimettesse più tardi la mercede[56].

D'altro canto la consapevolezza del carattere ancipite della parola *habitatio* ora è poco fatto notare potrebbe addirittura indurre a qualche suggestione, generalmente non vista bene nel panorama complessivo degli studi sull'antichità giuridica romana, sboccante in tentativi di ibridazione tra le due fondamentali partizioni concettuali richiamate dalla parola *habitatio*: in tal senso, soprattutto in passato, si evocava una peculiare *locatio conductio irregularis* in cui il conduttore diveniva proprietario della sostanza locata, ma tale figura è oggi reputata un'invenzione pandettistica da Paul J. du Plessis[57].

Dedichiamoci allora, per tornare al punto, agli aspetti qualificanti del pensiero da qualcuno comunque difeso dell'abitazione come vero e proprio *dominium* sulla casa.

Bisogna in primo luogo domandarsi se, eventualmente, il pensiero sorga o anche solo se la sua emersione venga propiziata dalla comprensività semantica delle espressioni il più delle volte adoperate dal disponente o tra coloro che costituivano il diritto; in secondo luogo andrà capito se il solo aver prospettato l'identificazione di un *ius habitationis* (sovente *legatum*) con la proprietà non costituisca cosa abnorme ed enorme visto il concetto poi comunque schiarito di *ius in re aliena*, diritto su una cosa-casa che ovviamente doveva appartenere ad altri. Questo è un profilo attinente al «come», al *quomodo* tecnico.

Infine dovremo attendere all'operazione di identificazione del soggetto magari giurisperito ovvero dei soggetti intesi come protagonisti della volontà negoziale cui attribuire in definitiva una tale interpretazione, il perché o *quare* della stessa e in quale temperie se del caso abbia potuto farsi strada:

---

54 Leggo da Amirante, *Locare habitationem*, cit., p. 457.

55 Cfr. Amirante, *op. cit.*, p. 457 con la nt. 2. Cfr. anche Papa, *Uso di cosa fruttifera*, cit., p. 687 (688) nt. 20.

56 Si veda R. Fiori, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 277 nt. 61. Dunque in D. 19.2.5 «di *habitatio* si parla anche per indicare l'oggetto della locazione» (così, alla lettera, Grosso, *Usufrutto*[2], cit., p. 496 nt. 3).

57 Cfr. P.J. du Plessis, *Letting and hiring in Roman legal thought: 27 BCE – 284 CE*, Leiden-Boston, 2012, p. 7 nt. 34: «a Pandectist invention which was unknown to Roman law».

dovremo cioè illuminare gli aspetti relativi al chi, al perché e al quando.

Dico subito che gli interrogativi posti sono suscettibili di ricevere risposte non solo ragionevoli sul piano pratico, ma in fondo anche congruenti a certi contenuti di legati letti in chiave inevitabilmente estensiva dai soggetti in ultima analisi più interessati a una certa interpretazione di *verba* negoziali.

Va detto che la spiegazione di cui ci occupiamo può aver tratto origine soprattutto ed in particolare dall'incassamento di *verba* non limpidissimi in punto di qualificazione giuridica, il che succedeva forse il più delle volte quando le parole scelte erano '*habitationem do lego*', dove probabilmente per '*habitatio*' non sarebbe stato impossibile rappresentarsi la *domus ipsa*, la casa stessa: in definitiva la *plena proprietas* sulla casa.

Ma qui si manifesta il carattere troppo meccanico e unidirezionale di una corrente pur nutrita di pensiero che, in passato, voleva far dipendere la natura dell'attribuzione da una scelta operata sull'alternativa tra *servitus personarum* e *dominium domus* discendente da interpretazioni tipiche che si agganciavano immancabilmente alle varie formule adoperate dal testatore.

Pietro Pacioni riteneva formule del tipo «domus ad habitandum» e «domus pro habitatione» come allusive alla «ipsa proprietas domus», al contrario di espressioni come «habitatio domus», «ususfructus» o «usus habitationis» e «facultas habitandi», che farebbero invece propendere per un diritto limitato[58].

Ugualmente in Mantica[59] e Brunnemann[60] la porzione di significante *domus ad habitandum* rimanda alla piena proprietà della casa che si lascia, mentre discorso diverso troverà applicazione quando resta sottinteso che altri sarà il titolare del *dominium* sulla *domus* su cui viene costituita la servitù personale.

Tuttavia, la rigidità della impostazione trapela se si osserva che, pur doverosamente riconoscendo la maggiore problematicità delle parole '*habitationem do lego*', l'illazione dell'*habitatio-dominium* non era impossibile da ricavare interpretativamente dalla lettura di altri *verba* come, per restare agli esempi posti, '*domus usus fructus habitandi causa*', dove il termine con sostrato materiale *domus* si incrocia con la causa abitativa.

---

58 P. Pacioni, *De locatione et conductione tractatus*, Romae, 1677, p. 46.

59 F. Mantica, *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum in libros XII distinctus*, Francofurti ad Moenum, 1581, p. 215: «Differentia est etiam, utrum legata sit domus ad habitandum, vel habitatio, hoc est, ius habitandi».

60 J. Brunnemann, *Commentarius in Codicem Justinianeum*, I, Laureti, 1839, p. 317, ad L. Cum antiquitas 13: «Sed interdum ex verbis et conjecturis apparet, per habitationem non servitutem, sed plenum dominium intelligi, secus si habitationem domus meae legavi, ubi servitus tantum est. Ratio horum in § 2 et § 5 Inst. De usu et habitatione. Sed si domus ad habitandum legetur, plena proprietas intelligitur legata».

Ciò perché, come si ricorderà a breve, dello stesso usufrutto circolavano vedute anche gravemente discordanti non mancando chi facesse leva addirittura su elementi proprietari per qualificarlo o nelle sue scaturigini o ancora in età matura, e soprattutto perché a questa constatazione darebbe appoggio una lettura per così dire piana di un famoso testo[61] modestiniano, raccolto *sub titulo* D. 4.5 '*De capite minutis*', che altrimenti si dovrebbe percepire come un'autentica Sfinge.

D. 4.5.10 (Mod. 8 *diff.*): Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius quam in iure consistit.

La dottrina si è letteralmente sbizzarrita nel formulare tentativi di lettura in grado di spiegare la ragione per la quale Modestino, nelle sue *differentiae*, avrebbe sentito il bisogno di affermare che il *legatum habitationis* '*in facto potius quam in iure consistit*'[62]: addirittura rinnegando talora l'adeguatezza stessa della *ratio* sottostante («ratio tamen … non est adaequata»), come ad esempio si constata imbattendosi nel giurista tedesco Ludovici[63], per il quale l'abitazione come servitù consisterebbe sempre «in iure», mentre se si guarda al fatto dell'abitazione, allora e nello stesso senso anche l'usufrutto e l'uso «in facto consistunt».

Alcuni, come Johannes Voet[64] e Thomas Mauritius Richeri[65], hanno col-

61 Ampiamente discusso, in passato, da VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, IX.2, cit., p. 463 ss.

62 Con contributi talora appositamente dedicati al solo studio di D. 4.5.10: cfr. già A.E. ROßMANN, *Warum die habitatio vielmehr in facto, als in iure bestehe? Ad L. 10. de capit. minut.*, in «Juristisches Wochenblatt», II, 1773, p. 695 ss. e G.L. BOEHMER, *Ad sententiam Modestini in L. 10. D. de capite minutis*, Gottingae, 1778.

63 LUDOVICI, *Doctrina Pandectarum*, cit., p. 168, dove traggo le citazioni nel testo. Così anche G.A. STRUVE, *Jurisprudentia romano-germanica forensis* subjunctis J.G. Schaumburgii *Annotationibus*, Francofurti ad Moenum, 1760, p. 129 nt. e), per una *ratio* «vix genuina», in quanto «si ad factum habitationis respicias, reliquae etiam servitutes personales non poterunt non in facto quoque consistere». Critiche da parte di SEGNITZ, *Quaestio*, cit., p. 6, che contesta nell'affermazione un'autorità quasi dittatoria. Anche in Mayans (*op. cit.*, p. 329) si parla di «ratio … subobscura» che «explicatione indiget».

64 J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, I, Parisiis, 1829, p. 649: «Non tamen evanescit habitatio non utendo, aut capitis diminutione … Cum enim capitis diminutione, et non utendo, non alia amittantur, quam quae in jure consistunt, habitationem his modis non extingui necesse fuit, eo quod in facto magis, quam in jure consistit, ut Modestinus ait».

65 T.M. RICHERI, *Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, I, Venetiis, 1841, p. 772 § 1771.

legato l'asserzione alla particolarità di un diritto che differentemente dall'usufrutto non si perdeva per *non usus* e per modificazione dello stato (*capitis deminutio*).

All'impostazione ulteriore abbracciata *ex multis* dal Segnitz, anche sulla base di D. 8.1.1 (Marcian. 3 *reg.*)[66], che il testo si spiegherebbe nel senso che l'*habitatio* non è un vero e proprio diritto come *usus* e *usufructus* e non si annovera come quelli tra le *servitutes iuris civilis*[67], il Glück ha contrapposto sulle orme di Georg Ludwig Böhmer un'altra più sottile ermeneusi contraria all'impostazione fondata sul mero contrappunto segnalato; infatti Modestino parla di *legatum habitationis* e lo raccosta ai *legata in annos singulos vel menses singulos*, ma allora non sarebbe potuto sorgere alcun dubbio sulla *vis civilis* di entrambi i tipi di legato[68].

In particolare Glück ricalca Georg Ludwig Böhmer quando sostiene che il legato di abitazione ha di particolare che il diritto del legatario non principia subito *ipso iure* dopo l'accettazione, ma si ha *per factum habitationis*, quando si inizia ad abitare, e si attiva non una volta per tutte ma vale per singoli *momenta* fattuali alla stregua di un legato multiplo o complesso[69].

Alle idee espresse dal Glück ha prestato piena adesione, nella nostra dottrina, Giovanni Cicogna, sempre a partire da un raffronto col legato *in annos singulos vel menses singulos*[70].

---

66 '*Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum*'. Segnitz annette non poca importanza alla circostanza che Marciano non elenca tra le *servitutes personarum* l'*habitatio*. In Mayans, *Disputatio XVIII De habitatione*, cit., p. 328, si spiega l'apparente omissione marcianea in quanto l'abitazione veniva considerata come uso: «Has, opinor, ob caussas Jureconsultus Marcianus cum personales servitutes dividere vellet; in usum & usumfructum distinxit, *l.* I. *de servit.* quae est ex *lib. III. Regularum*, ac proinde cum habitationis mentionem ibi non fecerit, eam procul dubio sub usu comprehendit». Per Elvers, *Ueber den Gegensatz*, cit., p. 16 nt. 30, non deve pensarsi a una preterizione casuale dell'*habitatio* e ad una indicazione solo esemplificativa delle servitù personali da parte di Marciano: l'*habitatio* per questo studioso non venne mai contata tra le vere e proprie *servitutes personarum* «quae in iure consistunt», essendo piuttosto una «quasi servitus» formante un «quasi proprium aliquod ius».

67 Cfr., a quanto pare, Segnitz, *Quaestio*, cit., p. 6 s., spec. 7: «Haud ergo alias referre poterat Marcianus servitutes personales praeterquam usum et usumfructum, cum habitatio et operae iure non essent definitae, et sic non consisterent in iure, ut ususfructus et usus, sed facto magis introducerentur». Per i termini dell'impostazione ed una ragionata critica, si veda von Glück, *Ausführliche Erläuterung*, IX.2, cit., p. 464.

68 Così von Glück, *Ausführliche Erläuterung*, IX.2, cit., p. 465.

69 Leggo da von Glück, *Ausführliche Erläuterung*, IX.2, cit., p. 466. Un commento in Landwehr, *Das Wohnungsrecht*, cit., p. 18 s.

70 Cfr. Cicogna, *Note*, cit., p. 491.

Non raro, infine, il parallelo con un testo di Gaio, D. 4.5.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): '*Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem*': parallelo svolto tra i tanti da Thibaut[71], Elvers[72] ed ora anche Stagl[73]. Per tutti questi studiosi vi sarebbe la matrice comune delle esigenze di sostentamento quali *naturalia iura* che la *ratio civilis* non può toccare, esigenze evidenti nelle pretese alimentari, dotali e abitative, che tutte spiegano e giustificano la mancata cessazione per eventuale *capitis deminutio*: in quanto gli *alimenta* sono dovuti quasi per diritto naturale ai congiunti, la *dos* serve ad assicurare un futuro dignitoso alla donna anche in seguito allo scioglimento del matrimonio[74], l'abitazione è umanitariamente tesa a soddisfare la necessità vitale di un «Obdach»[75].

Ma la soluzione più semplice è a mio avviso quella di riconoscere che il *legatum* consiste nel fatto della scelta concatenata di determinate parole, fatto che poi richiederà il filtro interpretativo – secondo canoni ritenuti non importa per quale motivo applicabili – per la qualificazione *sub specie iuris* dei *verba* adottati: non sarà inutile per la precisione rimarcare che Modestino, contrariamente a quanto creduto da Elvers[76], definisce il *legatum habitationis* e non già l'*habitatio* consistente più in un fatto che in un diritto.

Il fatto, appunto, come già mi sono espresso, di *verba* non limpidissimi e per tale ragione quasi reclamanti l'opinabile ma necessario lavorio dell'*interpretatio*.

A tale riguardo si deve forse segnalare, comunque, che non si tratterà

71 Thibaut, *Civilistische Abhandlungen*, cit., p. 31 s., specie p. 32. Vi si ricollega Landwehr, *Das Wohnungsrecht*, cit., p. 16 s.

72 Elvers, *Ueber den Gegensatz*, cit., p. 14 nt. 25, riconosce a Thibaut il merito di aver tracciato il parallelo con D. 4.5.8, pur deplorando la stretta configurazione *pietatis causa* data all'abitazione da quell'autore.

73 J.F. Stagl, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009, p. 100 s.

74 Cfr. Stagl, *Favor dotis*, cit., p. 101.

75 Fa dell'*humanitas*, del resto pure richiamata da Giustiniano in C.I. 3.33.13, un principio guida dell'*habitatio*, Elvers, *Ueber den Gegensatz*, cit., p. 15: «Hieraus erklärt sich dann auch von selbst, daß die *humanitas*, welche vor allen die leiblichen Bedürfnisse des Menschen berücksichtigt, das leitende Princip in der Lehre von der *habitatio* war; weshalb, damit dem Menschen nie ein Obdach fehle, die *habitatio* durch *non usus* nicht verloren ging». Cfr. anche Luden, *Die Lehre*, cit., p. 124: «die Absicht war gewiß, Jemanden ein unentgeltliches Obdach zu verschaffen».

76 Si veda infatti Elvers, *Ueber den Gegensatz*, cit., p. 14.

ogni volta di applicare criteri ermeneutici utili a dipanare i distinti campi del legato di proprietà e del legato di abitazione: se si accettasse per l'intera *antiquitas* l'ineluttabilità di tale alternativa, nel senso che i *verba* vanno sempre interpretati allo scopo di capire se il testatore ha voluto lasciare la proprietà oppure soltanto un diritto reale minore di abitazione, si escluderebbe alla radice la problematica inquadrata in queste pagine, con conseguente venir meno della necessità di verificare se la stessa *habitatio* per qualcuno in ogni caso non fosse un diritto parziario screziato di specialità, ma sempre un'attribuzione dominicale.

In altre parole non avrebbe più granché senso discorrere di *habitatio-dominium* perché l'interpretazione opera così basata per il costante, pedissequo ed invariabile riconoscimento o di un'*habitatio* – comunque poi la si voglia qualificare: se uso, usufrutto, precario o diritto personale di credito – o della proprietà, e lo spazio per parlare di una tesi di *habitatio-dominium* sarebbe annullato di colpo.

Certo c'erano frequentemente legati di proprietà in cui si lasciava una *domus*, ma c'era anche un dibattito sulla natura dell'*habitatio* che conosceva diverse soluzioni, una delle quali, appunto, era quella di ritenere l'*habitatio* non un diritto reale parziario ma una proprietà sulla *domus* a tutto campo: e per i sostenitori di questa veduta ci si accorge che non valeva l'alternativa proprietà-abitazione in cui un termine escludeva l'altro, ma la stessa *habitatio* era una forma qualificata di dominio.

I rilievi svolti si saldano di necessità al quesito già introdotto, se non sia abnorme pensare a un diritto di abitazione con valenze e con termini proprietari, inspiegabilmente rispetto all'arrivo ultimo nella categoria dei *iura in re aliena*: ma pensando all'usufrutto, a quella che in origine per non pochi doveva esserne la configurazione e al meditato ricorso ancora in piena età classica a espressioni quali *pars rei* e *pars dominii* per indicare l'usufrutto stesso, ci si rende conto che la parametrazione al *dominium* non rappresenta una stranezza irricevibile.

Quanto ai soggetti, giuridicamente qualificati o meno, in ipotesi propugnatori della tesi dell'*habitatio-dominium*, io credo che la risposta vada ricercata nella stessa *decisio* giustinianea, nel § 3.

C.I. 3.33.13.3: In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usum fructum nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere et dominium ei domus esse relictum: tunc enim voluntati testatoris per omnia oboediendum est.

Benché i beneficiari di un'attribuzione abitativa siano avvisati di non ri-

porre, a meno che '*evidentissimis probationibus*'[77] non si riesca a immaginare un'altra ricostruzione della volontà, alcuna fidanza nel godimento di un *dominium*, risulta evidente che l'affermativa del *dominium* viene caldeggiata di preciso dagli stessi legatari, portati comprensibilmente a *dominium habitationis sperare*, a intendere nel modo più ampio possibile l'estensione del loro diritto.

Qui sembra che l'imperatore bizantino voglia additare un criterio discretivo tra legato di proprietà e legato di abitazione, come si ricostruisce anche in dottrina da più parti[78], ma è chiaro che si tratta di un modo di esporre lo scioglimento del nodo che si spiega agevolmente solo perché Giustiniano stesso ha inteso togliere ogni ragione di dubbio e interpretare l'*habitatio* come un diritto reale limitato a sé stante, in ogni caso da distinguere rispetto al *dominium*.

Ciò non infirma l'elevazione a dignità di teoria dell'*habitatio-dominium* per un periodo precedente e anzi quasi indica che i beneficiari di legati di abitazione avevano provato a reclamare con forza e costantemente che per *habitatio* dovesse intendersi *dominium*.

Ma più d'altro aiuta ad appoggiare queste osservazioni un'altra costituzione, dovuta a Diocleziano e Massimiano.

C.I. 3.33.11: Habitatio morte finitur: nec proprietatem qui habitationem habuit legando dominii vindicationem excludit.

La statuizione imperiale, della fine del terzo secolo, indica in attacco che l'abitazione ha fine con la morte dell'abitatore[79], soggiungendo però, subito dopo, un qualcosa che ribadisce il punto più importante, l'esser maturata una vera e propria tendenza dei «Wohnungsberechtigten» a intendere comunque nel senso di '*proprietas*' il loro rapporto con la casa: nella specie avremmo qui un convenuto in sede di rivendica che non può contare sul legato disposto in suo favore come attributivo del dominio, perché questo non faceva capo al testatore legante che era giuridicamente un *habitator* non proprietario[80].

---

77 Su questa espressione si consulti Th. Mayer-Maly, *Ratio evidens*, in «Studi G. Donatuti», II, Milano, 1973, p. 724 s. (specie p. 725 nt. 15).

78 Si veda H.J. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München, 1972, p. 239.

79 Si vedano Westphal, *Interpretationes iuris civilis*, cit., p. 658 nt. 829b), H. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907, p. 97 ss., T. Hauken, *Petition and response: an epigraphic study of petitions to Roman emperors, 181-249*, Bergen, 1998, p. 323.

80 Cfr. Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 98: «Der Tatbestand ist darum einfach der folgende: der Beklagte beruft sich auf einen Auktor, der ihm das Grundstück *per vindi-*

Anzi viene adombrata una prassi la cui diffusione sta alla base della necessità, per la cancelleria dioclezianea, di mettere un freno stabile e ribadire un concetto che solo se non avesse avuto seguito la tesi dell'*habitatio-dominium* risulterebbe scontato se non banale[81].

Se '*qui habitationem habuit*' lega la proprietà dell'edificio, ciò non elimina la rivendica da parte del soggetto che dia prova d'essere l'effettivo proprietario della casa: l'affermazione appare piana quando si consideri senza altri avvertimenti conoscitivi che l'*habitatio* veniva per lo più concepita come un *ius in re aliena*.

Ma se '*qui habitationem habuit*' poteva ritenere di legare nientemeno che la *proprietas* ('*proprietatem … legando*'), al di là del rifiuto di tale effetto giuridico manifestato in C.I. 3.33.11, una pretesa simile si spiega o risulta concepibile solo immaginando che l'*habitator* si ritenesse senz'altro il nuovo proprietario della casa di abitazione e non mero titolare di un diritto reale parziario, non potendosi anche in questo caso sfuggire alla ben nota regola per cui '*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*'[82].

Nella stesura dei *Fragmenta Vaticana* si trovano le stesse indicazioni[83], con una gamma di particolari venuti meno nella versione accolta nel codice imperiale, ma costituenti un corredo irrinunciabile per l'ermeneuta messo davanti al frammento 43, il «solo», tra l'altro, che contenga «l'analisi relativa al *De usu et habitatione legata*»[84].

Vat. *fr*. 43: Claudio Theodoto[85]. Habitatio morte finitur, nec proprietatem ea quae habitationem habuit legando domini vindicationem, vel debitum negando in testamento creditoris actionem excludit.

---

cationem legiert hat, der aber, wie sich im Prozeß ergibt, nicht Eigentümer, sondern nur Wohnungsberechtigter gewesen ist. Der Kläger, der offenbar nicht als Erbe des Testators zu denken ist, und der sein Eigentum nachweist, muß also als der besser Berechtigte obsiegen».

81 Cfr. infatti F.G.A. Lobethan, *Vollständige Abhandlung der Lehre von der Erbfolge*, Halle, 1776, p. 296.

82 Un insegnamento, questo – lo ricordo bene –, spesso ripetuto nelle sessioni d'esame dal prof. Zannini ai suoi studenti di Istituzioni; insegnamento, come altri, tra i più atti a trasmettere una conoscenza vera e duratura dei principii di diritto.

83 Si legga C.F. von Reinhardt, *Ergänzungen zu Dr. Glück's ausführlicher Erläuterung der Pandecten*, III.1, Stuttgart, 1836, p. 220: «Diese Decision wollte nehmlich zunächst die Controverse: ob nicht unter der habitatio gar ein dominium aedium zu verstehen sei? welcher die Justinianeische Decision erwähnt, beseitigen, wie auch ganz klar aus der Fassung der Basilicen … hervorgeht».

84 Cfr. M. De Filippi, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari, 1998, p. 40.

85 Sull'*inscriptio* di *Vat*. *fr*. 43 si veda De Filippi, *Fragmenta vaticana*, cit., p. 169.

Si tratta della medesima costituzione resa da Diocleziano[86], con alcune differenze non sostanziali. Nella versione vaticana sembra che il legante fosse una donna testatrice (‘*ea quae habitationem habuit*’), la quale aveva inteso lasciare con lo strumento della *delibatio hereditatis* la proprietà dell’abitazione pur non essendone proprietaria: ebbene, anche se avesse negato l’esistenza di un debito su di lei gravante, ciò non sarebbe bastato ad escludere l’azione del creditore[87], e così il *legatum proprietatis*, in quanto privo di effetto giuridico, non esclude la *vindicatio* del vero *dominus*[88].

Appunti, questi, francamente troppo ovvi, per altro verso spiegabili soltanto secondo la contestualizzazione che si è ritenuto di dover indicare all’attenzione degli studiosi; che poi la lettura di entrambe le testimonianze non sia abusiva o forzante aiuta a sostenere un brano forse ancora più chiaro, raccolto nei Basilici in 16.8.34, la cui versione senza ombra di dubbio consente di riposare nell’esegesi secondata in queste pagine.

Qualche rilievo, infine, sul tempo di maturazione della tesi dell’*habitatio-dominium*. Gli elementi raccolti fanno credere in modo convincente che una simile concezione non si sia potuta propagare che nella fase estrema dell’età classica: prima, forse, solo episodicamente emergente, la tendenza diviene vigorosa e statisticamente importante dopo i guasti dell’anarchia militare, per trovare un freno soltanto dinanzi al classicismo «di bandiera» della cancelleria dioclezianea, come autorizza a desumere la decisione del 294[89], che certo sarebbe stata quasi inutile se non per fronteggiare una prassi interpretativa d’estremo favore per i legatari di abitazione.

---

86 Si veda sempre De Filippi, *Fragmenta Vaticana*, cit., p. 19 nt. 14; cfr. inoltre P. Cogliolo, *Storia del diritto privato romano (dalle origini all’impero)*, II, Firenze, 1896, p. 46, e A. Cenderelli, *Ricerche sul «Codex Hermogenianus»*, Milano, 1965, p. 36 nt. 54.

87 Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 99, ha però considerato acutamente che una pretesa attorea per un debito che gravava sulla testatrice può aver senso solo se il convenuto è l’erede della donna, e tuttavia si dice che tale soggetto era il suo legatario e non erede. Risulta così spiegabile che i compilatori abbiano resecato il tratto ‘*vel debitum negando in testamento creditoris actionem excludit*’. Il Siber nota però che a quest’ultimo tratto può essere stato proprio il valore di esempio addotto per rimarcare l’insostenibilità degli effetti voluti dall’abitatrice. Che nella seconda frase non venga introdotto il soggetto «qualsiasi debitore» ma si lasci grammaticalmente quello della prima frase che nulla ha a che fare con una «Schuldklage» – osserva lo studioso – sarebbe così una «Saloppheit», che si accorda non male con il «wegwerfender Ton» della decisione.

88 Secondo Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 97, *Vat. fr.* 43 non farebbe menzione di una *rei vindicatio* del soggetto effettivamente legittimato, menzione che viene invece comunemente ricavata dagli editori che sostituiscono ‘*legando domini vindicationem*’ a ‘*legundo per vindicationem*’. Ma, nota il Siber, «es ist aber nicht einzusehen, weshalb die justinianische Fassung die bessere sein sollte, natürlich abgesehen davon, daß in der vatikanischen statt *legundo* ‘*legando*’ zu lesen ist».

89 Sulla datazione, cfr. la precisazione di Cenderelli, *Ricerche*, cit., p. 153 nt. 27.

Michele A. Fino

La legislazione matrimoniale augustea. Un'occasione per valutare le potenzialità dell'analisi del diritto condotta nella prospettiva dell'ecologia umana. Valutazioni preliminari*

1. La constatazione di un'assenza di comunicazione – 2. Alcune buone ragioni per rinnovare lo sguardo sulla legislazione matrimoniale augustea – 3. Augusto come pianificatore della società: le prospettive di un'analisi ecologica – 4. Conclusioni.

1. Augusto viene spesso ricordato, com'è noto, per i suoi interventi legislativi dedicati all'ambito familiare[1], celebrati ovvero severamente giudicati

---

* Queste pagine costituiscono la presentazione di una ipotesi di ricerca sviluppatasi in un lavoro monografico dedicato all'analisi ecologica di due momenti salienti per la legislazione pubblica romana, in epoche assai distanti fra loro: la legislazione matrimoniale augustea e le costituzioni tardoantiche in tema di *agri deserti*. L'occasione della miscellanea dedicata al professor Pierluigi Zannini – col quale ricordo con piacere la mia collaborazione nei primi anni dedicati alla ricerca universitaria, presso l'ateneo torinese – è al tempo stesso uno spunto prezioso per sottoporre alla comunità scientifica le opportunità di un approccio rinnovato ad uno dei temi, comprensibilmente, più studiati fra i molti interessanti affrontati nella legislazione imperiale, tanto dall'onorato quanto dalla intera *communitas* dei romanisti. Queste pagine hanno visto la luce anche grazie alla proficua collaborazione del dottor Alberto Rinaudo, che ringrazio per il supporto nelle ricerche bibliografiche e per il prezioso confronto di idee.

1 Nella letteratura degli ultimi vent'anni, dedicata al tema, spiccano, per ampiezza di analisi e ricchezza di apparato bibliografico, i lavori di Tullio Spagnuolo Vigorita (*Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*[3], Napoli, 2010, e *Joersiana IV: Livia, Augusto e il plebiscito Voconio*, in «Index», XL, 2012, p. 257 ss.) e Riccardo Astolfi (*I divieti matrimoniali della lex Iulia et Papia in età postclassica e giustinianea*, in «Civitas e civilitas. Studi F. Guizzi», I, Torino, 2013, p. 46 ss., e, soprattutto, *La lex Iulia et Papia*[4], Padova, 1996):

ad essi rinviamo pertanto per quanto concerne la letteratura precedente, nel novero della quale resta sempre centrale l'apporto ormai classico di P. Jörs, *Die Ehegesetze des Augustus*, Marburg, 1894: a buon diritto, la pietra miliare su cui si fonda la moderna ricostruzione giuridica della legislazione matrimoniale augustea. Per restare invece alla letteratura più recente, testimoniano il sempre vivo interesse per l'opera normativa riguardante matrimonio e prole da parte del *princeps* Ottaviano Augusto R. Mentxaka, *Divagaciones sobre legislación municipal romana a la luz de la lex Troesmensium*, in «Scritti A. Corbino», V, Tricase, 2016, p. 5 ss., D. Wardle, *Suetonius on the Legislation of Augustus (Aug. 34)*, in «Fundamina», XXI, 2015, p. 185 ss., G. Aricò Anselmo, *Numa Pompilio e la propaganda augustea*, in «AUPA.», LVII, 2014, p. 27 ss., P. Buongiorno, *Arcaismo, continuismo, desuetudine nelle deliberazioni senatorie di età giulio-claudia*, in «Iura», LXI, 2013, p. 218 ss., I. Piro, *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano, 2013, *passim*, C. Busacca, *Iustae nuptiae. L'evoluzione del matrimonio romano dalle fasi precittadine all'età classica*, Milano, 2012, M.V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum – matrimonium iniustum*, Napoli, 2012, p. 89 ss., O. Licandro, *Documenti vecchi e nuovi su Ottaviano Augusto. Appunti sulla transizione repubblicana*, in «BIDR.», CV, 2011, p. 235 ss., I. Piro, *Una rilettura del provvedimento restrittivo augusteo in materia di fidanzamenti precoci (Dio Cass. 54.16.7)*, in «Studi A. Metro», IV, Milano, 2010, p. 581 ss., F. Cenerini, *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna, 2009, A.E. Cooley, *Res gestae divi Augusti. Text, Translation and Commentary*, Cambridge, 2009, A.M. Kemezis, *Augustus the Ironic Paradigm: Cassius Dio's Portrayal of the lex Julia and lex Papia Poppaea*, in «Phoenix», LXI, 2007, p. 270 ss., I. Mastrorosa, *I prodromi della lex Papia Poppaea: la propaganda demografica di Augusto in Cassio Dione LVI.2-9*, in «Antidoron. Studi B. Scardigli Forster», Pisa, 2007, p. 281 ss., J. Scheid, *Res gestae divi Augusti. Hauts faits du divin Auguste*, Paris, 2007, p. 8 ss. e 39 ss., C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia, matrimonio, dote*, II, Roma, 2005, P.M. Swan, *The Augustan Succession: An Historical Commentary on Cassius Dio's Roman History Books 55-56 (9 B.C.-A.D. 14)*, Oxford, 2004, B. Severy, *Augustus and the Family at the Birth of the Roman Empire*, New York - London, 2003, K. Milnor, *Gender, Domesticity and the Age of Augustus. Inventing Private Life*, Oxford, 2005, A.D. Manfredini, *Il matrimonio degli anziani e la legge Giulia e Papia*, in «BIDR.», C, 1997 (pubbl. 2003), p. 233 ss. (specialmente p. 236 ss.), Ph. Moreau, *Florent sub Caesare leges. Quelques remarques de technique législative à propos des lois matrimoniales d'Auguste*, in «RHDFE.», LXXXI, 2003, p. 461 ss., J. Evans Grubbs, *Women and the Law in the Roman Empire. A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, London - New York, 2002, G. Eisenring, *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Wien-Köln-Weimar, 2002, p. 116 ss. (in particolare, con riferimento all'età augustea, p. 121 ss.) e p. 347 ss., S.E. Phang, *The Marriage of Roman Soldiers (13 B.C.-A.D. 235). Law and Family in the Imperial Army*, Leiden-Boston-Köln, 2001, e O.M. Péter, *Ideale giuridico e realtà sociale del matrimonio in Roma antica (Lineamenti di una ricerca)*, in «Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti della 51ª sessione della Société internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997)» (*cur.* I. Piro), Soveria Mannelli, 1999, p. 453 ss. Di particolare ispirazione per la stesura di questo saggio sono risultati i diversi contributi sul tema di Patrizia Giunti, che in diversi luoghi ha considerato come valida la spiegazione

dagli uomini di lettere del suo tempo, descritti con dovizia di particolari dagli storici contemporanei e successivi, e, naturalmente, indagati dai giuristi, antichi e moderni. Oltre centocinquant'anni[2] di ricerca antichistica hanno messo a fuoco i suoi sforzi, a partire dal 27 a.C., che si sono concretizzati dal 18 a.C. in poi, prima nella *lex Iulia de maritandis ordinibus*, poi nella *lex Iulia de adulteriis*, quindi (forse) nella *lex Aelia Sentia*[3] ed infine nella *lex Papia Poppaea* del 9 d.C.

---

della promozione della natalità come obbiettivo della legislazione augustea nel suo complesso, pur senza connettere tale intuizione ad elementi testuali o alle risultanze dei censimenti (*Il matrimonio romano tra res facti e regolamentazione legislativa*, in «Civitas e civilitas. Studi F. Guizzi», II, Torino, 2013, p. 879 ss., … *Per te tamen haberem… Modelli antichi e moderni tra maternità biologica e maternità sociale*, in «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato», IV [*cur.* R. Fiori], Napoli, 2011, p. 243 ss., e *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in «Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 4-7 giugno 2008)» [*cur.* F. Milazzo], Milano, 2014, p. 95 ss.), e di Thomas A.J. McGinn (*Child Brides at Rome*, in «Iura», LXIII, 2015, p. 107 ss., *The Marriage Legislation of Augustus: A Study in Reception*, in «Legal Roots», II, 2013, p. 7 ss., '*Ius liberorum*', in «The Encyclopedia of Ancient History» [*ed.* R.S. Bagnall, K. Brodersen, C.B. Champion, A. Erskine, S.R. Huebner], VII, Chichester, 2013, p. 3557 ss., *Something Old, Something New… Augustan Legislation and the Challenge of Social Control*, in «Ancient History Bulletin», XXII, 2008, p. 1 ss., *Missing Females? Augustus' Encouragement of Marriage Between Freeborn Males and Freedwomen*, in «Historia», LIII, 2004, p. 200 ss., *The Augustan Marriage Legislation and Social Practice: Elite Endogamy versus Male 'Marrying Down'*, in «Speculum iuris. Roman Law as a Reflection of Social and Economic Life in Antiquity» [*ed.* J.-J. Aubert, B. Sirks], Ann Arbor, 2002, p. 46 ss., nonché B.W. Frier, Th.A.J. McGinn, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford, 2004, p. 29 s., 39 s., 103 ss.).

2 Nel 1843 viene affacciata l'ipotesi di datazione del primo tentativo di regolamentazione della materia da parte di Augusto al 27 a.C. sulla base della pubblicazione della nota elegia in cui Properzio si duole della minaccia di una legge al proseguimento della sua relazione con Cinzia: cfr. Moreau, *Florent*, cit., p. 462 ss., Spagnuolo Vigorita, *Casta domus*, cit., p. 19 ss. Il dato era considerato come affidabile già da Jörs, *Die Ehegesetze*, cit., p. 4 s. Cfr., in proposito, anche Wardle, *Suetonius*, cit., p. 196 ss., e Fayer, *La familia*, cit., p. 570 e nt. 952.

3 Accogliamo l'ipotesi articolatamente argomentata da Spagnuolo Vigorita, *Casta domus*, cit., p. 74 ss., sulla base delle fonti e di autorevole dottrina, che annovera, tra i maggiori esponenti, Jörs e Arangio-Ruiz, e, tra i più recenti indagatori del tema, Wardle, *Suetonius*, cit., p. 192 ss. Tutt'oggi non manca chi confuta l'argomento basato sull'identità del riferimento di Svetonio (che parla di una moratoria di tre anni nell'applicazione delle sanzioni per i *caelibes*) e di Cassio Dione (che parla di una moratoria inizialmente di tre, poi allungata di ulteriori due anni) a una norma, secondo Jörs approvata cinque anni prima del discorso agli *equites* nel Foro, successivamente ritirata e/o rifusa nella *lex Papia Poppaea*.

Analogamente, Augusto è al centro dell'interesse di quegli studiosi che, a distanza di millenni, non rinunciano all'ambizione di ricostruire le dinamiche della popolazione nelle civiltà classiche[4]: tutti costoro ricordano, infatti, i ben tre censimenti universali voluti dal *princeps*, di cui egli stesso a buon diritto vantava la rilevazione, cui vanno sommati tutti quelli provinciali[5], dei quali uno, addirittura, valse a Ottaviano il privilegio di entrare nel racconto evangelico di Luca[6].

Queste pagine non ambiscono ad essere un nuovo saggio dedicato alla ricostruzione di uno o più aspetti della legislazione richiamata, che molti fra i più autorevoli romanisti degli ultimi cinquant'anni hanno magistralmente contribuito ad analizzare e illustrare. Nemmeno, *ratione materiae*, chi scrive si propone di inserirsi, con un contributo analitico organico e nuovo, nel dibattito tra gli storici della demografia.

Piuttosto, prendiamo le mosse da una constatazione che ci pare agevole svolgere: i giusantichisti che si sono occupati della cd. legislazione matrimoniale augustea, anche quando hanno attribuito una generica volontà di incremento demografico alla legislazione stessa, non lo hanno fatto individuando l'aumento della popolazione come obbiettivo principale fra gli altri che essi attribuiscono alla legislazione matrimoniale[7]: in particolare, non ci

4 Fra gli studi più recenti, dedicati alla demografia antica, che hanno preso specificamente in esame le cifre dei censimenti augustei, con l'obbiettivo di trarne delle conclusioni di portata generale, si segnalano senz'altro quelli di Scheidel e Lo Cascio: cfr. W. Scheidel, *Demography*, in «The Cambridge Economic History of the Greco-Roman World» (*ed.* W. Scheidel, I. Morris, R. Saller), Cambridge, 2007, p. 38 ss., *Human Mobility in Roman Italy. I. The Free Population*, in «JRS.», XCIV, 2004, p. 1 ss., nonché la cura di «Debating Roman Demography», Leiden-Boston-Köln, 2001, p. 4, 52 ss., 56, 88, 111, 119 ss., ed E. Lo Cascio, *Crescita e declino. Studi di storia dell'economia romana*, Roma, 2009, p. 25 ss., e *La popolazione*, in «Roma imperiale. Una metropoli antica» (*cur.* E. Lo Cascio), Roma, 2000, p. 17 ss.; cfr. G.R. Storey, *The Population of Ancient Rome*, in «Antiquity», LXXI, 1997, p. 966 ss.

5 C. Nicolet, *L'inventaire du monde. Géographie et politique aux origines de l'Empire romain*, Paris, 1988, p. 144 ss.

6 Storey, *The Population*, cit., p. 968.

7 Cfr. Phang, *The Marriage*, cit., p. 115 ss. e 380 s., McGinn, *The Augustan Marriage Legislation*, cit., p. 75 e 83 s., Manfredini, *Il matrimonio*, cit., p. 237 ss. (in particolare p. 237 s., 241 s. e 248 s.), Severy, *Augustus*, cit., p. 51 ss., M. Tocci, *Il diritto del matrimonio e della filiazione nell'antica Roma. Con appendice sull'antico diritto matrimoniale negli ordinamenti giuridici ellenistici*, Civitavecchia, 2003, p. 12 s. e 21, Frier, McGinn, *A Casebook*, cit., p. 39 e 103, McGinn, *Missing Females*, cit., p. 208, Swan, *The Augustan Succession*, cit., p. 225 ss. (in particolare 227), Fayer, *La familia*, cit., p. 80, 565 ss. e 581 ss., Kemezis, *Augustus*, cit., p. 274 ss. (specie p. 274), McGinn, *Something*, cit., p. 15 ss., Cenerini, *La donna*, cit., p. 88 ss. (soprattutto p. 88), Busacca, *Iustae nuptiae*, cit., p. 120 s.

constano storici del diritto che abbiano affacciato l'ipotesi che quella demografica sia la preoccupazione alla base di tutta la legislazione su matrimonio e procreazione da parte di Augusto[8] – con la rilevante eccezione di Patrizia Giunti[9] – mentre non mancano coloro che apertamente sostengono l'insufficienza della spiegazione demografica per la politica augustea di cui ci occupiamo[10]. I cultori del diritto antico, dunque, non risultano, stando a quanto abbiamo potuto esaminare, avere stabilito una qualche gerarchia degli obbiettivi normativi augustei e spesso ne è indice la scelta di formulazioni linguistiche poco univoche. Soprattutto, essi non fanno riferimento e, per quanto ne sappiamo, nemmeno menzione delle evidenze statistiche relativamente alla popolazione romana che lo stesso Augusto fornisce nelle proprie *Res gestae*: una circostanza semplicemente straordinaria, se si pone mente al fatto che lo stesso Ottaviano, nella propria autocelebrativa raccolta dei grandi risultati, non fa viceversa diretta menzione della propria attività normativa volta a promuovere le unioni matrimoniali e la procreazione[11]. In sintesi, i censimenti e i relativi esiti, di cui lo stesso Augusto fornisce i risultati, non appaiono presi in considerazione (evidentemente per trarne una, a nostro avviso legittima, chiave interpretativa), perfino da parte di chi pure vede nella legislazione augustea un tentativo di incentivare l'incremento della popolazione.

Parallelamente, dobbiamo constatare che gli studiosi di demografia antica, mentre si affaticano sull'interpretazione delle cifre relative alla popolazione di Roma e, più in generale, all'entità e all'andamento del numero di *cives Romani* al tempo del primo imperatore, non sembrano tenere in particolare considerazione le risultanze della ricerca giusromanistica e, segnatamente, di quella che rinviene, nell'incremento della popolazione romana, un fondamento delle politiche legislative augustee in materia familiare. Con il

---

(in particolare p. 121), Giunti, *Il matrimonio*, cit., p. 891 ss. (mentre Humbert, che l'Autrice cita a p. 895, evidenzia come prioritario l'obbiettivo demografico), McGinn, *The Marriage Legislation*, cit., p. 10, e '*Ius liberorum*', cit., p. 3557.

8 Isabella Piro non esita a riconoscere nella *lex Papia Poppaea* una chiara finalità di promozione della natalità. Ma tende ad escluderla come obbiettivo dei precedenti interventi normativi del *princeps* nell'ambito di cui ci occupiamo: cfr. Piro, *Una rilettura*, cit., p. 581 ss. (in particolare p. 583 nt. 9), e *Spose*, cit., p. 100 ss. (in particolare p. 117).

9 Giunti, *Il ruolo*, cit., p. 118 s., e … *Per te*, cit., p. 246 ss. (in cui l'obbiettivo demografico è definito «priorità politica», una posizione ripresa in Sanna, *Matrimonio*, cit., p. 94 nt. 85). L'intuizione condivisibile della Giunti non appare connessa direttamente a risultanze nelle fonti o al confronto fra gli atti normativi augustei: cfr. *supra*, nt. 1.

10 Cfr. Milnor, *Gender*, cit., p. 140 nt.1.

11 Sull'istituzionalizzazione augustea del matrimonio con i suoi scopi procreativi si veda Péter, *Ideale*, cit., p. 459.

risultato che, apparentemente, le leggi augustee in tema di matrimonio e filiazione non sembrano rivestire alcuna importanza fra gli argomenti a favore delle tesi più o meno ottimistiche riguardo all'andamento della popolazione romana del primo secolo a.C. Un atteggiamento particolarmente bisognoso di giustificazione, a nostro avviso, allorché il cultore della demografia in questione appartenga al novero di coloro che ritengono la popolazione romana all'abbrivio del Principato fiorente, se non in costante crescita, e non minata, nella sua consistenza, da decenni di sanguinose guerre, dentro e fuori la Penisola Italica. Il perché è presto detto: se Augusto, ben informato grazie ai censimenti, si preoccupava di incentivare matrimoni e nascite quando (invece, stando all'interpretazione degli storici che condividono la visione di cui è campione Lo Cascio) la popolazione di *cives romani* era già fiorente, qualcosa non torna. E chi intenda sostenere che all'inizio dell'era cristiana la popolazione romana era florida deve, a nostro avviso, cercare qualche spiegazione ulteriore rispetto a chi, viceversa, sostiene che la popolazione romana nello stesso periodo fosse in drammatico costante declino, perché quest'ultima circostanza come minimo corrobora l'idea che il *princeps* avesse anche obbiettivi demografici, coerenti con il contenuto della sua legislazione in materia di matrimoni e filiazione e con la sua condotta pubblica, testimoniata da Dione Cassio.

Riassumendo: i giusantichisti non appaiono vedere alcun nesso diretto tra legislazione matrimoniale ed esito dei censimenti tale da portarli a ipotizzare una gerarchia tra i fini generalmente riconosciuti all'intervento augusteo (demografico, morale/sociale, fiscale), mentre gli storici della demografia e dell'economia non sembrano trovare nel lavoro dei cultori del diritto antico alcun argomento rilevante e utile magari a dirimere l'ormai annosa disputa tra le diverse opzioni interpretative attualmente in auge rispetto ai numeri dei cittadini romani alla fine del I secolo a.C.: quella, ormai classica, che vuole la popolazione romana in declino nell'ultima età repubblicana e quella che, viceversa, la ritiene in piena espansione numerica. Ad esse, giova ricordarlo, si aggiunge, recentissima, quella che propone una rappresentazione numericamente intermedia, fra le due precedenti, come la più verosimile[12].

12 Cfr. S. Hin, *The Demography of Roman Italy. Population Dynamics in an Ancient Conquest Society*, Cambridge, 2013, p. 261 ss. La tesi dell'Autrice, che argomenta l'ipotesi della modifica dei criteri statistici da parte di Augusto (che innova rispetto al precedente conteggio solo dei maschi adulti *sui iuris* ereditato dalla prassi censoria arcaica e preclassica, includendo tutti i *sui iuris*, anche donne e minori), le consente di intravedere nella scelta del principe una finalità di ampliamento della base fiscale o per lo meno della certezza circa la consistenza di tale base, rappresentata dai soggetti da cui esigere la *vicesima hereditatis*. L'esito dell'indagine colloca Saskia Hin in una posizione mediana tra gli autori di stime circa la consistenza della popolazione romana all'inizio del Principato. Sul punto, tra gli

Anch'essa, tuttavia, tra gli argomenti che la sostengono non annovera quelli pur ricavabili dall'analisi della legislazione augustea di cui ci occupiamo.

Alla luce di questa constatazione, il nostro contributo, a livello di ricostruzione storiografica, punta essenzialmente a porre in dialogo diverse risultanze degli ambiti di studio sin qui richiamati, mentre a livello di metodologia si pone l'obbiettivo di verificare se esistano fatti, cronologie e testimonianze che ci autorizzino a pensare che Augusto non fu semplicemente un fautore dei bei tempi antichi in cui i Romani si maritavano giovani, solerti e fedeli, badando a dare alla città una cospicua progenie, ma fu l'autore di una scelta politica e di legislazione frutto di autentica «Realpolitik», senza precedenti a noi noti in Roma, oltre che straordinariamente innovativa. Fu Augusto il primo cultore di quell'olistica scienza del governo che il suo forse più grande sostenitore, Cicerone, vagheggiava come necessaria nel *De legibus*[13] e nella quale un posto di rilievo aveva proprio la statistica?

2. Per rispondere alla domanda appena affacciata, è innanzitutto necessario ricercare ogni elemento che supporti un collegamento fra le risultanze

---

autori di stime fortemente prudenti, oltre al classico K.J. Beloch, *Die Bevölkerung der griechisch-römischen Welt*, Leipzig, 1886, *passim*, cfr. P.A. Brunt, *Italian Manpower 225 B.C.-14 A.D.*, Oxford, 1971, p. 113 ss., mentre sul lato degli autori che ritengono i numeri della popolazione romana tardo repubblicana vadano rivisti al rialzo, rispetto a quanto in passato sia stato affermato, cfr., tra gli altri lavori dello stesso autore che hanno affrontato questioni di demografia antica, E. Lo Cascio, *Recruitment and the Size of the Roman Population from the Third to the First Century BC*, in «Debating Roman Demography» (*ed.* W. Scheidel), Leiden-Boston-Köln, 2001, p. 111 ss. Cfr. anche, a testimonianza dell'ampiezza del dibattito tutt'ora vivo sul tema della demografia antica, B.W. Frier, *More Is Worse: Some Observations on the Population of the Roman Empire*, in «Debating Roman Demography» (*ed.* W. Scheidel), Leiden-Boston-Köln, 2001, p. 139 ss., A. Launaro, *Peasants and Slaves. The Rural Population of Roman Italy (200 BC to AD 100)*, Cambridge, 2011, p. 11 ss., e L. De Ligt, *Peasants, Citizens and Soldiers: Studies in the Demographic History of Roman Italy 225 BC-AD 100*, Cambridge, 2012, p. 193 ss.

13 3.41: '*Quodque addit 'causas populi teneto, est senatori necessarium nosse rem publicam – idque late patet: quid habeat militum, quid valeat aerario, quos socios res publica habeat, quos amicos, quos stipendiarios, qua quisque sit lege, condicione, foedere –, tenere consuetudinem decernendi, nosse exempla maiorum. Videtis iam genus hoc omne scientiae, diligentiae, memoriae, sine quo paratus esse senator nullo pacto potest*'. Cfr. Nicolet, *L'inventaire*, cit., p. 134 e 196. Proprio Nicolet (p. 196) sembra ipotizzare che Augusto sia un pioniere sulla via indicata da Cicerone perché, se dei puntuali resoconti, come quelli che punteggiano l'azione di governo di Ottaviano fino a innervarne le stesse *Res gestae*, fossero stati abituali nella storia delle istituzioni politiche cittadine, l'Arpinate ne avrebbe dato conto. Mentre egli fonda la scienza del governo su *scientia*, *diligentia* e *memoria* di ciascun singolo senatore.

della regolare ed accurata attività di rilevazione demografica dell'entità e della composizione della popolazione costituita dai *cives* e la comprensione di un quadro estremamente preoccupante: Roma, chiamata non più a progredire rapidamente nello slancio della conquista, ma a strutturare un nuovo ordine nella faticosa e costosa azione di governo dell'impero mediterraneo, avrebbe avuto le forze per essere efficacemente in grado di svolgere il proprio ruolo[14]?

A tal proposito, appare cogente valutare se le cifre note alla ricostruzione demografica permettano o meno di dire se la guerra e le devastazioni, che, sin dall'epoca di Mario e Silla, non avevano che per brevi periodi abbandonato il cuore dell'impero, avessero minato la possibilità che il numero dei Romani crescesse naturalmente in misura sufficiente a raccogliere le sfide del tempo di Augusto. E in tal senso sono preziose altresì le risultanze nelle fonti relative alle valutazioni date dallo stesso Augusto riguardo agli strumenti disponibili per creare rapidamente nuovi cittadini, come le manumissioni civili e le estensioni della cittadinanza romana.

Un ruolo centrale, tuttavia, ci sembra giocare la conoscenza che abbiamo dei censimenti augustei. Il *princeps*, per primo a Roma e, a quanto ne sappiamo, senza emuli dotati di altrettanta acribia, volle sapere in modo dettagliato quanti fossero effettivamente i Romani durante l'esercizio del suo potere, sin dall'indomani della restituzione delle prerogative triumvirali al Senato. Come storici del diritto riteniamo di doverci porre la questione fondamentale: gli elementi in nostro possesso consentono di ritenere che esercitò la propria *auctoritas* in ambito normativo proprio in conseguenza della conoscenza dei dati statistici? In altri termini, Ottaviano davvero impersonò quell'ideale di statista delineato da Cicerone, quando auspicava che i senatori – nel discorso dell'Arpinate, sineddoche degli uomini di governo – agissero dopo avere debitamente conosciuto l'oggetto del loro potere? Ciò che ci proponiamo di verificare, in concreto, è l'ipotesi di un nesso eziologico fra rilevazioni statistiche e legislazione matrimoniale, oltre ad un «andamento

14 Cfr. Nicolet, *L'inventaire*, cit., p. 133: «Les Romains de la fin de la République et surtout du debut de l'empire onte eu une conscience de plus en plus claire des limites étroites et, d'une certaine manière, de la fragilité de leure domination impériale: à plusieurs reprises, ils avaient pu constater qu'elle risquait d'excéder la capacité de leur forces et de leurs resources». Il tema della percezione dell'insufficienza dell'eredità istituzionale e culturale repubblicana potrebbe, a nostro avviso, essere considerato utilmente nella ricostruzione di una serie di innovazioni giuridiche augustee. In particolare, per riferirci a quanto abbiamo potuto indagare con maggiore attenzione, ci pare appartenere alla stessa visione, improntata alla necessità di innovazioni normative anche radicali, determinate da un mutato contesto sociale ed economico, la vicenda dei fedecommessi contenuti in codicilli non confermati: cfr. M.A. Fino, *Contributo allo studio e alla palingenesi dei libri de fideicommissis di Pomponio*, in «Studi R. Martini», II, Milano, 2008, p. 35 ss.

incrementale» di quest'ultima: se, come ci pare verosimile, la popolazione romana era debolmente cresciuta tra il 69 e il 28 a.C. e manteneva un analogo tasso di incremento anche fra il 28 e l'8 a.C., nonostante la pace e gli sforzi di Augusto, le misure di cui egli promosse l'adozione – sin dal tempo in cui il loro affacciarsi provocava lo strazio di Properzio e di Cinzia[15] – furono ispirate dai risultati dei censimenti, precisamente orientate e via via rese più severe allo scopo di produrre, finalmente, un cambio di passo nell'andamento demografico che, certamente, la sola *lex Iulia de maritandis ordinibus* non suscitò.

Peraltro, anche rimanendo concentrati sugli elementi puramente normativi, sia la successione cronologica dei provvedimenti, sia la volontà di intervenire *lege* laddove sino a quel momento era stato campo esclusivo dei *mores*, sia l'innovazione totalmente antinomica rispetto al tradizionalismo nostalgico, quale fu lo *ius liberorum* concesso alle *ingenuae* e persino alle libertine, contribuiscono in modo determinante a farci ritenere che uno fu l'obbiettivo, ben distinguibile dai mezzi per perseguirlo e dalle finalità accessorie.

Riteniamo che la lettura che intendiamo proporre risulterà rafforzata dalla circostanza che, nella sua vecchiaia, oppresso dai lutti per la perdita degli eredi consanguinei e dalle perdite militari subite in Pannonia e, soprattutto, a Teutoburgo, Augusto avrebbe dato i segni esteriori del terrore che i popoli sottomessi potessero in qualche modo venire al corrente di su quali fragili basi demografiche poggiasse la nuova architettura imperiale. E proprio nell'anno del trionfo di Tiberio e della tragedia di Varo – se ci è concessa l'immagine retorica: a metà tra un testamento e un «Putsch» – avrebbe fatto adottare le più estreme misure normative per cercare di influenzare il corso della storia, introducendo il più severo regime contro i *cives* senza figli, addirittura incurante del paradosso che i legislatori, nell'occasione, fossero due consoli scapoli.

Pensare che un simile epilogo legislativo (il cui successo è «rappresentato» dall'esito del censimento del 14 d.C.) dipese dalla semplice volontà di riordino classista o da vaghezze nostalgiche, peraltro non del tutto coerenti con la stessa vita del principe e della sua famiglia, non ci sembra soddisfacente. Inoltre, un simile atteggiamento preclude la formulazione di alcune

15 Sulla datazione del provvedimento normativo e sulla sua natura di atto triumvirale – e non, come ritennero rispettivamente Jörs e Mommsen, una legge approvata e poi abrogata ovvero una *rogatio* pubblicata e poi ritirata – si veda Spagnuolo Vigorita, *Casta domus*, cit., p. 3 ss. È interessante, ai nostri fini, notare quanto l'Autore osserva sul provvedimento, maturato ovviamente prima che Augusto deponesse le insegne triumvirali e contenente una misura di carattere fiscale, a danno dei *caelibes* e forse degli *orbi*, con una verosimile finalità di far fronte a necessità finanziarie connesse alla guerra contro Antonio.

ulteriori ipotesi interpretative ed equivale, a nostro avviso, a fidare troppo nel sentimento delle *élites* riottose verso le norme in materia di matrimonio e filiazione, da cui Svetonio e Tacito appaiono molto influenzati. Senza dimenticare che una simile posizione è necessariamente ingenerosa verso il genio politico di Gaio Ottaviano Augusto e la sua adesione al modello di riorganizzatore, sin nel profondo, dello Stato che il suo sodale Gaio Cilnio Mecenate aveva a suo tempo teorizzato[16].

Se, come ci sembra, è possibile cogliere e indagare i segni del disegno complessivo e della strategia di medio/lungo termine (ancorché non coronata da successo, nonostante quanto ci tramandano le *Res gestae divi Augusti*) nelle scelte del principe, si aprirà forse uno scenario inedito, sotto il profilo della ricerca giusantichistica, capace di condurre a ipotizzare, con alcuni rilevanti argomenti di supporto, che l'imperatore sia stato l'attore di alcune fra le scelte che tipicamente interessano i cultori dell'ecologia umana: quelle che tentano una risposta organica – anche, come in questo caso, attraverso lo strumento giuridico combinato con i mezzi per influenzare la pubblica opinione – a problemi globali emergenti dall'andamento di una popolazione e dallo strutturarsi di una società[17], nel contesto storico-territoriale in cui questo fenomeno avviene.

3. Dato il contesto di pubblicazione del presente saggio, può non essere inutile precisare che l'ecologia umana ha poco o nulla a che vedere con l'attività pratica o la specifica branca della botanica o della zoologia che si occupano dell'ambiente[18] e degli esseri viventi che lo popolano, mirando a proteggerlo e a studiarlo nella sua complessità di interazioni. La disciplina cui ci riferiamo per l'utilità che le attribuiamo in via ipotetica, nella restituzione e comprensione di alcuni passaggi dell'evoluzione giuridica romana, e segnatamente qui della legislazione matrimoniale augustea, è l'«ecologia umana», ossia, secondo la storica definizione di Duncan e Schnore, il risultato, a livello di quadro generale, formato dall'interconnessione fra quattro

16 Il riferimento è a quanto emerge dal celebre discorso fra Agrippa e Mecenate di cui dà conto Dione Cassio (*hist. Rom.* 52.1.1) ed è considerato come un'evidenza fondamentale della comprensione, da parte dello storico severiano, del disegno augusteo, secondo il classico M. Hammond, *The Sincerity of Augustus*, in «Harvard Studies in Classical Philology», LXIX, 1965, p. 140 s. e nt. 5, con ulteriore, autorevole bibliografia sul punto.

17 Sul legame tra andamento demografico ed evoluzione sociale, cfr. Lo Cascio, *Crescita*, cit., p. 179 ss.

18 Che la riduzione dell'ecologia a qualcosa di inerente l'ambiente, e per di più l'ambiente non antropizzato, sia un equivoco contemporaneo diffuso ma non rispondente all'evoluzione dell'idea di ecologia come metascienza, lo scolpisce R.P. McIntosh, *The Background of Ecology. Concept and Theory,* Cambridge, 1986, p. 6.

fattori (popolazione, ambiente, tecnologia e organizzazione), utile all'esame delle società umane come e più dell'approccio culturale e comportamentale[19]. L'ecologia umana studia infatti le relazioni fra l'uomo (generalmente inteso, dalla dimensione individuale, e segnatamente psicologica, alla dimensione sociale della popolazione e delle popolazioni in relazione fra loro) e l'ambiente naturale e/o artificiale[20].

Tra i diversi approcci, che si sono stratificati nella recente storia di questa disciplina, quello che ci appare di grande utilità euristica nel guardare alla società ed alla legislazione matrimoniale augustea è quello di Amos Hawley, che per noi ha il pregio di offrire la strada per la costruzione generale di una teoria interpretativa senza nascondersi le difficoltà insite nella complessità. Hawley infatti – come ottimamente sintetizza forse il più noto fra i cultori italiani dell'ecologia umana, ovvero Raimondo Strassoldo – sostiene «a) la riaffermazione senza esitazioni della continuità tra ecologia biologica e umana: la società umana è vista come un prodotto dell'evoluzione naturale; b) il superamento della limitazione all'ambiente urbano: l'ecologia umana è un approccio che si applica a ogni tipo e livello di comunità, dal villaggio rurale ai continenti; c) l'enfasi sugli aspetti organizzativi: l'interazione ecologica non si svolge solo tra individui; l'organizzazione socioculturale emerge «naturalmente» e inevitabilmente, come forma di adattamento, dall'interazione tra la popolazione e l'ambiente fisico; non è necessario distinguere tra livelli «biotici», di competenza dell'ecologia umana, e «sociali», di competenza della sociologia; d) l'enfasi sulla popolazione: l'unità d'interesse dell'ecologia umana non è l'individuo ma l'aggregato demografico localizzato (comunità); e) l'esclusione programmatica e metodologica, dalle analisi ecologiche, dei fattori psicologici (motivazioni, sentimenti, intenzioni) e culturali (valori)»[21].

---

19 Cfr. O.D. Duncan, L.F. Schnore, *Cultural, Behavioral, and Ecological Perspectives in the Study of Social Organization*, in «American Journal of Sociology», LXV.2, 1959, p. 132 ss. (specialmente p. 135 s.), consultabile on line.

20 Cfr. la definizione di «ecosistema» di Duncan, Schnore, *Cultural, Behavioral, and Ecological Perspectives*, cit., p. 136: «The notion of an «ecosystem» may be used as a heuristic designation for the ecological complex in order to bring out this aspect of interrelatedness which some writers have identified as the most fundamental premise in ecological thinking». Fra gli studiosi, non solo dell'Antichità, che hanno dedicato la loro attenzione al rapporto tra popolazione e risorse (con alcune, per noi preziose, note in tema di surplus), cfr. Lo Cascio, *Crescita*, cit., p. 139 ss. (in particolare, a proposito del concetto di «surplus», p. 161 e 164), M. Harris, *The Economy Has No Surplus*, in «American Anthropologist», LXI.2, 1959, p. 185 ss., e J. Adams, *Surplus, Surplus, Who's Got the Surplus? The Subtractivist Fallacy in Orthodox Economics*, in «Journal of Economic Issues», XXV.1, 1991, p. 187 ss.

21 R. Strassoldo, *Ecologia*, in «Alfabeto Treccani», Roma, 2014, p. 156 s. dell'ebook.

Se utilizziamo una griglia concettuale ricavata dall'approccio tipico dell'ecologia umana, possiamo dotarci, a nostro avviso, di strumenti nuovi e (forse) adeguati a cogliere le interazioni fra popolazione e ambiente, che l'organizzazione sociale cerca di influenzare e regolare con il fine ultimo (quando si tratta di decisioni adottate per tutta la popolazione ed influenti su tutta la popolazione) di prolungare quanto più possibile la sopravvivenza di quella popolazione, della società cui essa dà vita in quell'ambiente. Ovviamente, tra gli strumenti tecnicamente più raffinati a disposizione dell'organizzazione sociale c'è, da quando è stato inventato, il diritto, che deve però essere pensato a partire dal presupposto logico che l'ecosistema sia un *continuum* evolutivo, perché ogni cambiamento della risposta umana alle mutate condizioni ambientali modifica nuovamente l'ambiente e quindi determina una nuova risposta umana. Così, l'organizzazione stessa risulta prodotta dall'interconnessione, costantemente in evoluzione, di popolazione e ambiente, cui deve corrispondere il fenomeno normativo per essere in concreto efficace[22].

L'ipotesi che (ci) proponiamo di verificare è che Augusto si sia trovato nella inedita posizione di essere il vertice di un impero vasto e popoloso (dunque nella posizione di assumere delle decisioni adattative della società romana dell'epoca), con un arco temporale di governo che rese la sua esperienza unica, unito come fu ad una straordinaria intelligenza politica. Conscio davvero dei numeri della popolazione romana (grazie ai censimenti generali e parziali che volle e di cui direttamente ci rende edotti), persuaso della loro insufficienza ad affrontare le nuove sfide, egli utilizzò una leva sino a quel momento mai (o quasi) azionata (quella della legislazione) in un ambito precedentemente regolato pressoché esclusivamente dai *mores*, con

---

La posizione di Hawley sembra espandere con successo il tentativo di definizione di R.D. McKenzie, *The Ecological Approach to the Study of the Human Community,* in «American Journal of Sociology», XXX.3, 1924, p. 288, consultabile on line: «In the absence of any precedent let us tentatively define human ecology as a study of the spatial and temporal relations of human beings as affected by the selective, distributive, and accommodative forces of the environment». Sul rapporto fra demografia e sociologia, cfr. Ph.M. Hauser, *Demography in Relation to Sociology*, in «American Journal of Sociology», LXV.2, 1959, p. 169 ss.

22 Quando parliamo di efficacia non ci riferiamo all'adeguatezza della misura puntuale all'esigenza particolare che ne rappresenta l'occasione, quanto piuttosto alla generale corrispondenza del diritto alla sua funzione millenaria: la ricerca della «soluzione più congrua alle concrete esigenze della convivenza umana» (così F. Gallo, *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino, 2012, p. 2). Le concrete esigenze della convivenza sono, a nostro modo di vedere, individuabili attraverso l'ecologia umana e conseguentemente la stessa scienza interdisciplinare consente di misurare la congruità del diritto richiamata dal maestro torinese.

il fine di ottenere un risultato pratico principale (l'incremento demografico), salvaguardando la *dignitas* senatoria (donde i divieti matrimoniali[23] relativi a quella classe)[24], ma senza remore nel promuovere i matrimoni tra i membri del ceto equestre e le liberte[25] o nell'incentivare direttamente la prolificità femminile, attraverso lo *ius liberorum*, concesso non solo in termini di vantaggio nella carriera pubblica agli uomini, ma anche come strumento di liberazione dalla *tutela*, fino a quel momento necessaria, delle donne[26].

L'ipotesi che l'imperatore e addirittura il primo imperatore di Roma sia stato l'attore di un fondamentale programma di «social engineering» e lo sia stato mediante la legislazione matrimoniale non è una novità: una simile intuizione ed anche l'uso di un lessico tanto moderno per indicarla si debbono a Dieter Nörr[27]. Quest'ultimo, in una coppia di studi, tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80[28] del secolo scorso – non senza dei punti di contatto importanti con il proprio monumentale saggio dedicato a Pomponio e accolto nell'*Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*[29] – parlò espressamente

23 Sui divieti matrimoniali cfr. Fayer, *La familia*, cit., p. 598 ss., e Astolfi, *I divieti*, cit., p. 46 ss. In particolare, sulla questione della (ir)rilevanza della violazione di tali divieti sulla validità del vincolo contratto e sulla legittimità della relativa prole, si vedano Fayer, *La familia*, cit., p. 579 e 603 ss., Sanna, *Matrimonio*, cit., p. 97 ss., e Astolfi, *I divieti*, cit., p. 47. Per quanto concerne, in particolare, i divieti matrimoniali concernenti i militari si veda Phang, *The Marriage*, cit., p. 116 ss.

24 Cfr. P.A. Brunt, *The Role of the Senate in the Augustan Regime*, in «The Classical Quarterly», XXIV.2, 1984, p. 423 ss., R.J.A. Talbert, *Augustus and the Senate*, in «Greece & Rome», XXXI.1, 1984, p. 55 ss., e Astolfi, *I divieti*, cit., p. 46 ss.

25 Cfr. McGinn, *Missing Females*, cit., p. 200 ss.

26 Sul tema dello *ius trium liberorum* e sulle implicazioni ad esso connesse, cfr. Fayer, *La familia*, cit., p. 582 ss., e Giunti, *Il ruolo*, cit., p. 118 s. Sul ruolo dello *ius liberorum* rispetto all'obbiettivo demografico, cfr. McGinn, '*Ius liberorum*', cit., p. 3557, che apre all'ipotesi ma non considera tale obbiettivo come esclusivo nell'ambito della politica augustea.

27 L'influenza diretta del lavoro del maestro tedesco si trova in McGinn, *The Marriage Legislation*, cit., p. 10 ss.

28 D. Nörr, *The Matrimonial Legislation of Augustus: An Early Instance of Social Engineering* (già in «The Irish Jurist», XVI, 1981, p. 350 ss.), in *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften* (*hrsg*. T.J. Chiusi, W. Kaiser, H.-D. Spengler), II, Goldbach, 2003, p. 1369 ss. Lo stesso autore, nella prima nota bibliografica, chiarisce che il contributo aveva già visto parzialmente la luce nel suo precedente *Planung in der Antike. Über die Ehegesetze des Augustus* (già in «Freiheit und Sachzwang. Beiträge zu Ehren H. Schelskys», Opladen, 1977, p. 309 ss.), in *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften*, cit., p. 1093 ss. Tuttavia, lo stesso Nörr inequivocabilmente si riferiva al precedente come a un saggio che «on a few point of detail is unsatisfactory».

29 Ci riferiamo, in particolare, alla visione di Floro – che antropomorfizza la storia del-

di Augusto come autore di un progetto di autentica «ingegneria sociale»[30], utilizzando uno strumento come la legislazione generale, dirompente rispetto alla tradizione romana stratificatasi sino a quel momento[31] e così innovativo da essere tutt'altro che «a punto» sotto il profilo della qualità[32] , oltre che impiegato in un campo che mai sino ad allora (e raramente anche successivamente) fu ritenuto utilmente regolabile attraverso lo strumento della norma giuridica[33].

Ci sembra, tuttavia, che così Nörr – come Scheid, allorché si occupa dell'organizzazione del discorso in *r. gest. div. Aug.* 8.3-5[34] – non sfrutti appieno il suo stesso spunto interpretativo, che ovviamente condividiamo, nell'esame dell'azione legislativa, per arrivare ad offrire una ipotesi di compiuta ricostruzione del quadro in cui tale azione maturò. Un quadro che, pure, ci sembra possibile ricavare dalle fonti. Nonostante la brillante scelta dell'immagine del «social engineering», che ben riassume lo slancio, che appare unico (e tutto sommato poco valorizzato dalla dottrina successiva) nel classificare l'opera normativa augustea, Nörr non giunge a ipotizzare, come a noi pare possibile, il tentativo di un vero e proprio mutamento adattativo della società all'ambiente, in termini ecologici: il maestro tedesco ci sembra infatti avere colto un dato per primo (ovvero, l'eccezionale ambizione della legislazione augustea), dandone però una spiegazione (in termini teleologi-

---

le società umane (rendendo ineluttabile vecchiaia e morte) salvo introdurre la variabile dell'uomo straordinario capace di far ripartire il ciclo della vita sociale: un ruolo attribuito ad Augusto e a Traiano – e più in generale all'analisi delle tendenze storiografiche romane in D. Nörr, *Pomponius oder Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in «ANRW», II.15, Berlin 1970, p. 497 ss., trad. it. – *Pomponio o 'della intelligenza storica dei giuristi romani' – cur.* E. Stolfi, M.A. Fino, in «RDR.», II, 2002, p. 167 ss.

30 Nörr, *The Matrimonial Legislation*, cit., p. 359.

31 Nörr, *loc. ult. cit.*: «If, following Wieacker (*Vom römischen Recht*, 1961, 45 *et seq.*), one sketches the "ideal model" of republican legislation, this is what emerges: legislation was directed at concrete situations, improprieties which appeared, or were sensed to appear, in a particular set of circumstances».

32 Nörr, *op. ult. cit.*, p. 360: «To assess the Augustan legislation from this standpoint, it is immediately apparent that its hallmark is that it sought to rise above the day-to-day aims of politics. But this new orientation in underlying motive was not matched by new departures in the area of legislative technique».

33 Nörr, *op. ult. cit.*, p. 358 ss.

34 Scheid, *Res gestae*, cit., p. 41 (commento a *r. gest. div. Aug*. 8.4): «Il faut souligner que l'accroissement de la population civique précède la mention des lois matrimoniales, comme pour prouver leur efficacité». L'autore cita nella circostanza l'autorità di Nicolet e Lo Cascio.

ci) meramente sociale[35]. E questo nonostante l'apertura del saggio citato sia proprio dedicata ad illustrare come nell'antichità classica non mancassero la preoccupazione e le conseguenti azioni per il controllo della popolazione e, ancora, lo stesso Autore ritenga una prova dell'efficacia delle misure augustee l'incremento del numero di cittadini dall'8 a.C. al 47 d.C.[36].

Forse, su una simile ricostruzione, ha inciso il fatto che anche Nörr, come altri romanisti in tempi più o meno recenti, non sembra ipotizzare un collegamento eziologico, che collima con l'ordine cronologico, tra le risultanze dei censimenti augustei e le norme dedicate dal principe ai matrimoni e alla filiazione. Viceversa, a noi pare che il dato cruciale dei tre censimenti universali e della loro esplicita menzione con il riferimento dell'entità demografica dei Romani, nelle *Res gestae divi Augusti*, costituisca il principale argomento per sostenere che Augusto non solo fu l'attore di una pianificazione sociale in Roma ma volle, mediante essa, realizzare una strategia adattativa alle mutate condizioni ambientali in cui i Romani si trovavano finalmente proiettati, poiché ebbe chiaro, innanzitutto a livello statistico, che essi non possedevano le risorse umane indispensabili per farvi fronte.

4. In conclusione, siamo dell'avviso che coloro che si sono dedicati all'indagine storica del periodo augusteo ovvero dei movimenti demografici romani, specie in un panorama vivacissimo com'è quello degli ultimi vent'anni, ben avrebbero potuto e possano giovarsi delle risultanze derivanti dall'esame della legislazione augustea e dalle finalità che essa, ci pare, riveli assai bene. Per questo, può letteralmente aprire una nuova strada la ricerca (e auspicabilmente la verifica) di un legame biunivoco tra risultanze dei censimenti e legislazione matrimoniale: una prospettiva che può risultare tanto più feconda in quanto poco utilizzata da parte dei cultori della ricerca storica più recente e da parte degli studiosi di demografia antica che pure, da anni ormai, hanno adottato un approccio olistico alle fonti di informazioni[37].

---

35 Nörr, *op. ult. cit.*, p. 350 s.: «His (*scil*. of Augustus) approach to reforms in the state and in society was dominated by a desire to restore such favourable conditions as were believed to have existed in the past. This accounts for the introduction of the monarchy, which, indeed, was masked as a restoration of the Republic (*Mon. Anc.* 34); it explains, too, Augustus's quest to halt the decline in the size of families, to combat non-marriage and childlessness, and, generally, to improve the standard of morality».

36 Nörr, *op. ult. cit.*, p. 354.

37 Anche un contributo per molti versi davvero eccellente e ricco di collegamenti tra le diverse fonti antiche che ci forniscono informazioni inerenti la legislazione maritale di Augusto, com'è quello di Mastrorosa, *I prodromi*, cit., p. 281 ss., non sviluppa un possibile collegamento (nonostante le evidenze legate alla datazione e la circostanza della narrazione nelle *Res gestae*) fra i dati acquisiti da Augusto e le sue scelte in materia demografica.

Ai romanisti, per contro, questo filone di indagine sembra poter offrire una chiave di lettura omogenea della politica legislativa familiare di Augusto e una coerente spiegazione di alcune profondissime innovazioni, tra cui spicca senza dubbio lo *ius liberorum* concesso alle madri. Un risultato utile a illuminare in modo originale e fecondo la *ratio* di vicende normative diversamente già molto studiate.

Addirittura l'autrice, che pure sulla scorta di Dione Cassio non manca certamente di constatare la preoccupazione per i numeri della popolazione romana che nutre Augusto, collega questa sua consapevolezza ai dati emersi dal censimento di Cesare, di cui lo stesso Dione Cassio parla in 43.25.2, non senza che questa informazione risulti per noi comunque problematica: Augusto infatti nelle *Res gestae* parla di un suo primo *lustrum* dopo 42 anni in cui tale operazione non era stata compiuta. La questione non è centrale ai fini del nostro studio; forse Cesare ordinò, come se fosse un censore, una rilevazione parziale, senza le caratteristiche di un vero e proprio censimento. Per noi emerge come circostanza particolarmente rilevante il fatto che il poco noto censimento di Cesare guadagni l'attenzione che i due censimenti augustei precedenti la *lex Papia Poppaea*, attestati con certezza e addirittura conosciuti da noi anche nei numeri risultanti, non sembrano invece meritare. N. Morley, *The Transformation of Italy, 225-28 B.C.*, in «JRS.», XCI, 2001, p. 50 ss., in un saggio che ha il pregio di un equilibrio eccellente nell'esaminare gli argomenti favorevoli e rispettivamente contrari ai conteggi più pessimistici e più ottimistici, riguardo alla popolazione romana nell'ultima età repubblicana, com'è ovvio tiene in grande considerazione le cifre che Augusto inserisce nel resoconto delle *Res gestae*, ma non sembra prendere in considerazione le narrazioni di Svetonio e Dione Cassio circa la grave preoccupazione di Augusto per le condizioni della popolazione romana né il fatto che Augusto, all'indomani di Teutoburgo, ordinò addirittura una leva di liberti: questi dati non sono meno significativi delle probabili rese in termini di grano e orzo dei fondi italici, né delle ipotesi storicamente attestabili degli indici di fertilità muliebre e mortalità infantile, e fanno senz'altro pesare la bilancia per l'ipotesi di Beloch, corroborata un secolo più tardi da Brunt.

Fausto Goria

La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figli nel diritto romano fino all'*Ecloga* di Leone III.

1. È ben noto che nel diritto romano i figli nati da cittadini romani che vivevano in matrimonio legittimo si trovavano sotto la potestà del padre (o di un ascendente maschio più anziano) e che quest'ultima costituiva un potere personale di estensione amplissima – poiché giungeva fino al diritto di vita e di morte – e di durata coincidente con la vita del padre stesso, salvo che questi perdesse la libertà o la cittadinanza, oppure che – in base alle XII Tavole – mancipasse il figlio per tre volte. La potestà del padre costituiva un diritto unitario, che gli consentiva un generale «potere di governo»[1] e che solo con riguardo ad alcune sue più particolari applicazioni venne ad assumere denominazioni specifiche, quali '*ius exponendi*', '*ius vendendi*', '*ius noxae dandi*' etc. Sul piano patrimoniale, poi, tutto ciò che acquisivano i sottoposti era attribuito a colui che su di loro aveva la potestà. Il riconoscimento, da parte del *ius civile*, del rapporto tra padre e figli con tale ampiezza potestativa escludeva in linea di principio che si imponessero al genitore dei doveri giuridicamente sanzionati[2] e lasciava a lui la libertà di comportarsi come il carattere, la posizione sociale e le altre relazioni familiari gli suggerivano. Del resto, la ritrosia ad entrare nei rapporti intrafamiliari era tipica del *ius civile*, che in età repubblicana lasciava ai censori[3] di comminare eventuali sanzioni in proposito.

---

1 Così sostanzialmente anche B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 258.

2 Non un dovere, ma piuttosto un onere per la validità del testamento, o per la sua piena efficacia, era la necessità di non trascurare i figli in potestà, con disciplina diversa a seconda che si trattasse di maschi o femmine: Gai., *inst.* 2.123-134.

3 Cfr. Dion. Hal., *ant. Rom.* 20.13.2-3; sulla *cura morum* dei censori cfr. da ultimo G. Clemente, *I censori e il senato. I mores e la legge*, in «Athenaeum», CIV, 2016, p. 446 ss.

È altresì di dominio comune il fatto che non fu per lungo tempo regolato dal diritto il rapporto dei figli legittimi con la loro madre: se questa era *in manu mariti* aveva verso di loro la posizione giuridica di una sorella, ma ciò non la legava ad essi se non per l'acquisto di una quota di successione intestata o, è da credere, della posizione di consorte nel caso di formazione di un *consortium ercto non cito*. Se poi il matrimonio non era accompagnato da *conventio in manum* – condizione possibile a partire dal riconoscimento della eventualità di *usurpatio trinoctii* e quindi quanto meno dalle XII Tavole[4], ma verosimilmente assai diffusa solo a partire dal II secolo a.C. – la madre, restando in potestà del proprio *paterfamilias*, oppure *sui iuris* se questi era morto o l'aveva emancipata, non aveva con i figli un legame giuridicamente riconosciuto. Anche qualora il marito morisse lasciando prole in tenera età, la tutela su di essa non poteva essere affidata alla madre, giacché il suo esercizio era considerato un '*officium virile*'[5].

In realtà, nella vita sociale i rapporti tra madre e figli erano rilevanti e vennero presto[6] inquadrati nell'ambito della '*pietas*', un termine che si avrebbe torto ad interpretare come un più o meno vago sentimento, giacché nella Roma della tarda Repubblica e del Principato era inteso come «un *officium* al quale si è tenuti verso una determinata cerchia di persone, alle quali si è legati da un vincolo speciale»[7]. Purtroppo manca, a mia conoscen-

4 Gai., *inst.* 1.111; Gell., *noct. Att.* 3.2.12-13.

5 D. 26.1.16.pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*), dove è verosimilmente interpolato il '*plerumque*': cfr. D. 50.17.73.pr. (Q. Muc. *liber sing. ὅρων*), D. 26.2.26.pr. (Pap. 4 *resp.*); il principio è ancora affermato al tempo di Diocleziano: C.I. 2.12.18 (Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Dionysiae, anno 294). Altre fonti in Albanese, *Le persone*, cit., p. 439 nt. 37.

6 Quanto meno intorno alla fine del III secolo a.C. o all'inizio del II: cfr. Plaut., *Asin.* 505-509 (non rileva il fatto che qui potrebbe trattarsi di figlia illegittima); lo stesso concetto si applica ai rapporti verso il padre: Plaut., *asin*. 831, *rud.* 192; *trin.* 280. Nel 191 fu votato un tempio alla '*Pietas*' , consacrato poi dieci anni più tardi e demolito alla fine della Repubblica; gli scrittori di età imperiale lo ricollegavano a un leggendario episodio in cui una figlia avrebbe mantenuto in vita, allattandolo al proprio seno, un genitore (le fonti oscillano fra madre e padre) chiuso in carcere e condannato a morire di fame: cfr. K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, p. 238 s. Anche in Terenzio è menzionata più volte la *pietas* verso la madre come criterio di condotta: Ter., *hec.* 301, 447, 481, 584; nella stessa opera la deferenza verso il padre è qualificata come '*pudor*': 122.

7 Così P. De Francisci, *La legittimazione attiva nell'azione funeraria (appendice)*, ne «Il Filangieri», XL, 1915, p. 29, con elenco dei testi giuridici nei quali il vocabolo compare con riferimento ai rapporti fra ascendenti e discendenti. Su tale concetto, cfr. anche Latte, *op. cit.*, p. 39 s., R.P. Saller, *Pietas, Obligation and Authority in the Roman Family*, in «Alte Geschichte und Wissenschaftsgeschichte. Festschrift für Karl Christ zum 65. Geburtstag» (*cur.* P. Kneissel und V. Losemann), Darmstadt, 1988, p. 399 ss., e Id., *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge, 1994, p. 102 ss.

za, una ricerca completa sui contenuti che i Romani attribuivano alla *pietas* nei rapporti tra figli e genitori; ad ogni modo qualche significativo elemento si può indicare. Nel secolo I a.C. l'*Auctor ad Herennium* (2.13.19) qualifica la *pietas* come il tipico diritto che è per natura: '*Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur, quo iure parentes a liberis et a parentibus liberi coluntur*'; analogamente si esprime Cicerone ('*… naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem*')[8], che poco dopo (§ 66) precisa: '*pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat*'. In un'orazione[9], poi, definisce la *pietas* come '*voluntas grata in parentes*', nello scritto sull'amicizia loda la '*pietas in matrem*' dell'Africano[10], per ribadire nel cosiddetto *somnium Scipionis*: *'iustitiam cole et pietatem, quae cum magna in parentibus et propinquis, tum in patria maxima est*'[11]. Secondo tali testimonianze, quindi, essa regola i rapporti tra figli e genitori o altri parenti di sangue, ma anche tra cittadini e patria nonché tra uomini e dèi. Qui ci occuperemo solo del primo profilo, che del resto è quello che è stato maggiormente preso in considerazione dal diritto.

Senza poter approfondire tutti gli aspetti della questione, qui si può solo notare che, mentre Cicerone sottolinea piuttosto i doveri dei figli verso entrambi i genitori (questo è il significato di '*parentes*', che del resto è quello del linguaggio comune, testimoniato ad esempio dalle iscrizioni funerarie[12]), l'*Auctor ad Herennium* concepisce la *pietas* in senso bilaterale, comprensiva cioè di doveri dei genitori verso la prole[13]. Per quanto riguarda il padre, nell'età del Principato, sembra che, soprattutto ad opera degli imperatori, se ne sia desunto il principio secondo cui la *patria potestas* è funzionale all'interesse dei figli: così Traiano costrinse un padre ad emancipare il sottoposto '*quem pater male contra pietatem adficiebat*', fatto che impedì poi anche al

8 Cic., *inv.* 2.22.65; espressioni analoghe sono in *inv.* 2.53.161:'*pietas, per quam sanguine coniunctis patriaeque benivolum officium et diligens tribuitur cultus*'.

9 Cic., *pro Plancio* 32.80. In *part. or.* 22.78 la qualifica come '*iustitia … erga parentes*'.

10 Cic., *Lael.* 3.11.

11 Cic., *de rep.*6.16.16.

12 Già nell'età repubblicana: A. Degrassi, *Inscriptiones latinae liberae rei publicae*, II, Firenze, 1963, n. 973 verso 2 («CIL.» 1².1211.2, 6.15346.2) e 974 verso 3 («CIL.» 1².1924.3, 9.5527.3); cfr. anche Paul./Fest., *verb. sign.*, sv. '*parens*', (Lindsay² p. 247). I testi giuridici sono naturalmente più tardi (cfr. tuttavia M. Iunius Gracchanus *apud* Censorin., *de die natali* 22, in F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae, 1896, n. 13,3ᵇ, p. 38): *Vat. fr.* 321; D.38.10.3.2 (Gai. 8 *ad ed. prov.*), D. 48.9.6 (Ulp. 8 *de off. procons.*), D. 50.16.51 (Gai. 23 *ad ed. prov.*).

13 Su questo punto insiste particolarmente Saller, *Pietas, cit.*, p. 395; 399 ss.

genitore di ottenere la *bonorum possessio* sui beni del discendente defunto[14]. Ad Adriano poi, potrebbe risalire l'affermazione secondo cui '*patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*'[15], dato che proprio questo imperatore fu molto guardingo nell'accogliere le richieste dei neocittadini di avere in potestà i propri figli, intendendo soddisfarle solo se accertava che ciò fosse nell'interesse di questi ultimi[16]. In quest'ordine di idee si mosse, appunto al tempo di Adriano, il prefetto d'Egitto Flavio Tiziano che, in una lite intentata da un marito contro il suocero che si era si era avvalso di un potere riconosciutogli dal diritto locale riprendendo la figlia al coniuge contro la volontà di lei, stabilì che spettava alla donna decidere con chi volesse vivere; egli anticipava così in provincia una linea di condotta che per diritto romano sarebbe stata seguita da Antonino Pio e Marco Aurelio[17].

D'altra parte l'imperatore, che portava abitualmente il titolo di *pater patriae*, non poteva lasciar credere che esso alludesse a un potere esercitato altrimenti che per il bene dei cittadini: prima di Adriano lo affermò

---

14 D. 37.12.5 (Pap. 11 *quaest,*).

15 D. 48.9.5 (Marcian. 14 *inst.*); l'affermazione potrebbe appartenere a Marciano o essere interpolata, ma è preferibile attribuirla alla cancelleria adrianea, nel contesto del provvedimento con cui fu deportato un padre che in una battuta di caccia aveva ucciso il figlio '*qui novercam adulterabat*'; per un elenco degli autori che accedono a tale interpretazione, cfr. M. Rabello, *Effetti personali della "patria potestas*, I, Milano, 1979, p. 241 e nt. 51; *adde*, ad esempio, P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in «Iura», XXXI, 1980, p. 68, ora in *Studi di diritto romano*, Padova, 1985, II, p. 431, C. Russo Ruggeri, *«Patria potestas» e «paterna pietas»: un rapporto da riverificare*, in «Studi tardoantichi» (= *Hestíasis. Studi di tarda antichità offerti a Salvatore Calderone*), VI, 1989 (ma 1995), p. 324 s., A. Torrent, «*Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*», in «Index», XXXV, 2007, p, 165 ss., e C. Corbo, *Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, in «SDHI.», LXXVII, 2011, p. 92 s.

16 Gai. *inst.* 1.93, 2.135ª, 3.20, su cui si veda particolarmente F. Casavola, *Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano ed Antonino Pio*, in «Labeo» XIV, 1968, p. 251 ss., ora in *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 199 ss. Si noti che proprio nello stesso editto l'imperatore sottolineava la singolarità della *potestas* spettante ai cittadini romani sui discendenti: Gai., *inst.* 1.55.

17 «P. Oxy.» 2.237, col. vii,19-29, anche in *Select Papyri* (ed. A.S. Hunt, C.C. Edgar), II, Cambridge/Mass. – London, 1934, n. 258: la decisione dovrebbe risalire al 128 e il testo è allegato alla famosa petizione di Dionysia del 186. Per gli interventi imperiali più tardi, cfr. Ulp. D. 24.1.32.19, 43.30.1.5, *Paul. Sent.* 5.6.15, C.I. 5.17.5 (Impp. Diocletianus et Maximianua AA. Scyrioni, a. 294); cfr. anche *infra*, nt. 49. Particolarmente significativa è la costituzione riportata in C.I. 3.28.18 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Faustinae, a. 286): il rifiuto di sciogliere il matrimonio come desiderato dal padre non lede di per sé la *pietas* (un aspetto importante della quale era appunto l'obbedienza al genitore) e quindi non giustifica la diseredazione.

esplicitamente Seneca: '*patrem quidem patriae ut sciret datam sibi potestatem patriam, quae est temperantisima, liberis consulens suaque post illos reponens*'[18].

2. Per quanto riguarda il rapporto della madre con i figli, già Claudio aveva consentito (eccezionalmente?) che qualche madre succedesse come *legitima* ai figli, '*ad solacium liberorum amissorum*'[19]; Nerva poi, senza intervenire direttamente sul diritto privato, aveva escluso come contrario alla *pietas* ('*impie*') l'assoggettamento all'imposta ereditaria dei lasciti reciproci tra madre e figli (come anche quello della successione al padre da parte di figli redatti in potestà) dei neocittadini che non avessero ottenuto i *cognationum iura*[20]; la rottura più netta rispetto al sistema agnatizio del *ius civile* avvenne però sotto Adriano con il *SC. Tertullianum* che, com'è noto, consentì alla madre che godesse del *ius trium liberorum* di succedere civilmente ai figli morti intestati, se costoro non avessero in potestà una discendenza legittima, né vi fossero ancora il padre o un fratello consanguineo (ella avrebbe invece concorso con l'eventuale sorella consanguinea); Giustiniano poi, ritenendo lesivo della *pietas* (*impium*) il requisito dei tre o quattro figli, l'abolì[21]. Il riconoscimento sul piano civilistico del rapporto di parentela tra madre e figli venne poi completato sotto Marco Aurelio con la chiamata dei figli come successori civili della prima classe alla madre deceduta intestata (*SC. Orfitianum*, anno 178).

Non risulta se nelle motivazioni di tale provvedimento si facesse riferimento alla *pietas*, ma certo esso non mancò di avere importanti conseguenze sulla *querela inofficiosi testamenti*, il cui rapporto con la *pietas* è al di

18 Sen., *de clem.* 1.14.2 (cfr. anche il § 1); nel capo 15 è riportato un esempio paterno di eccessiva severità insieme con uno di moderazione e prudenza. Sul passo e sulla differenza rispetto a Cass. Dio., *hist. Rom.* 53.18.3: cfr. S. Querzoli, *I testamenta e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000, p. 16 nt. 20. L'atteggiamento «paterno» dell'imperatore nei confronti dei soggetti è un *topos* ricorrente; ancora Giustiniano interpretava il proprio rapporto con i sudditi come quello di un padre affettuoso verso i figli: C.I. 3.28.34.1 (*'Sed nos, qui omnes subiectos nostros et filios et nepotes habere existimamus adfectione paterna et imitatione ...*'); analogamente in *Nov.* 98.2.2 (ed. R.Schöll, W. Kroll, p. 481,28-29). Del resto, il termine '*pius*' era entrato da tempo nella titolatura del sovrano e questi almeno dal secolo IV designava se stesso come '*nostra pietas*' considerandosi evidentemente come l'incarnazione di essa: cfr. ad esempio C.I. 5.34.11 (anno 319), 3.24.2 (anno 376?), C.I. 12.7.1 (anno 380), C.I. 8.11.13 (anno 398).

19 La notizia è solo in *Iust.inst.* 3.3.1.

20 Plin., *paneg.* 37.6-7.

21 C.I. 8.58.2 del 528, richiamata in *Iust. Inst.* 3.3.4. Una mitigazione vi era già stata sotto Costantino: C.Th. 5.1.1, di data incerta fra il 317 e il 321.

sopra di ogni dubbio. Se infatti le attestazioni positive di tale vocabolo in connessione con la *querela* non si incontrano in testi giuridici prima dell'età dei Severi[22], la qualificazione di un testamento come *inofficiosum* si trova già nel 70 a.C.[23] e il dovere che un figlio non trascurasse nel testamento la propria madre è attestato pochi anni dopo[24]; Augusto, poi, assegnò *extra ordinem* l'eredità materna ai figli di primo letto trascurati nel testamento della madre che si era risposata[25]. Al di là dei passi giuridici, non anteriori alla fine del II secolo a.C., un'epistola di Plinio il Giovane illustra le problematiche connesse con il testamento di una madre che aveva diseredato il figlio[26]. Se questo era lo stato delle cose prima dell'Orfiziano, quando la reciproca successione intestata tra madri e figli avveniva in forza della *bonorum possessio unde cognati* e quindi solo in assenza di congiunti del ramo agnatizio, l'emanazione del senatoconsulto apriva la via alla *querela* contro il testamento materno anche in presenza di agnati della donna. Dal punto di vista della successione necessaria, quindi, il rapporto di ciascuno dei genitori con i figli poteva ritenersi analogo[27].

Non mancano però altri profili di similitudine, in particolare con riferimento alla prestazione di alimenti. Il tema è complesso e non può essere qui approfondito, ma non pare dubbio che il dovere sociale di alimentare la madre povera da parte di un figlio benestante fosse già riconosciuto da

22 Cfr. D. 5.2.15.pr. (Pap. 14 *quaest*.: '*pie*'); D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*: '*non ex officio pietatis*' = *Iust. Inst.* 2.18.pr.); *Paul. sent.* 4.5.1: '*non ex officio pietatis'*; C.I. 3.28.3.1 (anno 197): '*per coniecturam maternae pietatis*'.

23 Cic., *Verr.* II,1.42.107.

24 Cic., *pro Cl.* 15.45. Per un caso di età tardorepubblicana o forse augustea in cui una madre *praeterita* impugnò il testamento del figlio, cfr. Querzoli, *op. cit.*, p. 26 s.

25 Val. Max., *mem.* 7.7.4. Benché non risulti espressamente, tale decisione costituì forse un precedente per il rescritto ora in C.I. 3.28.3.1 (Impp. Severus et Antoninus AA. Ianuario, a. 197).

26 Plin., *epist*. 5.1. Pare probabile che la morte della donna fosse avvenuta sotto Domiziano. La lettera è stata fatta oggetto di numerosi studi, citati da G. Gulina, *La querela inofficiosi testamenti nella testimonianza di Plinio il Giovane*, in «SDHI.», LXXV, 2009, p. 261 ss. Più sobria sulla questione di fatto l'*epist*. 6.33, relativa al caso di una figlia diseredata dal padre che, benché assai anziano, si era risposato. In base a Quint., *inst.* 4.2.5, M. Humbert, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, p. 193 s., ritiene che già prima dell'Orfiziano i figli potessero intentare querela contro il testamento della madre che avesse istituito come erede un agnato di grado più lontano che fratelli e sorelle. Anche anteriore al SC. *Orfitianum* è il passo di D. 5.2.5 (Marcell. 3 *dig.*).

27 Una ovvia differenza sta nel fatto che, come si è accennato (cfr. *supra*, nt. 2), a differenza del padre, la madre non aveva vincoli civilistici formali rispetto ai figli nella redazione del testamento.

Labeone[28], che ammetteva che il tutore del figlio impubere ponesse a carico di quest'ultimo una tale spesa. Il problema degli alimenti tra genitori e figli fu disciplinato in provvedimenti imperiali soprattutto nella seconda metà del secolo II d.C.; all'epoca di Ulpiano pare accertato che, come il padre aveva titolo a pretenderli dai figli legittimi, verosimilmente in quanto *sui iuris* o dotati di peculio castrense, così potesse fare la madre tanto nei confronti dei figli naturali quanto di quelli nati da giusto matrimonio (anche qui, evidentemente, se fossero titolari di beni)[29]. Proprio la *pietas* è spesso richiamata a fondamento del dovere di fornire gli alimenti tra genitori e figli; per quanto riguarda il padre, essa incide quindi sul contenuto del rapporto potestativo, arricchendolo di un profilo di doverosità[30]; resta incerto se anche la madre avesse titolo per richiederli a nome dei figli, dato che mi pare improbabile che a tale pretesa (piuttosto che all'esibizione della prole) si riferisse originariamente C.I. 8.8.2[31].

---

28 D. 27.3.1.4 (Ulp. 36 *ad ed.*); per la genuinità dell'attribuzione contro la critica radicale di Emilio Albertario, cfr. E. Sachers, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, in «Festschrift F. Schulz», Weimar, 1951, I, p. 354 e nt. 3, e A. De Francesco, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in «Labeo», XLVII, 2001, p. 43 ss., 53 ss.; sul punto si sarebbe espresso anche Giuliano: cfr. il § 2 dello stesso frammento, discusso negli scritti or ora citati. Ampia bibliografia sul problema degli alimenti è in D.A. Centola, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare*, in «SDHI.», LXXII, 2006, p. 170 s. nt. 40; *adde* L. Sandirocco *«Non solum alimenta praestari debent»*, in «RDR.» XIII, 2013 (on line nel sito della rivista).

29 D. 25.3.5,1-4 (Ulp. 36 *ad ed.*); cfr. J.-U. Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II. *Wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung von Witwen*, Stuttgart, 1994, p. 108 s.; altre fonti, relative peraltro alla prestazione della madre nei confronti dei figli, in Albanese, *Le persone*, cit., p. 268 nt. 283-284 (cfr. anche Sachers, *op. cit.*, p. 327 ss.); *ibid.*, nt. 289, sui riferimenti alla *pietas* o a nozioni consimili quale fondamento delle prestazioni alimentari, distinte da quelle effettuate dalla madre come *negotiorum gestor* rispetto al padre o agli ascendenti paterni; *adde* D. 25.3.5.17. In effetti, l'obbligo della madre di alimentare i figli non era escluso, ma era condizionato dalla preminente posizione del padre: su quest'ultimo punto insiste P. Giunti, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in «Index» XL, 2012, p. 364 ss., ora anche in «Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano Copanello 4-7 giugno 2008», a cura di F. Milazzo, Milano, 2014, p. 123 ss.

30 Per vero, stando a D. 25.3.5.2 (Ulp. 2 *de off. consulis*) il reciproco obbligo alimentare sarebbe sussistito anche tra l'ascendente e i discendenti usciti di potestà – il che conferma il fondamento di esso nella *pietas* – ma la questione dovette essere discussa.

31 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Cyrillae (anno 293): '*Adi praesidem provinciae ac postula filios tuos exhiberi*'. L'opinione disattesa nel testo è di P. Bonfante, *Corso di Diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, p. 280, rist. Milano, 1963, p.

Altri profili di eguaglianza di minor rilievo: ad esempio, l'editto del pretore che vietava di chiamare in giudizio un '*parentem'* senza il suo permesso fu inteso dai giuristi come riferito anche alla madre e agli ascendenti materni ed è probabile che lo stesso criterio fosse adottato quanto al divieto di intentare contro i '*parentes*' azioni infamanti[32]; inoltre, le *contumeliae* o percosse da parte di un figlio verso padre o madre sono egualmente represse dal *praefectus urbi* in quanto *delictum ad publicam pietatem pertinens*[33]. Che l'uccisione della madre rientrasse nel *crimen parricidii* era già stato stabilito nell'età repubblicana[34].

Considerando tale quadro complessivo dal punto di vista della reciproca *pietas*, non sarebbe stato difficile sostenere che tanto il rapporto del padre quanto quello della madre con i figli doveva essere considerato di livello paritario.

È quello che fece, in una data imprecisata del II secolo d.C., un ignoto retore la cui declamazione venne raccolta e trasmessa ai posteri sotto il nome di Quintiliano: si finge che un figlio, nonostante le resistenze della madre cieca, si fosse allontanato da lei per liberare il padre prigioniero dei pirati;

---

381 e nt. 5, e si basa sul fatto che il vocabolo '*exhibere*' aveva entrambi i significati. I compilatori del Codice collocarono però il testo sotto la rubrica '*De liberis exhibendis seu de ducendis et de homine libero exhibendo*', mostrando di volerlo riferire al relativo interdetto, che secondo il tenore dell'editto (D. 43.30.1.pr.: Ulp. 71 *ad ed.*) spettava all'avente potestà, ma che nella procedura *extra ordinem* avrebbe potuto essere esteso alla madre come mezzo giudiziario per recuperare i figli, qualora il magistrato li avesse affidati a lei: cfr. *infra*, § 3 e nt. 47. In effetti, al di là del fatto che, per seguire il Bonfante, bisognerebbe pensare che i compilatori si fossero distaccati dalla propria fonte (il *Codex Gregorianus* o quello *Hermogenianus*), il rescritto sarebbe eccessivamente sintetico se si riferisse alla richiesta di alimenti per il futuro, senza contestualmente pretendere il rimborso di quelli erogati in passato e poi per tutta la durata del processo: cfr. D. 25.3.5.14 (Ulp. 2 *de off. cons.*); diverso è il caso di C.I. 5.25.3 (Divi fratres Tatianae, anno 162), perché qui il problema preliminare è quello di dimostrare il rapporto di filiazione.

32 Cfr., rispettivamente, D. 2.4.4.2 (Ulp. 5 *ad ed.*), D. 37.15.5.1 (Ulp. 10 *ad ed.*), D. 35.15.7.pr.-3; J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4 e – 7 e siècle),* I, Paris, 1990, p. 311 nt. 19, ricorda anche l'eguale esigenza del lutto.

33 D. 37.15.1.2 (Ulp. 1 *opin.*). Data l'opera da cui il passo proviene, che, secondo una convinzione diffusa ancorché non unanime, sarebbe da attribuire agli inzi del secolo IV (cfr. D. Liebs, *Recht und Rechtsliteratur*, in R. Herzog, P.S. Schmidt, *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, V, *Restauration und Erneuerung. Die lateinische Literatur von 284 bis 374 n. Chr. – cur.* R. Herzog –, München, 1989, p. 68), esso potrebbe riflettere un provvedimento imperiale di età tetrarchica o costantiniana. Di '*laesa pietas'* per mancanza di *reverentia* verso la madre parla però anche C.I. 8.46.4.1 (Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Gallae, anno 259), che conferma il contenuto del passo attribuito ad Ulpiano.

34 Cfr. D. 48.9.1 (Marcian. 14 *inst.*), D. 48.9.9.1-2 (Mod. 12 *pand.*).

alla madre che agisce perché al figlio deceduto sia negata, come sanzione, la sepoltura, il padre obbietta fra l'altro: '*Sint sane iura paria, sedeatque medius inter duo filius iudex; non comparabo personas, quamvis apud omnes gentes plus iuris habeat pater. Sit sane natura communis … ego ius meum reprimo. Inter duos parentes [c]aecus adfectus est; exorabit qui prior rogaverit. Tempore certe vinco: ante miser esse coepi.*'[35] Sul piano naturalistico e affettivo, quindi, il rapporto del figlio con il padre e quello di lui con la madre possono essere considerati uguali. Questo non viene negato, in fondo, neanche in un'altra declamazione più o meno della stessa epoca, in cui l'autore, forse diverso dal precedente, bolla come scandalosa la pretesa delle madri di avere verso i figli gli stessi diritti dei padri: '*Iam vero quid impudentius, quid indignius quam cum sibi de liberis credunt licere tantundem et aequum ius patris ac matris esse contendunt, quasi nesciant nobis arbitrium vitae necisque commissum!*'[36]. Benché non si tratti di orazioni realmente tenute in

35 Ps.-Quintil., *decl. mai.* 6.15 (ed. L. Håkanson, *Declamationes XI maiores Quintiliano falso ascriptae,* Stutgardiae 1982, p. 126,12-21). Pare probabile che '*[c]aecus*' stia per '*aequus*': vedi l'apparato. Anche se così non fosse, oltre all'espressione '*iura paria'*, l'eguaglianza delle posizioni è attestata da quella '*natura communis' ,* suscettibile di duplice interpretazione, ma certo indicativa di un'eguaglianza di rapporto «naturalistico» tra ciascuno dei genitori e il figlio: cfr. il commento di Th. Zinsmaier, *[Quintilian]. Die Hände der blinden Mutter (Größere Deklamationen, 6)*, Cassino, 2009, p. 228 s. nt. 278; cfr. *ibid*., p. 35 ss., 48 ss. sulla *pietas* come valore sotteso a tutta la declamazione (menzionata ad esempio al termine del capo 12, p. 124,9 dell'edizione, nonché nel capo 13, p. 125,19). Il volume contiene un'ampia introduzione, il testo latino con traduzione tedesca a fronte, un ricco commento e una sostanziosa bibliografia.

36 Ps.-Quintil., *decl. mai.* 19.5 ed. Håkanson, cit., p. 376, 13-17. Poco dopo, però, lo stesso afferma: '*maioris adfectus est filium occidere quam vindicare*' (*ibid.*, p. 376, 24-25): il padre, cioè, cerca di giustificare il proprio comportamento (tortura del figlio fino alla morte, per scoprire se aveva commesso incesto – e adulterio? – con la madre) anche sul piano dell'*adfectus*, giacché, non essendo stato accertato o reso pubblico il crimine, la memoria del figlio non sarà infamata. Anche per questa orazione è utile consultare una recente edizione commentata: B. Breij, *[Quintilian]. The Son Suspected of Incest with His Mother. (Major Declamations, 18-19)*, Cassino, 2015, p. 39 s., p. 110 s. (datazione proposta: circa 175-200), p. 453 s. Un esempio di accesa e accorata rivendicazione dell'eguaglianza, o addirittura della superiorità dell'affetto materno è in Ps.-Quintil., *decl. mai.* 8.7 (ed. Håkanson, cit., p. 157, 13-19, e p. 158,7-8): '*si mehercules fas est aestimare, utri plus parenti debeatur ex liberis, non improbe totam potestatem sibi vindicabit adfectus, qui decem mensibus ante vestram incipit diligere notitiam, et, cum vos patres gaudium primum faciat oculorum, ante sunt conscientia matres. Facinus est ideo tantum illis minus licere, quia minus facere sufficiunt. … Mali tantum patris interest, ut matri minus liceat.*' Significativo è l'uso del termine '*potestas*' in senso traslato (così anche a p. 158,14), perché il declamatore, nelle vesti di avvocato della madre, non pretende certo di negare che il potere sul figlio spetti al padre (p. 157,24 e 158,9-11); l'uso dello stesso termine per situazioni che si collocano su piani di-

giudizio, ma di esercitazioni intellettuali, relative per di più a casi estremi di scarsa rilevanza pratica, mi pare che se ne possa trarre la conseguenza per cui la problematica della corretta collocazione del rapporto dell'uno o l'altro dei genitori con i figli verso gli inizi del III secolo fosse giunta a un punto di maturazione.

Questo permette di collocare nella giusta prospettiva una frase di Ulpiano in cui il giurista giustifica l'affermazione secondo cui spetta al figlio la curatela della madre inferma di mente: '*pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur*'[37]. Viene qui affermata dal giurista, in modo più preciso di quanto facessero i retori citati, la pari pretesa di padre e madre di fronte ai figli per quanto riguarda il livello della *pietas*; qualche dubbio solleva soltanto l'inciso sulla loro '*inaequalis … potestas*'. Se potessimo attribuirlo ad Ulpiano, dovremmo pensare che questi usasse qui il termine '*potestas*' in senso generico, secondo un'abitudine probabilmente non rara nel linguaggio comune[38]. Tuttavia ciò non pare probabile, perché il profilo della *pietas* è nettamente diverso da quello della *potestas*; esso infatti si pone sul piano del dovere (che può anche, corrispettivamente, dare luogo a pretese giuridicamente sanzionate), piuttosto che su quello del potere, che è incentrato sulla libertà di azione e di decisione tanto nei confronti della persona soggetta quanto rispetto al patrimonio, pur entro certi limiti. Di una

---

versi è destinato piuttosto a colpire gli ascoltatori. Cfr. anche A. Stramaglia, *[Quintiliano]. I gemelli malati: un caso di vivisezione (Declamazioni maggiori, 8)*, Cassino, 1999, p.107 s., nt. 38-40.

37 D. 27.10.4 (Ulp. 38 *ad Sab.*). In base a XII Tab. 5,7ª la curatela doveva toccare a un agnato o ai gentili; essendo anticamente concepita come *potestas* vi fu difficoltà ad ammettere che il figlio fosse dato come curatore del padre, ma ciò fu superato con Antonino Pio (Albanese, *Le persone*, cit., 540 e nt. 601), provvedimento che Ulpiano considerava evidentemente ispirato alla *pietas*; di qui la conclusione secondo cui lo stesso principio doveva valere per la madre, di cui il figlio non era agnato, ma era diventato successore legittimo, prevalendo sugli agnati, in forza del *SC. Orphitianum*. L'interpolazione dell'intera frase, sostenuta da E. Albertario, *Sul diritto degli alimenti*, in *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1933, p. 279 nt. 1, si basa, da un lato su un pregiudizio verso il termine '*pietas'* (ma, ad esempio, l'espressione '*patris pietas*' di C.I. 4.28.5 dell'anno 230 è confermata dalla presenza dello stesso testo in *Codicis Gregoriani epit. Visigoth.* 3.10.1.1), dall'altro sull'uso anomalo del vocabolo '*potestas*'; è però difficile attribuire quest'ultimo anche ai compilatori giustinianei, che non mostrano di voler riconoscere alcuna *potestas* alla madre.

38 Cfr. ad es.Ps.-Quintil., *decl. mai.* 8.7 (cfr. *supra*, nt. 36), Aug., *epist.* 262.11 («CSEL.» 57,631, «PL.» 33,1082): '*… filium autem vestrum, quoniam de legitimis eum et honestis nuptiis suscepistis, magis in patris quam in tua esse potestate quis nesciat?*'. Se da questo passo si possa trarre l'indicazione di una forma di *potestas* della madre sui figli illegittimi resta dubbio, ma ciò confermerebbe solo che l'autore usa qui un linguaggio comune.

'*materna potestas*', con un titolo a suo tempo provocatorio, scrisse Raphael Taubenschlag nel 1929, ma con riferimento al diritto greco-egizio[39]; giustamente però l'Arangio-Ruiz osservò subito che «non è facile risalire dal potere di fatto che la madre greco-egizia esercita a veri principii di diritto», rilevando altresì come alcuni atti di disposizione esercitati a volte dalla madre vedova o nubile si trovano altresì ad essere effettuati da altri congiunti[40]. Tutto considerato, pare quindi più opportuno attribuire la frase '*etsi … potestas*' a un'annotazione marginale diretta a mantenere differenziato il piano della *pietas* da quello della *potestas* (ciò che avviene anche nelle declamazioni citate) piuttosto che al giurista severiano.

3. In realtà, il rischio di una confusione sul tipo di rapporto che intercorreva tra la madre e i figli poteva sussistere quando, in seguito a un divorzio e forse a contestazioni sulla legittimità di un figlio, il magistrato e*xtra ordinem* affidava quest'ultimo alla madre, pur imponendo al padre l'obbligo degli alimenti; lo stesso magistrato poteva anche disporre che la permanenza della prole presso di lei continuasse per tutto il tempo necessario per la sua educazione[41]. In tal caso, di fronte all'eventuale esercizio dell'*interdictum de liberis exhibendis / ducendis* da parte dell'avente potestà, alla genitrice sa-

39 R. Taubenschlag, *Die materna potestas im gräko-ägyptischen Recht*, in «ZSS.», XLIX, 1929, p. 115 ss., ora in *Opera minora*, Warszawa - La Haye - Paris, 1959, II, p. 323 ss.

40 V. Arangio-Ruiz, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri*, Milano, 1930, p. 46 ss. Rapida discussione del problema in J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4e - 7e siècle)*, II, Paris, 1992, p. 184 s., che giunge a concludere che l'uso del termine '*potestas*' non sarebbe opportuno per quanto riguarda la madre, perché troppo connotato giuridicamente. Anche J.-U. Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, III. *Rechtliche und soziale Stellung von Waisen*, Stuttgart, 1995, p. 251, respinge l'uso di tale espressione.

41 Le più antiche costituzioni in materia a noi note risalirebbero ad Antonino Pio (D. 43.30.3.5, Ulp. 71 *ad ed.*) e avrebbero avuto cura di precisare che la permanenza presso la madre avveniva '*sine deminutione patriae potestatis*', ciò che denota la consapevolezza del rischio di confusioni; il provvedimento di cui al testo è di poco posteriore ed è conservato in C.I. 5.25.3, dell'anno 162. Alla fine del III secolo è diventato normale che in caso di divorzio il magistrato stabilisca in base a quale criterio debbano eventualmente essere divisi i figli: C.I. 5.24.1 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Celestinae, anno 294); il principio è riportato anche in *Sententiae Syriacae* § 17, ed. W. Selb, Wien, 1990, p. 38 s.; il criterio dell'utilità della prole emerge da *Paul. Sent.* 5.6.15. Sul problema dell'affidamento dei figli, cfr. recentemente C. Corbo, *Genitori e figli*, cit., p. 55 ss. – che (p. 72 ss.) riporta anche frammenti di convenzioni sul punto pervenute attraverso i papiri – e F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, in «Civitas et civilitas. Studi F. Guizzi», I, Torino, 2013, p. 321 ss., entrambi con bibliografia precedente e trattazione della legislazione giustinianea. Piuttosto riduttiva è la presentazione di tale aspetto in Giunti, *Il ruolo sociale della donna*, cit. (nt. 29), p. 363, ora anche in «Ubi tu Gaius …», cit., p. 122 s.

rebbe stata concessa un'eccezione[42]. Probabilmente un caso di affidamento sta alla base di C.I. 8.46.1[43]: verosimilmente un figlio da bambino era stato assegnato alla madre e ciò nell'ambiente provinciale era stato interpretato come se fosse uscito dalla patria potestà; la madre poi era morta quando il figlio era ancora impubere e aveva provveduto a designargli dei tutori nel testamento, i quali amministrarono il patrimonio, probabilmente lasciatogli dalla madre stessa, senza controversia da parte del padre; a un certo punto quest'ultimo, forse meglio informato sugli effetti dell'affidamento, si rivolse ai sovrani per far riconoscere la potestà sul figlio; questi demandarono il problema al governatore, prospettando tuttavia, a quanto pare, l'eventualità di una *denegatio* del mezzo processuale, a causa della lunga acquiescenza del genitore alla situazione di fatto[44].

Quanto al caso di morte del padre, al tempo di Alessandro Severo era considerato normale che i figli fossero educati presso la madre, se non contraeva nuove nozze[45]; anche le eventuali indicazioni testamentarie del primo non erano strettamente vincolanti per il magistrato[46].

L'affidamento del figli alla madre, mentre era ancora in vita il loro genitore, o dopo la morte di costui, poneva il problema del mezzo processuale a disposizione della donna per ottenere il rispetto di tale provvedimento magistratuale. Al tempo di Diocleziano parrebbe che ella fosse stata ammessa all'uso dell'*interdictum de liberis exhibendis / ducendis*, se a un'applicazio-

42 D. 43.30.1.3 (Ulp. 71 *ad ed.*); nel fr. 3 § 5 dello stesso titolo il giurista ricorda dei *decreta* di Antonino Pio in cui era prevalsa la madre '*ob nequitiam patris*'; trattandosi di decisoni imperiali pronunciate *extra ordinem*, poteva non essere necessaria un'*exceptio*.

43 Impp. Antoninus et Verus AA. Titio (ma altri manoscritti attribuiscono la legge a Settimio Severo e Caracalla): '*Si filium tuum in potestate tua dicis esse, praeses provinciae aestimabit, an audire te debeat, cum diu passus sis ut patris familias rem eius agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerunt*'.

44 Diversamente ricostruisce il caso L. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, p. 52 nt. 91 e p. 59 nt. 112, p. 71, supponendo che lo stato di *alieni iuris* del figlio fosse noto; in tal caso, però, diventa difficile ipotizzare che i tutori fossero stati confermati (*ibid.*, p. 199 nt. 101). Sulla relativa frequenza di tutori designati dalla madre, ovviamente a figli naturali o dopo la morte del padre legittimo, cfr. *ibid.*, p. 28 s. e nt. 2.

45 C.I. 5.49.1 (Imp. Alexander A. Dionysodoro, anno 223), su cui Beaucamp, *Le statut*, cit., I, p. 313 e nt. 26, Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, III, cit., p. 13; tutori e *cognati* potevano però agire per ottenere una soluzione diversa. Questo provvedimento è richiamato anche in *Nov.* 22.38: Beaucamp, *ibid.* e nt. 27-29. Sull'educazione dei figli da parte della vedova, cfr. anche Krause, *op. ult. cit.*, p. 26 ss.

46 D. 27.2.1.pr.-1 (Ulp. 34 *ad ed.*), D. 27.2.5 (Ulp. 3 *de off. procons.*); per i figli postumi, cfr. anche D. 25.4.1.10 (Ulp. 24 – *rectius* 34 – *ad ed.*).

ne *extra ordinem* di quest'ultimo si riferisce C.I. 8.8.2[47] e se una madre è quell'Evodia a cui fu diretta la *subscriptio* raccolta in C.I. 8.8.3[48].

In tali condizioni, non sorprende che qualche madre abbia creduto di potersi attribuire dei poteri che un tempo erano appartenuti al *paterfamilias* quando la figlia era in potestà, ma che nel III secolo neppure costui possedeva più pienamente, vale a dire di poter imporle il divorzio dal marito[49].

---

47 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Cyrillae: '*Adi praesidem provinciae ac postula filios tuos exhiberi* '. Per una possibile diversa interpretazione di questo rescritto, cfr. *supra*, nt. 31.

48 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Euodiae: '*Si ad instar interdicti de exhibenda filia Philippi eum conveniendum putaveris, rector aditus provinciae suam vobis accomodabit notionem'* (anno 293). La destinazione a una donna è nell'antico manoscritto *Pistoriensis* 66 ed è confermata dalla *Summa Perusina*; altri codici un po' più recenti recano invece *Euodio*. Su questa base la Glossa, seguita anche dal Cujas (cfr. K.A. Schmidt, *Das Interdiktenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig 1853, p. 325 s. nt. 3) interpretò la costituzione come diretta a un marito che voleva ricuperare la moglie trattenuta dal padre. A tale interpretazione, oltre che la lezione delle testimonianze più autorevoli, osta però il fatto che il provvedimento richiesto non avrebbe potuto essere l'*interdictum de liberis exhibendis*; d'altronde, la pretesa *de uxore exhibenda ac ducenda* non viene esplicitamente qualificata come *interdictum* né in D. 43.30.2 (Hermogenianus 6 *iuris epitomarum*) né in C.I. 5.4.11 (Impp. Diocletianus et Maximianus, *sine anno*) ed era forse perseguita solo *extra ordinem*; del resto, un'eventuale estensione dello strumento interdittale al recupero della moglie avrebbe dovuta essere resa più esplicita e non pare sufficientemente esplicativa l'espressione *ad instar interdicti*. Infatti, essa compare anche in C.I. 8.4.4 (anno 294), e frasi simili si trovano in altre costituzioni di Diocleziano per segnalare che la procedura interdittale nella *extraordinaria cognitio* era stata abbreviata e semplificata (Schmidt, *op. cit.*, p. 322 ss.). Qui, inoltre, il mezzo giudiziario, contrariamente al testo edittale (D. 43.30.1.pr.: Ulp. 71 *ad ed.*), sarebbe stato concesso a una persona che non era titolare di potestà. La costituzione non dice che il destinatario e aspirante attore fosse la madre, ma l'ipotesi è confermata, per quello che può valere, dalla *Summa Perusina* ('*Licet matre convenire, ut presente filium*', da leggersi come: '*Licet matrem* – da intendersi come soggetto di una proposizione oggettiva – <*aliquem*> *convenire, ut praesentet filium*': ed. F. Patetta, *Adnotationes Codicum Domini Justiniani*, in «BIDR.» XII, 1900, p. 260); del resto, è difficile pensare a un'altra interpretazione. In questo senso è anche Voci, *Storia della patria potestas*, cit., p. 92 e nt. 256, ora in *Studi*, cit., II, p. 455 (dove però i numeri delle costituzioni 2 e 3 sono invertiti).

49 C.I. 5.17.4 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Pisoni, anno 294): *'Filiae divortium in potestate matris non est*.': il richiedente era un uomo, forse il marito o il suocero, e non risulta se la figlia fosse *sui iuris,* ma probabilmente era così, dato che altrimenti il padre sarebbe stato coinvolto. La C.I. 5.17.5, degli stessi imperatori e dello stesso anno, dichiara inefficace la volontà del padre di rompere il matrimonio della figlia in potestà che vive in concordia col marito, ma ammette un'eccezione ('*nisi magna et iusta causa interveniente hoc pater fecerit*') non prevista da altre fonti (cfr. *supra*, nt. 17; manca anche nel §

Riteneva tale madre di avere una potestà simile a quella del padre, forse per avere allevato lei la figlia dopo la morte di lui? Non lo sappiamo; certo, doveva aver prestato il consenso al matrimonio di lei e doveva aver creduto che ciò fosse un requisito per renderlo legittimo[50], convinzione che al tempo di Diocleziano era errata, ma che trovò più tardi un certo riconoscimento qualora la nubente fosse orfana di padre e minore di 25 anni[51].

---

87 delle cosiddette *Sententiae Syriacae*, ed. W. Selb, cit., p. 60 s.), che viene abitualmente ritenuta interpolata (Beaucamp, *Le statut*, cit., I, Paris, 1990, p. 257 nt. 96); nella stessa costituzione il § 2 afferma recisamente: '*Emancipatae vero filiae pater divortium in arbitrio suo non habet*'. Un altro caso di madre che, non essendo riuscita ad imporre il divorzio alla figlia, voleva diseredarla, è in C.I. 3.28.20 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC., anno 294): gli imperatori negarono che potesse trattarsi di ingratitudine, come qualche anno prima avevano risposto a una figlia diseredata dal padre per lo stesso motivo: C.I. 3.28.18 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA., anno 286). La condizione di divorziare dal marito, apposta dalla madre all'istituzione di erede della figlia, fu considerata illecita: C.I. 6.25.5 (Impp. Valerianus et Gallienus AA., anno 257).

50 Il *paterfamilias* infatti poteva basare la convinzione di poter sciogliere il matrimonio della figlia in potestà sul fatto che il suo consenso iniziale era un requisito necessario per la validità del medesimo: C.I. 5.17.5.pr. Il consenso della madre vedova al matrimonio della figlia è presupposto in un caso sottoposto a Cervidio Scevola (5 *digest*., D. 46.3.88) ed è esplicitamente riconosciuto in C.I. 3.28.20 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC., anno 294); per i papiri a partire dal IV secolo, cfr. Beaucamp, *Le statut*, cit., II, p. 111 s., 143, 180, 300 ss. Probabilmente la pratica sociale è ben espressa dalla frase di Sant'Agostino in una sua lettera, Aug., *epist* 254, *ad Benenatum* («CSEL.» 57,602; «PL.» 33,1070): '*mater … cuius voluntatem in tradenda filia omnibus, ut arbitror, natura praeponit, nisi eadem puella in ea iam aetate fuerit, ut iure licentiore sibi eligat ipsa quod velit*'. In realtà, la pretesa di una madre di prestare il consenso al matrimonio non solo delle figlie, ma anche dei figli maschi, non era priva di qualche argomento dopo il SC Orfiziano, se è vero quanto possiamo desumere da D. 49.15.12.5 (Tryph. 4 *disput*.), cioè che il consenso dell'avente potestà alle nozze dei sottoposti era richiesto per evitare che costui si trovasse ad avere un *heres suus* senza volerlo.

51 C.I. 5.4.20.pr. (Impp. Honorius et Teodosius AA. ad Theodorum pp., anno 408-409; si tratta di una legge occidentale che però dovette entrare nel Codice Teodosiano, anche se non nel *Breviarium Alaricianum*): *'In coniunctione filiarum in sacris positarum patris expectetur arbitrium: si sui iuris puella sit intra quintum et vicesimum annum constituta, ipsius quoque exploretur adsensus. Si patris auxilio destituta, matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultae iudicium*'. Sembrerebbe che la volontà della donna fosse richiesta solo se era maggiorenne e che prima bastasse, in assenza del padre, quella della madre e dei *propinqui*; probabilmente si deve intendere che, a fronte della scelta di costoro, era sufficiente che la ragazza non dissentisse. Sulle oscillazioni che si rilevano su questo punto nella compilazione giustinianea, cfr. Beaucamp, *Le statut*, cit., I, p. 242 ss.; *ibid.*, p. 251 s., su questa costituzione e su C.I. 5.4.18 (= C.Th. 3.7.1, anno 371) che è simile e riguardava le vedove: per queste ultime, essa richiedeva il consenso del padre a un nuovo

4. Qualora il padre fosse morto e i figli fossero impuberi, essi, come si è detto, saranno stati abitualmente con la madre, ma costei, tanto in forza dell'*officium pietatis*, quanto per effetto di costituzioni imperiali[52] aveva l'obbligo di chiedere per loro al competente magistrato un tutore idoneo[53], se il padre non avesse provveduto nel testamento e non vi fosse un tutore legittimo. Era anche esercizio di *pietas* il fatto di promuovere la rimozione dei tutori incapaci o disonesti, eventualmente intentando l'*accusatio suspecti tutoris*[54], a cui le donne legate al pupillo da stretti vincoli di sangue o di affetto erano eccezionalmente ammesse.

Poteva però capitare che il padre indicasse come tutore la madre stessa e che questa, in provincia e conformemente a consuetudini locali, fosse confermata dal magistrato; benché questa ipotesi estrema fosse rifiutata dai giuristi[55], altre venivano accettate, seppure con le limitazioni imposte dai principi del diritto: ad esempio, il fatto che, con fiducia nella *pietas* della madre, il padre le chiedesse di gerire i negozi del figlio[56], oppure che imponesse ai tutori di amministrare '*consilio matris*' il patrimonio dell'impubere[57]. Poteva anche accadere che la madre stessa, pur in assenza di disposizioni testamentarie del coniuge, ma eventualmente nella detenzione del patrimonio di lui in quanto restata nel domicilio matrimoniale, desiderasse assumer-

---

matrimonio quand'anche fossero state emancipate, distaccandolo quindi dalla *patria potestas*. Ovviamente, da nessuna delle costituzioni citate si può desumere che la madre o altri parenti potessero sciogliere il matrimonio della donna contro la sua volontà.

52 In primo luogo, di un'*epistula* di Settimio Severo: D. 26.6.2.2 (Modest., 1 *excusat*.), mentre non convince il tentativo della Giunti, *Il ruolo sociale della donna romana*, cit., p. 370 ss., ora anche in «Ubi tu Gaius ...», cit., p. 132 ss., di ricondurre tale obbligo al testo stesso del *SC. Tertullianum*; altre fonti in Albanese, *Le persone*, cit. (nt. 1), p. 462 nt. 156; dell'*officium pietatis* parla C.I. 5.31.9 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC., anno 293), per cui cfr. D. 26.6.1 (Mod. 7 *diff.*): '*matris sollicitudo*'. Sui doveri della madre in proposito, cfr. Beaucamp, *Le statut*, cit., I, p. 316 s.; Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, III, cit., p. 88 ss.; spesso però la richiesta non veniva avanzata e la madre gestiva il patrimonio del pupillo con l'aiuto di parenti: Krause, *op. ult. cit.*, p. 30 s.

53 Sui suoi eventuali profili di responsabilità, cfr. Beaucamp, *op. cit.*, I, p. 321 s.

54 C.I. 2.18.1 (Impp. Severus et Antoninus AA. Sopatrae), D. 26.10.1.7 (Ulp. 35 *ad ed.* = *Iust. Inst.* 1.26.3), entrambi con riferimento alla *pietas* (come del resto C.I. 5.43.6.pr.-§1, con riguardo allo zio paterno); C.I. 5.43.6.3 (Imp. Gordianus A. Felici, anno 238).

55 D. 26.2.26.pr. (Papin. 4 *respons.*): *'Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur*'. Sul passo, cfr. Desanti, *De confirmando tutore*, cit., 156 ss.

56 D. 3.5.30.6 (Papin. 2 *respons.*).

57 D. 26.7.5.8 (Ulp. 35 *ad ed.*).

ne ella stessa l'amministrazione, dando eventualmente garanzie ai tutori di prendere su di sé la responsabilità della gestione[58]. In ogni caso, le donne che avessero amministrato *pro tutore* beni pupillari, erano tenute al rendiconto[59]; al di là di questo, la loro condizione giuridica era in linea di principio quella di un gestore di affari altrui[60].

In Egitto e forse anche in altre province orientali la figura della madre amministratrice o addirittura esercente le funzioni di tutore (eventualmente in forza del contratto matrimoniale) era assai diffusa[61], almeno fino a tutto il III secolo.

Anche se priva di poteri tutelari, quindi, la vedova esercitava spesso funzioni gestionali del patrimonio lasciato dal coniuge; qualora ciò non avvenisse, gli stessi imperatori la invitavano a sorvegliare l'amministrazione dei tutori[62].

Se anche la madre moriva prima che i figli raggiungessero la pubertà, istituendoli eredi nel testamento poteva indicare per loro un tutore: questi non avrebbe avuto lo status di *tutor testamentarius,* che avrebbe potuto dare solo

---

58 Un caso concreto fu sottoposto a Cervidio Scevola, la cui soluzione fu poi precisata da Claudio Trifonino: D. 46.3.88 (Scaev. 5 *dig.*); più tardi: C.I. 4.29.6 (Imp. Alexander A., anno 228), in cui vengono distinti tre diversi casi in relazione alla possibilità o meno che ella invocasse il senatoconsulto Velleiano (cfr. anche *Paul. Sent.* 2.11.2); C.I. 5.51.9 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC., anno 293), che non esonera i tutori dalla prestazione del rendiconto e dall'obbligo di restituire eventuali residui; C.I. 5.46.2 (Imp. Philippus A. et Philippus C., anno 246): i tutori potranno poi agire contro la madre (e, in questo caso, contro il nonno paterno che aveva anche lui amministrato e prestato garanzia). Cfr. Beaucamp, *Le statut*, cit., I, p. 323 s.

59 C.I. 5.45.1 (Impp. Valerianus et Gallienus AA., anno 259); cfr. Beaucamp, *op.cit.,* I, p. 325 nt. 102.

60 *Paul. Sent.*1.4.4, D. 3.5.32(33) (Pap. 10 *resp.*), C.I. 2.18(19).11 (Imp. Alexander A., anno 227). Sulla questione dell'amministrazione dei beni dei figli impuberi da parte della madre, cfr. Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, III, cit., p. 113 ss.

61 Ancora nel 276, quindi molti anni dopo l'editto di Caracalla, è significativo il testamento di Aurelio Hermogenes, decurione di Ossirinco («P. Oxy.» VI. 907), in «FIRA.», III², Firenze, 1968, n. 51 linea 21. Altre fonti e bibliografia in Desanti, *De confirmando tutore*, cit., 157 nt. 36; *adde* Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, III, cit., p. 119 ss., 258 ss.; L. Gagliardi, *La madre tutrice e la madre* ἐπακολουθήτρια*: osservazioni sul rapporto tra diritto romano e diritti delle province orientali*, in «Index», XL, 2012, p. 423 ss. La terminologia cambia intorno all'epoca dioclezianea: Beaucamp, *Le statut*, cit., II, p. 175; ampiamente, sulla vedova e la tutela degli orfani nei papiri del tardo impero, *ibid.*, p. 172 ss., 179 ss., 185 ss.

62 C.I. 5.31.6 (Imp. Antoninus A. Otaciliae, anno 224): *'Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes, sed et observare, ne quid secus quam oportet in re filii pupilli agatur. …*'.

l'avente potestà, ma per prassi corrente[63] veniva confermato dal magistrato, sia pure *ex inquisitione*. Ciò non era una stretta prerogativa della madre: anche un estraneo che istituisse erede un impubere poteva designargli un tutore nel testamento, con l'aspettativa che venisse confermato[64].

Il marito che, in presenza di figli impuberi e confidando nella correttezza della moglie, volesse evitare l'intervento di tutori senza rischiare di violare il diritto poteva dare disposizioni testamentarie seguendo alternativamente due possibili vie[65]: da un lato, istituire erede la moglie (diseredando eventualmente i discendenti)[66], ma gravarla di un fedecommesso di restituzione ai figli quando raggiungessero la pubertà[67], o anche un'età più adulta[68], o anche quando ella morisse[69]; dall'altro, istituendo eredi i figli, ma legando alla vedova, loro madre, l'usufrutto di tutto il patrimonio o di parte di esso, anche qui per un tempo definito[70] o per tutta la vita di lei[71]. Dal punto di vista

63 C.I. 5.28.4 (Imp. Alexander A., anno 224).

64 Ciò sarà avvenuto quando anche la madre mancava, perché altrimenti poteva esservi conflitto con l'obbligo di chiedere un tutore che gravava su di lei. Sull'intera questione della nomina di un tutore nel testamento materno o in quello di un estraneo, cfr. Desanti, *De confirmando tutore*, cit., p. 27 s., 34 ss., 45 ss., 50 ss., 54 ss., 58 ss., 62 ss., 75 ss., 224 ss. e 320 s.

65 In realtà ce ne poteva essere una terza: quella di costituire, a carico degli eredi, una rendita da dare alla moglie perché provvedesse alle necessità dei figli: cfr. M. Humbert, *Le remariage à Rome*, cit, p. 237 nt. 15, 297 nt. 14, e Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II, cit., p. 89 e p. 91 nt. 92. Questo, però, non avrebbe evitato la nomina di tutori, per la quota di patrimonio destinata ai figli.

66 D. 28.2.18 (Ulp. 57 *ad. ed.*), D. 35.1.77.3 (Pap. 7 *resp.*), D. 36.1.76(74).1 (Paul. 2 *decr.*).

67 Così nel caso esaminato in D. 38.17.2.46 (Ulp. 12 *ad Sab.*), ove giustamente il giurista esclude che la vedova potesse venire sanzionata per non aver chiesto un tutore al figlio, dato che il marito l'aveva anche esonerata dalla prestazione della *satisdatio*.

68 Così nell'ipotesi trattata in D. 36.1.76(74).1 (Paul. 2 *decr.*): restituzione quando il figlio fosse giunto al ventesimo anno.

69 D. 36.1.80(78).14 (Scaev. 21 *dig.*), D. 31.77.12 (Pap. 8 *resp.*), D. 36.1.59(57).2 (Pap. 8 *resp.*), C.I. 6.54.4 (Impp. Severus et Antoninus AA., anno 215).

70 Ad esempio, fino alla pubertà dei figli: C.I. 3.33.5 (Imp. Alexander, anno 226); finché la figlia compia 18 anni: D. 33.2.37 (Scaev. 33 *dig.*); Giustiniano disciplinò la materia in C.I. 3.33.12 (anno 530). Cfr. anche Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II, cit., p. 91, e III, cit., p. 119.

71 Cfr. Cic., *pro Caec.* 4.11 ('*usum et fructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat ut frueretur una cum filio*'), D. 33.2.22 (Ulp. 15 *ad l. Iul. et Pap.*), D. 33.2.38 (Scaev. 38 *dig.*), passi che propriamente prevedono un legato di reddito e non precisano se vi fossero figli. Cfr. anche Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, II, cit., p. 90. Dell'usufrutto lasciato dal marito alla moglie trattano anche leggi successive: C.I. 5.65.18.2 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC., anno 294), C.I. 5.10.1 (Impp. Valent.,

economico, le conseguenze erano abbastanza simili, in quanto la vedova avrebbe potuto godere del patrimonio, ma sostanzialmente alienarne solo i frutti (salvo che ottenesse il consenso dei figli, assistiti però da un tutore o da un curatore); dal punto di vista giuridico le differenze erano sensibili perché nel secondo caso i discendenti erano maggiormente tutelati; infatti, con la *cautio fructuaria* la madre avrebbe dovuto promettere loro di usare correttamente del patrimonio e di restituirlo alla scadenza del suo diritto; inoltre aveva dei limiti nella gestione patrimoniale e qualsiasi alienazione di beni diversi dai frutti sarebbe stata nulla, con la possibilità per i figli di rivendicare il bene stesso da chiunque lo possedesse. Un altro rischio era invece presente in entrambe le vie: nulla garantiva che la vedova avrebbe usato i redditi del patrimonio anche a favore dei figli[72], specialmente se avesse contratto nuove nozze[73]; qui dovevano intervenire la *pietas* materna, il controllo sociale, oppure ulteriori cautele disposte dal testatore.

In definitiva: non mancavano Romani che, nei secoli II-III, fossero convinti che la loro vedova sarebbe stata perfettamente in grado di sostituirli nell'amministrazione del patrimonio e nella cura per i figli, finché costoro non fossero giuridicamente in grado di badare a se stessi.

5. Nel tardo impero fino a Giustiniano la legislazione prende atto della situazione creatasi fino al III secolo nel rapporto tra madre e figli e la completa sotto qualche profilo. La *pietas* è ancora menzionata[74], ma a volte è

Theod. et Arcad. AAA., anno 392), *Nov.* 18.3.

72 Di qui una disposizione come quella di D. 36.2.26.2 (Pap. 9 *resp.*).

73 Su questo problema cfr. D. 35.1.62.2 (Ter. Clem. 4 *ad legem Iuliam et Papiam*) e Humbert, *Le remariage*, cit., p. 245, 298 ss.; sulle disposizioni di cui sopra, *ibid.*, p. 233 ss. Inoltre, A. Arjava, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford, 1996, p. 167 nt. 1.

74 Particolarmente significative sono alcune costituzioni del IV secolo in tema di revoca delle donazioni: C.Th. 8.13.1 (= C.I. 8.55.7: Impp. Constantius et Constans AA., anno 349: '*Liceat matribus, si impios filios probare se posse confidunt, publice adire iudicia ... Hic autem, qui a matre impietatis arguitur, quidquid ex eo, quod titulo donationis tenet, eo die, quo controversiae qualecumque principium iussu iudicantis datur, habere repperitur, huius dimidium victo eripiatur*'), C.Th. 8.13.2 (Idem AA., stessa data: '*Avi nostri pro patribus firma lege sanxerunt, ut, si quid patres in liberos munificentiae titulo contulissent, si eos impios in iudicio declarassent, omne id esse revocandum, ne pietatis premium apud scelestos et flagitiosos animos permaneret*') e C.Th. 8.13.4 (Idem AA., anno 358: '*Si quis forsitan filiorum maternam munificentiam consecutus in matrem impius detegitur, non iam dimidiam portionem, ut ante fuerat iussum, rei donatae, sed omnem substantiam proprietatis amittat.* …'). Un accenno al ripristino della *pietas* è anche in *Vat. fr.* 248 (anno 330), che prevede la revoca dell'emancipazione e delle relative donazioni nei confronti dei figli che osino '*superbe crud<eliterque> se tollere*' contro il padre. Più tarda è C.Th. 8.13.6 (= C.I. 8.55.9: Impp. Theodosius et Valentinianus AA., anno 426, Ravenna) che prevede la possi-

affiancata o sostituita da una serie di altri valori affini ma più generici (ad esempio, *humanitas, honor*, *reverentia*), ciò che fa dubitare che le si attribuisca un'identità sufficientemente precisa.

Quanto al rapporto della madre con i figli, ella rientra certamente fra i *propinqui seniores* a cui una costituzione del 365, o di qualche anno dopo, assegna la *potestas* (sic) di correggere i congiunti minorenni '*iure patrio*'. L'*Interpretatio Visigothica* a questo testo (*Brev. Alar.* 9.10.1) specifica che si consente l'uso di *verbera*. Solo se la gravità del fatto va al di là dei poteri correttivi familiari la questione verrà portata davanti al giudice[75]. In mancanza del titolare della *patria potestas* (perché deceduto o forse anche solo assente) il potere correttivo spetta, a quanto pare con gli stessi contenuti che ha ormai quello paterno, ai congiunti che hanno il compito di educare il minore, pur se per un periodo di tempo limitato, cioè fino alla maggiore età del giovane. Ma tutto ciò significa pure che il potere personale del padre può far uso di punizioni corporali solo allo scopo di educare e correggere il figlio e che da questo punto di vista padre e madre si trovano sullo stesso piano.

In relazione alla scelta dello sposo o della sposa per la prole, nella disciplina del fidanzamento arrale padre e madre si trovano appaiati, per verità nel IV secolo accanto al tutore o a qualunque altra persona abbia consegnato le arre sponsalizie assumendosene la responsabilità[76], mentre più tardi, con

---

bilità dell'ascendente maschio di revocare la donazione, disposta in occasione dell'emancipazione, solo se si accerta che il donatario '*contra ipsam venire pietatem*' (per una recente sintesi sul problema della revoca delle donazioni, cfr. A. Murillo Villar, *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, 2007). Ancora nel 458 *Nov. Maior.* 6 fa numerosi riferimenti alla *pietas* per sottolineare una serie di doveri dei genitori (*parentes*, compresa la madre) verso i figli: §§ 1, 6 e 8.

75 C.Th. 9.13.1 (= C.I. 9.15.1: Impp. Valentinianus et Valens ad senatum; la data più antica è accolta dal Seeck; il Mommsen ipotizza anche come possibili gli anni 368, 370, 373): '*In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina conpellat. Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum et privata animadversione conpescat. Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicum notioni.*'. Su questo testo si vedano le osservazioni del Voci, *La patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in «SDHI.», LI, 1985, p. 23, ora in *Studi*, cit., II, p. 491, che correttamente osserva come gli stessi imperatori nel 371 abbiano emanato C.Th. 3.7.1 = C.I. 5.4.18, sulla necessità del consenso del padre o dei *propinqui* per il nuovo matrimonio delle vedove *sui iuris* minori di 25 anni (cfr. *supra*, nt. 51).

76 In C.Th. 3.5.11.3-4 (Impp. Grat., Valentin. et Theod. AAA., anno 380) rimane qualche differenza, se il fidanzamento è stato contratto quando la ragazza ha compiuto i 12 anni e poi non si conclude con il matrimonio: il padre risponde direttamente, mentre madre, tutore o altri obbligano la ragazza (che avrà ereditato dal genitore), la quale ha però contro

Leone I (la legge del quale è la sola accolta nel *Codex Iustinianus*), acquisiscono una loro posizione autonoma.

Per quanto riguarda il matrimonio, la necessità del consenso paterno si estende oltre i limiti della patria potestà, perché riguarda anche le nozze delle vedove emancipate ma minori di 25 anni[77]; se manca il padre, vale la '*sententia propinquorum*', contro la quale la vedova potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria[78]. Come in C.Th. 9.13.1, la madre non appare qui in posizione autonoma ed è collocata fra i *propinqui*. L'esigenza dell'assenso del padre anche per la ragazza nubile ed emancipata, ma minorenne, è affermata da C.I. 5.4.20.pr., che in mancanza del genitore prevede che sia sufficiente la volontà della madre e dei *propinqui*; il consenso esplicito dell'interessata è richiesto solo se maggiorenne[79]. Nulla del genere risulta per il matrimonio del figlio maschio; ne consegue che, mentre le nozze di costui sono, come un tempo, una questione da decidere tra lui stesso ed eventualmente il *pa-*

---

di loro un'azione *ex bono et aequo* se da loro era stata costretta a ricevere le arre sponsalizie. Inoltre, solo gli sponsali conclusi dal padre sono vincolanti anche dopo la morte di lui (C.Th. 3.5.12 = C.I. 5.1.4, Ravenna, anno 422: la legge ne proibisce la rottura al tutore o curatore, ma l'*Interpretatio Visig.* vi aggiunge anche madre e *propinqui*). La legge del 380 non è passata nel Codice Giustiniano, perché fu sostituita da C.I. 5.1.5 (Impp. Leo et Anthemius AA., anno 472), che al §1 dispone: *'Patrem vero vel matrem, legitimae videlicet aetatis constitutos, sive simul sive separatim arras pro filia susceperint, avum autem vel proavum pro nepte seu pronepte in duplum tantummodo convenit teneri*'. Il testo è importante non solo perché pone padre e madre esattamente sullo stesso piano, ma anche perché testimonia la possibilità che operassero congiuntamente. Sulle varie disposizioni di questa costituzione cfr. A.S. Scarcella, *La legislazione di Leone I*, Milano 1997, p. 183 ss.

77 C.Th. 3.7.1.pr. (Impp. Valentin., Val. et Grat. AAA. ad senatum, anno 371 = C. 5.4.18): *'Viduae intra vigesimum et quintum annum degentes, etiamsi emancipationis libertate gaudent, tamen in secundas nuptias non sine patris sententia conveniant …*'; cfr. nt. 75 e 51.

78 *Ibid.*, § 1. La costituzione cita un precedente, che dovrebbe essere C.I. 5.4.1 (Impp. Severus et Antoninus AA., anno 199), relativa però a un dissenso fra tutore, madre e *propinqui*.

79 Il testo latino, per la parte qui rilevane, è riportato *supra*, nt. 51. L'interpretazione di cui sopra è quella di Beaucamp, *Le statut de la femme*, cit., p. 247 nt. 47 ed è confermata dalla traduzione accolta in *Bas.* 28.4.35 (*ibid.*, p. 249 nt. 53). Il § 1 tratta dell'eventualità per cui, mancando pure la madre ed essendovi una pluralità di pretendenti senza che la giovane si decida a scegliere, deliberi il giudice '*coram positis propinquis*': per evitare contraddizioni con la fine del passo precedente, se ne deve desumere che la coincidenza della volontà della madre con quella dei *propinqui* renderebbe inutile l'assenso della figlia minorenne; questo riacquista invece importanza se la madre non c'è più. La C.I. 5.4.8 (Imp. Gordianus A. Romano, anno 240) nega che abbia valore l'*auctoritas* del curatore o quella '*cognatorum vel adfinium*', ma è diretta a un maschio e quindi riguardava forse lo sposo.

terfamilias[80], il matrimonio della figlia non è più rigorosamente sottoposto al principio della patria potestà, ma diventa un «affare di famiglia», in cui il padre ha la posizione preminente, ma in mancanza di lui decidono la madre e altri parenti[81]. Sui problemi di coordinamento di questa normativa con quella relativa al fidanzamento non è qui il caso di entrare.

Tuttavia alcune costituzioni giustinianee potevano dar luogo ad equivoci, nel senso di lasciar pensare che per il matrimonio fosse necessario anche l'assenso della madre: ciò avviene anzitutto dove si parla semplicemente di '*parentes*'o di γονεῖς[82]. Un esempio particolarmente chiaro di tale ambiguità si rileva in C.I. 9.13.1, la legge di Giustiniano dell'anno 533 sui rapitori di vergini o vedove, che al § 2 recita: '*Nec sit facultas raptae virgini vel viduae vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere, sed cui parentes voluerint excepto raptore, eam legitimo copulent matrimonio ... Oportet enim, ut, quicumque uxorem ducere voluerit sive ingenuam sive libertinam, secundum nostras leges et antiquam consuetudinem parentes vel alios quos decet petat et cum eorum voluntate fiat legitimum coniugium*'. L'espressione '*parentes vel alios quos decet petat*' rinvia evidentemente alle costituzioni del titolo C.I. 5.4, '*De nuptiis*', nel quale, se è spesso indicata la necessità del consenso del padre (*leg.* 2, 7, 12, 18.pr., 20.pr.), sottolineando a volte che lo sposo o la sposa si trova nella sua *potestas* (*leg* 5, 25.pr.), non mancano quelle, come si è appena visto, che in mancanza del padre prevedono l'intervento della madre o addirittura del tutore e dei *propinqui* (*leg* 1, 18.1, 20). Ora, se questi ultimi sono qualificati come '*alios quos decet*', la madre deve entrare

80 *Iust. inst.* 1.10.pr. Se *paterfamilias* è il nonno, occorre anche il consenso del genitore, che acquisterà la potestà alla morte del primo; per la figlia questo non è invece necessario: D. 23.2.16.1 (Paul. 35 *ad ed.*); se il figlio è orfano di padre, la madre può avere un certo peso: Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, III, cit., p. 174 ss.

81 Su questa problematica cfr. Beaucamp, *Le statut de la femme*, cit., I, p. 246 ss.; 338, e Krause, *op. ult. cit.*, 148 s., 152 ss., 163 ss.

82 Cfr. *supra*, nt. 12. Stando a D. 50.16.51 (Gai. 23 *ad ed. prov.*) il termine può indicare ascendenti sia maschi sia femmine, ma non vengono proposti criteri per orientarsi nella scelta. Per i passi del Digesto cfr. Sachers, *Das Recht auf Unterhalt*, cit., p. 314 ss., con accurata classificazione nelle note; egli stesso però ammette che in molti casi è difficile stabilire se vi è compresa la madre, con eventualmente gli ascendenti materni; stessa conclusione in Voci, *La patria potestas da Costantino a Giustiniano*, cit., p. 20, ora in *Studi*, cit., II, p. 488 nt. 81-82, che cita anche passi dei due Codici e delle Novelle. In C.Th. 2.19.5 (Impp. Grat., Valent. et Theod. AAA., anno 383, sul termine di prescrizione della *querela inofficiosi testamenti*) i *parentes* comprendono sicuramente anche la madre; così è detto esplicitamente in C.Th. 16.8.28 (Impp. Theodosius et Valentinianus AA., Ravenna anno 426), sui figli o nipoti di un Giudeo o Samaritano che diventano cristiani e di cui si vieta ai *parentes* la facoltà di diseredarli o trascurarli nel testamento; anche *Nov. Maior.* 6.1-3 (cfr. *supra*, nt. 74) comprende nei *parentes* tanto il padre quanto la madre.

nei *parentes*. Del resto, se quest'ultimo termine non comprendesse anche la genitrice (da intendersi, secondo il diritto, qualora manchi il padre) sarebbe difficile giustificare il plurale '*parentes*', dato che nel caso delle nozze di una figlia bastava il consenso dell'avente potestà e non era necessario che vi si aggiungesse quello del genitore maschio che non fosse *sui iuris*[83].

Questa interpretazione è confermata da una singolare variante tra due novelle, entrambe latine e per il resto pressoché identiche, sempre in tema di ratto: *Nov*. 143, diretta ad Areobindo, e *Nov.* 150, diretta a Leone[84]. Il proemio riassume il contenuto di C.I. 9.13.1 e il cap. I dispone in via interpretativa – e quindi con efficacia retroattiva – che se la donna rapita sposa il rapitore non riceverà tutto il patrimonio di lui, ma questo andrà '*ad parentes, si ambo vel unus supersit, qui nuptiis specialiter non probantur consensisse*' (così la *Nov.* 143.1), '*ad patrem vel ad matrem, si ambo vel unus supersit, qui nuptiis specialiter non probantur consensisse*' (secondo la *Nov.* 150.1)[85]. Sulla fonte di questa variante si potrebbe ovviamente discutere, ma la *Summa Novellarum* 143.5 di Teodoro conferma che la dizione di quest'ultima poteva facilmente essere interpretata nel senso di comprendere anche la madre: essa recita infatti: ὁ μὴ συναινέσας γονεύς, κἂν μήτερ εἴη, λαμβάνει αὐτά (cioè i beni del rapitore)[86]. È probabile che non mancassero voci dissenzienti, perché una breve epitome greca, di autore ed epoca ignoti ma verosimilmente redatta ancora nei secoli VI-VII riassume la novella (verosimilmente nel testo della 143) rendendo come ὁ πατήρ il vocabolo latino '*parentes*'[87], tuttavia la *summa* 143.5 di Teodoro fu assunta nei Basilici (*Bas.* 60.58.5). Naturalmente, anche da questa interpretazione non si desume di per sé che il consenso della madre, anche in assenza del genitore, fosse necessario per la validità del matrimonio, ma l'avvicinamento di esso a quello del padre poteva facilmente condurre a questo risultato.

A conclusioni simili potevano far giungere anche altre innovazioni giu-

83 Così Paul. D. 23.2.16.1, su cui *supra*, nt. 80.

84 Come mostra l'epitome di Teodoro, esse erano entrambe contenute nella Collezione delle 168 Novelle, ma non compaiono nel *Codex Marcianus Gr.* 169 e sono edite sulla base delle appendici dell'*Epitome Iuliani*. Su tali problemi e sulla questione, assai discussa, della rispettiva datazione non è qui il caso di entrare e basta rinviare alle notizie contenute nell'edizione curata da R. Schöll, W. Kroll, Berolini 1928[5], rispettivamente p.707 s. e 725 s.

85 Ed. Schöll, Kroll, cit., rispettivamente p. 708,9 e p. 726,21 s. (ove alla linea 25, torna il termine '*parentes*').

86 Ed. C.E. Zachariae, *Anekdota*, Lipsiae, 1843, p. 154.

87 J. Konidaris, *Die Epitome einer justinianischen Novelle aus dem Patmiacus 205*, in «Fontes minores V» (*cur.* D. Simon), Frankfurt a.M., 1982, p. 26 ss. (a p. 29 è il testo dell'epitome). Le altre fonti ivi citate in merito alle due novelle non offrono elementi di interesse sul punto.

stinianee. Una riguardava di per sé il divorzio: in una costituzione greca il cui testo originale è pervenuto solo imperfettamente e poi ancora nella *Nov.* 22.19, per evitare il diffondersi di ripudi ingiustificati in frode dei genitori che avevano dato o promesso la dote o la donazione nuziale, Giustiniano dispose che lo scioglimento dell'unione fosse vietata in frode dei γονεῖς e contro la loro volontà[88].Che fra essi venisse compresa anche la madre, per lo meno se avesse costituito lei la dote o la donazione nuziale, viene detto esplicitamente in entrambe le costituzioni; del resto il divieto riguarda anche i figli emancipati e quindi sottratti alla potestà paterna. Il parallelismo che entrambi i testi propongono con la necessità dell'assenso del padre (così *Nov.* 22.19) o dell'avente potestà (così la legge nel Codice) al momento delle nozze, pur usando espressioni corrette, non escludeva del tutto il dubbio che, in assenza del genitore o di un avente potestà, il consenso della madre fosse necessario. D'altronde, esso poteva essere considerato implicito nel fatto che ella stessa costituisse la dote o la donazione nuziale.

L'altra innovazione è contenuta nel capitolo 3 della *Nov.* 115, all'interno delle cause che consentono, agli ascendenti maschi e femmine, di trascurare o diseredare nel testamento figli o discendenti ulteriori. Una di esse è il fatto che la figlia, nipote o pronipote rifiuti il marito che l'ascendente le propone, preferendo una vita vergognosa. A questo punto il testo precisa però che, qualora la figlia abbia raggiunto i 25 anni senza che i γονεῖς le abbiano trovato marito ed ella decida di peccare nel corpo o di unirsi a un uomo libero senza il loro consenso, non possa per questo essere considerata ingrata (né quindi essere trascurata o diseredata nel testamento). Benché le parole della legge riguardino esclusivamente questo punto, e benché i giuristi dei secoli VI-VII abbiano discusso il problema della validità di un tale matrimonio facendo riferimento all'assenza del consenso del padre, non era impossibile pensare che la legge volesse alludere anche a quello della madre[89].

6. Mentre in generale un certo favore verso le intenzioni della madre e una limitazione dei poteri del *paterfamilias* ispirano tutta la legislazione sui *bona materna e materni generis*, che impone al padre particolari doveri di di-

88 C.I. 5.17.12 (anno 534) e *Nov.* 22.19. Il problema è trattato più analiticamente in Beaucamp, *Le statut de la femme*, cit., I, p. 259 s., che, affermando che il divorzio sarebbe stato egualmente valido, trascura la frase iniziale di *Nov.* 22.19. La medesima studiosa, p. 338 nt. 88, cita altre costituzioni in cui potrebbe darsi che tra gli ascendenti che hanno consentito a un divorzio irregolare fosse compresa anche la madre, ma ciò, per quanto probabile, non è sicuro.

89 *Nov.* 115.3.11; discussione del problema e citazione delle epitomi in Beaucamp, *Le statut de la femme*, cit., I, p. 248 e nt. 50-51.

ligenza nell'amministrare il patrimonio così pervenuto ai figli[90], Giustiniano permise alla madre – nonché alla nonna, agli altri γονεῖς o a qualsiasi altra persona – di escludere anche l'usufrutto dell'avente potestà dalle donazioni o dai lasciti testamentari destinati ai figli per la parte che superava la quota di legittima; tali beni sarebbero stati amministrati dai figli stessi, se maggiorenni, se no da persona, nominata dal disponente, che poteva essere anche la madre o la nonna dei giovani[91]. Specialmente in quest'ultimo caso, la delimitazione della *patria potestas* e la rilevanza della posizione della madre pur in presenza del coniuge sono evidenti.

Del resto, una delle principali innovazioni dell'epoca tardoantica sulla posizione della madre è quella di permetterle, una volta restata vedova e a certe condizioni, di esercitare la tutela sui figli impuberi. Il primo provvedimento conservato è di Teodosio e risale al 390, ma fu inserito anche nel *Codex Iustinianus*[92]; Giustiniano estende tale possibilità anche ai figli naturali (dando per scontato che anche a questi potesse essere dato un tutore testamentario dal padre) e disciplina nelle Novelle l'eventualità del mancato rispetto dell'impegno a non risposarsi preso dalla madre[93]. Infine, nel quadro

90 Quest'ultimo punto è particolarmente sottolineato da P. Garbarino, *Sulle tracce dei doveri del pater. Brevi riflessioni sulla patria potestas in età tardoantica*, in «Civitas et civilitas. Studi F. Guizzi», cit., I, p. 384 ss.

91 *Nov.*117.1 (anno 542), su cui cfr. anche Beaucamp, *Le statut de la femme*, cit., I, p. 339 e nt. 90.

92 C.Th. 3.17.4.pr. = C.I. 5.35.2 (Impp. Valent., Theod. et Arcad., anno 390): '*Matres, quae amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas iure veniat, fateantur actis ad alias se nuptias non venire*'. Il § 2 precisa che sui suoi beni graverà ipoteca legale e il § 3 richiede che la madre sia maggiorenne e che manchi o sia stato scusato o rimosso un *tutor legitimus*. Giustiniano precisa l'esigenza che manchi anche un tutore testamentario e che il proposito di non contrarre un secondo matrimonio sia confermato da giuramento (già previsto da *Nov. Th.* 11.2). Sulle discussioni dottrinali in merito alla problematica della tutela affidata alla vedova, cfr. Beaucamp, *Le statut de la femme*, cit., I, p. 326 ss., e p. 329 s. sull'eventualità che forme d'ingerenza delle madri sui beni dei figli minori fossero lecite già nel 329 ai sensi di C.I. 5.37.22.5 (così, ad esempio, Krause, *Witwen und Waisen im römischen Reich*, III, cit., p. 125). Sulla legislazione in materia fino a Giustiniano, cfr. M. Carbone, *L'affidamento della tutela alla madre da Teodosio I (CTh. 3.17.4) a Giustiniano (Nov. 118.5)*, in «Iuris Antiqui Historia. An International Journal in Ancient Law», V, 2013, p. 121 ss. Un caso concreto di tutela esercitata dalla madre, che però decide di risposarsi facendo nominare un altro tutore, è nella *Nov.* 155 (anno 533), peraltro anteriore alla seconda edizione del Codice.

93 C.I. 5.35.3 (Imp. Iustinianus, anno 530), confermata dalla *Nov.* 89.14 (anno 539), e, rispettivamente, *Nov.* 22.40 (anno 536); cfr. Beaucamp, *op. cit.*, I, p. 331. La *Nov.* 94.2 (anno 539) sopprime il giuramento e fa eccezione, per la madre, alla regola generale che esclude dalla tutela i creditori o debitori dell'impubere (o anche del minore: *Nov.* 72.pr.-4,

di un rinnovato parallelismo tra vocazione ereditaria *ab intestato* e obbligo di assumere la tutela, il sovrano deferisce quest'ultima (da intendersi come legittima) alla madre o alla nonna a preferenza di altri congiunti, purché manchi un tutore testamentario ed esse rinuncino alle seconde nozze e al beneficio del Senatoconsulto Velleiano[94].

Del resto, indipendentemente dal problema della tutela, la *Nov.* 22.38 ribadisce che la vedova è la persona più affidabile per l'educazione dei figli[95]; di conseguenza, la *Nov.* 117.7, dell'anno 542, dispone che, in caso di divorzio causato dal padre, i figli siano allevati dalla madre che non si risposi, a spese dell'altro genitore; se la madre porta la responsabilità del divorzio, i figli saranno allevati dal padre a proprie spese; solo se ella è ricca, mentre il padre è povero, toccherà a lei fornire all'ex coniuge gli alimenti per i figli (benché questi possa amministrare la dote passata in proprietà ai figli in base al cap. 8.pr. della stessa Novella). Se poi il genitore muore, le spese per il nutrimento dei figli graveranno sulla sua eredità.

In definitiva: se si guarda lo stato del diritto all'epoca di Giustiniano tenendo conto sia della Compilazione sia delle Novelle, la disciplina della posizione della madre rispetto ai figli non trova una collocazione unitaria, ma risulta dispersa in una pluralità di provvedimenti e di fonti, da cui si deve ricavare sia la sua situazione giuridica in costanza di matrimonio, sia quella risultante da un divorzio quando però abbia ottenuto l'affidamento dei figli. In entrambi i casi – pur facendo salva l'elasticità interpretativa consentita dai termini *parentes*/γονεῖς – la sua posizione è nettamente subordinata a quella del titolare della *patria potestas*, la quale ultima ha perduto molte delle sue asprezze più antiche, ma conserva due importanti caratteristiche distintive: quella di durare per tutta la vita del suo titolare, salvo che questi perda libertà o cittadinanza o compia un volontario atto di emancipazione, e quella di consentirgli estesi poteri di gestione patrimoniale – tranne pochi casi particolari – anche sui beni che sono in proprietà dei sottoposti.

Un po' più nettamente caratterizzata è la posizione della vedova, specialmente se i figli sono impuberi e se rinuncia a un nuovo matrimonio: ormai gode di un potere di correzione su di essi – riconosciuto legalmente e non solo fondato sulla *pietas* o sulla minaccia di diseredazione – e può assumere la tutela e la gestione del patrimonio della prole, sempre che non vi sia un tutore testamentario, che ella sia disponibile a tale compito e che di conseguenza metta agli atti le dichiarazioni richieste dalla *Nov.* 118.5. Tuttavia l'e-

anno 538).

94 *Nov.* 118.5; l'ultimo requisito era già previsto nel 530: Beaucamp, *Le statut de la femme*, cit., I, p. 334 s.

95 Viene espressamente richiamata la costituzione di Alessandro Severo del 223, collocata in C.I. 5.49.1, senza più precisare che si tratti di pupilli.

sercizio di tale attività non avrà una disciplina diversa da quella prevista per gli altri tutori e avrà termine quando le figlie compiranno i 12 anni e i maschi ne avranno compiuti 14. Sui problemi pratici derivanti da tale differenza di età pare che il diritto non sia intervenuto.

7. Tale fu il legato che il diritto romano lasciò all'Occidente medioevale quando esso tornò ad essere oggetto di attenzione anche fuori d'Italia. Nell'impero Romano d'Oriente, però, vi fu l'interessante iniziativa di redigere un piccolo prontuario di norme sugli affari civili più frequenti e sulla punizione dei crimini, nel quale i rapporti familiari hanno una posizione importante. Si tratta dell'*Ecloga*, una piccola compilazione emanata dall'imperatore Leone III (a cui è associato il giovane figlio Costantino V) probabilmente nel marzo del 741; essa si presenta come una sintetica scelta di norme (νόμοι) – tratte dalle Istituzioni, dai Digesti, dal Codice, dalle Novelle di Giustiniano – e correzione in senso più benevolo (εἰς τὸ φιλανθρωπότερον); sembrerebbe quindi trattarsi della riproduzione, in forma concisa e con qualche modifica, del diritto raccolto o emanato da Giustiniano. Dal proemio però si ricava che vi sono pure contenuti provvedimenti presi dallo stesso Leone III e altrove risulta che ad essi appartiene almeno una parte della disciplina del diritto matrimoniale[96].

Per quanto riguarda la posizione della madre rispetto ai figli, si riferisce anche a lei almeno la maggior parte delle situazioni nelle quali le norme parlano di γονεῖς, e cioè:

1) *Ecl.* 1.1, in tema di consenso alla costituzione degli sponsali (qui accanto ai συγγενεῖς, senza che venga chiarito il rapporto con questi ultimi, né se la madre intervenga solo in assenza del marito)[97];
2) *Ecl.* 2.1 e 2,6(8 Z.), con riguardo al consenso al matrimonio, rispettivamente per atto scritto o senza di esso; nessun accenno vien fatto all'età

96 Nella più recente e migliore edizione: *Ecloga, das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos' V* (*cur.* von L. Burgmann), Frankfurt a.M., 1983, tali passi sono rispettivamente a p. 162, linea 45 e a p. 172, linee 175-176 (*Ecl.* 2.3, sul matrimonio e sul suo scioglimento). Poiché la numerazione dei capitoli di tale edizione si discosta talora da quelle precedenti, in tal caso verrà qui citata con la sigla Z. anche la corrispondente enumerazione dell'edizione di K.E. Zachariä von Lingenthal del 1852, confluita nella raccolta J. Zepi, P. Zepi, *Jus Graecoromanum*, Atene 1931, rist. Aalen 1962, vol. II, p. 11 ss.

97 Il fatto che qui i γονεῖς comprendano anche la madre è confermato da *Ecl.* 1.4.1, che regola l'eventualità in cui essi manchino e quindi il fidanzamento di impuberi sia compiuto per suggerimento di altre persone non meglio specificate; per una più ampia discussione e bibliografia su questo punto, cfr. F. Goria, *Tradizione romana e innovazioni bizantine nel diritto privato dell'Ecloga privata aucta. Diritto matrimoniale*, Frankfurt a.M., 1980, p. 9 s. nt. 8-9.

dei nubendi né alla loro sottoposizione a potestà o meno[98];
3) *Ecl.* 2.5.1 (2.5 Z.) e 2.5.2 (2.6 Z.) (rispettivamente linee 187 e 200-201 dell'edizione Burgmann): nel contesto della disciplina della situazione del coniuge superstite, si precisa riguardo sia al padre, sia alla madre, che i figli devono prestare onore e obbedienza ai genitori;
4) *Ecl.* 2.5.3 (2.7 *Z.)* (linea 218 B.) che disciplina l'eventualità per cui uno dei «genitori»[99], senza contrarre un nuovo matrimonio, voglia separarsi dai figli ormai maggiorenni;
5) *Ecl.* 3.1, sulla dazione della dote (che potesse farlo anche la madre non v'è dubbio)[100];
6) *Ecl.* 5.5, sull'eventualità che i genitori abbiano trascurato i figli nel testamento, ipotesi per cui da secoli si ammetteva la *querela inofficiosi testamenti* anche contro quello della madre;
7) *Ecl.* 5.6, sul caso in cui l'unico figlio faccia qualcosa per colpire i genitori o non provveda ad essi nella vecchiaia ed essi vogliano lasciare l'eredità a un estraneo che si sia occupato di loro[101];
8) *Ecl.* 6.2(3 Z.), sulla successione dei genitori ai figli, intestati e privi di discendenti, con preferenza su fratelli e sorelle e quindi modifica della *Nov.* 118.2;
9) *Ecl.* 6.7(13 Z.), sulla decadenza dei figli dall'eredità intestata dei genitori per alcuni casi di ingratitudine[102];

98 Qui è difficile dimostrare se il consenso della madre sia necessario anche se è vivo il marito, padre di tali figli, o se il testo presuppone che la madre intervenga solo quando il primo è deceduto; che in tal caso ella si esprima risulta da *Ecl*. 2.5.1 (5 Z.), su cui si veda *infra*. Discorso analogo vale per *Ecl.* 17.29, sul cosiddetto «matrimonio riparatore».

99 Qui è lo stesso testo che in precedenza (linea 212 B.) aveva precisato trattarsi indifferentemente o del marito o della moglie; l'eguaglianza di disciplina è significativa perché i figli sono considerati in potestà del padre: *Ecl.* 2.5.2 (6 Z.).

100 Sempre in tema di dote, è più delicata l'interpretazione di *Ecl.* 5.1: il testo parla dell'incapacità di testare (salvo che sui peculi speciali) dei figli in potestà e aggiunge che non possono farlo sui beni dati loro dai genitori a titolo di dote; anche qui si può pensare a una dote costituita dalla madre.

101 La prima eventualità rientra nei punti 1-2 della *Nov.* 115.3, sulle giuste cause di diseredazione che valgono anche a favore della madre; la seconda non è invece espressamente prevista dalla novella, forse perché già disciplinata dalla normativa sugli alimenti, anche se può essere fatta rientrare nel punto nr. 2 (ὕβρις) o nel nr. 5 (attentato alla vita) o ancora, per estensione analogica, nel nr. 12 (follia sopravvenuta), che effettivamente presenta l'eventualità di un estraneo compassionevole ed operoso.

102 Anche questa disposizione può essere ricondotta all'estensione di casi già contemplati nella *Nov.* 117.3: cfr. i nr. 9 (un figlio impedisce al genitore di fare testamento) e 13 (i figli o altri chiamati all'eredità omettono di attivarsi per riscattare la persona caduta prigioniera dei nemici).

10) *Ecl.* 7.1: gli orfanotrofi assumono la cura degli orfani fino ai loro 20 anni solo se i genitori non hanno nominato loro nel testamento nessun tutore: quanto si è detto sopra (§ 4) invita a ritenere che tale nomina potesse venire compiuta anche dalla madre;
11) *Ecl.* 14.2.1 (14.2 Z.): genitori e figli non vengono accettati come testimoni nei confronti reciproci[103].

Le situazioni nelle quali è incerto se fra i «genitori» sia considerata anche la madre sono poche e riguardano per lo più la tematica dei peculi[104]; ciò mostra che l'*Ecloga* in molti casi tende ad attribuire alla madre la stessa posizione giuridica del padre, anche se non risulta se ciò valga solo in sua assenza o dopo la sua morte.

Molto interessante, a questo proposito, è la disciplina della posizione della vedova con figli che rinunci a contrarre un nuovo matrimonio. A questo proposito, Giustiniano, come si è visto, le concedeva, qualora volesse, di poter esercitare la tutela sui figli fino al raggiungimento della pubertà da parte loro; l'*Ecloga* invece, a quanto pare in forza di un intervento innovativo di Leone III, dispone:

Εἰ δὲ παίδων ὑπόντων ὁ ἀνὴρ πρὸ τῆς ἰδίας γαμετῆς τελευτήσει, τὴν γυναῖκα ἤγουν τὴν τῶν αὐτῶν τέκνων μητέρα ἐγκάτοχον τῆς τε προικὸς αὐτῆς καὶ ἀνδρῴας ἁπάσης ὑπάρξεως εἶναι, καὶ αὐτὴν τὴν πᾶσαν τοῦ οἴκου ποιεῖσθαι φροντίδα τε καὶ διοίκησιν, προδήλως δημοσίαν ἀναγραφὴν ποιουμένης αὐτῆς ἤτοι ἴμβεντον πάσης τῆς καταλιμπανομένης ὑπὸ τῆς αὐτῆς ἀνδρὸς παντοίας ὑπάρξεώς τε καὶ περιουσίας, συγκειμένων ἐν τῇ τοιαύτῃ ἀναγραφῇ καὶ τῶν προικιμαίων αὐτῆς πραγμάτων, εἰ καὶ ὕπεισιν αὐτῇ, καὶ ἐν ἐξωπροίκοις, ὀφειλούσης αὐτῆς καὶ τὰ ἐξώπροικα δεῖξαι δι' ἐνεργῶν συστάσεων, ὡς ταῦτα εἰσήγαγεν ἐν τῷ οἴκῳ τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆς καὶ φαίνονται μετὰ τὴν αὐτοῦ τελευτήν, μὴ δυναμένων τῶν αὐτῆς τέκνων ἀντικαθίστασθαι αὐτῇ

103 C.I. 4.20.6 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. e CC., anno 294) recitava '*Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*', mentre D. 22.5.9 (Paul. 1 *ad Sabinum*) escludeva solo l'idoneità della testimonianza del figlio a favore del padre e viceversa.

104 Si tratta in particolare di *Ecl.* 16.1, in cui si parla del peculio castrense di coloro che sono in potestà del padre e del nonno; di 16.3, a proposito di uffici acquistati con beni dei genitori (e qui nulla vieta di pensare che possa trattarsi della madre); di 16.4, che ai titolari di peculio quasi castrense consente di testare, riservando però la quota di legittima ai figli o – in assenza di questi – ai genitori (e anche qui la madre dovrebbe essere compresa); di 16.5.1, sul peculio degli *alieni iuris* che i giuristi chiamavano '*profecticium*' e che ora vien detto παγανικόν. Al di fuori di questo titolo restano obbiettivamente incerti solo i passi di *Ecl.* 8.1.4 (8.4 Z.) (se i figli del proprietario di uno schiavo, col consenso dei propri genitori, lo tengono a battesimo, egli è liberato: nulla in realtà vieta di pensare che ciò valesse anche per gli schiavi della madre), e di *Ecl.* 10.2(3Z.), sulla dazione dei figli in pegno ai creditori.

ἢ ἐπιζητεῖν παρ᾽ αὐτῆς πατρῴαν ὑπόστασιν, τοὐναντίον μὲν οὖν καὶ πᾶσαν τιμὴν καὶ ὑπακοὴν κατὰ τὴν τοῦ Θεοῦ ἐντολὴν ὡς μητρὶ προσαγόντων αὐτῇ, προδήλως ὀφειλούσης αὐτῆς, καθὼς πρέπει γονεῦσι, τὰ τέκνα ἐκπαιδεύειν τε καὶ γαμοστολεῖν καὶ προῖκα ἐπιδιδόναι, καθὼς ἂν βουληθῇ. εἰ δὲ συμβῇ αὐτὴν εἰς ἕτερον περιελθεῖν συνοικέσιον, ἄδειαν ἔχειν τὰ τέκνα αὐτῆς παρεῖν αὐτὴν καὶ πάντα τὰ πατρῷα αὐτῶν πράγματα ἀνελλιπῶς κομίζεσθαι, τὴν εἰσενεχθεῖσαν παρ᾽ αὐτῆς τῷ πατρὶ αὐτῶν προῖκα καὶ μόνον σὺν τῆς ἀποχαρισθείσης παρ᾽ αὐτοῦ ἐν ἐπαύξήσει τῆς προικὸς αὐτῆς δωρεᾶς παρέχοντα αὐτῇ.

«Se, in presenza di figli, il marito morirà prima della moglie, quest'ultima – ossia la madre della prole – avrà il controllo della propria dote e di tutto il patrimonio del marito, nonché l'intera cura e amministrazione della casa. Le toccherà però redigere una pubblica registrazione, cioè un inventario, di tutti gli averi e il patrimonio lasciati dal marito, di qualsiasi genere siano, comprendendo in tale registrazione anche i beni dotali di lei, se sono ancora sussistenti, nonché quelli extradotali. Anche di questi ultimi dovrà mostrare con prove efficaci che li aveva introdotti nella casa del marito e che vi sussistono dopo la morte di lui. I suoi figli non potranno contrapporsi a lei o pretendere da lei la sostanza paterna; al contrario, le presteranno ogni onore e obbedienza in quanto madre, secondo il comandamento divino. Ella, ovviamente, dovrà, come si conviene ai genitori, educare i figli e provvedere al loro matrimonio, nonché dare una dote, come vorrà. Se poi capiti che ella addivenga ad altre nozze, i figli avranno la facoltà di lasciarla da parte e di portar via integralmente tutti i beni provenienti dal padre, mentre a lei daranno solo la dote da lei portata al loro padre, insieme con la donazione elargita da quest'ultimo in aumento della dote»[105].

Come si vede, la vedova ha in questo caso una posizione assai più importante di quella di un tutore: oltre a non aver vincoli (rendiconto, ipoteca) se non quello di mantenere lo stato vedovile, ha diritto di restare nella casa coniugale e ha il controllo e l'amministrazione del patrimonio del marito, che sarà diventato proprietà dei figli in quanto eredi[106]. Senza il consenso

105 *Ecl.* 2.5.1 (2.5 Z.), su cui si veda più ampiamente F. Goria, *Aspetti del diritto privato.L'Ecloga di Leone III in tema di famiglia e contratti*, in « Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici. Collegio di Diritto Romano 2009 – Cedant» (*cur.* J.H.A. Lokin, B.H. Stolte), Pavia, 2011, p. 562 ss., ora in F. Goria, *Diritto Romano d'Oriente. Scritti scelti* (*cur.* P. Garbarino, A. Trisciuoglio, E. Sciandrello), Alessandria, 2016, p. 828 ss.

106 L'*Ecloga*, conformemente alla sua impostazione diretta a disciplinare solo i casi più frequenti, prevede solo l'eventualità che il marito e padre fosse il *paterfamilias* – come risulta anche da 2.5.2 (2.6 Z.) – senza prospettare quello in cui egli morisse mentre restava in vita il nonno, titolare della potestà sui nipoti. Allo stesso modo, non si prende in considerazione l'eventualità in cui il marito abbia nominato ai figli impuberi un tutore testamentario,

di questi, non può alienarne i beni elencati nell'inventario, ma può usarne i frutti per sé e per loro, costituendo fra l'altro a loro dote e donazione nuziale. Ha quindi degli obblighi verso i figli, ma può pretendere rispetto e obbedienza. Soprattutto, tale condizione dura per tutta la vita di lei (salvo che volontariamente si separi dai figli maggiorenni, come si vedrà); ciò significa che i figli, anche di età adulta, non potranno alienare i propri beni ereditari senza il consenso della madre e che quindi si crea di fatto una sorta di comunione familiare, basata sulla convivenza.

Non viene indicato se la madre possa agire direttamente per rivendicare beni ereditari caduti nel possesso di terzi, ma è probabile che fosse proprio così (forse con il consenso dei figli stessi, se puberi): infatti la medesima terminologia del capo 2.5.1 relativamente ai beni paterni compare in quello successivo[107] a proposito dei poteri del marito sulla dote e sui beni extradotali di lei qualora ella sia deceduta; ora, non solo dal diritto giustinianeo, ma anche dal capo 16.5.2 dell'*Ecloga* risulta che l'avente potestà ha l'usufrutto sui beni materni e non c'è dubbio che i suoi contenuti siano così estesi come li aveva delineati Giustiniano nelle leggi raccolte in C.I. 6.61.6.2-2[a] (anno 529) e C.I. 6.61.8.3 (anno 531). Ne consegue che la vedova, pur non avendo i figli in potestà[108], finché non contrae un nuovo matrimonio ha sui loro beni ereditari un potere del tutto simile all'usufrutto che spetta al padre sui beni materni, salvo a dover redigere inventario di ciò che appartiene ormai ai figli e di ciò che aveva portato ella stessa al marito o ad ogni modo nella casa coniugale. Tale potere è però controbilanciato da doveri, non solo di cura verso il patrimonio – che per i beni materni gravava anche sul padre – ma di educazione, istruzione e sistemazione coniugale dei figli.

Qualora poi questi ultimi siano diventati maggiorenni e siano in grado di provvedere a se stessi, anche la madre, esattamente come il padre, potrà separarsi da loro senza contrarre nuove nozze e a questo punto potrà prendere, oltre ai propri beni, anche una quota di figlio sul patrimonio lasciato in eredità dal coniuge defunto[109].

In conclusione: l'*Ecloga* mantiene il riferimento alla soggezione potestativa dei discendenti solo nei confronti del padre o eventualmente del nonno paterno, ma in assenza di questi attribuisce alla madre una posizione giuridi-

---

la cui presenza sarebbe in conflitto con la posizione qui assegnata alla vedova.

107 *Ecl.* 2.5.2 (2.6 Z.): il vedovo è ἐγκάτοχος della dote e di tutto il patrimonio extradotale della moglie e opera φροντίδα τε καὶ διοίκησιν nei confronti della casa.

108 Infatti, a differenza che in *Ecl.* 2.5.1, nel passo successivo il testo sottolinea che i figli sono in potestà del padre, ormai vedovo.

109 Così *Ecl.* 2.5.3 (2.7 Z.). Non è chiaro se tale separazione, qualora sia effettuata dal padre, comporti automaticamente l'emancipazione del sottoposto, della quale l'*Ecloga* non parla.

ca che l'avvicina molto a quella del genitore o ascendente maschio: consenso al fidanzamento e al matrimonio dei figli, diritto a ricevere da loro onore e obbedienza, potere di amministrarne i beni fino alla loro maggiore età o addirittura anche oltre, diritto di succedere ai figli morti senza testamento e privi di discendenza, dovere di lasciare loro per testamento la quota di legittima, salvo che risultino ingrati, facoltà di nominare loro un tutore (e forse anche un curatore) testamentario, inidoneità a testimoniare nei confronti reciproci. Solo nei confronti della madre vedova, però, è particolarmente sottolineato il dovere (forse considerato ovvio per il padre) di provvedere all'educazione e istruzione dei figli e alla loro sistemazione matrimoniale.

Quale fosse la situazione della madre rispetto ai figli in costanza di matrimonio con il loro padre è meno chiaro: mentre la possibilità che le arre sponsalizie fossero ricevute congiuntamente da padre e madre era già stata prevista, l'eventualità che anche il suo consenso fosse richiesto per il matrimonio dei figli potrebbe essersi affermata per consuetudine, anche se non sappiamo se potesse avere qualche peso la motivazione secondo cui era opportuno che l'ascendente consentisse a un atto da cui potevano nascergli eredi legittimari[110]. Ad ogni modo, con la compilazione di Leone III si conclude in qualche modo un percorso iniziatosi forse a cavallo tra il III secolo e il II a.C. e orientato, dapprima attraverso il valore della *pietas* e poi soprattutto con l'intervento degli imperatori e con il peso di alcune prassi diffuse nelle provincie orientali[111], sia ad indirizzare l'uso della *patria potestas,* sia a costruire almeno parzialmente una disciplina giuridica dei rapporti tra madre e figli. Per verità, Leone III non richiama più la *pietas* o valori assimilabili ad essa, ma direttamente il 4° comandamento riportato nel Decalogo di *Ex.* 20,12 e *Deut.* 5.16. La cosa non stupisce in un sovrano che ebbe anche l'ambizione di essere un riformatore religioso, combattendo la venerazione delle

110 Così avrebbe potuto essere attualizzato quanto si può desumere da D. 49.15.12.5 (Tryph. 4 *disput.*), su cui cfr. *supra*, nt. 50.

111 Una situazione simile a quella che sarà prevista da *Ecl.* 2.5.1 è configurata in una convenzione fra due coniugi egiziani, che prevede che la maggior parte del patrimonio di ciascuno di essi pervenga all'altro in caso di morte del primo, per poi, decedendo il secondo, essere destinata ai figli comuni: «P. Lond.» 5,1727 (anno 583-584), anche in *Select Papyri*, cit. (nt. 17), I, n. 86, e in «FIRA.», III, cit., n. 67. La qualificazione giuridica di questo atto è incerta (reciproca *donatio mortis causa* – peraltro ammessa solo per i militari da C.I. 2,3,19 [Impp. Diocletianus et Maximianus AA., anno 290] –, con fedecommesso *de residuo* a favore dei figli? Patto successorio?), come è incerta l'eventualità che i coniugi già in precedenza vivessero in regime di comunione dei beni (o di certi beni): oltre alla bibliografia citata dall'Arangio-Ruiz nella premessa all'edizione nei «FIRA.», si veda A.P. Christophilopoulos, Σχέσεις γονέων καὶ τέκνων κατὰ τὸ βυζαντινὸν δίκαιον, Athenai 1946, p. 50 ss. e 142 ss.; sul rapporto tra madre e figli nell'*Ecloga*, cfr. *ibid.*, p. 24 ss., 40 ss., 48 ss.

immagini e innescando accese controversie che per oltre un secolo turbarono la vita civile e religiosa dell'impero.

8. I titoli 1-5 dell'*Ecloga* non furono conosciuti nell'Occidente postmedievale prima del 1596 e la prima vera edizione critica completa fu quella dello Zachariä von Lingenthal del 1852[112]. Anche per questo motivo essi non avrebbero potuto influire sulle codificazioni moderne, che in materia di rapporto fra genitori e figli tennero piuttosto conto della Compilazione e delle Novelle di Giustiniano.

Il modello della patria potestà ebbe larga diffusione nei codici ottocenteschi: esso viene infatti richiamato nella rubrica corrispondente (libro I, tit. 9) del codice civile francese del 1804[113], e così in quella (libro I, tit. 8) del Codice civile italiano del 1865, conservata anche (libro I, tit. 9) nel Codice del 1942. Anche il Codice civile tedesco (BGB) nella redazione del 1896 entrata in vigore il 1°/1/1900 parlava di «Gewalt» nella rubrica del libro IV, sez. 1ª tit. 4° cap. 2 (§ 1626), pur connotandone l'attribuzione a entrambi i genitori («Elterliche Gewalt»)[114]. La stessa espressione figura nella versione tedesca del codice civile svizzero del 10/12/1907, come rubrica del libro I, 2ª parte, tit. 7, cap. 5 («Della potestà dei genitori» recita la versione italiana).

Solo il Codice civile austriaco del 1811 (pubblicato nel Lombardo-Veneto in versione italiana nel 1815) mancava di una rubrica corrispondente, giacché quella del tit. 3° del libro I recitava: «Dei diritti fra i genitori e la prole»; tuttavia il richiamo alla patria potestà non era assente nemmeno in esso, anzi, abbastanza curiosamente si cercava di distinguere gli aspetti che competevano al padre da quelli spettanti prevalentemente alla madre[115].

Anche se dalla rubrica non sempre appare, tutti i codici citati riconoscevano il potere sui figli, sia pure a volte con differenze di modalità e di contenuto, tanto al padre quanto alla madre[116], specialmente se questa era vedova.

112 Sulle edizioni precedenti a quella del Burgmann, cfr. *Ecloga*, cit., p. 140 ss.

113 Va tuttavia rilevato che poi, nella redazione dei singoli articoli, esso evita il termine «puissance» e preferisce quello di «autorité» (ad esempio art. 372-373).

114 Per un confronto delle sue disposizioni con le fonti romane, cfr. A. Wacke, *«Elterliche Gewalt» im Wandel der Jahrtausende. Zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht*, in «Studien zur antiken Sozialgeschichte. Festschrift Friedrich Vittinghoff» (*cur*. W. Eck, H. Galsterer, H. Wolff), Köln-Wien, 1980, p. 417 ss.

115 Cfr. il § 141 nel testo della versione pubblicata nel Lombardo-Veneto: «Il padre è principalmente obbligato a mantenere i figli … La cura del corpo e della salute incombe principalmente alla madre»; quanto alla patria potestà, si veda il § 147: «I diritti che appartengono principalmente al padre come capo della famiglia costituiscono la patria potestà»; si vedano inoltre i §§ 152, 172, 174.

116 Cfr. cod. civ. francese 1804 art. 372; cod. civ. italiano 1865, art. 320, commi 2-4; cod.

Tuttavia, lo sforzo di costruire tra genitori e figli un modello, comparabile con quello faticosamente elaborato attraverso la *pietas*, che prescindesse dal profilo potestativo e si fondasse sul bilanciamento di reciproci doveri – non necessariamente equivalenti – pur parzialmente tentato nel codice civile austriaco, prese piede nei principali Paesi europei solo tra la fine del Novecento e gli inizi del Duemila. Sotto questo profilo, la singolare iniziativa di Leone III rivela tratti sorprendenti di modernità.

civ. italiano 1942 art. 316; BGB 1896 § 1626; cod. civ. svizzero 1907 art. 274 comma 1; «ABGB.» §143, ma cfr. anche i §§ 139, 144-145. Per una breve sintesi sui contenuti della codificazione francese e austriaca in tema di patria potestà, nonché su quelli dei codici italiani preunitari, si veda M. Cavina, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, 2007, p. 193 ss.

Lelio Lantella

Manuali e topoi.
Per una ipotesi di sperimentazione didattica

1. Griglie topiche per 'inventio', 'dispositio', 'memoria'

L'Arangio-Ruiz e altri manuali

La mia generazione ha studiato *sull'Arangio*: si diceva così, semplificando con lieve irriverenza.

Sull'*Arangio* si leggevano frasi come questa: «*le* obligationes *portano in sé lo stigma della soggezione dell'uomo all'uomo*». Che potenza, questa immagine e tante altre che ci venivano regalate! Oggi, formulazioni siffatte evocherebbero inquietudini di provenienza aliena. Per noi, quel manuale era bellissimo.

Curiosando in un'ottica diversa, leggevamo anche il Biondi: ricco di «dettagli» che potevano servire per qualche percezione «incrementale».

Tra noi c'erano persino i maniaci: passavano ore sfogliando il *Breviarium*. E addirittura ne parlavano, senza rischiare quella disapprovazione di massa che avrebbe potuto «*diversificarli penosamente entro la folla dei consociati*» (altro fraseggio dell'*Arangio*, parimenti in tema di *obligatio*).

In quell'epoca, così andava il mondo: il mondo della «*cupida*».

Da allora, molti manuali sono passati per le mani e per le menti: soprattutto manuali con impianto a dominanza sistematica ma anche, raramente, con impianto a dominanza diacronica. Anche tra questi manuali, di entrambe le impostazioni, molti erano bellissimi.

Poi è arrivata l'età del ferro. Nella «riforma dei crediti» c'era una norma le cui tracce sono perdute (ma non rimpiante) che rapportava il credito a 50

pagine. L'effetto olimpico fu immediato: *la corsa al sunto*. Grandi Maestri, già autori di grandi Manuali, scesero in campo con l'edizioncina del manualino (stipando contenuti e rischiando in respiro).

Per fortuna, la manualistica si è ripresa: sensibilità arricchita, percezione dei contesti socio-economici, istituti collegati alle *rationes*, raccordi con l'odierno sentire (senza attualizzazioni: per carità!). Inoltre, hanno giovato nuove abilità letterarie: in tante pagine si scopre qualche cosa che era a portata di mano ma non era ancora percepita; talvolta, ciò che si scopre è l'angolatura inattesa; infine, non di rado, uno stile levigato, amichevole, seduttivo.

E allora, cosa manca?

Manca una impostazione pedante, ossessiva, inesorabile, governata da un impianto tirannico: manca un approccio a dominanza topica (forse si dovrebbe dire «topologica», ma non si dice).

Affronto, quindi, l'onere di presentare una sintesi introduttiva di tale approccio (con relative terminologie, funzionalità, esemplificazioni). Non appena queste pagine risulteranno scontate o fastidiose, sarà possibile «saltare» alla seconda parte per incontrarne una «applicazione» concreta; e nulla esclude, ahimè, che il salto possa essere totale.

Era il caso di andarsi a cercare irti sentieri quando c'è una tradizione solida, confortevole, fruttuosa? Quantomeno, era il caso di un richiamo attenzionale. Se si riesce a superare la scarsa amichevolezza dell'approccio, è poi agevole lasciarsi gradualmente coinvolgere sino a percepire le probabilità di esiti ripaganti (nell'apprendimento, nella memorizzazione, nella comunicazione: non sarebbe poco).

Per cominciare: griglia topica, sistema topico, topos

La griglia topica è un insieme di «caselle tematiche» per attività aventi ad oggetto contenuti informativi.

Esempio di griglia topica, di elevata generalità: «identità, struttura, funzione» («cosa è, come è fatto, a cosa serve»: va bene per trattare del martello, dell'automobile, dell'usufrutto, dell'obbligazione, dello Stato …). Esempio di griglia topica settoriale: le solite caselle per tracciare l'*identità gius-convenzionale* di ciascuna persona (cognome, nome, luogo di nascita, data di nascita, ecc.).

Facendo ricorso a una terminologia più aggiornata (di uso corrente nelle istruzioni di modulistica), si potrebbe dire che *la griglia topica è un insieme di «campi» per un sistema di «valori»*. Questa formulazione evoca tuttavia,

soprattutto, la situazione in cui i campi sono *vuoti* (cosicché si cercano i valori da immettere nei campi) e lascia in ombra la situazione, opposta, in cui i campi sono *pieni* (cosicché i valori vanno cercati nei campi, al fine di reperirli e farne uso).

Per ora, un paio di definizioni (di «griglia topica») ci bastano. La definizione, spesso, è il punto di partenza in cui i termini del *definiens* vengono assunti come *definienda* (e così avanti, in pellegrinaggio accanito verso l'eden dei «termini primi»): è una tentazione *cui resisti non potest*, ma resistere si deve. Mi limito, quindi, a una precisazione. Le attività che possono trarre maggiore profitto dall'utilizzo di griglie topiche sono: produrre, ordinare, memorizzare, reperire, riprodurre, comunicare contenuti informativi. La precisazione rende possibile un ritocco della definizione: *la griglia topica è un insieme di caselle tematiche per produrre, ordinare, memorizzare, reperire, riprodurre, comunicare contenuti informativi.*

Il sistema topico è un insieme di griglie topiche, idoneo a «gestire» un settore disciplinare o un'area di esperienza.

«Topos», «luogo», «casella tematica», «casella», sono e saranno, qui, sinonimi.

Topos comune e differenziale

Il topos comune è una casella utilizzata (oppure, in astratto, utilizzabile) in due o più griglie.

Il topos differenziale è una casella utilizzata (oppure, in astratto, utilizzabile) in una sola griglia.

Se confrontiamo due griglie, una relativa all'usufrutto e l'altra relativa alla compravendita, possiamo constatare che il topos delle «Definizioni» è utilizzabile in entrambe, quindi sarà luogo comune; il topos dei «Modi di acquisto» sarà utilizzabile per l'usufrutto ma non per la compravendita e sarà, quindi, topos differenziale.

Topos semplice e composto

Il topos semplice è una casella utilizzata senza disaggregazione in sotto-caselle.

Il topos composto è una casella utilizzata con disaggregazione in sotto-caselle.

Quindi: se, in testa a una griglia, si ritiene di dover fare ricorso a una casella di «informazione terminologica» (che denomineremo, sinteticamente, «Terminologia»), e se questo topos verrà disaggregato in topoi di secondo livello (Etimo, Semantica, Pragmatica, e, se del caso, Traducibilità),

avremo che: «Etimo» risulterà topos semplice (ovvero elementare) mentre «Terminologia» risulterà topos composto (ovvero «area topica», ovvero «linea topica»). Altro esempio: se si ritiene di utilizzare un topos di «informazione funzionale» (che denomineremo, sinteticamente, «Funzionalità»), quest'ultimo, in molti casi, sarà disaggregabile in almeno due caselle (come suggerito dalla nota bipartizione tra illocuzione e perlocuzione, fecondamente elaborata in rapporto alle funzionalità degli atti linguistici); quindi, per il mutuo, la funzionalità di primo livello sarà identificabile nella causa (sempre la stessa: il prestito), mentre le funzionalità di secondo livello riguarderanno profili ulteriori (come la solidarietà, bilaterale, o il lucro, unilaterale).

Griglie topiche: adeguatezza per l'applicazione, dipendenza dal sistema categoriale

È difficile immaginare griglie topiche suscettibili di applicazione universale. In effetti, almeno una sarebbe *immaginabile*, ma poi dovremmo limitarla a un topos comunissimo (il topos della Identità, occupabile dal Definire), e allora l'efficacia informativa sarebbe bassa.

Quindi: se intendiamo avvalerci di griglie *sensate*, dobbiamo avvalerci di una pluralità di griglie, ciascuna delle quali sia adeguata al proprio oggetto (e poi anche ad altri parametri, come il contesto e i destinatari).

Il numero e la struttura delle griglie dipendono dall'impianto categoriale che si utilizza (utilizzazione esplicita ma anche, soprattutto, implicita). Si ipotizzi, allora, di utilizzare uno schema categoriale che includa tra le categorie, quantomeno, persone, beni (cose e prestazioni), rapporti, fatti. In tal caso si dovranno utilizzare griglie diverse: una per le persone, una per i beni, una per i rapporti, una per i fatti (privilegiando, tra i fatti, la sottoclasse degli atti). Proporre un discorso così sommario e apodittico richiederebbe delle scuse, ma la situazione si aggraverebbe aprendo una parentesi sull'impianto categoriale.

Nella esemplificazione che vado a formulare, mi limito a due ipotesi di griglie (riferibili, rispettivamente, ai rapporti e agli atti).

Una griglia per i rapporti; una griglia per gli atti

Per produrre (ordinare, memorizzare ecc.) contenuti informativi su un determinato «rapporto giuridico» (come il rapporto coniugale o l'usufrutto), una griglia potrebbe essere strutturata come segue (a sinistra le aree topiche, a destra i singoli topoi).

AREE TOPICHE	TOPOI
Terminologia	Etimo; semantica; pragmatica; traducibilità
Sistema	Definizioni; qualificazioni; classificazioni
Funzionalità	Funzionalità strutturali; funzionalità di contesto
Regole	Soggetti, contenuto, fattispecie costitutive, fattispecie estintive, mezzi processuali
Figure contigue	(Topoi come sopra [selezionati in rapporto al rilievo attribuito a ciascuna figura])
Figure speciali	(Topoi come sopra [selezionati in rapporto al rilievo attribuito a ciascuna figura])
Confronti	
Rinvii	

Passando ora agli atti giuridici (come gli sponsali o la *derelictio* o la *stipulatio*), la griglia non potrà essere la stessa, soprattutto perché un fatto (diversamente da quanto accade ad un rapporto) non può avere né un modo di costituzione né un modo di estinzione (un fatto *non deriva* da una fattispecie, *ma* è, esso stesso, una fattispecie). In definitiva, una griglia per un atto potrà essere del seguente tenore (che corrisponde alla griglia precedente, tranne le varianti, indispensabili, entro l'area delle Regole ovverossia della Disciplina):

AREE TOPICHE	TOPOI
Terminologia	Etimo; semantica; pragmatica; traducibilità
Sistema	Definizioni; qualificazioni; classificazioni
Funzionalità	Funzionalità strutturali; funzionalità di contesto
Regole	Soggetti, fattispecie, effetti giuridici, mezzi processuali
Figure contigue	(Topoi come sopra [selezionati in rapporto al rilievo attribuito a ciascuna figura])
Figure speciali	(Topoi come sopra [selezionati in rapporto al rilievo attribuito a ciascuna figura])
Confronti	
Rinvii	

Avvertenza sempre utile: le aree e i topoi costituiscono «*un programma di esplorazione*»: se l'esplorazione fornisce risultati utili, bene; se l'esplorazione non fornisce risultati utili, magari perché in eccedenza per il livello di progetto didattico, le aree e i topoi resteranno vuoti e quindi inutilizzati.

Griglie topiche: livelli istituzionali e livelli di approfondimento

Le griglie qui proposte possono essere utilizzate, con le riduzioni oppure con le amplificazioni occorrenti in rapporto al genere letterario a cui afferisca il prodotto di comunicazione, sia a livello di manualistica istituzionale sia a livello di corsi di approfondimento (come un corso sulle fonti del diritto, o sui diritti reali, o sul diritto di superficie, o sui contratti, o sui contratti consensuali, o sulla permuta, ecc.).

Griglie topiche: estese, ridotte, minime

Le griglie topiche (riferite qui sopra) offrono articolazione adeguata a una gestione «seria» dei rispettivi oggetti.

Ovvio che, in determinati casi, sarà improponibile mantenere siffatta articolazione; in conseguenza, alcune aree (come la Terminologia), oppure singoli topoi (come i Confronti) potranno restare inutilizzati.

In tale direttrice selettiva, l'elenco delle aree e dei topoi potrà ridursi al minimo: si ipotizzi che un manuale istituzionale, all'interno della trattazione di un contratto (come la *stipulatio*), si ponga nell'ottica di dar conto di alcune figure speciali (come l'*adstipulatio* o l'*adpromissio* o il compromesso); orbene, sarebbe inappropriato ripercorrere l'intera griglia per ciascuna «figura speciale», e sarebbe opportuno procedere a una selezione (alquanto drastica).

Procedendo ulteriormente in una direzione selettiva, in qualche caso si potrà procedere vieppiù riduttivamente, ma con un limite invalicabile: il limite invalicabile nasce dalla considerazione che non si può parlare di un oggetto senza dire (almeno) cosa è; inoltre, oggi, se si vuole rispettare una sensibilità diffusa, è difficile parlare di qualcosa senza dire cosa fa (ovvero a cosa serve). Quindi, necessariamente, sarà difficile eliminare il topos delle Definizioni nonché, ove applicabile, il topos delle Funzionalità.

Topoi «occulti»

I topoi menzionati sono palesi: li si «vede» nella struttura formale dell'esposizione. La comunicazione didattica ha tuttavia esigenze da fronteggiare diversamente. Chi studia deve essere orientato ad acquisire sensibilità e attenzioni ulteriori rispetto alla conoscenza degli istituti e delle norme. E allora occorre mettere in programma alcuni topoi incrementali.

Tra i vari «campi» a cui ci si può rivolgere, almeno due meritano di essere «programmati»: da un lato, *i raccordi metagiuridici*, finalizzati a radicare il messaggio che le norme hanno rapporti con qualcos'altro (a monte e a valle); d'altro lato, *elementi della tecnicalità del giurista*, finalizzati a radi-

care il messaggio che «occuparsi di diritto» richiede sensibilità e conoscenze di metadiscorso (dalle minuzie esegetiche al respiro dell'*interpretatio*, dal rigore di comunicazione al controllo dell'argomentare). Cosicché, *passim*, all'interno di luoghi che riguardano le funzionalità o le fattispecie o gli effetti (insomma, un po' dappertutto) inserimenti di tal fatta sono destinati ad arricchire la via maestra dell'informazione giuridica primaria.

Alcuni interrogativi

Indebolimento di percezione storica? Vale a dire: una impostazione topica (a dominanza ontologico-sistematica) deprime o addirittura elimina la dimensione diacronica? Risposta: ogni topos deve svolgere ed evidenziare, al proprio interno, la rispettiva diacronia (ed è facile verificare che, in tal modo, la percezione storica può risaltare con maggiore articolazione e nitidezza).

Eccedenza di irrilevanza? Vale a dire: una impostazione topica non è, forse, una gabbia che condiziona a riempire burocraticamente le caselle, producendo informazione anche quando è irrilevante? Risposta: una casella topica, se infeconda per un determinato oggetto, deve essere «saltata» (lasciata vuota).

Carenza di rilevanza? Vale a dire: una impostazione topica non è, forse, una gabbia che condiziona a omettere informazione rilevante («dimenticata *a priori*», in sede di progettazione della griglia)? Risposta: se questo accade, la griglia non è soddisfacente e va corretta.

Rigidità della sequenza? Vale a dire: una impostazione topica non è, forse, troppo rigida anche per quanto riguarda «il prima e il dopo» delle singole caselle? Qui purtroppo, la filosofia di progetto esige qualche sacrificio (ovvio che, quando ci si occupa didatticamente del matrimonio romano, può venire spontaneo esordire con un topos di «confronto», e cioè con le «diversità» dal matrimonio moderno; se però si apre una falla, e poi se ne aprono altre, verranno affievolite le funzionalità «perlocutorie» di ricerca, di disposizione e, soprattutto, di memorizzazione).

Diritto romano immaginario? Capita di incontrare, in alcune trattazioni manualistiche, frammenti di «ricostruzioni» fantasiose: ho trovato che il *fenus nauticum* sarebbe un mutuo di merci da vendere oltremare. È una stranezza, e i romanisti potranno trovarne altre (mio malgrado) qui di seguito. È ovvio che lo specialista di un tema, se va a leggere una vulgata istituzionale sul «suo tema», può trovare da divertirsi (la caccia è sempre aperta); ma l'oggetto, qui, non è il contenuto ma è la *dispositio*. Detto questo, non resta che passare all'esemplificazione: segue dunque, in tema di mutuo, dapprima una trattazione sintetica, istituzionale, poi una trattazione di tendenziale

approfondimento, maggiormente idonea al genere letterario di un livello più impegnativo.

2. Il mutuo. Esempio di trattazione in griglia topica ridotta, livello istituzionale

AVVERTENZA TERMINOLOGICA. «Mutuo», qui, ricorre in due significati che, di volta in volta, saranno riconoscibili dal contesto: *in accezione stretta*, «mutuo» si riferisce alla *mutui datio*; in accezione estesa si riferisce all'intero istituto la cui fattispecie è la *mutui datio* (quindi, non solo la fattispecie ma anche le funzionalità, gli effetti giuridici, i mezzi processuali …). Questa polisemia, del resto, è conforme al discorso giuridico corrente.

AVVERTENZA DI CONTENUTO. La griglia topica qui utilizzata, poiché l'esempio di trattazione è di livello istituzionale, è ridotta rispetto al modello esteso. In particolare, l'intera area terminologica non è utilizzata; inoltre, per una figura pur di rilievo come il prestito marittimo, aree e caselle sono ridotte al minimo: Definizione e Funzionalità.

SISTEMA

Definizione

Il mutuo è il contratto con cui una parte consegna all'altra una determinata quantità di cose fungibili e l'altra si impegna a restituire la stessa quantità di cose dello stesso genere. Gli elementi definitori sono: quanto al *genus*, l'afferenza al contratto; quanto alla conclusione, la realità; quanto alla causa, il prestito; quanto all'oggetto, la fungibilità delle cose.

La definizione non include la qualifica di «reale» riferita al contratto: tale informazione è affidata all'aver menzionato, tradizionalmente, la «consegna».

La definizione non include il riferimento (pur consueto) alla «*alterità* delle cose restituende» (infatti la definizione si riferisce a «cose dello stesso genere» anziché ad «*altre* cose dello stesso genere»). È pur vero che il mutuatario, se chiede alimenti, li chiede per consumarli, e, se chiede denaro, lo chiede per spenderlo; cosicché, dopo avere consumato o speso, non è in grado di restituire le stesse cose, e allora la restituzione dovrà avvenire necessariamente tramite *altre* cose (dello stesso genere); ma ciò non esclude che il mutuatario possa chiedere denaro per una spesa che poi non sostenga, e quindi il mutuatario, poniamo di denaro, sia poi in grado di restituire le medesime monete (e restituisca proprio quelle); in considerazione di ciò,

è opportuno che la definizione sia formulata in modo da non escludere tale variante.

La definizione non include l'elemento secondo cui le cose debbano essere «*della stessa qualità*». Due ragioni: alcune fonti (come le istituzioni di Gaio) non menzionano tale elemento; inoltre, si tratta di una regola elaborata gradualmente in sede giurisprudenziale.

Qualificazioni

ll mutuo è un CONTRATTO: REALE (si conclude con la consegna della cosa); CAUSALE (ha causa di prestito: prestito *generico*; non *di scopo* come alcune figure speciali tra cui il prestito alle *Civitates*); UNILATERALE (ha effetto obbligante a carico di una sola parte, che è il mutuatario); GRATUITO (gratuità non essenziale bensì *strutturale*, dal momento che il mutuo è compatibile con un corrispettivo purché da altra fonte); STRICTI IURIS (il parametro della «buona fede» è estraneo alla conformazione degli effetti negoziali).

FUNZIONALITÀ

Funzionalità causali. il mutuo ha *causa di prestito*, e ha conservato tale funzionalità per l'intero percorso della sua evoluzione.

Funzionalità di contesto. Il mutuo è sorto, verosimilmente, per operazioni di prestito gratuito a scopo di *solidarietà* parentale o di vicinato o di amicizia (rapporto importante anche quest'ultimo, e di rilievo giuridico: si pensi ai negozi *cum amico*). La funzionalità solidaristica si è sempre conservata, ma in ambiti vieppiù marginali.

Prestito, mercato, profitto**.** Con l'evolversi dei rapporti sociali entro la *Civitas* e con l'evolversi dell'economia romana, il prestito di denaro diviene un «servizio» (oggetto di domanda e di offerta sul mercato). In tale quadro, colui che è in grado di prestare denaro si dispone all'operazione se può contare su un corrispettivo; pertanto il mutuo, che per tradizionalismo continua a restare strutturalmente gratuito, viene utilizzato in raccordo con altri contratti (come la *stipulatio*) che consentono il passaggio dalla solidarietà al profitto.

Prestito oneroso, tassi di interessi, tensioni socio-politiche. Il prestito (evolvendo dalla gratuità alla onerosità) ha cagionato tensioni nei contesti caratterizzati da squilibrio tra le parti, cosicché si è aperta una prospettiva permanente di scontro economico, sociale e politico, a partire dai rapporti tra patrizi e plebei (e poi ulteriormente: in periodi di crisi, anche tra ceti abbienti indebitati e ceti abbienti di banchieri e uomini d'affari).

REGOLE

Soggetti

Chiunque. Il mutuo, pur originato, verosimilmente, nei rapporti di solidarietà intragentilizia all'interno della *Civitas*, non è rimasto confinato nel *ius civile*: la sua utilizzazione è stata aperta «a *tutti*», non solo tra romani ma anche tra romani e stranieri ed anche tra stranieri.

***Filii familias* e mutui di denaro: mezzi processuali preclusi al mutuante.** Il senatoconsulto Macedoniano (al tempo dell'imperatore Vespasiano, 69-79 d.C.), pur non formulando divieto esplicito di dare denaro a mutuo a *filii familias*, sanziona il mutuante precludendogli ogni mezzo processuale finalizzato a ottenere o conservare la restituzione (D. 14.6.1.pr. : Ulp. 29 *ad. ed*). L'occasione del provvedimento era stata offerta da un episodio (ricostruito tuttavia in versioni diverse) che aveva suscitato scalpore: un *filius familias* (il cui nome era «Macedone»), pressato dai creditori e verosimilmente istigato da essi, avrebbe ucciso il *pater* per ottenerne l'eredità con cui estinguere i propri debiti. Il senatoconsulto dichiara, come *ratio*, l'intento di disincentivare la concessione di mutui in contesti tali da «offrire, ai cattivi costumi, occasioni per delinquere».

Fattispecie

Volontà. In tutta l'evoluzione del mutuo, resta fermo il requisito della volontà rivolta al *prestito*. Senza una volontà specifica e riconoscibile, la dazione sarebbe ambigua (prestito, o dono, o pagamento, o costituzione di dote?). Per altro verso, in caso di dissenso sarebbe impossibile ravvisare la natura dell'atto: qualora Tizio consegni con l'intento di dare a mutuo mentre Caio riceva con l'intento di acquisire in donazione, non sussisterebbe né mutuo né donazione.

Oggetto/contenuto. L'oggetto della dazione è costituito da cose che siano fungibili e che siano in proprietà del mutuante. Il contenuto deve prevedere, anche implicitamente, la restituzione del *tantundem* (la stessa quantità) di cose *dello stesso genere*.

Forma. La *mutui datio* esige una forma «gestuale»: esige la *consegna*, che è elemento comune ai contratti reali. L'evoluzione giurisprudenziale ha ammesso le medesime modalità smaterializzate consentite per la *traditio*. Esempio: Tizio concede in mutuo, a Caio, una somma che è di Tizio e che Caio già detiene quale depositario.

Effetti giuridici

Effetto reale. La *mutui datio* cagiona, dal mutuante al mutuatario, il trasferimento della proprietà dei beni dati a mutuo.

Effetto obbligatorio. La *mutui datio* fa nascere, in capo al mutuatario, l'obbligazione di restituire.

Il profilo quantitativo della obbligazione restitutoria è modellato dalla dazione: chi ha ricevuto 10 deve restituire 10, non di meno e non di più (il *tantundem*: la stessa quantità).

Il profilo qualitativo della obbligazione restitutoria è modellato, parimenti, dalla dazione. Le cose da restituire, come indicano le Istituzioni di Gaio, devono essere *dello stesso genere* rispetto a quelle consegnate. Sul punto, l'*interpretatio* si è orientata in modo conforme al senso comune dell'operazione (*quod actum est*), nonché in modo conforme al *bonum et aequum*, richiedendo non solo identità di genere *ma anche di qualità*. Quest'ultimo orientamento è infine codificato nelle Istituzioni giustinianee (*Iust. inst.* 3.14.pr.): altrettante cose della stessa natura e della stessa qualità.

Mezzi processuali

Legis actiones. Se il mutuatario è inadempiente, il mutuante, a partire dal III secolo a.C., può avvalersi della *legis actio per condictionem*, più agile rispetto alla *legis actio* generale per i crediti. Ciò è segno che il mutuo, in quel periodo, era così diffuso e rilevante da accedere a una procedura preferenziale.

Sistema formulare. Il mutuante poteva agire con la *condictio certae creditae pecuniae* (in caso di prestito di *denaro)* oppure con la *condictio certae rei* (in caso di prestito di beni diversi dal denaro).

Cognitio extra ordinem. Restano nomi e contenuti delle azioni già indicate per il sistema formulare.

In caso di mutuo era tuttavia frequente il ricorso a una *stipulatio*, integratrice o sostitutiva; ciò rendeva disponibili i mezzi processuali derivanti dalla *stipulatio* (qui di seguito).

FIGURE CONTIGUE

La stipulatio

Usi della *stipulatio* in rapporto al mutuo di denaro. In caso di *mutui datio* di denaro si ricorreva frequentemente a una *stipulatio*: *stipulatio usurarum* (il mutuante si faceva prometteva il pagamento degli interessi); oppure *stipulatio sortis et usurarum* (il mutuante si faceva prometteva la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi, con quantificazione distinta tra capitale e interessi oppure con quantificazione in unico importo).

Funzionalità. La *stipulatio*, rispetto a una *mutui datio*, presentava un vantaggio probatorio (anche per la certezza della somma, specificamente formalizzata). Inoltre, la *stipulatio* forniva, alla obbligazione degli interes-

si, la fonte che la *mutui datio* non poteva forniva. Infine: la *stipulatio* era utilizzabile anche per eludere i limiti legali degli interessi (il mutuante, anziché evidenziare che dava 100 aspettandosi 50 di interessi, si faceva promettere 140 di capitale e 10 di interessi, oppure si faceva promettere 150 complessivi).

Fattispecie. Qui, nell'ambito delle regole che disciplinano la fattispecie, interessa peculiarmente il profilo del *contenuto* perché (a partire dalla pressione plebea per alleviare le condizioni dei debitori) numerosi provvedimenti normativi hanno introdotto limiti all'autonomia negoziale.

Limiti legali per gli interessi contrattuali. I limiti principali sono stati introdotti formulandoli in frazione del capitale, come segue:

- *Fenus unciarium*: risale verosimilmente alle Dodici Tavole; l'*uncia* è un dodicesimo, quindi corrisponde all'8,33% (in letteratura si discute se al mese oppure ad anno; nella prima ipotesi, realistica anche se paradossale nel contesto e nello spirito delle XII Tavole, si tratta del 100% ad anno).
- *Fenus semunciarium*: è stabilito, per la prima volta, da un plebiscito del 347 a.C. (si discute, parimenti, se il 4,17% fosse al mese oppure ad anno).
- *Usurae centesimae*: sono stabilite per la prima volta verso la fine della repubblica, come reazione ad eccessi, di banchieri e uomini d'affari, che avevano provocato difficoltà e reazioni soprattutto nelle provincie (le *usurae centesimae* sono rapportate a mese, quindi 12% ad anno).
- *Usurae centesimae dimidiae*: sono stabilite da Giustiniano (0,50% al mese, 6% ad anno; mantenendo però le *usurae centesimae* per il prestito marittimo o, forse, solo per gli interessi di mora a carico dell'armatore inadempiente).
- Divieto di anatocismo. La previsione di interessi gravanti sugli interessi (*usurae usurarum*), sempre osteggiata nel sentire comune, ha incontrato ricorrenti divieti destinati a desuetudine; il divieto chiaro e radicale giunge solo con Giustiniano, che lo estende a quella forma di anatocismo indiretto che consiste nella «capitalizzazione degli interessi»: *usurarum in sortem redactio* (C.I. 4.32.28).

Effetti giuridici. Sia in caso di *stipulatio usurarum* (limitata agli interessi), sia in caso di *stipulatio sortis et usurarum* (capitale e interessi), sorge l'obbligazione al pagamento di quanto promesso (in aggiunta alla obbligazione che ha già fonte nella *mutui datio*). Se è promessa la restituzione del capitale e se la *stipulatio* è «titolata», cioè viene menzionato il mutuo, si ha novazione della obbligazione da mutuo.

Effetti della *stipulatio* di tassi *supra modum*. In epoca repubblicana la violazione del limite non intaccava la validità della *stipulatio* (gli interessi erano dovuti tutti, anche quelli *supra modum*). Infatti, trattandosi di *leges minus quam perfectae*, la violazione non comportava la nullità dell'atto in violazione, bensì la mera sanzionabilità del mutuante; sanzioni in verità as-

sai rare, tranne casi clamorosi di multe inflitte dagli edili. In epoca classica si giunge alla nullità parziale della *stipulatio*: nullità della misura eccedente il limite legale, cosicché il mutuante ha diritto agli interessi soltanto entro i limiti consentiti (D. 22.1.9.pr. : Pap. 11 *resp*. E vedasi anche D. 22.1.29 : Marc. 14 *inst*.).

Effetti della *stipulatio* di anatocismo. L'anatocismo sembra aver trovato, sul terreno del diritto civile, sanzioni oscillanti e scarsamente applicate (come sanzione massima si incontra persino la perdita del credito, a partire da editti provinciali del primo secolo a.C.). La sanzione della nullità, per il periodo giustinianeo, si desume dal modo in cui il divieto di anatocismo è formulato nella apposita costituzione dell'anno 529 (divieto sia di *usurae usurarum* sia di capitalizzazione degli interessi).

Mezzi processuali. Nel sistema formulare si poteva agire con l'*actio ex stipulatu*. Qualora la *stipulatio* fosse intervenuta e la *mutui datio* fosse mancata, il debitore da stipulazione, se convenuto per l'adempimento di quanto aveva promesso (ma non aveva ricevuto), avrebbe potuto opporre l'*exceptio doli*, con l'effetto di essere ammesso a provare che la *datio* non era avvenuta.

Nel sistema *extra ordinem* restano il nome e il contenuto dell'*actio ex stipulatu*. Invece, in caso di promessa senza *datio*, l'*exceptio doli* è gradualmente sostituita dalla *exceptio non numeratae pecuniae*, che inverte l'onere della prova: quindi, in caso di eccezione da parte del convenuto, era l'attore a dover provare che la *datio* era avvenuta.

In epoca giustinianea, *l'exceptio non numeratae pecuniae* incontra disfavore (viene ritenuta «cavillosa»): ciò evidenzia l'avvenuta egemonia del documento, e quindi l'insofferenza verso contestazioni percepite come attacchi alla certezza e alla celerità della giustizia.

FIGURE SPECIALI

Il prestito marittimo

Definizione. Il prestito marittimo (*pecunia traiecticia* o *fenus nauticum*) è il prestito di denaro concesso a un armatore per operazioni di commercio via nave, con previsione di restituzione del finanziamento e pagamento degli interessi (non sottoposti a limiti legali) a condizione che il viaggio si concluda '*salva nave*' (con salvezza della nave, carico compreso).

Nella definizione, il prestito marittimo non è qualificato «mutuo». Le ragioni sono due: il prestito marittimo (a differenza di quanto accade per la *mutui datio*) produce obbligazioni *essenzialmente condizionate*; inoltre il prestito marittimo (a differenza della *mutui datio*) presenta un intreccio causale che va oltre l'orizzonte del prestito.

Funzionalità. Il prestito marittimo origina da due interessi contrapposti

e li «compone» come segue: il finanziatore vuole investire il proprio denaro traendone il massimo profitto ottenibile sul mercato, e in tale ottica è disposto ad assumere rischi (come la non spettanza del diritto alla restituzione) completamente estranei alla *mutui datio*; l'armatore intende ottenere un finanziamento che non avrà l'obbligazione di restituire in caso di insuccesso dell'operazione commerciale, e allora accetta un costo del denaro *supra modum* ma mitigato dalla limitazione del rischio.

In tale quadro, il prestito marittimo esprime un intreccio di profili causali. Causa di prestito: prestito *di scopo*, poiché destinato al finanziamento *del commercio transmarino*. Causa assicurativa: in caso di perimento della nave o del carico – per naufragio o pirateria o fortunale o incendio – il finanziatore perde il capitale e l'armatore resta indenne (in tal modo, il contratto gestisce il rischio della navigazione caricandolo sul finanziatore [assicuratore] e tenendone indenne l'armatore [assicurato]). Causa di scambio: il prestito, nonché la prestazione assicurativa, non vengono concessi gratuitamente, ma *in cambio* di interessi seppur condizionati.

3. Il mutuo. Esempio di trattazione in griglia estesa

TERMINOLOGIA: etimo, semantica, pragmatica, traducibilità
SISTEMA: definizioni, qualificazioni, classificazioni
FUNZIONALITÀ: funzionalità causali, funzionalità di contesto
REGOLE: soggetti, fattispecie, effetti giuridici, mezzi processuali
FIGURE CONTIGUE: *stipulatio*, *transcriptio a re in personam*
FIGURE SPECIALI: *fenus nauticum*
CONFRONTI: mutuo e comodato, mutuo e deposito irregolare
RINVII

TERMINOLOGIA

Etimo

Una etimologia accreditata individua la radice «*mov-*» da cui «*movere*» e «*mutare*».

«*Mutare*», di maggiore rilievo per l'aggettivo «*mutuus*», ha un percorso che si articola in quattro varianti: muovere; modificare (non solo in senso debole ma anche in senso forte, sino all'esito in «*altra* cosa»); sostituire; scambiare. Sono di particolare interesse, qui, le due ultime direttrici: si pensi, in via indicativa, a '*iumenta mutare*' (la quale operazione implica «lasciare alcuni cavalli» e «prenderne altri», realizzando un cambio che si specifica

come sostituzione); e si pensi a '*merces mutare*', '*merces inter se mutare*' (la quale operazione realizza un cambio che si specifica come scambio).

Nelle fonti si trova la nota etimologia *ad sensum*, secondo cui '*mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est ex meo tuum fit*' (Gai., *inst.* 3.90).

Semantica

'***Mutuus***'. L'aggettivo '*mutuus*' (*mutua-mutuum*) trae da '*mutare*' immagini come «scambievolezza», «vicendevolezza», «reciprocità». Nel discorso giuridico è reperibile soprattutto in due ruoli: come aggettivo qualificativo ('*mutua pecunia*') e come aggettivo sostantivato ('*mutuum dare*').

'***Mutua pecunia'***. La *mutua pecunia* è il denaro che Tizio dà a Caio affinché Caio, a sua volta, lo ridia a Tizio (nelle fonti, '*damus … recepturi*'). La portante semantica evoca la «duplicità» dei trasferimenti «vicendevoli» (tra loro in senso inverso): una «andata e ritorno» che è connaturale alla operazione economica del prestito.

'***Mutuum dare***'. Sta sullo sfondo, anche qui, una immagine di «vicendevolezza». '*Mutuum dare*', '*quid mutuum dare*', evocano «dare qualche cosa che dovrà, a sua volta, essere data in senso inverso» (qualche cosa che dovrà essere *restituita*).

'Mutui datio'. Designa il contratto di mutuo attraverso un'ottica metonimica (la parte per il tutto): infatti, assumendo l'ottica della *datio*, viene confezionata una rappresentazione *unilaterale* di un atto strutturalmente *bilaterale* (consegna-ricezione).

***'Qui mutuum dat'; 'qui mutuum accipit'* ('*mutuatus'*).** Sono le denominazioni delle parti contrattuali.

***'Mutuum'* (oggetto di *'dare'*)**. '*Mutuum*' (in espressioni come '*mutuum dare*', '*mutui datio*' e simili) non designa il contratto di mutuo (come ci si potrebbe aspettare per facile suggestione) ma, quale complemento diretto del verbo '*dare*', si riferisce all'oggetto del prestito. La situazione è analoga a quella di termini come '*commodatum*' e '*depositum*', che originariamente hanno designato la cosa comodata e la cosa depositata, e solo successivamente hanno sviluppato un transito semantico dall'oggetto all'atto (pervenendo a designare i rispettivi contratti, così come ora nel lessico attuale).

Pragmatica

Enfasi unilaterale: dominanza del mutuante. il sistema denominativo del mutuo è impostato sulla *datio*. Ciò esprime un'enfasi incentrata sul mutuante quale *dominus* dell'operazione (codificandone, a livello linguistico, la posizione di soggetto forte entro la relazione di prestito). L'enfasi sul mutuante appare non solo dai semantemi ma anche dal discorso giuridico,

ove la posizione egoica corrisponde quasi sempre al mutuante (Gai., *inst*. 3,90: '… *quod ita tibi a me datum est* …'). Tale enfasi unilaterale, e il suo orientamento, sono in sintonia con fenomeni analoghi che si riscontrano in denominazioni parallele (*mancipatio, commodatum, depositum, stipulatio* …), e che si attenuano con l'irrompere delle denominazioni dei contratti consensuali (espressivi di un'ottica tendenzialmente bilanciata).

Traducibilità

'*Mutui datio*', '*mutuum dare*', '*mutuum accipere*'. Sono espressioni che non possono essere rese traducendo '*mutuum*' con «mutuo»; infatti i due termini, nelle rispettive lingue, hanno significati che conducono a linee categoriali diverse (rispettivamente, le cose e gli atti).

'*Mutua pecunia*'. Non può essere resa con «denaro vicendevole» o «denaro mutuo»: entrambe le soluzioni sarebbero estranee al discorso attuale.

«Dare a mutuo», «dazione a mutuo», «ricevere a mutuo», «denaro a mutuo». Sono le traduzioni correnti per le espressioni latine riferite sopra. Queste traduzioni sono ottenute a prezzo di un mutamento sintattico (da complemento diretto a complemento indiretto, ottenuto, quest'ultimo, tramite inserimento della preposizione «a»): il senso di «a», non facile da cogliere, è verosimilmente «di scopo» (analogamente a quanto si riscontra in strutture fraseologiche come «dare/prendere *a* modello»).

'*Mutui datio*'. Poiché designa la fattispecie contrattuale, è reso, frequentemente e semplicemente, con «**mutuo**».

'*Qui mutuum dat*', '*qui mutuum accipit*' ('*mutuatus*'). Trovano facile versione in «mutuante» e «mutuatario», ottenuti tramite i suffissi tipici della terminologia di ruolo (deponente e depositario; comodante e comodatario; donante e donatario; e così avanti).

SISTEMA

Definizioni

Sono in campo due impostazioni: la prima utilizza **la struttura** (dazione-restituzione); la seconda utilizza **la funzione** (la causa di prestito). Le due impostazioni sono collegate: «dazione-restituzione» ha una implicazione parziale con «prestito»; e «prestito» implica «azione-restituzione». Nonostante il collegamento, le due impostazioni restano diverse e producono definizioni diverse.

Quanto alla collocazione storica, la prima impostazione è risalente al pensiero dei giuristi classici e, attraverso lunga tradizione, è giunta sino a noi (seppure, oggi, con diffusione affievolita); la seconda impostazione è recente, e sembra avviata ad avere la meglio.

Impostazione definitoria tradizionale. Il mutuo è il contratto con cui una parte consegna all'altra una determinata quantità di cose fungibili e l'altra si impegna a restituire la stessa quantità di altre cose dello stesso genere.

Questo orientamento risale a Gaio: '… *in hoc damus ut… non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur*' (Gai., *inst*. 3.90). In riferimento alle cose restituende, il testo gaiano prospetta che le cose siano *diverse* nel *corpus* e siano *eguali* nella *natura* (chi riceve vino procederà alla restituzione con *altro vino*).

Natura / genus. Nella formulazione gaiana un termine chiave è '*natura*'. Lo si intende, per lo più, come equivalente a '*genus*'. Il ricorso a '*genus*' è poi prevalso su '*natura*' perché '*genus*' è dotato di una antitesi preziosa ('*species*') che '*natura*', nel caso, non offre, e l'antitesi *genus*/*species* è sembrata perfettamente calzante in tema di mutuo: '*mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum) sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum*' (D. 12.1.2.pr. : Paul. 28 *ad ed*.)

Il parametro qualitativo è elemento definitorio? Si trovano definizioni del mutuo (romano ma anche moderno) che immettono in definizione il restituire cose non solo *dello stesso genere* ma, anche, *della stessa qualità*. Questa aggiunta potrebbe sembrare sensata: infatti la restituzione, per essere «seria» e per essere conforme all'*id quod actum est*, deve soddisfare anche un parametro qualitativo. Del resto, sul punto, non mancano le fonti: in D. 44.7.1.pr. (Gai. 2 *aur*.), troviamo: '… *alias recepturi eiusdem generis et qualitatis*'; orientamento che si è consolidato sino ad essere accolto nelle Istituzioni di Giustiniano (*Iust*. *inst*. 3.14.pr.): '*non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis*' (chi riceve vino Falerno di due anni, non restituirà vino qualsiasi magari novello, ma restituirà vino Falerno di due anni).

Allora cosa fare, nel definire il mutuo: ci si ferma a '*eiusdem naturae*' = '*eiusdem generis*'? Oppure si va avanti e si aggiunge '*eiusdem qualitatis*'?

A livello definitorio è generalmente preferibile ridurre al minimo gli elementi intensionali, quindi è preferibile non immettere, nella definizione del mutuo, la ulteriore specificazione qualitativa. Comunque, tale specificazione, se non viene collocata in definizione, non va perduta: infatti è collocabile più opportunamente in altro «luogo» e cioè tra gli elementi di disciplina (tra le regole che, in sede di *interpretatio* giurisprudenziale, hanno gradualmente modellato i contenuti della *obligatio* di restituzione).

Criticità della impostazione tradizionale: definizione restrittiva, ove postula la consegna effettuata *da una parte*. Definizioni di stampo tradizionale postulano che la consegna sia effettuata *da una parte all'altra* (a volte si trova che « …una parte, detta mutuante, consegna …»). In realtà, dalle fonti risulta che i banchieri (ma non solo) delegavano ad altri le operazioni di

prestito (*delegatio dandi, credendi causa*); in tali casi, anche se il delegato consegnava denaro proprio, il mutuante era pur sempre ravvisato in colui che delegava anche se non effettuava la consegna (D. 12.1.15.pr. : Ulp. 31 *ad ed*.).

Criticità della impostazione tradizionale: definizione restrittiva, ove si riferisce alla restituzione di *altre* cose. Definizioni di stampo tradizionale, prospettando «la restituzione di *aliae res*», allestiscono una gabbia concettuale che non trova giustificazione nella causa del contratto. Si ipotizzi che Tizio, nella prospettiva di dover fronteggiare una spesa, si faccia prestare 100 sesterzi per averli pronti all'occorrenza, ma poi l'occasione della spesa non si concreti. Per tale caso, ecco alcune domande: perché Tizio non potrebbe restituire quel medesimo denaro che ha ricevuto? Perché, al fine di adempiere, dovrebbe procurarsi *altre* monete? Perché, se si ammettesse la possibilità di restituire le stesse cose (purché incorrotte), si dovrebbe dire che tale «variante» sta all'infuori dello schema del mutuo? Orbene: la gabbia definitoria potrebbe essere aperta, facilmente, togliendo «*altre*» da «*altre cose*»; ma ciò, di solito, non avviene.

Criticità della impostazione tradizionale: definizione troppo ampia, ove omette di specificare la causa. Le definizioni di stampo tradizionale, *non menzionando la causa*, si attagliano sicuramente al mutuo (che ha causa di prestito) ma aprono un varco al deposito irregolare (che ha causa di custodia) e anche al pegno irregolare (che ha causa di garanzia). Quindi, sono definizioni la cui genericità lascia spazio a ravvisare una estensione troppo ampia.

Impostazioni definitorie recenti. IL MUTUO È IL CONTRATTO REALE PER IL PRESTITO DI CONSUMO; oppure, IL MUTUO È IL CONTRATTO REALE PER IL PRESTITO DI COSE FUNGIBILI. Queste formulazioni (riferibili, anch'esse, sia al mutuo romano sia a quello contemporaneo) sono governate da una impostazione che consente di *omologare* le definizioni dei contratti (e anche di altri negozi) *facendo riferimento al profilo funzionale* (e privilegiando quindi il riferimento alla «causa», quando c'è).

«Prestito di consumo». La formulazione è ineccepibile nell'ottica secondo cui il diritto deve avere riguardo a ciò che accade «per lo più» (D. 1.3.3 : Pomp. 25 *ad Sab*.): infatti il mutuatario, quasi sempre, chiede per consumare e poi consuma; tuttavia il consumo, in concreto, può mancare, e potrebbero essere restituite le stesse cose purché integre (qualora l'esigenza di consumarle non si fosse concretata). E allora «prestito di consumo» va inteso nel senso della «ammissibilità del consumo».

«Prestito di cose fungibili». L'oggetto del mutuo, in effetti, deve consistere in cose fungibili. Ciò è vero non all'insegna di ciò che accade «per lo più», bensì come requisito essenziale; quindi, tra le due impostazioni, l'im-

postazione preferibile sembra questa.

Il *tantundem*. In ricorrenti definizioni del mutuo compare il termine '*tantundem*', inteso come forma abbreviata di '*tantundem eiusdem generis (et qualitatis)*'. Tale espressione è intesa nel senso di «… altrettante cose dello stesso genere (e della stessa qualità)». Invero, rendere *tantundem* come «altrettante cose» potrebbe essere fuorviante perché *tantundem* fa solo riferimento alla quantità, senza implicare un riferimento all'alterità. Quindi: *tantudem eiusdem generis (et qualitatis)* non vuol dire «la stessa quantità di *altre* cose dello stesso genere (e della stessa qualità)», ma vuol dire «la stessa quantità di cose dello stesso genere (e della stessa qualità)».

Qualificazioni

Il mutuo nel sistema dei contratti. Il mutuo è qualificabile come segue:

— CONTRATTO REALE: si conclude con la consegna della cosa.

— CONTRATTO CAUSALE: implica la causa di prestito.

— CONTRATTO CON EFFETTO REALE: tale qualifica, in letteratura, è generalmente trascurata in base a considerazioni generali che portano a identificare i contratti (romani) come atti meramente obbligatori; tuttavia, la fattispecie del mutuo include la *datio*, che, essendo una *traditio*, è destinata a produrre il trasferimento della proprietà delle cose che ne siano oggetto.

— CONTRATTO UNILATERALE: produce obbligazioni solamente a carico di una parte, che è il mutuatario (ciò resta fermo anche quando, in alcune figure speciali di mutuo, l'obbligazione di restituire il capitale viene affiancata dalla obbligazione di pagare gli interessi).

— CONTRATTO STRUTTURALMENTE GRATUITO: non è ammesso un corrispettivo all'interno del contenuto contrattuale, e neppure è previsto come effetto naturale (ciò vale per la figura tipica del mutuo; non vale per alcune figure speciali, che ammettono il corrispettivo anche meramente pattuito).

— CONTRATTO STRICTI IURIS: il contenuto contrattuale esclude conformazioni incrementali sulla base della «buona fede» (intesa in modo oggettivo, come «correttezza» nei traffici commerciali).

Carattere reale del mutuo? Nella letteratura sul mutuo, sia romano sia moderno, è ricorrente la qualifica di «contratto reale».

Nelle rappresentazioni del mutuo moderno, tuttavia, l'elemento della realità tende ad essere abbandonato: molti civilisti, pur avendo presente la formulazione dell'art 1813 del Codice civile italiano («*il mutuo è un contratto col quale una parte consegna* …») ritengono che il mutuo sia un contratto consensuale (e così, tra le conseguenze nei rapporti con le figure contigue, abbiamo che «apparenti» contratti preliminari di mutuo, in gran parte, «sono» mutui).

Nelle rappresentazioni del mutuo romano, invece, l'elemento della realità tende ad essere mantenuto, ma non mancano autorevoli voci in senso

contrario. La tesi, in senso contrario, è questa: a partire dal III secolo a.C., il prestito di denaro è diventato frequentissimo nel mondo del commercio e degli affari e così, su ogni dettaglio di operazioni di prestito frequentemente complesse, era costume accordarsi, prima della consegna, tramite stipulazioni notevolmente articolate (ed anche per iscritto): in tale scenario, la *datio* non poteva essere «il cuore del contratto», e doveva essere percepita come adempimento di una negozialità anteriore. Sennonché i giuristi romani, per tradizionalismo, sarebbero rimasti ancorati a una teorizzazione del mutuo le cui radici risalivano all'arcaico «mutuo povero», sempre più marginale (quello che si faceva e si fa tuttora «immediatamente», ad esempio tra vicini: «*mi presti un po' di sale?*» - «*tieni!*»).

Comunque, per quanto riguarda il mutuo romano, è consueto attenersi alla impostazione gaiana: '*re contrahitur obligatio veluti mutui datione*' (impostazione largamente diffusa tra i giuristi classici, e confermata nelle Istituzioni giustinianee).

Classificazioni

Mutui gratuiti e mutui onerosi. Il criterio distintivo è l'assenza o presenza di un corrispettivo (in capo al mutuante) nella previsione contrattuale o per effetto naturale.

Il mutuo romano, nella sua figura tipica sin qui considerata (la cui fattispecie costitutiva è la *mutui datio*), è strutturalmente gratuito. Alcuni mutui speciali (soprattutto di denaro) sono invece onerosi. Si pensi al mutuo concesso dalle *Civitates*, oppure al mutuo di derrate alimentari (figura, quest'ultima, che prende corpo nella legislazione postclassica): in tali casi, la pattuizione degli interessi è elemento essenziale oppure consentito.

Mutui generici e mutui di scopo. Il criterio distintivo si localizza nella destinazione dei beni mutuati, che può essere libera o vincolata.

Si ha mutuo di scopo in alcune figure speciali, tra cui i seguenti mutui di denaro:

- il mutuo erogato alle *Civitates*, ove il perfezionamento, nei confronti della *Civitas*, avviene allorché il denaro sia stato impiegato per fini istituzionali, altrimenti l'obbligazione restitutoria grava sulle persone fisiche dei contraenti (D. 12.1.27 : Ulp. 10 *ad ed*.). Attenzione, si tratta di mutui in cui la *Civitas* è mutuataria, non di mutui in cui la *Civitas* è mutuante.
- il mutuo per il restauro di edifici (D. 12.1.25 : Ulp. *sing. off. cons*.).

Il prestito marittimo. Qui non è menzionato poiché si tratta di figura esterna alla *mutui datio*. Peraltro, resta fermo che, tra i contratti *di prestito*, il *fenus nauticum* è prestito *oneroso* (avendo come elemento essenziale la previsione degli interessi) ed è prestito *di scopo* (essendo destinato essenzialmente al commercio transmarino).

FUNZIONALITÀ

Funzionalità causali

Prestito. Il mutuo (*mutui datio*) ha causa di «prestito». Il prestito gestisce l'allocazione temporanea di risorse (componendo gli interessi in gioco): Tizio ha una risorsa di cui non intende privarsi definitivamente ma accetta di privarsene temporaneamente (soprattutto se la privazione temporanea ha un corrispettivo); Caio ha bisogno di una siffatta risorsa che non può o non desidera procurarsi definitivamente (mentre può essere in grado di sostenere l'eventuale onere per una acquisizione temporanea). Questa nozione, pur corretta, rischia di apparire scorretta perché tendenzialmente inclusiva della locazione, la quale, tradizionalmente, è considerata estranea al prestito (tale estraneità è peraltro paradossale, come si dovrebbe evincere dalla seguente analogia: il mutuo gratuito sta al mutuo oneroso come il comodato sta alla *locatio rei*).

Funzionalità di contesto

Prestito e solidarietà. Il mutuo è sorto, verosimilmente, come veste giuridica per operazioni caratterizzate da gratuità. Ha fondamento l'ipotesi che il mutuo sarebbe sorto in contesti di parentela, o di vicinato o di amicizia, che erano legami forti entro strutture sociali coese. In tali contesti, il prestito era gratuito per solidarietà: cioè, per introiezione delle difficoltà altrui e per concorrere nel fronteggiarle, anche nell'ottica di poter contare su analogo aiuto in analoghe occasioni. Tale connotazione del mutuo, come istituto della solidarietà, si è sempre conservata, ma ha subìto relegazione in contesti vieppiù marginali.

Prestito, mercato, profitto. L'evolversi dei rapporti sociali entro la *Civitas* e, nel contempo, l'evolversi dell'economia romana, fanno uscire il mutuo dall'area della solidarietà e ne fanno un «servizio» (oggetto di domanda e di offerta sul mercato); in tale dimensione, colui che presta qualcosa acconsente a concedere il prestito nella prospettiva di ottenere (oltre alla restituzione) qualcosa in cambio.

Il prestito di denaro è quello che, più di altri prestiti, è orientato alla remunerazione del mutuante, soprattutto se tale attività viene esercitata a livello imprenditoriale: il mutuante mira ad ottenere, in cambio di ciò che presta, gli «interessi» (i quali, nel lessico giuridico romano, prendono il nome di '*usurae*', non nel senso *spregiativo* assunto in prosieguo ma nel senso *neutro* che corrisponde al nostro temine «interessi»).

Irrompe storicamente, quindi, l'esigenza di integrare due profili funzionali (prestito e scambio). Questa esigenza, tuttavia, non poteva essere soddisfatta all'interno del mutuo (poiché la dazione di dieci fa riottenere dieci, e

sarebbe stato giuridicamente nullo tentare di conformare il mutuo pattuendo un corrispettivo). E allora ecco la soluzione:

- il contratto di mutuo continua a gestire la causa di prestito senza modificare la propria identità archetipica (gratuita);
- un altro contratto (come la *stipulatio* o il *nomen transcripticium*) opera in affiancamento per conferire certezza giuridica al corrispettivo per il mutuante.

Abbiamo, quindi, *non un mutuo diventato oneroso* (in diritto romano il mutuo oneroso, tranne le figure speciali, non esiste) ma abbiano *operazioni di prestito oneroso* realizzate tramite un binomio negoziale.

Prestito oneroso: contesti socio-economici. Occorre tener conto di due diversi contesti:

- da un lato, abbiamo i contesti in cui una parte è forte mentre l'altra è debole: bisognosa, quest'ultima, di risorse necessarie per fronteggiare esigenze elementari, e quindi esposta, per debolezza, a subire una regolamentazione sfavorevole e persino vessatoria;
- d'altro lato, abbiamo i contesti in cui le parti sono in rapporto sostanzialmente equilibrato: esempio emblematico è il caso in cui Tizio, dotato di capitale da investire, affida a Caio una somma di denaro, magari ingente, che verrà investita a sua volta.

Prestito oneroso, tassi di interessi, tensioni sociali. È comprensibile come il prestito (evolvendo dalla gratuità alla onerosità) abbia suscitato rilevanti problemi soprattutto nei contesti caratterizzati da squilibrio tra le parti: in tali contesti, gli strumenti negoziali e processuali relativi al credito, tra cui, in particolare, gli istituti della garanzia, lo *status* del debitore e la determinazione quantitativa degli interessi, hanno costituito un terreno di tensione economica, sociale e politica, segnatamente nello scontro, lungo e drammatico, tra patrizi e plebei. In questo scontro, le conquiste economiche della plebe furono lente e non sempre lineari: spesso, i pur numerosi provvedimenti che limitavano il tasso o, persino, tendevano ad abolire il prestito ad interesse, avevano vita breve e, per lo più, erano *leges minus quam perfectae* (che non sancivano la nullità degli atti in violazione, ma si limitavano a punire, la qual cosa avveniva raramente, i contravventori).

REGOLE

Soggetti

Chiunque. Il mutuo, pur originato, verosimilmente, nei rapporti di solidarietà intragentilizia all'interno della *Civitas*, non è rimasto confinato nel *ius civile*: la sua utilizzazione è stata aperta *a tutti*, non solo tra romani ma anche tra stranieri ed anche tra romani e stranieri.

Restano fermi, ovviamente, i requisiti soggettivi di capacità. Le fonti si soffermano sulla tutela del pupillo qualora dia denaro a mutuo senza *auctoritas tutoris*, e ne prospettano la nullità: '… *mutua pecunia non fit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat* …' (D. 14.6.3.2 : Ulp. 29 *ad ed*.).

Mutui di denaro a *filii familias*: mezzi processuali preclusi al mutuante. La fonte in materia è il Senatoconsulto Macedoniano (al tempo dell'imperatore Vespasiano, 69-79 d.C.).

Il senatoconsulto non formula divieto esplicito di mutuare denaro a *filii familias*, ma sanziona il mutuante precludendogli il ricorso a ogni mezzo processuale (per ottenere la restituzione o per conservarla) anche dopo la morte del *pater* del mutuatario (D. 14.6.1.pr. : Ulp. 29 *ad ed*.). Ciò comporta che il mutuante: si vede preclusa l'azione di rivendica (spettante per il recupero del denaro se non ancora consumato); inoltre, si vede preclusa ogni altra azione tra cui la *condictio* (nell'ipotesi in cui chieda la restituzione). Le sanzioni sono di natura processuale ma, di riflesso, vi è una proiezione sostanziale (in termini di invalidità negoziale).

L'*interpretatio* dei giureconsulti non si è fermata alla lettera del senatoconsulto: ne è derivato un corollario nel senso che, qualora il *filius* restituisca il denaro prestatogli, e qualora il *pater* pretenda la retrorestituzione di quanto il figlio abbia restituito, in tal caso la pretesa del *pater* non è contrastabile da eccezioni (D. 12.1.14 : Ulp. 29 *ad ed*.). Sul punto, e su altri contigui, i giuristi romani fanno registrare un articolato intreccio di opinioni (in cui si percepisce la tendenza a circoscrivere qualche radicalismo nell'introiettare lo spirito del senatoconsulto, e a lasciare indenne il mutuante che avesse ottenuto una restituzione spontanea).

Occasione e *ratio* del provvedimento. L'occasione del provvedimento era stata offerta da un episodio (ricostruito in versioni diverse) che aveva suscitato scalpore: un *filius familias* (il cui nome era Macedone), pressato dai creditori e, verosimilmente, istigato da essi, avrebbe ucciso il proprio *pater* per ottenerne l'eredità con cui estinguere i propri debiti. La *ratio* del senatoconsulto, nello specifico, sarebbe collegabile alla prevenzione di contesti in cui i *filii familias* potessero cadere nella tentazione dell'omicidio quale strumento di soluzione delle proprie difficoltà economiche; più in generale, la *ratio* dichiara l'intento di disincentivare la concessione di mutui in contesti tali da «offrire, ai cattivi costumi, occasioni di delinquere».

Mutui di denaro erogati da governatori provinciali e loro collaboratori: divieto. Costituzioni imperiali stabiliscono il divieto esplicito, per i governatori provinciali e per i loro «collaboratori» (*qui circa eos sunt*), di dare denaro a mutuo (D. 12.1.33 : Mod. 10 *pand*.). Il divieto non vale per gli addetti agli uffici del preside della provincia, che dimoravano permanentemente nel territorio amministrato (D. 12.1.34 : Paul 2 *sent*.).

Sembra trattarsi di un divieto «amministrativo», sanzionabile magari con durezza nell'ambito della discrezionalità, ma senza conseguenze sul piano civilistico in caso di violazione.

Ratio del divieto. Il divieto si inscrive in una sorta di deontologia per i funzionari imperiali: il fine è di evitare che l'immagine di Roma, l'autorevolezza della sua egemonia, nonché la capacità di consenso tra i governati, rischiassero offuscamento a causa di traffici personali di avidi funzionari (un interessante messaggio deontologico, nel medesimo senso, è in D. 22.1.33 (Ulp. *sing. off. cur. rei pub*.) in materia di mutui pubblici: '*si bene collocatae sunt pecuniae publicae, in sortem inquietari debitores non debent; … nam inter insolentiam incuriosam et diligentiam non ambitiosam multum interest*' (vale a dire: se i mutuatari pubblici pagano gli interessi, non li si molesti per la restituzione del capitale; vi è grande differenza tra arroganza e diligenza).

Fattispecie

Volontà. In tutta l'evoluzione del mutuo, resta fermo il requisito della volontà contrattuale rivolta al *prestito*. Se non fosse rilevante una volontà specificamente indirizzata a tale scopo, la dazione e la ricezione sarebbero atti polivalenti e quindi ambigui: non si potrebbe capire se si tratti di prestito, o dono, o pagamento, o costituzione di dote. Per altro verso, il sussistere di volontà divergenti determinerebbe l'impossibilità di ravvisare alcun atto: qualora Tizio consegni con l'intento di dare a mutuo, e Caio riceva con l'intento di acquisire in donazione, non sussisterebbe né mutuo né donazione (vari casi in D. 12.1.18 : Ulp. 7 *disp*.; e si vedano anche frammenti successivi).

Oggetto/contenuto. L'oggetto è costituito da cose fungibili in proprietà del mutuante:

- **cose fungibili,** cioè cose che rilevano in rapporto a peso/numero/misura, e come tali (secondo valutazione comune) sono «sostituibili» da altrettante cose identificate dai medesimi parametri (Gai., *inst*. 3.90: '*res quae pondere, numero, mensura continentur*'): si pensi a denaro, sementi, frumento, acqua, olio, vino, bronzo, argento, oro, eccetera. Anche se, nell'ottica del mutuo, la destinazione naturale di tali cose è il consumo, e anche se le cose fungibili sono normalmente consumabili, non è richiesta la consumabilità (e, in effetti, le due classi non coincidono: monete antiche, oppure materiali edilizi della stessa qualità e della stessa misura, oppure pietre preziose aventi medesima natura, caratura e purezza, e così avanti, sono fungibili ma non consumabili)
- **proprietà del mutuante.** '*In mutui datione oportet dominum esse dantem*' (D. 12.1.2.4 : Paul. 28 *ad ed*.).

  Il contenuto contrattuale deve includere (esplicitamente o implicita-

mente) la previsione di una **restituzione** (le cui specificazioni qualitative, all'interno del contenuto negoziale, possono peraltro mancare; in tal caso, le specificazioni qualitative trovano fonte nel costume e nella *interpretatio giuriprudenziale*).

Elementi accidentali. Il contenuto contrattuale può includere elementi accidentali (vedasi D. 12.1.7 : Ulp. 26 *ad ed*., frammento che, sotto questo profilo, equipara *numeratio* e *stipulatio*).

Anzitutto, è possibile inserire un termine (a ciò si riferisce esplicitamente Gai., *inst*. 3.90: '*... quandoque nobis reddantur*'); ancora in riferimento al termine, è possibile prevedere anche restituzioni rateali, con un semplice patto da far valere in via di eccezione, quale *pactum de non petendo*, in caso di pretese restitutorie non conformi temporalmente a quanto pattuito.

Maggiormente problematico il discorso sulla condizione (D. 12.1.8 : Pomp. 6 *Plaut*.). Per un verso è certo che il mutuo, in diritto classico, ammette la condizione. Ma, verosimilmente, la condizione poteva operare condizionando il trasferimento della proprietà delle *res* («*Ti consegno questo denaro di cui diverrai mutuatario se sarai assolto nel giudizio in corso*»); più delicata l'ipotesi di una condizione destinata a operare sulla restituzione (perché, rendendo eventuale la restituzione, avrebbe potuto vedersi una conformazione «snaturante»).

Forma. Intendendo «forma» in senso ampio (senso che potrebbe essere ritenuto improprio, ma è corretto), il contratto di mutuo esige forma «gestuale».

La consegna è necessaria quale elemento comune a tutti i contratti reali. Tuttavia la consegna, di per sé, è un atto polivalente che (a seconda dei casi) può far sì che l'accipiente divenga *proprietario* e/o *possessore*, oppure *detentore* (come accade nel comodato); nel caso del mutuo, l'elemento volontaristico è tale da qualificare la consegna in senso forte rendendola una '*datio*' (una consegna che costituisca una *traditio*, idonea a trasferire la proprietà).

Consegne smaterializzate sono state ammesse, per evoluzione giurisprudenziale, nell'ambito di quanto ammesso per la *traditio*.

Esempi: Tizio, momentaneamente privo di liquidità, concede in mutuo, a Caio, una somma che è di Tizio e che Caio già detiene quale depositario; oppure Tizio, creditore di Caio che gli deve 100 a seguito di un mandato, concede che Caio non gli versi tale somma ma la trattenga a titolo di mutuo; oppure, Tizio incarica Caio di vendere un bene di Tizio stesso (magari senza che il bene venga consegnato a Caio, poiché sarà Tizio a consegnarlo direttamente al compratore), e il prezzo, riscosso da Caio, sarà trattenuto da quest'ultimo a titolo di mutuo.

Effetti giuridici

Effetto reale. La *mutui datio* ha effetto reale: cagiona, dal mutuante al mutuatario, il trasferimento della proprietà dei beni dati a mutuo. Se così non fosse, il mutuatario non potrebbe compiere atti di consumo aventi ad oggetto le cose ottenute in prestito. Si pensi al mutuo *di derrate alimentari*: il mutuatario può nutrirsi di tali beni (cagionandone l'estinzione) in quanto ne è divenuto proprietario; così pure, il mutuatario *di denaro* può spenderlo (cagionandone il trasferimento di proprietà) poiché il denaro è diventato «suo».

Quanto sopra è comunemente affermato (e, in effetti, in Gai., *inst*. 3.90 leggiamo '… *in hoc damus ut accipientium fiant* …'). Tuttavia occorre considerare che nelle fonti, più volte, si incontra il riferimento a una rivendica che il mutuante può intentare per il recupero del denaro dato a mutuo *ma non ancora speso*. In tale ottica parrebbe dunque che la *datio*, di per sé, non cagionerebbe trasferimento di proprietà, ma lo cagionerebbe nel momento (differito) del consumo; verosimilmente, però, questa implicazione appare eccessivamente dogmatica, e arbitrariamente trasferita sul terreno sostanziale, mentre qui si tratterebbe solo di strumenti processuali messi a disposizione del mutuante.

Aes alienum. Il denaro dato a mutuo riceve, talvolta, la qualifica di '*aes alienum*' («denaro *altrui*»). Abbiamo, quindi, un denaro che è del mutuatario (è *suum*); ma, nel contempo, l'espressione '*aes alienum*' segnala una appartenenza al mutuante. Può darsi che siffatta espressione sia approdata, ben prima che in diritto classico, a un valore più simbolico che giuridico: e cioè che, con connotazione «persuasoria» rivolta soprattutto al mutuatario, servisse a sottolineare che la disponibilità ottenuta proveniva da altri e, perciò, *ad altri doveva ritornare*. Ma può anche darsi che '*aes alienum*' abbia avuto una valenza giuridica sottolineando che, se il mutuatario non restituisce, trattiene indebitamente *un bene altrui*; rappresentazione, quest'ultima, rapportabile al fatto che il mutuatario, non adempiendo all'obbligazione restitutoria, in diritto civile arcaico, verosimilmente, era considerato *fur* (ladro, quindi perseguibile penalmente).

Effetto obbligatorio. La *mutui datio* aveva effetto obbligatorio poiché faceva nascere, in capo al mutuatario, l'obbligazione di *restituire*.

Profilo quantitativo. È consueto ritenere che la dazione modellasse *il contenuto dell'obbligazione restitutoria:* chi ha ricevuto 10 deve restituire non meno di 10 e non più di 10 (si ricordi il *tantundem*: la stessa quantità).

In epoca classica, tuttavia, si incontrano spunti di revisione. Troviamo, in particolare, che la dazione sembra costituire il limite superiore dell'obbligazione restitutoria. In tal senso D. 12.1.11.1 (Ulp. 16 *ad ed*.): '*si tibi dedero decem ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te debere quam novem; sed, si dedero ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*'. Quindi: meno di dieci, sì; più di dieci, no. Però, si

faccia attenzione a quel '*putat*': è segno, forse, che siamo nel campo delle opinioni. È segno, forse, che qualcuno pensava diversamente da Proculo e ipotizzava, magari, che, in sede di *datio*, si potesse pattuire una somma maggiore, eventualmente inclusiva degli interessi (eludendo, in tal modo, la gratuità strutturale). Sembra improbabile, ma quel '*putat*' fa pensare.

Profilo qualitativo. Le cose da restituire, come indicato nelle Istituzioni di Gaio, dovevano essere *dello stesso genere* (*eiusdem generis*). Si ipotizzi il caso in cui il mutuante, in assenza di determinazioni aggiuntive, abbia dato *olio pregiato* e si veda restituire *olio scadente*; oppure il caso del mutuante che, avendo dato *vino invecchiato*, si veda restituire *vino novello*. In materia, l'*interpretatio* si è orientata in modo conforme alla pragmatica economica del prestito (*quod actum est*), nonché in modo conforme al *bonum et aequum*, richiedendo che le cose fossero *eiusdem generis et eadem bonitate* (D. 12.1.3 : Pomp. 27 *ad Sab*.). Orientamento che, infine, appare confermato nelle Istituzioni giustinianee: '*aliae eiusdem naturae et qualitatis*' (*Iust. Inst*. 3.14.pr.).

Genus numquam perit. Per le obbligazioni di *genus* non è prevista l'estinzione per impossibilità sopravvenuta. Tuttavia, in diritto classico affiora anche una percezione «fuori sistema» nel senso che, nel caso in cui il debitore, nell'accingersi a restituire, fosse incorso in una situazione ostativa di forza maggiore (come la rapina del denaro, da parte di briganti, mentre il mutuatario era *in itinere* per l'adempimento) l'obbligazione restitutoria si sarebbe estinta.

Mezzi processuali

Legis actiones. Per il mutuante, avverso il mutuatario inadempiente, nel sistema delle *legis actiones* venne creata una azione denominata *legis actio per condictionem* (III secolo a.C.).

Sistema formulare. Il mutuante agiva con la *condictio certae creditae pecuniae* (nel caso di prestito di denaro) oppure agiva con la *condictio certae rei* (nel caso in cui i beni mutuati fossero diversi dal denaro).

Cognitio extra ordinem. Restano sostanzialmente le denominazioni e i contenuti delle azioni indicate.

Occorre però considerare che, in caso di mutuo, era frequente il ricorso a una *stipulatio*: ciò per aggiungere l'obbligazione degli interessi, oppure per costituire un nuovo assetto obbligatorio in cui la obbligazione da mutuo veniva sostituita dalla obbligazione da *stipulatio*. In tali casi erano disponibili i mezzi processuali derivanti da *stipulatio* (*infra*).

FIGURE CONTIGUE: LA *STIPULATIO*

Usi della stipulatio in rapporto al mutuo di denaro

In caso di *mutui datio* di denaro si ricorreva frequentemente a una *stipulatio*, che poteva essere:

- *stipulatio sortis*, avente ad oggetto la restituzione del capitale
- *stipulatio usurarum*, avente ad oggetto il pagamento degli interessi
- *stipulatio sortis et usurarum*, avente ad oggetto la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi (indistinti in unica somma, oppure con indicazioni distinte).

Funzionalità

La *stipulatio*, se utilizzata con funzione integratrice o novatrice nei confronti di una *mutui datio*, presentava funzionalità diverse a seconda dell'oggetto (come segue).

La *stipulatio sortis* presentava un vantaggio probatorio; tuttavia, poiché i prestiti di denaro erano prevalentemente onerosi, in tali casi la promessa *del solo capitale* avrebbe lasciato scoperto il problema degli interessi.

La *stipulatio usurarum* presentava il vantaggio di fornire, nell'ambito delle operazioni di prestito oneroso, la fonte della obbligazione (di interessi) che la *mutui datio* non forniva; tuttavia, come mera *stipulatio usurarum*, l'obbligazione di restituire la somma mutuata avrebbe continuato ad avere fonte nella *mutui datio*, e da qui lo svantaggio che l'operazione di prestito, se onerosa, avrebbe patito la diaspora dei propri effetti giuridici, distribuiti tra due contratti distinti (la *mutui datio* e la *stipulatio*, entrambi da provare in caso di controversia).

La *stipulatio sortis et usurarum* (avente ad oggetto la somma indistinta di capitale e interessi, oppure avente ad oggetto distintamente le due quantità), presentava il vantaggio di fronteggiare entrambe le esigenze fondamentali del prestito oneroso (soprattutto dal punto di vista del mutuante, teso ad ottenere restituzione e remunerazione). La *stipulatio sortis et usurarum* merita segnalazione particolare per le sue potenzialità elusive: era idonea a funzionalità elusive soprattutto la distinzione delle due somme, poiché le due quantità potevano essere simulate (violando in tal modo le norme, sugli interessi, che si fingeva di osservare). Esempio: ci si accordava informalmente per un mutuo di 100, da restituire dopo un anno con l'aggiunta di 50 per interessi (quindi, tasso in violazione delle *usurae centesimae*); a questo punto, però, la stipulazione poteva essere del seguente tenore: «*Prometti che tra un anno pagherai 140 in restituzione della somma che ti ho versato e pagherai 10 per interessi?*», e il mutuatario prometteva. Se non prometteva, non seguiva la *datio* (ovviamente *datio* di 100, perché la *datio* di 140 era

menzionata simulatamente).

Fattispecie

Contenuto: *stipulatio* astratta o titolata. Se la *stipulatio* riguardava soltanto gli interessi, la *stipulatio* poteva non contenere alcun riferimento al mutuo. Quindi: «*Prometti di darmi 10 a fine anno?*» – «*Prometto*».

Se la *stipulatio* avesse avuto ad oggetto la restituzione del capitale (poniamo, la somma di cento data a mutuo) e se la *stipulatio* non avesse contenuto alcun riferimento al mutuo, si sarebbe aggiunta una seconda obbligazione, non sostitutiva della precedente, e quindi il mutuatario sarebbe risultato debitore di cento *ex mutui datione* e di altri cento *ex stipulatione*. Quindi la *stipulatio sortis* ed anche la *stipulatio sortis et usurarum*, per evitare la doppia obbligazione, dovevano essere titolate: «*Prometti di darmi, a fine anno, la somma di cento che ti ho dato a mutuo?*» – «*Prometto*»; oppure, «*Prometti di darmi, a fine anno, la somma di cento che ti ho dato a mutuo e la somma di 10 per gli interessi?*» – «*Prometto*».

Contenuto: limiti all'autonomia negoziale in riferimento agli interessi. In diritto romano gli interessi erano necessariamente convenzionali (e le parti dovevano determinarne il tasso, altrimenti la fonte era nulla. Così in D. 22.1.41.2 : Mod 9 *diff.*). L'ordinamento è intervenuto a disciplinare la materia sotto tre profili: il limite per il tasso; il limite per il cumulo degli interessi (nel senso che gli interessi, nel loro insieme, non dovevano superare un *quantum* rispetto al capitale); il divieto di anatocismo (per lo più, pensato come «interessi sugli interessi» senza riferirsi alla «capitalizzazione degli interessi»).

Limiti del tasso di interesse. Gli interventi normativi sono stati numerosi, a partire dalla pressione plebea per alleviare le condizioni dei debitori; e abbiamo diversi riferimenti.

- *fenus unciarium* ('*uncia*', in accezione originaria, significava «un dodicesimo di *asse*»; in accezione successiva va a significare «un dodicesimo» tout court, quindi, in termini percentuali, 8,33%). Questo tasso risale verosimilmente alle Dodici Tavole, ma vi è incertezza se tale dodicesimo fosse a*l mese* oppure *ad anno*. Inoltre, l'ipotesi di tasso *mensile* suscita una incertezza ulteriore: si trattava di un dodicesimo al mese *per i 10 mesi dell'antico calendario*, oppure *per i 12 mesi del calendario più recente*? In tale quadro, l'ipotesi minima corrisponde a un tasso dell'8,33% annuo mentre l'ipotesi massima corrisponde al 100% annuo. Quest'ultimo tasso, valutato in ottica attuale, parrebbe inverosimile; tuttavia, l'ipotesi di quel tasso va considerata in rapporto al carattere «patologico» del ricorso al credito in età arcaica, e occorre tener conto di tale carattere.
- *fenus semunciarium*. Risulta stabilito, per la prima volta, da un plebiscito

del 347 a.C. (4,16% all'anno? oppure 50%?).

- *usurae centesimae*. Questo limite giunge alla fine della repubblica, nel contesto di una crisi economica gravissima soprattutto in territori provinciali (le *usurae* questa volta sono *rapportate a mese*, quindi 1% mensile e 12% annuo).
- *usurae centesimae dimidiae*. Questo limite è stabilito da Giustiniano (0,50% mensile; 6% annuo) La formulazione normativa, stando alla lettera, sembra mantenere le *usurae centesimae* per il prestito marittimo; tasso esiguo, quest'ultimo, così esiguo che alcuni studiosi vi ravvisano un pericolo per la sopravvivenza dell'istituto o, addirittura, un attacco).

Il limite legale persiste anche quando vengano stabiliti tassi diversi per periodi diversi: ad esempio, un primo tasso da applicare finché il mutuatario non sia inadempiente; un secondo tasso, maggiore, dal momento in cui il mutuatario sia inadempiente (accadeva, infatti, che il secondo interesse fosse più elevato, come strumento di pressione per ottenere la restituzione. Vedasi D. 22.1.9.pr. : Pap. 11 *resp*. Nonché 22.1.12.pr. : Paul 4 *resp*.).

Limite per l'ammontare complessivo degli interessi. Verso la fine della repubblica alcuni provvedimenti introducono un altro limite quantitativo: il cumulo degli interessi non può superare l'ammontare del capitale (tale limite ha incontrato periodi di desuetudine, ma è presentato come vigente in D. 12.6.26.1 : Ulp 26 *ad ed*); e ciò vale anche nel caso in cui l'estinzione del debito avvenga tramite trasferimento del bene in garanzia.

Divieto di anatocismo. «Anatocismo» è termine di matrice greca per designare la regola secondo cui gli interessi, se scaduti e non pagati, producono a loro volta interessi.

Ciò può avvenire in due modi: il modo diretto prevede che gli interessi, se scaduti e non pagati, conservino la natura giuridica di interessi e, a loro volta, producano interessi (si parla, oggi, di «interesse composto»); il modo indiretto prevede che gli interessi, se scaduti e non pagati, perdano la loro natura di interessi e vadano a incrementare l'importo del capitale mutuato, produttivo di interessi (si parla, oggi, «anatocismo in senso stretto» o «capitalizzazione degli interessi»).

L'anatocismo, pur avendo una sua *ratio* dal punto di vista economico, è sempre stato osteggiato nel sentire diffuso tra i Romani; cosicché, soprattutto in periodi di forti tensioni economiche e politiche, si incontrano provvedimenti che vietano le *usurae usurarum* (si pensi agli editti di governatori provinciali del I secolo a.C.). Per un divieto chiaro e radicale occorre però attendere Giustiniano (il quale, riferendosi ad «antiche leggi» di divieto – ma senza dire quali – ne lamenta la inadeguatezza perché si sarebbero limitate a vietare le *usurae usurarum* trascurando la via indiretta ed elusiva (la *usurarum in sortem redactio* e cioè la capitalizzazione: C.I. 4.32.28).

Sequenza temporale di mutuo e *stipulatio*. Quand'anche la *datio* e la *stipulatio* venissero effettuate *pressoché contestualmente* (realizzando una sorta di atto unico, *re et verbis*), era improbabile che vi fosse contemporaneità, e ne potevano derivare problemi: se si iniziava dal mutuo, il mutuante correva il rischio che il mutuatario non promettesse; se si iniziava dalla *stipulatio*, il promittente correva il rischio di trovarsi obbligato senza ricevere. Da qui il problema, discusso nelle fonti, per il caso in cui il creditore (reso tale dalla *stipulatio*) pretendesse poi la «restituzione» senza avere effettuato la consegna. Ovviamente, il contesto sociale e culturale «garantiva» (in senso non giuridico ma fattuale) la serietà delle parti e la correttezza dell'operazione; tuttavia, chi intendeva dare a mutuo avvertiva l'esigenza di cautelarsi *prima di trasferire il denaro*, ed è quindi verosimile che la *stipulatio* precedesse il mutuo.

***Stipulatio* e contratto preliminare di mutuo.** Se Tizio e Caio pattuivano che, a fine mese, Tizio avrebbe dato a Caio cento sesterzi da restituirsi a fine anno, tale accordo non era un mutuo (perché mancava la *datio*); inoltre, non rientrando nell'elenco delle figure contrattuali ammesse, non era neppure un altro contratto, quindi non nascevano obbligazioni. Un contratto preliminare di mutuo richiedeva, ancora una volta, la forma della *stipulatio*.

Questa impostazione è corretta se si ritiene che il mutuo fosse caratterizzato da realità: realità che (pur negata da alcuni autorevoli romanisti) risulta costantemente nelle fonti.

Effetti giuridici

Effetti della *stipulatio usurarum*. Se è stata posta in essere una *stipulatio* per il mero pagamento degli interessi, restano gli effetti giuridici del mutuo e si aggiunge l'obbligazione di pagare gli interessi.

Effetti della *stipulatio sortis et usurarum*. Se è stata posta in essere una *stipulatio* per il capitale e per gli interessi, e se in essa non è stato menzionato il mutuo, persistono gli effetti giuridici del mutuo e si aggiungono le obbligazioni da *stipulatio*. Resta fermo, comunque, che il mutuatario, anche se civilisticamente vincolato dalle due obbligazioni, per evitare il doppio pagamento ha comunque un mezzo di tutela (avvalendosi dell'*exceptio doli*, introdotta nel I secolo a.C.).

Se, invece, la *stipulatio* di capitale e interessi è «titolata» (poniamo: «*Prometti di darmi, a fine anno, 100 sesterzi in restituzione del mutuo che ti ho concesso alle idi di marzo, e inoltre 10 sesterzi a titolo di interessi*») si avrà *novazione* della obbligazione da mutuo, cosicché l'obbligazione restitutoria derivante dal contratto reale di mutuo sarà da intendersi estinta, e sostituita da quella *ex stipulatu*.

Effetti della *stipulatio* di tassi *supra modum*. In caso di tassi di interesse stipulati oltre i limiti legali, è verosimile che, in epoca repubblicana, gli inte-

ressi fossero dovuti *tutti*, anche quelli *supra modum*: infatti, trattandosi di *leges minus quam perfectae*, la violazione del limite non comportava la nullità dell'atto compiuto in violazione, bensì la mera sanzionabilità del mutuante.

In epoca classica, si giunge alla nullità della parte eccedente il limite legale, cosicché il mutuante può chiedere in giudizio solo gli interessi stipulati entro i limiti (D. 22.1.9.pr. : Pap. 11 *resp*. E vedasi anche D. 22.1.29 : Marc. 14 *inst*.). Qualora, invece, fosse già avvenuto il pagamento di interessi *oltre i limiti*, parrebbe che li si dovesse dapprima computare a restituzione del capitale e poi, completata la restituzione, fosse consentita la ripetizione come indebito.

Effetti della *stipulatio* di anatocismo. La violazione sembra aver trovato, sul terreno del diritto civile, sanzioni oscillanti e scarsamente applicate (come sanzione massima si incontra la perdita del credito, per esempio in editti provinciali del primo secolo a.C.). Generalmente, in epoca classica si tende a ravvisare invalidità della clausola anatocistica (in riferimento alle sole *usurae usurarum*): la pretesa del mutuante era paralizzabile tramite eccezione e, in caso di pagamento avvenuto, era ammessa la ripetizione dell'indebito (D. 12.6.26. Ulp. *26 ad ed*.) Nella legislazione giustinianea è parimenti riconoscibile l'invalidità della stipulazione di *usurae usurarum*, estesa altresì alla capitalizzazione degli interessi (C.I. 4.32.28).

Mezzi processuali

Sistema formulare. In caso di *stipulatio (usurarum*, oppure *sortis*, oppure *sortis et usurarum*) il creditore poteva agire con l'*actio ex stipulatu.*

L'exceptio doli poteva essere opposta dal convenuto che, con stipulazione, avesse promesso di restituire una somma che non aveva ricevuto (né prima né dopo). Opponendo l'*exceptio doli*, il convenuto eccepiva che l'attore, con la sua pretesa processuale, si comportava dolosamente (in contrasto coi doveri di correttezza imposti dalla buona fede); per effetto, il convenuto era ammesso a provare che la *datio* non era avvenuta.

***Cognitio extra ordinem*.** Resta l'*actio ex stipulatu*, ma si registra un mutamento di rilievo in tema di eccezioni.

L'exceptio non numeratae pecuniae va a sostituire l'*exceptio doli*: nel caso in cui l'attore, sulla base di un documento che asseriva una *mutui datio* o una *stipulatio*, avesse preteso la restituzione di una somma non versata, il convenuto poteva opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae*. La differenza principale tra *exceptio doli* ed *exceptio non numeratae pecuniae* riguardava l'incidenza sull'onere della prova: con l'*exceptio doli*, chi eccepiva aveva l'onere di provare la mancanza della *datio*; con l'*exceptio non numeratae pecuniae* si aveva inversione dell'onere della prova, quindi era l'attore a dover provare che la *datio* era avvenuta.

In epoca giustinianea, il ricorso alla *exceptio non numeratae pecuniae*

incontra disfavore (viene qualificato «cavilloso»). Si evidenzia, in tal modo, l'avvenuta egemonia del documento, il cui tenore appariva garanzia di certezza da tenere al riparo da insidie processuali. Il legislatore appare infastidito, verosimilmente, da un ampio ricorso a siffatte eccezioni, lasciando intendere una preoccupazione per l'insidia non solo alla sostanza ma anche ai tempi della giustizia: tempi a cui Giustiniano era fortemente interessato, come appare da sue costituzioni di rilievo.

FIGURE CONTIGUE: LA *TRANSCRIPTIO A RE IN PERSONAM*

Usi della transcriptio in rapporto al mutuo di denaro

Nel prestito di denaro era utilizzata, talvolta, la *transcriptio a re in personam*, per mutare la fonte della obbligazione: da contratto reale (*mutui datio*) a contratto *litteris*.

La *transcriptio* (non solo quella *a re in personam*, ma anche quella *a persona in personam*) è entrata in uso dal secondo secolo a.C. (con il diffondersi dell'impiego della scrittura, seppure, ovviamente, in ambiti sociali ristretti e qualificati); ed è andata in desuetudine verso la fine dell'epoca classica.

Funzionalità

Perché veniva fatta la *transcriptio a re in personam*? Ovviamente, a scopo novatorio. Ma questa è la funzionalità causale; e allora occorre cogliere le funzionalità di secondo livello.

Gli esempi gaiani lasciano supporre che la *transcriptio* venisse usata, soprattutto, per trasformare le *obligationes* di buona fede in *obligationes stricti iuris*; e così il creditore si metteva al riparo da insidiose eccezioni. Ma per il contratto di mutuo ciò non serviva perché il mutuo era già *stricti iuris*.

Inoltre, in caso di prestito oneroso, la *transcriptio a re in personam* poteva persino introdurre qualche difficoltà perché la doppia scrittura, nel libro delle entrate e in quello delle uscite, esigeva verosimilmente la indicazione della medesima somma in entrambe le «poste» (ponendo qualche problema di forma e di contabilità in rapporto agli eventuali interessi). Nonostante ciò, resta certo (quantomeno da fonti letterarie, per esempio da opere di Cicerone) che la *transcriptio a re in personam* si faceva anche in caso di mutuo, e allora qualche funzionalità doveva pur sussistere.

Si è soliti ritenere che venisse posta in essere per ragioni probatorie: infatti l'annotazione nel registro delle uscite (effettuata dal mutuante) richiedeva, per conseguire effetto, di essere autorizzata da uno *iussum* del mutuatario, e tale *iussum* (seppure a forma libera) veniva formulato ordinariamente per iscritto (ad esempio, '… *mihi feras expensum* …'), cosicché era poi difficile contestare il debito.

È anche da considerare che la *transcriptio* era particolarmente adatta a formalizzare il prestito tra assenti: il mutuatario, magari lontano da Roma, inviava il *iussum* in forma scritta, cosicché il finanziatore, o il banchiere (o l'*amicus* chiamato in soccorso), poteva, sulla base del documento ottenuto, versare il denaro a un incaricato locale del mutuatario (incaricato che poteva essere un *servus*, tesoriere o amministratore). Insomma, la *transcriptio* poteva ben risultare uno strumento di qualche utilità nel prestito del denaro (soprattutto in ambiti sociali ed economici di alto livello).

Fattispecie

Nell'utilizzo della *transcriptio a re in personam* in caso di mutuo, è da ritenere che il mutuante compisse due annotazioni nei propri libri contabili: con la prima, nel registro delle entrate, annotava di avere ricevuto, da Caio, ciò che Caio gli doveva a titolo di mutuo; con la seconda, nel registro delle uscite, annotava di avere consegnato a Caio la medesima quantità di denaro *a titolo di mutuo*. Caio acconsentiva con un proprio *iussum* (verosimilmente preventivo rispetto all'annotazione, oppure contestuale); il *iussum* era a forma libera ma, verosimilmente, veniva effettuato per iscritto.

Raccontata così, sembra una formalità insensata. Ma il senso poteva ben esserci: agevolazione probatoria e, soprattutto, agevolazione della negozialità *inter absentes*.

Effetti giuridici

L'effetto era novatorio: l'*obligatio re* (nel caso, derivante da *mutui datio*) si estingueva, e sorgeva l'*obligatio litteris* (derivante dalla scrittura).

FIGURE SPECIALI: IL PRESTITO MARITTIMO

Terminologia

Semantica. '*Fenus nauticum*' vuol dire «interesse nautico». '*Pecunia traiecticia*' vuol dire «denaro che viene trasportato al di là del mare» : '…. *traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur* …' (D. 22.2.1 : Mod. 10 *pand.*). Si incontra anche, talvolta, '*pecunia nautica*'. Tra queste espressioni, è soprattutto '*fenus nauticum*' che (per trasferimento metonimico dalla parte al tutto) assurge a designare il prestito marittimo come istituto nel suo complesso: infatti il titolo 22.2 dei *Digesta*, dedicato al prestito marittimo, si intitola, per l'appunto, '*De nautico faenore*' (qui dalla forma '*faenus*', diversamente da '*fenus*' più corrente).

Sistema

Definizione. Il *fenus nauticum* è il prestito di denaro concesso a un arma-

tore affinché quest'ultimo compia un determinato viaggio per l'esercizio del commercio transmarino, con restituzione del finanziamento e pagamento degli interessi purché '*salva nave*' (cioè a condizione che il viaggio si concluda «con salvezza della nave», carico incluso).

Era discusso se fosse *fenus nauticum* il prestito per acquistare le merci nel luogo di partenza e rivenderle nel luogo di destinazione. La risposta è negativa: '… *pecunia … si eodem loci consumatur, non est traiecticia*' (D. 22.2.1: Mod. 10 *pand*.); ma il regime era lo stesso se i contraenti convenivano che le merci navigassero a rischio e pericolo del finanziatore.

Il *fenus nauticum*, nella definizione qui sopra, non riceve la qualifica di mutuo. Infatti si consideri che: nel prestito marittimo la restituzione è *essenzialmente condizionata* mentre nel mutuo tipico è *pura*. Inoltre, il prestito marittimo è pluricausale mentre il mutuo tipico è monocausale (solo causa di prestito). La qualifica di «mutuo» è tuttavia reperibile indirettamente e occasionalmente nelle fonti: '… *faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando* …' (D. 22.2.6.pr. : Paul 25 *quaest*.).

Funzionalità

Funzionalità causali. L'istituto del prestito marittimo compone e regola due posizioni contrapposte ma integrabili: da un lato vi è la posizione del capitalista, che dispone di risorse e le vuole investire anche ad alto rischio pur di trarne il massimo profitto ottenibile sul mercato (quindi, gli occorre un tasso di interesse non assoggettato a limiti legali, bensì liberamente negoziabile); d'altro lato vi è la posizione dell'armatore che non dispone del capitale occorrente per l'operazione, o non vuole rischiare il capitale proprio, e allora accetta un costo del denaro molto alto ma temperato da una limitazione del rischio di navigazione (rischio davvero ingente, sia per avversità naturali sia per insidie di ordine pubblico). In tal quadro, il prestito marittimo esprime un significativo intreccio di profili causali:

- Causa di prestito. Si tratta di prestito *di scopo*, poiché destinato al finanziamento del commercio marittimo.
- Causa assicurativa. Nel caso di perimento della nave o del carico (per naufragio o pirateria o fortunale o incendio), il finanziatore perde il credito e l'armatore è liberato: ciò è come dire che il contratto gestisce il rischio della navigazione caricandolo sul finanziatore e tenendone indenne l'armatore (il finanziatore è l'assicuratore; l'armatore è l'assicurato).
- Causa di scambio. Il prestito non viene concesso gratuitamente, ma *in cambio* degli interessi (seppur condizionati). Anche la prestazione assicurativa non viene concessa gratuitamente, ma *in cambio* della possibilità di maggiorare gli interessi (in deroga al regime ordinario dei limiti legali).

Da notare che, nelle fonti, si trova l'espressione secondo cui gli interessi, nel caso, costituiscono il *pretium periculi*. Questa formulazione è particolar-

mente efficace: '*pretium*' porta in primo piano la percezione dello scambio; '*periculum*', come oggetto di '*pretium*', evidenzia la funzione assicurativa nella gestione del rischio. In tal modo, il prestito marittimo si pone alle origini del contratto di assicurazione.

Il prestito marittimo ha consentito il finanziamento e lo sviluppo del commercio transmarino nell'area del Mediterraneo, conferendo un assetto giuridico idoneo a resistere, quasi immutato, quantomeno dal terzo secolo a.C. sino a Giustiniano. Il prestito marittimo, per la sua vocazione internazionale, non è peculiarmente romano. Anzi, la figura archetipica è greca: il *nauticon daneion*, estesamente praticato a partire dal IV secolo a.C., è il riferimento da cui deriva, in gran parte, il regime complessivo del *fenus nauticum*.

Fattispecie

Volontà. Le fonti non se ne occupano, ma il loro silenzio dipende dal fatto che, in conseguenza della immediata riconoscibilità del prestito marittimo, non sono immaginabili casi ambigui (simili a quelli di cui i giuristi si occupano in tema di mutuo ordinario: nessuno avrebbe potuto interrogarsi se, in un determinato caso, fosse ravvisabile prestito marittimo o donazione o *solutio*).

Oggetto/contenuto. L'oggetto del prestito marittimo consisteva in denaro.

Il contenuto negoziale includeva le seguenti previsioni e determinazioni:

- Restituzione del capitale.
- Interessi privi di limiti legali. Gli interessi potevano essere stabiliti, e ovviamente lo erano, anche oltre i limiti legali: '*traiecticia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*' (Paul. *sent*. 2.14.3). La libertà contrattuale in tema di interessi è rimasta ferma sino alla riforma di Giustiniano (il quale, dopo otto secoli di *usurae infinitae*, parrebbe aver posto il limite del 12%, su cui *infra*).
- Interessi parametrati alla «vicenda marittima». Gli interessi nautici (diversamente dal mutuo ordinario, in cui l'ammontare degli interessi aumentava con il decorso del tempo) erano stabiliti, senza variazioni, in rapporto alla «vicenda marittima» (esempio: 25% del capitale per il viaggio, di andata e ritorno, da Brindisi a Berito, da effettuarsi entro sei mesi: nel caso in cui la nave fosse tornata prima di sei mesi, l'armatore doveva l'interesse del 25%; nel caso in cui l'armatore fosse poi rimasto inadempiente al pagamento del 25%, quell'interesse non si accresceva con il decorso del tempo di inadempimento). In relazioni a questi aspetti, alcuni studiosi non ravvisano «interessi», ma un «premio»: tuttavia, le fonti parlano di '*usurae*'.
- Condizione sospensiva entro termine di avveramento. Sia l'obbligazione di restituire il finanziamento sia l'obbligazione di corrispondere gli inte-

ressi erano sottoposte alla condizione di buon esito del viaggio (salvezza della nave, compreso il carico) purché ciò si verificasse entro il termine negozialmente stabilito. Il termine era quello che le parti avevano ritenuto congruo per il viaggio, entro l'arco temporale della *secura navigatio* (per il Mediterraneo ci si riferiva generalmente a un arco temporale di sei mesi e, come ipotesi massima, al periodo da marzo ad ottobre compresi).

Tasso concreto degli interessi. Purtroppo, non è dato conoscere seriamente l'ammontare degli interessi praticati (per di più, praticati con verosimile mutevolezza in periodi storici così estesi, e con fasi alternate di crescita o stabilità ma anche di crisi). Alcune rare e risalenti indicazioni, relative a quanto praticato in area mediterranea in media epoca repubblicana, si attestano al 25% o al 33%: un quarto o un terzo del capitale (si consideri che, con il tasso del 25%, ci si garantiva un utile a partire dal finanziamento di sei navi con perdite non superiori a una unità; ma vi è traccia, nelle fonti letterarie, di prestiti cumulativi per cinquanta navi). Per conferire ulteriore concretezza a tali quantificazioni, è di rilievo che gli interessi erano rapportati al viaggio e quindi (poiché il viaggio doveva effettuarsi entro i tempi di navigabilità) si trattava di interessi per periodi, generalmente, non superiori a sei mesi (quindi, in tali casi, si trattava di interessi del 50% oppure del 66% in proiezione annua). Comunque, i dati disponibili sono troppo esigui per una ricostruzione economica affidabile.

Un dubbio sul limite giustinianeo del 12%. Giustiniano, nell'ambito della sua riforma del credito con particolare riguardo agli interessi, stabilisce, per il prestito marittimo, il limite dell'1% al mese, quindi del 12% all'anno (C.I. 4.32.26.2: '… *in traiecticiis autem contractibus … usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum*'). È tuttavia difficile interpretare questa norma secondo il senso letterale, perché tale senso sarebbe stato equivalente alla abrogazione del prestito marittimo: si ha ragione di ritenere che difficilmente un finanziatore avrebbe fatto prestiti marittimi con quel tasso, non remunerativo dell'assumere i rischi di navigazione (sia quelli naturali, sia quelli di ordine pubblico). Forse, nonostante l'apparenza, il limite del 12% non riguardava gli interessi marittimi (che restavano liberi) ma quelli cosiddetti «terrestri» (cioè quelli dovuti dall'armatore che, alla fine del viaggio e dopo il termine dei venti giorni secondo consuetudine, si fosse reso inadempiente).

Altri contenuti contrattuali. I contratti di prestito marittimo potevano includere: la determinazione delle rotte (anche dettagliate); i tempi di navigazione (con indicazione dei periodi consentiti o preclusi in rapporto alle prevedibili condizioni climatiche e marittime regionali); la previsione di un «ispettore di viaggio», individuato dal finanziatore, da alloggiare a bordo; il termine per la restituzione del capitale e per il pagamento degli interessi.

Si tratta di una esemplificazione riduttiva, cosicché, frequentemente, si perveniva a testi contrattuali davvero complessi (se ne veda un esempio in D. 45.1.122.1 : Scaev 28 *dig*.).

La penale di tardivo ritorno. Una clausola eventuale, ma importante, poteva riguardare il caso della nave che, fortunosamente, fosse tornata integra *dopo la scadenza del termine convenuto*. In mancanza di previsione contrattuale, si sarebbero aperti problemi non da poco. Il finanziatore non avrebbe avuto diritto alla restituzione del capitale né al pagamento degli interessi (poiché, entro il termine, non era avvenuto il ritorno '*salva nave*'). E allora? Verosimilmente restava il diritto alla restituzione del capitale *come da mutuo ordinario*. Comunque, per prevenire controversie complesse e incerte, capitava che si stipulasse una penale (adeguata) per il caso di tardivo ritorno.

Forma. Il *fenus nauticum* si concludeva, verosimilmente, con la *datio*. Per la determinazione dei contenuti (compresa la quantificazione degli interessi) era sufficiente il mero accordo.

A scopo di maggiore certezza, il contratto veniva frequentemente trasfuso nella forma della *stipulatio*; oppure, frequentemente, veniva trasfuso in forma scritta (da parte del solo armatore oppure da parte di entrambi: vale a dire, veniva trasfuso in chirografo o in singrafe).

Effetti giuridici

Effetti reali. Trasferimento della proprietà del denaro dal finanziatore all'armatore.

Effetti obbligatori. Nascita delle obbligazioni di restituire il capitale e di pagare gli interessi. Entrambe le obbligazioni erano condizionate al buon esito del viaggio purché verificatosi entro il termine convenuto. Il termine per la restituzione del capitale e per il pagamento degli interessi, per consuetudine, era di venti giorni dalla fine del viaggio: in tal modo veniva lasciato, all'armatore, il tempo adeguato per vendere le merci, e così ricavare l'occorrente per adempiere (trattenendo il resto come profitto).

Inizio del *periculum*. Il rischio (di non riottenere il capitale e non ottenere gli interessi) sorgeva in capo al finanziatore dal momento contrattualmente convenuto per l'inizio della navigazione '*In nautica pecunia ex eo die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat*' (D. 22.2.3: Mod 4 *reg*.). Secondo alcuni romanisti, invece, il rischio sarebbe sorto nel momento in cui, di fatto, iniziava la navigazione.

Fine del *periculum* ed effetti. Il *periculum*, per il finanziatore, si estingueva con il buon esito del viaggio. Un problema di rilievo riguarda il caso in cui l'armatore, dopo il buon esito del viaggio e trascorsi i consueti ulteriori venti giorni, rimaneva inadempiente: i giureconsulti ritenevano applicabile, da lì in avanti, il regime del mutuo ordinario. Quindi: in mancanza di specifica stipulazione di interessi *per tale periodo*, non erano dovuti interessi;

invece, in presenza di specifica stipulazione di interessi per tale periodo, gli interessi erano dovuti ma non oltre i limiti legali previsti per i mutui ordinari.

Figure contigue

In considerazione delle pratiche infide nel commercio marittimo, il *fenus nauticum* era solitamente integrato da negozi cautelativi.

Tra le pratiche infide (degli armatori) è da ricordare una truffa di facile escogitazione: l'armatore utilizzava una nave pessima (una «carretta del mare», si direbbe oggi), poi simulava l'acquisto di merci o acquistava merci pessime, infine affondava o incagliava la nave (o adduceva l'attacco di pirati), e così pretendeva di lucrare il capitale ricevuto (che, in tali casi, non andava restituito): *ante litteram*, era una truffa nei confronti dell'assicuratore. Una contromisura, da parte del finanziatore, consisteva nell'incaricare un proprio servo di fiducia affinché viaggiasse sulla nave (per controllare l'uso del denaro, le merci da acquistare, la correttezza della navigazione); in tale caso, il finanziatore si faceva promettere dall'armatore, con *stipulatio*, un importo compensativo (un tanto al giorno per ciascun giorno di navigazione: importo sottoposto a limiti legali specifici).

CONFRONTI

Mutuo e comodato

Somiglianze. Il mutuo è simile al comodato sotto i seguenti profili:

- conclusione: entrambi i contratti si concludono con la consegna
- causa: entrambi i contratti hanno causa di prestito
- effetto obbligatorio: entrambi i contratti producono obbligazione restitutoria (seppure con diverso contenuto).

Differenze. Il mutuo è dissimile dal comodato sotto i seguenti profili:

- rapporto tra l'accipiente e l'oggetto: il mutuatario è *dominus*; il comodatario è detentore
- contenuto della obbligazione di restituzione: il mutuo prevede la restituzione del *tantundem*; il comodato prevede la restituzione della medesima *res*
- estinzione dell'obbligazione di restituzione: nel mutuo, l'obbligazione di restituire non si estingue per perimento dell'oggetto (l'obbligazione è di *genus*, e *genus numquam perit*); nel comodato, l'obbligazione di restituire si estingue per perimento dell'oggetto a seguito di forza maggiore, a meno che la situazione di forza maggiore sia riconducibile a colpevolezza del comodatario
- gratuità: il mutuo – nella sua configurazione tipica, eccezion fatta per le figure speciali – è gratuito *strutturalmente* (quindi ammette un corri-

spettivo *purchè da fonte esterna*); il comodato è gratuito *essenzialmente* (quindi non ammette un corrispettivo *neppure da fonte esterna*, altrimenti muta *nomen iuris* e «diventa» locazione).

Mutuo e deposito irregolare

Somiglianze. Il mutuo è simile al deposito irregolare sotto i seguenti profili (riferiti, per agevolare il confronto, al mutuo *di denaro* e al deposito irregolare *di denaro*):

- conclusione: entrambi i contratti si concludono con la consegna
- effetto reale: entrambi i contratti producono il trasferimento della proprietà delle cose consegnate
- obbligazione di restituzione: entrambi i contratti producono l'obbligazione di restituire il *tantundem*
- obbligazione degli interessi: fino a gran parte dell'epoca classica, entrambi i contratti richiedono l'integrazione con *stipulatio* per far sorgere l'obbligazione di pagare gli interessi (il deposito irregolare, infatti, viene «trattato» come il mutuo sino a gran parte dell'epoca classica).

Differenze. Il mutuo è dissimile dal deposito irregolare sotto i seguenti profili:

- natura del contratto: il mutuo è *stricti iuris*; il deposito irregolare, verso la fine dell'epoca classica, diventa di buona fede
- causa: il mutuo ha causa di prestito; il deposito irregolare ha causa di custodia
- obbligazione degli interessi: in tarda epoca classica si instaurano differenze nel regime degli interessi. Per il mutuo continua a essere necessario il ricorso alla *stipulatio*; per il deposito irregolare (essendo concessa, al deponente, l'*actio depositi* con *formula in ius concepta* con *intentio ex fide bona*) per far sorgere l'obbligazione di interessi è sufficiente la semplice pattuizione. Inoltre, dalla natura di buona fede del deposito, si è ritenuto che l'obbligazione di pagare gli interessi, *anche in mancanza di pattuizione*, derivasse come effetto naturale *a decorrere dalla richiesta di restituzione*.

RINVII

In tema di mutuo occorre richiamare almeno due istituti, arcaici, utilizzati a scopo di prestito e nel contempo di garanzia: il ***nexum*** e la ***fiducia cum creditore.***

4. Considerazioni conclusive

Tra le numerose iniziative per l'efficacia della comunicazione didattica, potrebbe essere utile che vi sia spazio per sperimentare qualche prodotto

formativo governato da una progettazione topica. È pur vero che tutta la produzione informativa si è sempre avvalsa di griglie topiche: infatti, non esiste informazione senza topiche quantomeno sottese. L'obbiettivo, quindi, non può consistere nel passare da una informazione atopica a una informazione topica; ma consiste nell'accentuare la percezione, la razionalizzazione, l'esplicitazione e il controllo della dimensione topica nei prodotti informativi (nel caso, destinati alla didattica).

La prospettiva appare in salita, anche perché gli svantaggi sono percepibili con maggiore immediatezza rispetto ai vantaggi.

Gli svantaggi di una impostazione topica appaiono i seguenti.

- *Difficoltà di accettazione culturale*. Perché mai prendere in considerazione una prospettiva che potrebbe modificare una macchina di *inventio*, e soprattutto di *dispositio*, che ha sempre dato buoni risultati? Ogni sapere si sedimenta in un genere letterario che ha l'autorevolezza della tradizione, e allora le ragioni del cambiamento (in questo caso, le ragioni del *molesto cambiamento*) dovrebbero essere forti e di evidenza condivisa.
- *Difficoltà tecnica di messa a punto*. Una impostazione topica, applicata rigorosamente ed estesamente, fa incontrare difficoltà notevoli in sede di elaborazione: basta cimentarsi con la elaborazione di una decina di «voci», e ci si rende conto di quante volte occorre fermarsi per rimettere a punto il sistema (verificando e riassestando le griglie topiche).
- *Scarsa «piacevolezza» di fruizione*. Una impostazione topica, applicata estesamente, può risultare ripetitiva e pedante, a scapito di un *aptum* di gradevolezza letteraria.

I vantaggi di una impostazione topica potrebbero essere i seguenti.

- *Basso «costo» di apprendimento*. L'apprendimento fondamentale (rivolto alle chiavi di sistema) si concentra su strutture semplici (le griglie topiche) che sono facili di apprendere.
- *Fecondità del metodo*. Basta possedere un numero limitato di griglie (sei? oppure sette? comunque, nel campo del diritto privato, storico o no, meno di dieci) e si possiede uno strumento utilizzabile ricorrentemente nell'intera estensione della disciplina.
- *Facilità di successo*. Anzi, dicendo diversamente e forse meglio: difficoltà di insuccesso. Infatti, se si utilizza una impostazione topica, «*non si può non imparare*»: basta richiamare la griglia pertinente e sarà agevole farle svolgere la sua funzione di «rete» (sempre in grado di raccogliere, quantomeno, un sistemino coerente di contenuti essenziali). Nel contempo, se si utilizza una impostazione topica, «*non si può non ricordare*»: basta richiamare la griglia pertinente e, percorrendola, i contenuti a suo tempo raccolti saranno agevolmente riconducibili nella attualità della percezione.

Ovviamente, su svantaggi e vantaggi (questi ultimi, maliziosamente, posposti) si potrebbe andare avanti per un bel po' (magari in un seminario interessante, tra volenterosi). Ma proseguire, qui, sarebbe un fuor d'opera; può bastare il richiamo d'attenzione, affidato alla pazienza dei lettori.

Saverio Masuelli

«Abalienatio»

1. Premessa – 2. '*Abalienare*' ed '*abalienatio*' nel lessico letterario – 3. '*Abalienare*' nel lessico giuridico – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Il termine che viene esaminato nel presente contributo è stato analizzato per la prima volta all'interno di un lavoro monografico[1] da quello che di lì a poco sarebbe divenuto un illustre studioso mitteleuropeo di discipline romanistiche: Fritz Sturm.

Egli infatti conseguì il dottorato presso la Facoltà giuridica di Losanna con una tesi, pubblicata nel 1957, intitolata proprio '*Abalienatio*'[2], sia pure, come rivela il sottotitolo del lavoro, orientata specificamente a «svelare» quello che ancora oggi sembra un oscuro (diremmo nel senso proprio tecnico retorico di «carenza assoluta di senso», per indicare, in proposito, la posizione, a ben vedere non del tutto condivisibile, di alcuni pur autorevoli studiosi)[3] impiego

1 Lo studioso segnala che di '*abalienatio*', prima di lui si sono occupati F. de Visscher, '*Abalienatio*', in «Revue des études Latines», XIV, 1936, p. 130 ss., Id., *Nouvelles études du droit romain*, Milano, 1949, p. 257 ss., Id., «*Mancipium et res mancipi*», in «SDHI.», II, 1936, p. 317 n. 44, U. Brasiello, *Abalienatio*, in «SDHI.», XV, 1949, p. 119 nt. 17, e F. Gallo, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955, p. 25 nt. 25, lo studio nel quale, tra l'altro, viene messa a dura critica la teoria elaborata dal De Visscher relativamente alla configurazione delle *res mancipi*.

2 Si tratta appunto di F. Sturm, *Abalienatio. Essai d'explication de la definition des Topiques (Cic. Top. 5.28)*, Milano, s.d. (ma dopo il 1957, a tenore dell'*imprimatur* che appare a p. 4 dell'edizione pubblicata dalle edizioni Giuffrè).

3 Si veda, a proposito delle caratteristiche relative alla oscurità nel linguaggio, anche per una

di '*abalienatio*' all'interno di un passaggio di *Topica* (5.28) di Cicerone, successivamente riconsiderato da Boezio nel Commentario ai medesimi.

Il lavoro dello Sturm appare effettivamente imperniato sull'analisi del passaggio menzionato, cominciando con le interpretazioni proposte relativamente ad esso già, come si anticipava, da Boezio[4] per arrivare (sia pure con un salto di quasi ottocento anni) a Cino da Pistoia, Alberico da Rosate ed ancora più innanzi agli «Umanisti» Guillaume Budé, Charles Sigonius[5], Antonio da Gouvea[6], Jean Voyer[7] e Bartolomeo Latomus d'Arlon (tutti esponenti di quella scuola filolologica francese che si era formata presso il Collège de France nella prima metà del Cinquecento e che avrebbe avuto nel grecista Estienne – Henricus Stephanus – il suo più famoso editore), ai primi grandi lessicografi, Spiegel[8] e Hotman[9], agli esponenti della Scuola storica francese, Turnebius[10] e Saumaise[11], sino alle interpretazioni proposte dalla

---

adeguata comprensione della posizione degli studiosi relativamente al testo menzionato, già B. Vonglis, *Sententia legis. Recherches sur l'intérpretation de la loi dans la jurisprudence classique*, Paris, 1967, specialmente p. 65; più di recente L. Lantella, *Dall'interpretatio iuris all'interpretazione della legge*, in «Nozione formazione interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo», III, Torino, 1997, p. 559-603, nonché M. Miglietta, «*Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso». I giuristi romani e la formazione della regula iuris*, in «Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista» − *cur*. P. Moro −, Milano, 2012, p. 37-68.

4 Cfr. Boeth., *in Cic. Top. Comm*. 2 A, in «PL.». −*ed.* J.P. Migne −, LXIV, c. 1096.

5 Cfr. C. Sigonius, *De antiquo iure civium Romanorum Italiae, provinciarum ac Romanae iurisprudentiae iudiciis liber XI*, Francofurti, 1593, p. 45.

6 Anche di Antonius Gouveanus (Antoine de Gouvea, 1505-1566) si ricorda un commentario ai *Topica* ciceroniani, la cui edizione più autorevole è apparsa a Rotterdam, per cura di Jacobus von Vaassen, solo nel 1766.

7 Jean Voyer (m. nel 1568) e Barthélémy Latomus d'Arlon (1498-1570) redassero commentarii ai *Topica* ciceroniani.

8 Cfr. J. Spiegel, *Lexicon iuris civilis*, Basel, 1549, sv. '*abalienatio*', p. 14.

9 Cfr. F. Hotman (Hotomannus), *Commentarius de verbis iuris*, Venetiis, 1558, sv. '*abalienatio*', p. 51.

10 Cfr. A. Turnebius (A. Turnèbe), *Adriani Turnebi adversariorum libri triginta, in quibus variorum auctorum loca intricata explicantur, obscura delucidantur et vitiosa restituuntur*, Strasbourg 1564, p. 642 (citato da Sturm, *Abalienatio*, cit., p. 30 nt. 34), il quale sostanzialmente nega che nel lessico antico '*abalienatio*' potesse designare un atto formale di trasferimento della proprietà.

11 Cfr. C. de Saumaise (Saumasius), *De iure liber*, Leyden, 1638, p. 214, ricordato da Sturm, *op.cit.*, p. 30 nt. 35, il quale correttamente (le Istituzioni di Gaio non erano d'altronde ancora integralmente conosciute in quel tempo) rimprovera al Turnebio «d'ignorer la nécéssité d'une acte d'alienation propre aux res mancipi».

Scuola storica tedesca (e dai più recenti studi in materia fino al Beseler)[12].

Il nostro studio tende essenzialmente a mettere in luce la storia semantica di '*abalienatio*' nonchè della voce verbale storicamente precedente '*abalienare*' all'interno della cultura romana, a cominciare dai primi impieghi (segnatamente di '*abalienare*') affioranti nel linguaggio della commedia plautina, ponendo ovviamente un'attenzione particolare al lessico giuridico, all'interno del quale peraltro, come vedremo, non compare il sostantivo '*abalienatio*' ma per converso '*abalienare*' appare già per tempo nel linguaggio di fonti legislative risalenti alla metà del II secolo avanti Cristo.

In questa prospettiva, si riprenderanno senz'altro opinioni e risultati ai quali era a suo tempo già pervenuto Fritz Sturm, soprattutto nella parte conclusiva del suo lavoro, ma nello stesso tempo si cercherà di ulteriormente chiarire il senso di questo termine anche in raffronto ad altri lemmi ad esso avvicinabili e verosimilmente raffiguranti una sorta di famiglia semantica.

2. '*Abalienare*' ed '*abalienatio*' nel lessico letterario

'*Abalienatio*' non compare anteriormente al lessico di Cicerone.

Il passaggio dei *Topica* oggetto precipuo del lavoro di Sturm risulta effettivamente contenere l'impiego più risalente del sostantivo nel lessico romano e su di esso torneremo a breve.

Il sostantivo '*abalienatio*' risulta, come suole normalmente accadere,

12 Sulla traccia del menzionato passaggio dei *Topica* ciceroniani, si è pensato, innanzi tutto, che '*abalienatio*' designasse in generale un trasferimento solenne della proprietà; atto però che, per compiersi, per manifestarsi, avrebbe richiesto il ricorso alla *mancipatio* o alla *in iure cessio* (così A. Rudorff, *Das Aktengesetz des Sp Thorius wiederhergestellt*, in «ZSS» X, 1842, p. 60, M. Lange, *Das Kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig, 1930, p. 8 e 9 nt 6, e M. Wlassak, *Studien zum altrömischen Vermächtnisrecht*, in «Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosophish-historischer Klasse», II, Wien 1933, p. 47), oppure designasse la mera *traditio nexu*, pervero piuttosto misteriosa (così L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig 1908, p. 146); sostengono invece che l'Arpinate non abbia proposto in realtà una definizione di *abalienatio* ma soltanto l'indicazione degli atti con i quali si trasferivano le *res mancipi*, P. Bonfante, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1918, p. 181 nt. 2, nonché P. De Francisci, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, p. 103 n. 3, e U. Brasiello, *Alienatio*, in «SDHI.», XV, 1949, p. 119 nt. 17. G. Beseler, *Glossen zum Privatrecht der römischen Republik*, in «ZSS.», LIV, 1934 p. 325, ritiene invece, anche sulla base della difficoltà sintattica della proposizione menzionata, che il passaggio dei *Topica* nel quale la medesima è contenuta sia pervenuto in modo incompleto. Riprenderemo a breve, esaminando specificamente l'impiego ciceroniano di '*abalienatio*' all'interno di *top*. 5.28, altre più recenti considerazioni ad esso relative.

preceduto dalla relativa forma verbale, appunto '*abalienare*'.

Si tratta di una voce verbale piuttosto risalente[13], dal momento che di essa si trova riscontro con una certa frequenza già all'interno del lessico adoperato nella commedia plautina.

Gli usi plautini[14], meritoriamente indagati da Fritz Sturm, rivelano come il senso già allora comune di '*abalienare*' fosse «quello di un atto consistente nell'allontanamento (potenzialmente) definitivo di una cosa (o anche di una persona) da parte di un soggetto che in relazione a quella cosa (o a quella persona) rivestisse una posizione qualificata: la titolarità di un potere di disposizione sulla cosa; la titolarità di una relazione affettiva su una persona». Tale atto di allontanamento poteva anche avvenire con relativo compenso pecuniario (in quest'ultimo caso ovviamente evocando lo scenario di una vendita).

È il senso quest'ultimo che già emerge dall'impiego di '*abalienare*' nel *Mercator* (verosimilmente la più antica fra le commedie di Plauto in cui viene adoperato '*abalienare*')[15], laddove il giovane Charinus mostra al padre Demifone una bella schiava dicendogli (mentendo) che, trovandosi la ragazza in situazione di condominio con un suo amico, l'avrebbe voluta in proprietà esclusiva e che però non sapeva se l'amico avesse voluto trasferirgliela ('*abalienare*'): in tal modo peraltro il giovane avrebbe furbescamente ottenuto un gruzzoletto da suo padre.

È proprio, come si diceva, in relazione all'atto di trasferimento (di fatto verosimilmente concretantesi in una rinuncia a una quota condominiale), della schiava, atto che avrebbe dovuto porre in essere l'amico, almeno nelle speranze di Charinus, che Plauto usa '*abalienare*'[16].

In tal caso, può anche darsi che '*abalienare*' descriva dinamicamente un atto implicante (al di là del pur frequente scenario della vendita) il passaggio di un bene dalla disponibilità di un soggetto alla disponibilità di un

---

13 In relazione ad essa manca ancora tuttavia un'indagine etimologica: nulla, in proposito, è rintracciabile, ad esempio, in J.B. Hofmann, A. Szantyr, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München, 1905, in A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, *Histoire des mots*, Paris, 1951, sv. '*alienus*', p. 39, che menzionano '*abalieno*' quale composto di '*alieno*' (e ne danno corrispondenza nel greco ἀπαλλοτριόω), e in A. Walde, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1965, che non menziona '*abalienatio*' e '*abalienare*'.

14 Cfr. Plaut., *Pseud.* 94-95, *Mil.* 1321, *Curc*. 173-174, *Trin*. 513-514 e 557-559, *Asin.* 763-766, *Merc.* 456-457.

15 Come è noto, la cronologia delle commedie plautine è molto incerta: il *Mercator* sembra comunque la più risalente (cfr., in proposito, Plauto, *Le commedie − cur.* G. Augello –, I, Torino, 1973, p.15).

16 Cfr. Plaut. *Merc.* 456-457: '*Prius tu emis quam vendo pater nescio, inquam, velit ille illam necne abalienarier*'.

altro, fino appunto a diventare cosa di un altro (*res aliena*, caratteristica quest'ultima che starebbe a raffigurare l'approdo di quell'attività, descritta dalla nostra voce verbale).

In altri luoghi '*abalienare*' risulta adoperato dal commediografo nel senso di «allontanare definitivamente», senso che può affiancarsi a voci verbali designanti «abbandono», «derelizione»[17].

In questi ultimi casi può anche darsi che '*abalienare*', pur non rinunciando a descrivere quell'atto implicante, come sopra abbiamo evidenziato, il passaggio relativamente alla disponibilità della cosa, enfatizzi la fase iniziale di quel passaggio, che solitamente si concretizza in un «allontanamento» del bene relativamente al soggetto che per primo ne disponeva (e lo stesso vale ovviamente nel caso si tratti di una relazione affettiva).

Con il che può tra l'altro anche giustificarsi la mancata considerazione di '*abalienare*' da parte di quegli studiosi che si sono occupati dell'istituto della *derelictio* ed ovviamente della relativa famiglia lessicale[18].

---

17 Si pensi, in particolare, a *Pseud.* 94-95, laddove il giovane Calliodoro afferma di non voler vivere a nessuna condizione se egli sarà privato ('*a me abalienatur*') e allontanato ('*atque abducitur*') dalla sua amata Fenice: '*Profecto nullo pacto possum vivere si illa a me abalienatur atque abducitur*'. L'impiego affiancato di '*abalienare*' e '*abducere*' non fa che rafforzare l'idea della privazione, evidenziando, allo stesso tempo, l'appartenenza di '*abducere*' alla famiglia semantica di '*abalienare*'; si veda ancora il noto passaggio di *Mil*. 1321, laddove, nello stesso senso che si è potuto rintracciare nello *Pseudolus*, '*abalienare*' è impiegato a designare la privazione che il *Miles gloriosus* (Pirgopolinice) dovrebbe soffrire relativamente all'amico Philocomasus: '*Istuc crucior a viro me tali abalienarier*'; si consideri ancora *Curc.* 173-174, laddove Planesia, la giovane amata da Fedromo, consola l'amante dicendo che il suo padrone certamente fa di tutto per ostacolare la loro relazione ma giammai otterrà alcunché, a meno che la morte la «privi» definitivamente dell'animo (della volontà): '*Prohibet? nec prohibere quit / nec prohibebit nisi mors animum a te abalienaverit*'. Relativamente alla terminologia veicolante la fattispecie dell'abbandono definitivo (*derelictio*), si veda già S. Romano, *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933, ora anche in «RDR.», II, 2002, p- 100-164 e in particolare p. 120, ove lo studioso non considera '*abalienare*' e '*abalienatio*', pur occupandosi di altri termini, più o meno sinonimi, quale, ad esempio, '*abicere*', nonché L. Solidoro Maruotti, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli, 1989, *passim*, che parimenti non si occupa del nostro verbo. Come emergerà nel corso dell'indagine, tale puramente apparente carenza di attenzione si giustifica pienamente in relazione al fatto che, a differenza di quanto avviene in relazione alla *derelictio*, e conseguentemente al lessico a questa connesso, '*abalienatio*', non evoca un istituto del diritto. '*Abalienatio*', come cercheremo di mettere in risalto più avanti nella trattazione, sembra piuttosto un *nomen generale* designante una serie di fattispecie, alcune delle quali peraltro già di per sé configurate in istituto (si pensi soprattutto alla *mancipatio* e alla *in iure cessio*).

18 Cfr. ancora Romano, «*Studi*», cit., p. 103-104, il quale mette in guardia dal ritenere, specialmente nelle fonti giuridiche, sinonimi '*relinquere*' e i più recenti '*derelinquere*' e '*derelictio*' (termini questi ultimi che, secondo alcuni studiosi, e soprattutto anche A.

Se per un verso, infatti, '*abalienare*' (ed il successivo sostantivo '*abalienatio*') non hanno mai designato un vero e proprio istituto del diritto (come avvenuto invece, sia pure in maniera non sempre agevolmente rintracciabile, in relazione a '*derelinquere*' e '*derelectio*'), per altro verso, con specifico riferimento agli usi lessicali, '*abalienare*' (ed '*abalienatio*') descrivono atti che certamente non si esauriscono nel mero abbandono relativamente al bene.

Le considerazioni appena presentate, se pure specificamente suscitate in relazione agli usi plautini di '*abalienare*', appaiono legittimamente spendibili sia in relazione agli impieghi successivi di '*abalienare*'[19]stesso, sia in

---

Berger, *In tema di derelizione. Osservazioni critico esegetiche* in «BIDR.», XXXII, 1922, p. 131 ss., si ritenevano addirittura sostituiti dai compilatori giustinianei alla più antica terminologia rappresentata soprattutto da '*derelinquere*').

19 L'analisi lessicale degli usi più risalenti di '*abalienare*' lascia trapelare un curioso andamento diremmo sincopato degli stessi: '*abalienare*' è rintracciabile, come evidenziato, nel linguaggio della commedia plautina, ma del tutto assente nell'altrettanto ricco (e colto) linguaggio di Terenzio (cfr. P. Mc Glynn, *Lexicon Terentianum*, II, Glasgow, 1964, *passim*); e parimenti presso altri grandi scrittori dell'età repubblicana la nostra voce verbale risulta del tutto inapplicata (si pensi emblematicamente alla pur fondamentale produzione letteraria di Varrone); un certo recupero della stessa avviene in alcun passaggi di Cicerone. Proprio al grande oratore filosofo è dovuta, come più ampiamente descritto nel testo, una sorta di definizione di '*abalienatio*', che al di là di una ancor oggi diffusa e dichiarata incomprensione della stessa, rimane ovviamente il punto cruciale di ogni indagine su questo segno. Certamente ricomprendibili all'interno delle modellizzazioni poco sopra delineate appaiono gli impieghi ciceroniani (già censiti dallo Sturm, *Abalienatio*, cit., p. 108-111 ed invero non considerati in precedenza) soprattutto di *Verr.* 3.50.119 ('… *ut si quis villicus ex eo fundo qui MS dena meritasset, excisis arboribus ac venditis, demptis tegulis, instrumento pecore abalienato, domino XX milia nummum pro x miserit* …', dove risulta chiaro il senso di '*abalienare*' in riferimento ad un atto di privazione definitiva, sia pure all'interno di un neutro scenario economico), *Verr.* 4.40.134 ('*acerbiorem etiam scitote esse civitatibus falsam istam et simulatam emptionem quam si quis clam subripiat aut eripiat atque anferat. Nam turpitudinem summam esse arbitrantur referri pretio parvo, ea quae accepisset a maioribus vendidisse atque abalienasse* …', ove l'oratore descrive drammaticamente le spoliazioni di opere d'arte perpetrate da Verre durante la famigerata propretura siciliana a danno delle antiche colonie greche dell'isola, spoliazioni peraltro presentate dal losco promagistato sotto la falsa cornice di vendite, di alienazioni; cossicché proprio in relazione a tale ultima circostanza l'Arpinate impiega '*vendo*' e '*abalieno*' in più che verosimile significativa endiadi), di *leg. agr.* 24.64 ('… *tum cum erant Catones, Phili, Laelii quorum sapientiam temperantiamque perspexeratis, tamen huiuscemodi res commissa nemini est, ut idem indicaret et venderet et hoc faceret per quinquennium toto in orbe terrarum, idemque agros vectigales populi Romani abalienaret* …', dove Cicerone, deplorando un malcostume che vede riflesso nella proposta di riforma agraria avanzata da Publio Servilio Rullo, e ammonisce che nei tempi più sani della repubblica – al tempo, come rammenta malinconicamente il grande scrittore, dei Catoni e dei Lelii – non sarebbe stato permesso che una persona sola rivestisse al tempo stesso il ruolo di giudice – verosimilmente nelle controversie agrarie, e soprattutto nei frequenti giudizi divisorii

relazione agli assai meno frequenti usi di '*abalienatio*'.

Ma occorre ora soffermarsi su due testi, appartenenti ad autori e ad epoche diverse, imprescindibili per isolare il significato stesso di '*abalienatio*' e di '*abalienare*'.

Il primo, un passaggio dei *Topica* ciceroniani (*top.* 5.28), oggetto precipuo, come peraltro abbiamo anticipato, del lavoro monografico di Sturm sull''*abalienatio*' ed indagato, sia pure in maniera marginale, da altri studiosi che si sono occupati soprattutto del lavoro di Sturm; il secondo, un lemma del *De Verborum Significatione* (Fest., *verb sign.*, sv. '*abalienatus*', p. 23 L.), pressoché sfuggito all'attenzione degli studiosi e alquanto sottovalutato nella pure approfondita indagine semantica condotta da Fritz Sturm.

Il menzionato passaggio dei *Topica* ciceroniani contiene quella che può individuarsi come definizione di '*abalienatio*'; non solo, codesto passaggio contiene – lo abbiamo prima anticipato – il primo impiego rintracciabile di '*abalienatio*' nella letteratura antica:

abalienatio est eius rei quae mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt.

Per tentare una sia pur tutt'altro che agevole interpretazione relativamente alla riferita proposizione definitoria, occorre considerare la medesima en-

– e di venditore: aspetto invece fortemente temuto, non solo da parte di Cicerone, in relazione all'eventuale applicazione, soprattutto in territori lontani dall'Italia, della riforma agraria presentata da Rullo, in base alla quale chi in un certo momento avesse svolto il ruolo di giudice in una controversia agraria, avrebbe potuto trovarsi, anche di lì a poco, nel ben diverso ruolo di alienante – '*idemque agros vectigales Populi Romani abalienaret*' – e dove quindi '*abalienare*' risulta adoperato nel senso di atto consistente nel privare il popolo romano di un certo bene – gli *agri vectigales* appunto – e di renderlo in tal modo di un altro). Non diversamente dagli usi maggiormente risalenti, '*abalienare*' è adoperato da Liv., *urb. cond.* 22.60.5, in un senso che è di certo vicino agli impieghi giuridici della voce verbale, ossia di «allontanamento, effetto di privazione dei diritti civili e politici, del cittadino caduto in prigionia»: '*sero nunc desideratis, deminuti capite, abalienati iure civium, servi Carthaginensium facti*' (è il discorso, riferito dallo storico, del console Tito Manlio Torquato ai soldati romani che si erano arresi ad Annibale alla fine della battaglia di Canne). Analoghi ancora altri impieghi in Valerio Massimo e Seneca (*ad Luc.* 8.17.15, in cui *abalienare* è adoperato sicuramente nel senso giuridico di «allontanare da qualcuno e di *far proprio ad un altro*»: '*ager iure possidetur, sapientia natura ille abalienari potest et alteri tradi, haec non discedit a domino*'). Lo stesso significato (come ben evidenziato da Sturm, *op. cit.*, p. 115-116) ricorre sicuramente nel lessico degli agrimensori di età imperiale: in Frontino (che scrive sotto il regno di Domiziano, tra l'81 e il 96 d.C.) e Igino (scrittore sotto il regno di Traiano tra il 98 e il 177 d.C.), dai quali '*abalienare*' è adoperato appunto nel senso di «atto di allontanamento di un bene rispetto ad un soggetto, con effetto di trasmettere il bene ad altro soggetto, di renderlo cioè altrui» (basti pensare proprio ad Hyg. 197.20: '*aeque territorio si quid erit adsignandum, id ad ipsam urbem pertinebit nec venire aut abalienari a publico licebit, id* DATUM IN TUTELAM TERRITORIO *adscribemus sicut silvas et pascua publica*').

tro il più esteso orizzonte testuale che la contiene.

Cicerone poco prima di stendere tale definizione, si è occupato di un tema di rilevante attenzione all'interno degli studi dedicati al discorso: la definizione e relative tecniche di formulazione.

Vale la pena riferire per esteso il passaggio menzionato, anche per ripercorrere le tappe che hanno condotto l'Arpinate ad occuparsi di '*abalienatio*', peraltro nella particolare prospettiva indicata (*top.* 5.25.28):

(…) Et primum de ipsa definitione dicatur. Definitio est oratio, quae id quod definitur explicat quid sit. Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum rerum quae intelleguntur. Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, suppellectilem penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si adgnationem definies, quarum rerum nullum subest [quasi] corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco. Ea saepe in argumentando definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnis complectitur quae sub eo genere sunt quod definitur hoc modo: abalienatio est eius rei quae mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt (…).

Nel brano riferito, come si diceva di grande rilievo entro gli studi teorici sul discorso, la proposizione definitoria, della quale viene presentata una delle prime nozioni, elaborate sul portato della cultura retorica greca all'interno del pensiero filosofico retorico romano, viene analizzata sia in relazione alla variegata tipologia degli oggetti, sia in relazione alle relative principali tecniche di formulazione.

In relazione alla tipologia degli oggetti, si trova instaurata una bipartizione delle definizioni, a seconda che queste si occupino di cose corporali (gli esempi delle quali proposti da Cicerone sono entrati nella tradizione di insegnamento del diritto privato romano, a partire già da Gaio) oppure di cose incorporali[20].

20 Si noti come Cicerone inserisca, coerentemente con una concezione ancora presente verso la fine del I secolo a.C., tra gli esempi di '*res quae cerni tangive possunt*', ossia di *res corporales*, il *mancipium* (l'antichissimo modello di appartenenza, configurato come immedesimato nella cosa stessa) accanto a *fundum*, *aedes*, *parietem*, *stillicidium* (non ancora raffigurato nei termini di *ius stillidicii*), *pecus*, *suppellectiles*, *penus* (gli esempi, come risulta con grande evidenza, sono proposti in combinazioni alquanto significative; ad esempio, *fundum* si trova affiancato ad *aedes*, *suppellectiles* a *penus* e così via). L'autore, che, per qualche aspetto, sembra anticipare la storicamente alquanto successiva

In relazione invece alle tecniche di definizione, l'Arpinate menziona la definizione *per partitionem* e la definizione *per divisionem*.

A proposito della definizione *per partitionem*, viene affermato che essa può raffigurarsi come una sorta di articolazione della *res* (ossia del *definiendum*), oggetto della definizione stessa, in varie membra, ossia in varii elementi singoli (ed a tal proposito, l'autore propone, quale esempio appunto di definizione *per partes*, una definizione, ben nota, di *ius civile*, come articolantesi nelle varie fonti di cui esso risulta costituito).

A proposito della definizione *per divisionem*, l'oratore dice invece che essa può raffigurarsi come una sorta di suddivisione, relativamente all'oggetto della definizione stessa[21], in più sottoclassi, o anche in più specie[22].

Ed è specificamente in relazione a quest'ultimo tipo di definizione che l'au-

---

distinzione tra definizione «realistica» e «nominalistica» (in relazione alle quali, si vedano di recente L. Lantella, E. Stolfi, M. Deganello, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino, 2005, p. 15) vuol dire in realtà che la definizione presenta caratteristiche diverse a seconda che si occupi di cose corporali, in relazione alle quali essa indicherà caratteristiche essenziali percepibili direttamente nella realtà naturalistica, o di cose incorporali, in relazione alle quali indicherà caratteristiche essenziali percepibili soltanto facendo impiego, potremmo dire, delle linee immaginarie che individuano i vari concetti o nozioni. In relazione alle tecniche definitorie presentate dall'Arpinate nel passaggio riferito, si vedano ancora F. Gallo, *Sulla definizione del diritto*, in «RDC.», XXXVI, 1990, p.23-43 – il quale richiama come all'interno delle definizioni *per partes* e *per divisionem* «il *definiendum* venga assunto esso stesso o quale *genus* da suddividere in *species* (elementi fra loro omogenei), oppure quale *totum* da scomporre in parti (elementi fra loro non omogenei)» –, nonché J. Harries, *Cicero and the Jurists. From Citizens' Law to the Lawful State*, London, 2006, p. 127-128.

21 Il punto trattato nel passaggio dei *Topica*, riferito nel testo, viene parzialmente ripreso da Quintiliano (*inst. or.* 7.7.1), il quale però si occupa della *divisio* non sotto il profilo logico-filosofico (come certamente avviene nei *Topica* ciceroniani) bensì sotto il diverso aspetto dell'espediente retorico: '*Sit igitur, ut supra significavi, divisio rerum plurium in singulas, partitio singularum in partis discretio, ordo recta quaedam conloctaio prioribus sequentia adnectens, dispositio utilis rerum ac partium in locos distributio* …'. Sugli aspetti considerati si veda ancora, in ogni caso, L. Calboli Montefusco, *La dottrina degli 'status' nella retorica greca e romana*, Hildesheim, 1986, p. 61-65: più recentemente, si vedano, in relazione alla teoria retorica degli *status causae*, R. Martini, *Antica retorica giudiziaria (Gli 'status causae')*, in «Studi Senesi», CXVI, 2004, p. 31-34, nonché F. Procchi, '*Medium quiddam tenere' tra retorica e diritto: considerazioni a margine di Plin. Ep. 4.9*, in «Studi R. Martini», II, Milano, 2010, p. 237-252; in relazione alla *definitio per divisionem* si vedano le ulteriori considerazioni di Boezio *def.* 3.20 (in «PL.», LXIV, c. 24), il quale, rifacendosi esplicitamente a Cic. *top*. 5. 25-28, e cercando di chiarire il pensiero dell'Arpinate, forse sul punto un po' oscuro, afferma '… *At vero in ea definitione, quae per divisionem fit, singulae quidem partes tota ea re quae definitur, minores sunt, totum tamen definitae rei nomen excipiunt, ut rationale nomen capit animalis, eodem irrationale*'. L'esempio riferito dal filosofo concerne il segno '*animal*', il quale può essere definito *per divisionem* come designante tanto un essere razionale (l'uomo) quanto un essere irrazionale (un animale appunto).

22 Si veda, in tal senso, A. Carcaterra, *Le definizioni*, cit., p. 102, il quale appunto, in relazione all'impiego di '*forma*' in *Top*. 2.14, annota «scil. species».

tore propone, quale esempio della medesima, la definizione di '*abalienatio*'.

Al di là dei rilievi contenutistici, che pure hanno in un certo modo denunciato l'oscurità del pensiero di Cicerone sul punto (fino al sospetto di un errore nella tradizione manoscritta del testo), la definizione in esame, ad avviso dello scrivente, non dovrebbe sorprendere più di tanto rispetto a quanto si può evincere dall'analisi lessicale degli impieghi letterari di '*abalienatio*'.

Per quanto infatti tale definizione si presenti, proprio a livello contenutistico, di grande interesse per uno storico del diritto, per chi soffermi la propria attenzione sul piano dell'analisi lessicale agevolmente si ripropone l'idea dell'atto di «allontanamento di un bene rispetto ad un soggetto» che in qualche modo esercitasse una relazione su quel bene.

Certo nella prospettazione definitoria offerta da Cicerone non sembra trovare più posto un atto di allontanamento avente per oggetto non un bene ma una persona (indipendentemente dal fatto che questa fosse in situazione di schiavitù, come avviene nella maggior parte degli impieghi plautini nel senso indicato, impieghi che riferiscono soltanto '*abalienare*').

E tale caratteristica, ossia l'oggetto di '*abalienatio*', che sembra dover necessariamente consistere esclusivamente in un bene, potrebbe anche individuarsi, a questo punto, come elemento differenziale (anche se, in fondo, marginale) rispetto al più esteso concetto evocato dal più risalente '*abalienare*'.

Ma come pure poco sopra si diceva, se la nozione ciceroniana di '*abalienatio*' appare per lo più coerente con la tradizione lessicale della voce verbale '*abalienare*', certamente qualche difficoltà affiora ove si ponga attenzione alle specifiche articolazioni proposte nella definizione in esame.

In proposito, dobbiamo pur dirlo, sono state avanzate dalla letteratura romanistica (peraltro non numerosa) che si è occupata del riferito passaggio dei *Topica* (e prima di tutto ovviamente dallo Sturm) ipotesi disparate, senza però mai sgombrare del tutto il campo da ambiguità o peggio ancora da oscurità[23].

23 Oltre appunto a Sturm, *Abalienatio*, cit., *passim*, e alla relativa recensione di A. Burdese, in «RFIC.», LXXXVIII, 1960, p. 323 ss., si veda H.L.W. Nelson, *Überlieferung und Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, in «Studia Gaiana» – *cur*. M. David, R. Feenstra, H.L.W. Nelson –, VI, Leiden, 1981, p. 137 ss.; *Marci Tulli Ciceronis Topica*, *ed.* G. Di Maria, Palermo, 1994, p. 13; M.T. Cicero, *Topica* – *ed.* M. Reinhardt –, Oxford-New York, 2003, p. 265-266, dove il curatore, tra l'altro, sottolinea come l'espressione '*traditio alteri nexu*', che compare nel testo riferito, non risulta censita in nessun altro passaggio ciceroniano; S. Romeo, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, p. 82 nt. 2, la quale evidenzia come una consolidata dottrina, risalente a Bonfante e De Francisci, ritenga «che i termini *alienare* e *alienatio* designano presso la prima giurisprudenza repubblicana l'atto solenne mediante il quale la *res mancipi* esce dal *mancipium* del *dans* per entrare in quello dell'*accipiens*», ma nulla viene detto in relazione al nostro termine; mi permetto

A tale riguardo, non può nemmeno affermarsi con sicurezza che l'Autore identifichi in via esclusiva '*abalienatio*' nei due atti idonei a trasferire la proprietà su *res mancipi* secondo l'antico *ius civile*, i quali pure vengono menzionati nel passaggio esaminato: non può infatti escludersi, in riferimento al nostro termine, l'ipotesi di una sfera semantica più estesa, come peraltro potrebbe arguirsi dagli antichi usi letterari (all'interno dei quali non appare mai una espressa circoscrizione della voce verbale '*abalienare*' in riferimento agli atti indicati nella definizione in esame).

In tal caso, il senso della definizione si presenterebbe per così dire orientato in relazione ad uno specifico ambito applicativo di '*abalienatio*', quello appunto concernente gli assetti (di certo, come noto, economicamente ed anche socialmente assai rilevanti nell'età più antica) di *res mancipi*.

Per ritornare al tenore letterale della definizione, e con specifico riguardo alla indicazione dell'attività giuridica ivi menzionata, non si pongono grossi problemi, come facilmente intuibile, in relazione alla menzione dell'*in iure cessio*: i problemi sorgono semmai in relazione alla (piuttosto oscura) espressione '*traditio alteri nexu*', che una in apparenza difficilmente smentibile interpretazione, di certo purtroppo non letterale ma sistematica, propende a far coincidere con una indicazione della assai più «familiare» *mancipatio*[24].

La interpretazione di tale espressione appena proposta, sulla base della quale, tra l'altro, vengono mosse le più aspre critiche al passaggio ciceroniano, non riesce verosimilmente a dar conto dell'orizzonte culturale giuridico di cui indubbiamente risente la stesura dei *Topica*; orizzonte entro il quale era forse ancora percepibile una sensibilità maggiore in relazione, per quanto attiene alla specifica fattispecie menzionata nel passaggio in esame, alle vicende che concernono immediatamente la *res* (il passaggio della *res* da un soggetto ad un altro, che la fa propria) più che non alla raffigurazione

---

inoltre rinviare, soprattutto in relazione alla interpretazione boeziana di *top*. 5.25-28, a S. Masuelli, *Giurisprudenza classica nella cultura dell'Italia tardo antica: i frammenti gaiani nel Commentario di Boezio ai Topica di Cicerone*, in «Ravenna Capitale. Codice Teodosiano e tradizioni giuridiche in Occidente. La terra strumento di arricchimento e sopravvivenza» − *cur*. G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi, P. Biavaschi −, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 35-48, ai cui rilievi sul testo di *top.* 5.25-28 è ispirata la presente indagine.

24 Si veda B. Albanese, *Brevi studi di diritto romano*, in «AUPA.» XLII, 1992, p. 68, il quale (sulle orme di P.E. Huschke, *Über das Recht des Nexum und des altes römische Schluldrechts*, Leipzig, 1846, rist. Aalen, 1980, p. 173 ss.), ritenendo che nel passaggio in esame la *mancipatio* sia (pervero alquanto singolarmente e in ogni caso imputando implicitamente a Cicerone una certa eccessiva scioltezza nella ricerca e nell'impiego lessicale) identificata con il *nexum*, tacitamente riconosce nella espressione in esame un riferimento alla *mancipatio*.

dell'atto (indubbiamente la *mancipatio*) idoneo a costituire quelle vicende[25].

L'originaria prospettiva ciceroniana relativamente alla indicazione degli elementi di '*abalienatio*' non sembra poi adeguatamente percepita nel Commentario di Boezio ai *Topica* (ciò che può avere influito sulle successive indagini in merito a questo termine).

Il filosofo, pur dimostrando familiarità con testi provenienti dalla giurisprudenza classica (in relazione al passaggio in considerazione dell'operetta ciceroniana, menziona con notevole precisione Gai., *inst.* 1.119)[26], circoscrive l'analisi lessicale della definizione di '*abalienatio*' al segno '*nexum*', dimostrando per tal via di interpretare l'espressione ciceroniana di '*traditio alteri nexu*' come senz'altro indicativa della *mancipatio*[27].

---

25 Con ciò ovviamente non si intende assolutamente affermare che la cultura giuridica romana della fase dell'età repubblicana non avesse ancora elaborato il concetto astratto di proprietà (in relazione al quale già si pone, come ben noto, il segno *dominium*); si tratta invece di cogliere una predilezione dei Romani verso una terminologia – come acutamente evidenzia F. Gallo, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955, p. 44-45 – meno empirica. «Più correttamente» precisa l'autore «occorrerebbe distinguere, a nostro avviso, tra aspetto concettuale e aspetto terminologico del problema, ed ammettere, precisando i termini del relativo sviluppo, che il diritto romano (…) abbia conosciuto il concetto di trasferimento della proprietà assai prima di formularlo dogmaticamente, ed interpretando in particolare sotto tale profilo, sia l'affiorare, già nel linguaggio dei giureconsulti classici della nuova terminologia *dominium* (*proprietatem*) *trasferre* (…) sia la sostituzione delle nuove espressioni a quelle più antiche *rem tradere*, *transferre*, operate dai Giustinianei in numerosi testi classici».

26 Su tale aspetto, si veda già Gallo, *Studi*, cit., p. 65 nt. 25.

27 Si tratta appunto di Boeth., in *top*, 3D («PL.», LXIV, c. 1096): '*Eiusdem autem Caii libro primo Institutionum de nexu faciendo, haec verba sunt: est autem mancipatio ut supra quoque indicavimus, imaginaria quaedam venditio quod ipsum ius proprium Romanorum est civium, eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus Romanis civibus puberibus, et praeterea alio eiusdem conditionis qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens. Is qui mancipium accipit, aes tenens, ita dicit: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aeneaque libra. Deinde aere percutit libram, indeque aes dat ei a quo mancipium accipit, quasi pretii loco. Quaecumque igitur res, lege duodecim tabularum, aliter nisi per hanc solemnitatem abalienari non poterat* …'. Sul passaggio boeziano, segnatamente in relazione alla citazione gaiana in esso contenuta, si veda già G. Boyer, *Jacques de Révigny et les Institutes de Gaius*, «RHDFE.», XXXVII, 1959, p. 161-175 (il quale propone una lettura parallela rispettivamente di Gai., *inst.* 1.119, Boeth., in *top*. 3D, e Cinus, *Lectura in Codicem*, Francofurti, 1578, f. 439), Nelson, *Überlieferung*, cit., p. 137-139, D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Gallien*, Berlin, 2002, p. 234; da ultimo Masuelli, *I frammenti*, cit., p. 38-39. Rimane da segnalare che l'impiego boeziano di '*abalienare*' all'interno del commentario ai *Topica* ciceroniani si presenta fra gli epigoni dello stesso nel linguaggio della cultura romana: cfr. sul punto Ch. Du Fresne Du Cange, *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, I, Paris, 1840, rist. anast., Graz, 1954,

Certo, al di là dei rilievi contenutistici, si può affermare che, tanto per Cicerone quanto, in perfetta coerenza, per il suo illustre commentatore, Boezio, '*abalienatio*' ('*abalienare*') evocano un *genus* entro il quale trovano posto atti idonei a determinare il passaggio di una cosa dalla disponibilità di un soggetto alla disponibilità[28] di un altro soggetto; atti implicanti pertanto l'allontanamento di una cosa rispetto alla sfera di disponibilità di un soggetto, per riprendere l'idea che è sembrato legittimo cogliere già in relazione ai primi impieghi del termine nel linguaggio della commedia plautina.

Ma come avevamo a suo tempo anticipato, la definizione ciceroniana di '*abalienatio*' non è l'unico riferimento utile all'*isolierung* della nozione stessa evocata dal segno.

A tal proposito, infatti, viene in considerazione una ulteriore testimonianza, per nulla considerata dalla letteratura scientifica (e nemmeno indagata dal pure attentissimo Sturm).

Si tratta del lemma «*abalienatus*», che appare nei seguenti termini all'interno del vocabolario festino (Fest., *verb. sign.*, p. 23 L.):

Abalienatus dicitur, quem quis a se removerit. Alienatus quia alienus est factus.

La definizione festina appare di grande interesse. Innanzi tutto, possiamo dire che legittimi pressoché integralmente l'idea di '*abalienare*' che ci è sembrato cogliere negli impieghi letterari più antichi.

Festo indubbiamente mostra di intendere '*abalienare*' nel senso di un atto consistente in un allontanamento relativo ad una certa sfera di interessi.

Ma v'è di più: per quanto circoscritta a una forma participiale sostantivata ('*abalienatus*', appunto), la voce verbale in esame viene colta dall'antico lessicografo in un senso applicabile, non sappiamo se esclusivamente o meno, a una persona fisica ('… *quem a se removerit*').

E tale senso sembra evocare impieghi di '*abalienare*' anche del tutto estranei agli scenari diremmo giuridico economici, entro i quali dominava, per così dire, la vendita (e ciò appare in tutta coerenza con alcuni impieghi plautini più sopra menzionati).

---

p. 181 sv. '*abalienare*'.

28 Il fatto che la definizione ciceroniana di '*abalienatio*' sia imperniata su atti di trasferimento della proprietà relativi a *res mancipi* (in quanto la definizione stessa esordisce con l'indicazione di tale categoria, indipendentemente dalle caratteristiche che invece presenta la *in iure cessio*) sembra prospettare un orizzonte, al tempo di Cicerone, entro il quale un atto di trasferimento vero e proprio della proprietà doveva ancora configurarsi esclusivamente in relazione ad atti che incidevano sugli assetti del *mancipium*. Si tratta, come è noto, di aspetti estesamente affrontati dalla letteratura romanistica; in relazione ad essi si veda già Gallo, *Studi*, cit., p. 35-37.

Inoltre il rigo festino che riferisce la nozione di '*abalienatus*' si affretta a comunicare la diversa accezione riconnettibile ad '*alienatus*', il participio di '*alienare*', la quale ultima voce tra l'altro non si rintraccia nell'antico vocabolario: '*Alienatus quia alienus est factus*'.

Festo sembra ricomporre in un unico rigo del proprio lemmario un'intera, discussa e per alcuni versi non del tutto chiara tradizione lessicale.

Se infatti, per un verso, gli impieghi di '*abalienare*' sembravano già in epoca molto antica legittimare l'idea che solo il lessicografo enuncia nel secondo secolo della nostra era, la definizione proposta da Cicerone, per altro verso, sembrava cogliere un senso più specifico, connesso, questo sì, al sostantivo '*abalienatio*' (e non ad '*abalienare*'): un senso entro il quale sembravano trovare cittadinanza gli atti implicanti il passaggio della disponibilità giuridica ed economica di un bene (sia pure di una *res mancipi*, a tenore della definizione ciceroniana) da un soggetto che in tal modo se ne privava, ad altro soggetto, un senso che, pure all'interno di tale specificità, sembrava riconnettere ad '*abalienatio*' un ruolo di *genus* proprio in riferimento a quegli atti.

3. '*Abalienare*' nel lessico giuridico

Dobbiamo dar conto, senza pervero poter legittimamente avanzare qualche considerazione in merito, che il sostantivo '*abalienatio*' non compare nel lessico giuridico.

'*Abalienare*' nella lingua giuridica ha invece conosciuto una vicenda pressoché analoga a quella isolata in relazione agli usi letterari.

Il segno appare nel linguaggio specializzato verso la fine del II secolo a.C., come si può cogliere in relazione agli usi della voce nel linguaggio normativo epigrafico[29].

In relazione ad '*abalienare*' all'interno dell'antico linguaggio normativo, si può, in ogni caso, agevolmente isolare il significato di atto implicante il passaggio di una cosa dalla disponibilità di un soggetto ad un altro, pure nella varietà dei relativi contesti: quel che però rileva è che tali impieghi, lungi dal veicolare con esattezza il negozio traslativo (della proprietà o del possesso, o di entrambi) sembrano limitarsi ad indicare per così dire gli estremi di una vicenda possessoria: ancora una volta si ha a che vedere

29 Sul punto si veda ampiamente Sturm, *Abalienatio*, cit., *passim*, il quale analizza gli impieghi di '*abalienare*' nella legge agraria del 111 a.C. e nella *lex Antonia de Termessibus* del 71 a.C.: gli impieghi censiti rimandano senza dubbio ad atti dispositivi, in coerenza con quanto abbiamo sopra delineato a proposito della definizione ciceroniana presente in *top.* 5.28.

con una terminologia che pare piuttosto indifferente in relazione al singolo tipo di negozio e ai relativi effetti, prediligendo invece aspetti che fanno perno direttamente sulla *res*[30].

Ma quel che più interessa, in sede di analisi del lessico giuridico, ma con riflessi ovviamente sull'intera analisi semantica del segno in esame, è il sostegno, o meno, relativamente ad un'ipotesi avanzata in relazione ad '*abalienare*' (e '*abalienatio*') soprattutto dallo Sturm (l'unico studioso, come abbiamo detto, che si sia occupato pressoché di tutti gli aspetti concernenti il termine in considerazione), secondo la quale '*abalienare*' (e '*abalienatio*') ed '*alienare*' ('*alienatio*') sarebbero «perfettamente sinonimi»[31].

Lo stesso Sturm si vede infatti costretto a circoscrivere tale «sinonimia», in relazione al fatto, come pure si è cercato di mettere in evidenza nella parte della presente indagine precipuamente dedicata alla studio degli impieghi letterari dei due termini, che '*abalienare*' (e '*abalienatio*') sembrano impiegati là ove si intende mettere in risalto quell'aspetto, indubbiamente presente all'interno di ogni atto implicante il passaggio di una cosa da un soggetto a un altro, che consiste nell'allontanamento del «bene» rispetto al soggetto che sopra di esso aveva un certo potere o vantava un certo assetto di interessi; '*alienare*' (ed '*alienatio*') sarebbero viceversa impiegati allorché

30 In tal senso, anche se da diverso punto di vista, ancora Fritz Sturm, secondo cui '*abalienare*' nella *lex agraria* del 111 (cfr. *Lex Agraria [Baebia?]*, in «Fontes Iuris Romani Antejustiniani», I, −*cur*. S. Riccobono−, Firenze, 1968, n. XV, p. 136, approvata nel solco delle precedenti riforme graccane), «se retrouve aussi plusieurs fois dans la loi agraire de 111; il y exprime le fait qu'une terre change de maître, d'ayant droit», senza possibilità di individuare con certezza il tipo di negozio traslativo. Analogamente avviene in relazione agli impieghi di '*abalienare*' censiti all'interno della *lex Antonia de Termessibus* (c. I, 27-35, e c. II, 25-27), norma destinata a disciplinare i possedimenti fondiari nella città di *Termessus Maior*, alla quale fu riconosciuta una notevole autonomia proprio in relazione ai rapporti fondiari, in ragione della fedeltà dimostrata ai Romani durante la guerra mitridatica: tali impieghi pur rimanendo contenutisticamente del tutto oscuri, non possono di certo evocare la *mancipatio*.

31 Pervero lo stesso Sturm, *Abalienatio*, cit., p. 135-136, pure dopo avere espressamente enunciato che «alienare et abalienare sont de parfaits synonymes» ammette, circoscrivendo la precedente affermazione «lorsqu'ils désignent la separation du le transfert d'une personne ou d'une chose». Si tratta dunque, ove pure una sinonimia si voglia a tutti i costi rintracciare, di una singolare sovrapponibilità di significati: potemmo affermare insomma che l'atto consistente nel passaggio di una cosa dalla disponibilità di un soggetto alla disponibilità di altro soggetto sarebbe raffigurato con due termini in qualche modo parenti – '*abalienare*' (ed '*abalienatio*') – se l'autore intende per così dire enfatizzare l'aspetto dell'atto che consiste nell'allontanamento della cosa (o della persona) rispetto ad un soggetto che ne aveva la disponibilità (o in relazione al quale avesse un certo assetto di interessi, anche non necessariamente di natura economico-patrimoniale); '*alienare*' se invece l'autore intende, per così dire, enfatizzare l'aspetto dell'atto che consiste nel «rendere la cosa appartenente ad altro soggetto».

si intenda mettere in risalto l'aspetto, altrettanto indubbiamente proprio di ogni atto comportante il passaggio di una cosa da un soggetto a un altro, che consiste nel «rendere la cosa appartenente ad un altro soggetto».

Si tratterebbe di una curiosa sinonimia, al centro della quale verrebbe a collocarsi la raffigurazione dello stesso atto, comportante il passaggio di una cosa da un soggetto ad un altro, riguardato sotto aspetti differenti.

Quest'ultima considerazione, che porterebbe, se accettata, a non condividere del tutto l'affermata «perfetta sinonimia» tra '*abalienare*' e '*alienare*', può accogliersi, sia pure con una certa cautela, anche in relazione alle (pervero assai scarne) testimonianze del nostro segno rintracciabili all'interno del lessico della giurisprudenza classica[32].

Paradigmatico in tal senso l'impiego di '*abalienare*' rintracciabile in Paolo, in D. 4.7.8.5. (12 *ad ed*.):

Qui venditori suo redhibet, non videtur iudicii mutandi causa abalienare.

Il giurista (ma il passaggio è stato davvero poco esplorato in letteratura)[33] afferma sostanzialmente che la *redhibitio* al venditore, avente per oggetto la cosa venduta, non implica '*abalienare*', sia pure circoscrivendo il rilievo con la piuttosto enigmatica espressione '*iudicii mutandi causa*' (che sembrerebbe evocare la possibilità di ricorso ad azione diversa rispetto a quella ordinariamente scaturente del rapporto).

Per quel che interessa in questa sede, '*abalienare*' risulterebbe impiegato nel senso di «privarsi della cosa, allontanandola dalla propria sfera di disponibilità», lasciando del tutto sullo sfondo la successiva vicenda concernente la *res*[34].

---

32 I nostri termini ('*abalienare*' e '*abalienatio*') sono assenti, tra l'altro, nel linguaggio di Gaio.

33 Cfr., in proposito, Sturm, *Abalienatio*, cit., p. 127, il quale, a proposito del testo riferito, osserva che «Rédibition n'est pas alienation *iudicis mutandi causa*».

34 Non mancano di certo, pure all'interno degli scarsissimi usi giurisprudenziali di '*abalienare*', casi nei quali la voce raffiguri un mero passaggio dalla disponibilità di un soggetto a quella di un altro, evocando in tal maniera il modello della *alienatio*: si pensi, ad esempio, ancora a Paolo (3 *ad Plaut.*) in D. 10.3.14.1, in relazione alla alienazione (non rileva nel contesto il tipo di negozio traslativo) di un fondo, o a Ulpiano, *l. reg.* 2.4, in relazione all'alienazione di uno schiavo; impieghi invece nei quali risulterebbe accentuato l'aspetto dell'allontanamento del bene da sé (rispetto alla successiva vicenda concernente la *res*), si rinvengono nel linguaggio della cancelleria imperiale in età tardoantica (si pensi a C.Th. 3.8.2, di Graziano, Valentiniano II e Teodosio I, in relazione ad un intero patrimonio, o ancora a C.Th. 16.2.27.pr., di Teodosio I, Valentiniano II e Arcadio – 21 giugno 390 –, all'interno della quale '*abalienare*' si trova giustapposto a '*servare*', '*donare*', '*distrahere*'

4. Conclusioni

A questo punto, pare legittimo proporre qualche considerazione in conclusione d'indagine.

'*Abalienare*' ed '*abalienatio*' non sono di certo termini di uso frequente nel linguaggio romano: addirittura il secondo, '*abalienatio*', non risulta adoperato nella lingua dei giuristi.

Nonostante l'indicata rarità di impiego, entrambe le voci hanno raffigurato concetti di non poco conto, segnatamente in relazione al mondo del diritto.

'*Abalienare*', la voce ovviamente più antica, già rintracciabile nella lingua di Plauto, designa verosimilmente un atto consistente nell'allontanamento di una cosa (o anche di un soggetto) rispetto ad un soggetto che possa vantare, nei confronti della cosa (o del soggetto) un certo qual potere o anche, più semplicemente, un certo quale interesse, anche di natura meramente affettiva.

Tale accezione di '*abalienare*' risulta confermata dal lemma festino '*abalienatus*', evocante appunto l'idea dell'allontanamento, sia pure avente per oggetto una persona e non una cosa.

Ma già negli antichi usi plautini affiora, in relazione ad '*abalienare*', un'idea diremmo più estesa: la raffigurazione di un atto che consiste nel far passare una cosa (le testimonianze, sul punto, non concernono mai una persona) dalla disponibilità di un soggetto alla disponibilità di altro soggetto; una raffigurazione, sembra però opportuno ribadire, che non trascura di considerare in maniera privilegiata quell'aspetto, pure riscontrabile all'interno di un atto di passaggio, per cui un soggetto, in definitiva, allontana da sé una cosa (più o meno indipendentemente dal fatto che la stessa, in un momento anche soltanto di poco successivo, pervenga nella disponibilità di un altro soggetto).

In relazione a tale raffigurazione si può cogliere il senso della definizione di '*abalienatio*' presentata da Cicerone all'interno dei *Topica* (5.28).

Nell'ambito di tale definizione, '*abalienatio*' sembra essere concepita come una sorta di *nomen generale* (si è parlato, in proposito, di un vero e proprio *genus*) entro il quale, come esempio assai efficace di *definitio per divisionem*, si vengono a individuare atti consistenti nel fare passare una cosa dalla disponibilità di un soggetto a un altro: disponibilità che l'oratore appoggia alla antica proprietà civile e conseguentemente agli atti implicanti l'indicato passaggio: atti raffigurati con una terminologia evocante prima di tutto il passaggio materiale della *res* (è il caso indicato con l'enigmatica espressione '*traditio alteri nexu*', ma anche con '*in iure cessio*', direttamente connessa con '*in iure cedere rem*'), più che non atti evocanti, su diverso

e '*derelinquere*').

piano, mutamenti di assetti dominicali, di certo percepiti, ma la cui formulazione era ancora ritenuta, in quel tempo, del tutto secondaria.

In relazione agli elementi proposti dalla definizione ciceroniana, si è forse, più o meno consapevolmente, da parte della pur scarsa letteratura che si è occupata del problema rappresentato dalla terminologia in esame, cercato di scorgere una pure estremamente suggestiva sinonimia tra '*abalienatio*' (pervero alquanto raro nell'uso linguistico) e '*abalienare*' da un lato ed '*alienatio*' e '*alienare*' dall'altro.

E si è parlato, in proposito, di «perfetta sinonimia».

Ma la considerazione della enunciazione di Festo relativamente alla voce '*abalienatus*' (nonché gli usi plautini ormai più volte richiamati), come poco sopra indicato, deve suggerire maggiore cautela nell'analisi dei rapporti fra '*abalienare*'ed '*alienare*'.

Non si vuole dire che fra i concetti veicolati dalle due voci non vi sia assolutamente alcuna vicinanza: gli usi giuridici di '*abalienare*' sovente sembrano richiamare addirittura una quasi integrale sovrapponibilità.

Ma si vuol dire che, in quella raffigurazione dell'atto di passaggio avente per oggetto una cosa da un soggetto ad altro soggetto, raffigurazione senz'altro presentata da '*abalienare*', non deve andare perduta quella sorta di prospettiva laterale, dalla parte cioè del soggetto che allontana da sé la cosa all'interno dell'atto di passaggio, in relazione alla quale la nostra voce è stata verosimilmente escogitata.

Massimo Miglietta

Emblematic Cases of «Logical Conflict» between «Quæstio» and «Responsum» in the «Digesta» of Publius Alfenus Varus*

1.1. In a fascinating page of *Brutus*[1], Cicero remembers how, in his youth, he and his friend Servius Sulpicius Rufus refined their dialectical skills at the famous school of Apollonius of Rodhes[2]. Dialectics, when applied to juridical interpretation[3] – this, Cicero says, could be throughly made only by

* In honour of my friend Pierluigi Zannini I publish here the English translation of a paper of mine, which already appeared in «Studi in onore di Antonino Metro».

1 I am referring to Cic., *Brut.* 40.150–42.156.

2 Apollonius of Rodhius, called Apollonius of Alabanda, or Apollonius of Molon (known also as ὁ μαλακός), was the celebrated founder and master of the Rhodian rhetorical School, which was visited by Scaevola, in 121 a.C., and by M. Antonius, in 98 a.C.: see Cic., *de orat.* 1.75, and already O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, p. 483. About the influence of the greek philosophy and rhetoric on the education of the Roman jurists, I refer to the brief, but at the same time poignant, essay of G. Santucci, *Retorica e diritto: un primo approccio circa l'esperienza giuridica romana*, in «La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo», *cur.* G.A. Ferrari, M. Manzin, Milano, 2004, p. 213 ff., as well as, more in general, I would mention the essay of C. Venturini, *L'argomentazione giuridica: dalla retorica classica alla moderna argomentazione*, in «L'argomentazione e il metodo nella difesa», *cur.* A. Mariani Marini, F. Procchi, Pisa, 2004, p. 13 ff.; for a wider bibliography, see also G. Sposìto, *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli, 2001, *passim* (and p. 123 ff.).

3 As for the acquisition of the so-called dialectical method from Servius see F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. 62 ff. = Id., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 73 ff. = Id., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 119 ff. As for the implications deriving from the concept of 'juridical interpretation' I cannor but refer, among all the others, to L. Lantella, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in A. Belvedere – M. Jori – L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologiche*, Torino, 1979, p. 5 ff.

Servius[4] – seems to be built up around a list of logical operations, rhytmically enumerated in the following terms:

Cic., *Brut.* 41.152: rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia[5].

Thus, dialectics extends itself, according to this pattern, on two levels[6].

A first – and an immediate one, so to say – level asks the interpreter to proceed with the '*partitio*', that is, to divide a complex issue in consequent segments (*rem universam tribuere in partis*)[7].

---

4 See on this point, among the others, the fundamental reflections of F. Bona, *L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere'*, in «SDHI.» XLVI, 1980, p. 282 ff. = Id., *Cicerone tra diritto e oratoria. Saggi su retorica e giurisprudenza nella tarda Repubblica*, I, Como, 1984, p. 61 ff. = Id., *Lectio sua*, II, Padova, 2003, p. 717 ff. About such important essay I refer to the recent «review» of F. Cuena Boy, *Das Ideal der Rhetorik bei Cicero und das 'ius civile in artem redigere'* [german trans.: Ch. Baldus – M. Miglietta], in «RDR.», VI, 2006, web page. See also *infra*, n. 27 (and reference text).

5 In order to offer an easier approach to the reader, I reported in footnotes the (most widely known) English translations of the Latin textes quoted in this work. Unfortunately, it was impossible to do the same for the Latin textes quoted in the same footnotes, as the number of pages of this paper would have grown beyond any reasonable measure. The translation of Cic., *Brut.* 41.152 comes from G.L. Hendrickson, *Cicero. V. Brutus. Orator*, London-Cambridge (Massachussets), 1939, rist. 1952): «… (that art which teaches) the analysis of a whole into its component parts, sets forth and defines the latent and implicit, interprets and makes clear the obscure; which first recognizes the ambiguous and then distinguishes; which applies in short a rule or measure for adjudging truth and falsehood, for determining what conclusions follow from what premises, and what do not».

6 About these profiles I refer again to Miglietta, *Intorno al metodo dialettico della scuola serviana*, *passim* (and, more in general, to Id., *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana*, I, cap. I – whose publication is imminent) (See now M. Miglietta, *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana*, Trento, 2010).

7 See, specifically, D. Nörr, *Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1972, *passim* and M. Talamanca, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in «Colloquio italo-francese 'La filosofia greca e il diritto romano'», II, Roma, 1977, p. 14 ff. (also about the relationships between '*divisio*'-'*partitio*', '*res infinita*' and '*res finita*' – cf. Cic., *top.* 8.33 – and, respectively, between *genera* and *species*: see expecially, p. 15 and 20). Cf., then, Cic., *de orat.* 3.115: *cum res distribuitur in partes, ut* …, et rell., which is a text mentioned, among others, by L. Calboli Montefusco, *La dottrina degli 'status' nella retorica*

Then, we have to operate the '*definitio*', which has as its aim, literally, in this specific context[8], to 'draw the exact borders' of the question (*de-finire*), in order to «loose the folds» of the argument (ethymologically: '*ex–plicare*')[9], to pin down what is there hiding (*latens*): as Cicero observs, we have to '*latentem explicare definiendo*'.

Eventually we reach the '*interpretatio*', which lets us «logically» tread on everything – while making it «flat» (*ex-planare*) – that is '*res obscura*': '*obscuram explanare interpretando*'[10].

A second level relates – on the contrary – to those *res* that seem to be *ambiguae*: when, in other words, the interpreter must face objects that, differently from the above mentioned *res* (those that we have called «first level»), are not simply «concealed» or «far from light» – but that, at the same time, can be easily singled out. When we deal with enigmatic or, better, not univocal (*ambigua*)[11] data, we need to make a more complex operation,

---

greca e romana, Hildesheim – Zürich - New York, 1986, p. 82.

8 Such specification is necessary because the meaning of '*definire*' as «the setting of boarders» (about which cf. V. Messana, *Sui 'libri definitionum' di Emilio Papiniano. 'Definitio' e 'definire' nell'esperienza giuridica romana*, in «AUPA.», XLV, 2, 1998, p. 169 ff.) does not exaust the possible meanings of the word inside the ciceronian language: see on this point R. Martini, *'Definitio' come 'delimitazione della fattispecie'?*, in «Labeo», XLV, 1999, p. 464 (that refers, for instance, to Cic., *de inv.* 1.8.11). See also F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in «Retorica, processo, verità», Milano, 2007, p. 53 f.

9 Cf. A.Walde, J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*[5], Heidelberg, II, 1982, p. 323, *sub* '*Plico*'.

10 About the relationships between '*obscuritas*' e '*ambiguitas*' see, recently, S. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità in diritto romano e nella tradizione romanistica*, Torino, 2005, p. 133 ff. (p. 138 f. n. 37, specifically). In the text now examined, the two concepts are kept separated – the *obscuritas* belongs to what we have called a «first level» operation (*obscuram explanare interpretando*), while the *ambiguitas* is implied in the «second level» hermeneutical operations (*ambigua primum videre* …, et rell.). But this cannot lead us to argue that some kind of «opposition» exists between the two concepts: Cicero keeps their (strict) correlation always in mind, so that, in Cic., *de inv.* 2.40.116 – about which see *infra*, in this essay – what seems to be ambiguous, it is so because (*scl.* also) of the *obscuritas* of what the *scriptor* wrote ('*ex ambiguo nascitur controversia, cum, quid senserit scriptor, obscurum est, quod* …', etc.). About the theorical profiles see A. Guzmán Brito, *Historia de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, 2000, p. 82 ff., and L. Lantella, *Dall' 'interpretatio iuris' all'interpretazione della legge*, in «Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne», Torino, 1997, III p. 587 ff.

11 As Blair remarked in his successful treatize (see H. Blair, *Lectures on rhethoric and belles lettres,* Edinburgh, 1783, french trans. by P. Prevost *Cours de rhétorique et de belles-lettres*, Paris, 1821[2,] I, p. 233), «l'ambiguité peut provenir de deux causes: d'un mauvais choix de mots, ou d'un arrangement vicieux [the ambiguity can derive from two causes:

because these data have – textually – a multiple meaning, at least a «double» one (*amb-iguus*) – that is, they allow more than one interpretation – as it is elsewhere underlined by:

Cic., *de inv.* 2.40.116: 'In scripto' versatur 'controversia', cum ex scriptionis ratione aliquid dubii nascitur. Id fit 'ex ambiguo', 'ex scripto et sententia', 'ex contrariis legibus', 'ex ratiocinatione', 'ex definitione'. 'Ex ambiguo' autem nascitur controversia, cum, quid senserit scriptor, obscurum est, quod scriptum duas pluresve res significat[12] [13].

---

from a bad choice of the words, or from an erroneous connection]», alluding, by this, to the literal ambiguity and to the syntactical (or logical) ambiguity. As to the first profile, and as to what regards the experience of the servian school, we can refer to the interesting texts contained in D. 50.16. 203 + D. 34.2.28 (Alf. 7 *dig. ab anon. epit.*) – cf. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, I, c. 44 n. 29 (Alf.) –, about the meaning of the expressions '*domum ducere*' e '*suo usu ducere*', contained in the *lex censoria portus Siciliae*. As to the second profile, beyond what we will remark *infra* about Cic., *de inv.* 2.41.121, Blair evokes (*op. cit.*, 241, but without saying where exactly the quoting comes from) the well known instance recalled by Quintilianus (it is in Quint., *inst. or.* 7.9.8, and cf. 7.9.11): '*Unde controversia illa: 'testamento quidam iussit poni statuam auream hastam tenentem'. Quaeritur, statua hastam tenens aurea esse debeat, an hasta esse aurea in statua alterius materiae?'*.

12 Translation from H.M. Hubbell, *Cicero. II. De inventione. Optimo genere. Oratorum topica*, London-Cambridge (Massachussets), 1949, rist. 1968: «A controversy turns upon written documents when some doubt arises from the nature of writing. This comes about from ambiguity, from the letter and intent, from conflict of laws, from reasoning by analogy, from definition. A controversy arises from ambiguity when there is doubt as to what the writer meant, because the written statement has two or more meanings.»

13 Such issue is an extention of the introductory part of the rhetorical treatise (see Cic., *de inv.* 1.13.17). Wherever Cicero analysed the '*status legales*' ('*controversiae*', *i.e.* the ζητήματα νομικά, of Ermagora: see M. Bretone, *Il giureconsulto interprete della legge*, in «Labeo», XV, 1969, p. 300 = Id., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2], Napoli, 1982, p. 313, and R.E. Volkmann, *Die Rhetorik der Griechen und Römer in systematischer Übersicht*[2], Leipzig, 1885, p. 90; A.E. Chaignet, *La rhétorique et son histoire*, Paris, 1888, *passim*; B. Riposati, *Studi sui 'Topica' di Cicerone*, Milano, 1947, p. 255; J. Stroux, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Postdam, 1949, p. 81 ff.; J. Himmelschein, *Studien zu der antiken Hermeneutica iuris*, in «Symbolae O. Lenel», Leipzig, 1935, p. 387 and n. 1, ff.; J. Santa Cruz, *Der Einfluß der rhetorischen Theorie der Status auf die römische Jurisprudenz, insbesondere auf die Auslegung der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, in «ZSS.», LXXV, 1958, p. 91 ff. and 101 ff.; Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen* (Köln-Berlin-Bonn-München 1967) 24 f. and L. Calboli Montefusco, *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli 'status'*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio», *cur.* D. Mantovani, Torino, 1996, p. 216-217 n. 14), he already wrote in advance: '*Nam tum verba ipsa videntur cum sententia scriptoris dissidere, tum inter se duae leges aut plures discrepare, tum id, quod scriptum est, duas aut plures res significare, tum ex eo, quod scriptum est, aliud, quod non scriptum est, inveniri, tum vis verbi quasi in*

This text from *de inventione* is immediately followed by an interesting instance, unusually regarding a juridical matter, which explains the above mentioned principle[14]: '*Paterfamilias, cum filium heredem faceret, vasorum argenteorum centum pondo uxori suae sic legavit: 'Heres meus uxori meae vasorum argenteorum pondo centum, quae volet, dato'. Post mortem eius vasa magnifica et pretiose caelata petit a filio mater. Ille se, quae ipse vellet, debere dicit*'[15] [16].

---

definitiva constitutione, in quo posita sit, quaeri'. See, then, in general, Volkmann, *op. cit.*, p. 42; E. Balogh, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes (nebst einigen einleitenden Bemerkungen über die Bedeutung des römischen Rechts für das moderne)*, in «Studi P. Bonfante», Milano, 1930, IV, p. 666; W. Kroll, '*Rhetorik*', in «PWRE.», Suppl. VII, Stuttgart, 1940, c. 1085 ff.; F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 76 and n. 7 = Id., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, p. 92 and n. 3 = Id., *Storia della giurisprudenza romana*, p. 145 and n. 2; M. Fuhrmann, *Philologische Bemerkungen zur Sentenz 'summum ius summa iniuria'*, in «Studi E. Volterra», Milano, 1971, II, p. 62 f. See also the reflections of S. Tafaro, *Il giurista e l' 'ambiguità'. Ambigere – ambiguitas – ambiguus)*, Bari, 1994, p. 15 ff.; Id., *Ambiguitas*, in «Atti del convegno internazionale 'Il latino del diritto'», *cur.* S. Schipani, N. Scivoletto, Roma, 1994, p. 102 f. n. 14 and p. 110 ff. (specifically), and, lately, S. Masuelli, *op. cit.*, p. 138 f. n. 37, who recalls, correctly, the texts of Cic., *top.* 25.96 ('*id autem contingit, cum scriptum ambiguum est, ut duae sententiae differentes accipi possint*'), and of Cic., *or.* 34.121 ('*nam si quando aliud un sententia videtur esse aliud in verbis, genus est quoddam ambigui quod ex praeterito verbo fieri solet, in quo quod est ambiguorum proprium res duas significari videmus*').

14 Such datum is probably the outcome of the ciceronian elaboration, but it is certainly meaningful that, with reference to ambiguity, Cicero uses an instance connected to the law world. On this text, see, in particular, P. Voci, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1963², II, p. 930 ff.

15 Translation from Hubbell, *Cicero. II*: «A father, in making his son his principal heir bequeathed to his wife a hundred pounds of silver plate in the following terms: "Let my heir give to my wife a hundred pounds of silver plate as desired." After his death the mother asks her son for some magnificent examples of plate with costly chasing. He says that he is obligated to give her only what *he* desires» (italics are mine).

16 Such principle and instance case are also mentioned in a «passo più succinto dell'*Auctor ad Herennium* [briefer text of the *Auctor ad Herennium*]» (as E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna, 1927, p. 246, already noticed), *i.e.* 1.12.20: '*Ex ambiguo controversia nascitur, cum res unam sententiam scripta, scriptum duas aut plures sententias significat, hoc modo: Paterfamilias cum filium heredem faceret, testamento vasa argentea uxori legavit [Tullius]: 'Heres meus [Terentiae] uxori meae* xxx *pondo vasorum argenteorum dato, qua<e> volet'. Post mortem eius vasa pretiosa et caelata magnifice petit mulier. Filius se, quae ipse vellet, in* xxx *pondo ei debere dicit. Constitutio est legitima ex ambiguo*'. See also Cic., *verr.* 2.4.45, for a lexical parallelism. It is interesting to note that the *Auctor* builds up a chiasmus, according to which *controversia nascitur,* '*cum res unam sententiam scripta, scriptum duas aut plures sententias significat*', thus it is underlined that, though one and only will is mentioned (written) (*res unam sententiam scripta*) – from the point of wiew of the writer – (in the piece of writing) actually different wills dissenting one to the other

The hermeneutical problem – connected to the *thema* of *ambiguitas* – comes out from the fact that the words '*quae volet*'[17], included in the last will, have no explicit subject, and, therefore, they can be referred both to *mulier* and to *filius* (thus, to the legatee or to the heir and to their possibly diverging wills)[18], because '*quid*

---

emerge (or better, the only will can be interpreted in many ways, and means many *sententiae*: *scriptum – plures sententias significat*). See also the synthesis of *Auct. ad Her.* 2.11.16.

17 See Cic., *de inv.* 2.41.121, as referred *infra*, in the following note.

18 Such is the continuation of the suggestive ciceronian text – an instance of the adoption of the greek τόπος of the *verba* (*scriptum*) against the *voluntas* (*mens*, *aequitas*) (see SCHULZ, *loc. ult. cit.*, *supra*, n. 3) – that deserves to be fully quoted and commented: [40.116] '*Primum, si fieri poterit, demonstrandum est non esse ambigue scriptum, propterea quod omnes in consuetudine sermonis sic uti solent ex verbo uno pluribusve in eam sententiam, in quam is, qui dicet, accipiendum esse demonstrabit.* [117] *Deinde ex superiore et ex inferiore scriptura docendum id, quod quaeratur, fieri perspicuum. Quare si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri; quae autem ex omni considerata scriptura perspicua fiant, haec ambigua non oportere existimare. Deinde, qua in sententia scriptor fuerit, ex ceteris eius scriptis et ex factis, dictis, animo atque vita eius sumi oportebit et eam ipsam scripturam, in qua inerit illud ambiguum, de quo quaeretur, totam omnibus ex partibus pertemptare, si quid aut ad id appositum sit, quod nos interpretemur, aut ei, quod adversarius intellegat, adversetur. Nam facile, quid veri simile sit eum voluisse, qui scripsit, ex omni scriptura et ex persona scriptoris atque iis rebus, quae personis attributae sunt, considerabitur.* [118] *Deinde erit demonstrandum, si quid ex re ipsa dabitur facultatis, id, quod adversarius intellegat, multo minus commode fieri posse, quam id, quod nos accipimus, quod illius rei neque administratio neque exitus ullus exstet; nos quod dicamus, facile et commode transigi posse; ut in hac lege – nihil enim prohibet fictam exempli loco ponere, quo facilius res intellegatur: 'Meretrix coronam auream ne habeto; si habuerit, publica esto', contra eum, qui meretricem publicari dicat ex lege oportere, possit dici neque administrationem esse ullam publicae meretricis neque exitum legis in meretrice publicanda, at in auro publicando et administrationem et exitum facilem esse et incommodi nihil inesse.* [41.119] *Ac diligenter illud quoque adtendere oportebit, num illo probato, quod adversarius intellegat, res utilior aut honestior aut magis necessaria ab scriptore neglecta videatur. Id fiet, si id, quod nos demonstrabimus, honestum aut utile aut necessarium demonstrabimus, et si id, quod ab adversariis dicetur, minime eiusmodi esse dicemus. Deinde si in lege erit ex ambiguo controversia, dare operam oportebit, ut de eo, quod adversarius intellegat, alia in re lege cautum esse doceatur.* [120] *Permultum autem proficiet illud demonstrare, quemadmodum scripsisset, si id, quod adversarius accipiat, fieri aut intellegi voluisset, ut in hac causa, in qua de vasis argenteis quaeritur, possit mulier dicere nihil adtinuisse adscribi 'quae volet', si heredis voluntati permitteret. Eo enim non adscripto nihil esse dubitationis, quin heres, quae ipse vellet, daret. Amentiae igitur fuisse, cum heredi vellet cavere, id adscribere, quo non adscripto nihilominus heredi caveretur* [121] *Quare hoc genere magnopere talibus in causis uti oportebit: 'Hoc modo scripsisset, isto verbo usus non esset, non isto loco verbum istud conlocasset'. Nam ex his sententia scriptoris maxime perspicitur. Deinde quo tempore scriptum sit, quaerendum est, ut, quid eum voluisse in eiusmodi tempore veri simile sit, intellegatur. Post ex deliberationis partibus, quid utilius et quid honestius et illi ad scribendum et his ad conprobandum sit, demonstrandum;*

et ex his, si quid amplificationis dabitur, communibus utrimque locis uti oportebit. Ex scripto et sententia controversia consistit, cum alter verbis ipsis, quae scripta sunt, utitur, alter ad id, quod scriptorem sensisse dicet, omnem adiungit dictionem'. Here, of course, Cicero (willingly) limits himself to the rhetorical analysis, which takes the upper hand to the more strictly juridical profile: see, about the first, H. Coing, *Zur Methodik der republicanischen Jurisprudenz*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1952, p. 381 n. 78, and, about the second, P. Ciapessoni, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in «Studi P. Bonfante», III, Milano, 1930, p. 708 and n. 198 – with an abundance of textes, though read through a suffocating interpolationistic method – about the principle of classical law according to which, unless differently stated, «la scelta nel caso di legato generico spettava al legatario se il testatore l'aveva disposta con legato di proprietà, all'erede se con legato d'obbligazione [in case of generic legacy, the legatee had the choice if the testator used a real estate legacy, while the heir had the choice if the testator used an obligation legacy]»: so already C. Ferrini, *Studi sul 'legatum optionis'*, in Id., *Opere*, IV, Milano, 1930, p. 274 n. 1, p. 282 and 318; Costa, *Cicerone giureconsulto*, I, p. 246 f. and n. 1; more recently P. Voci, *Diritto ereditario romano*[2], II, p. 264 and n. 61. In the present case we should be in front of a legacy *per damnationem* ['*heres – dato*', cf. Gai., *inst.* 2.201] and, therefore, the choice should be up to the heir: but here the hypothesis seems to be the opposite (see § 120 and, correctly, Ferrini, *op. cit.*, 282 and 318; but not Ciapessoni, *op. cit.*, 708). In first place, however, the interested party shall (try to) demonstrate that there are no ambiguities, and that the wording – used, in our case, by the testator – is a common way to express oneself (of course '*si* [all this] *fieri poterit*', as the same Cicero observs). For such reason, the interpretation shall be carried on «contextualising» in the «whole» the discussed point. And here Cicero seems to show an astonishing methodological modernity; he observs that the operation (conscious or unconscious as it is) through which one separates from the context the object of discussion is, in itself, the real source of ambiguity, because there is not an expression that, out from its reference structure, gives no way to more than an interpretation (and cf., *e.g.*, D. 1.3.24 [Cels. 9 *dig.*]: '*Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*' – a parallelism mentioned by J. Stroux, *Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris*, Leipzig-Berlin, 1926, p. 21 f., and n. 40 specifically [= Id., *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, p. 31 ff. and n. 40], about which E. Levy, Rew. to Stroux, *op. cit.*, in «ZSS.», XLVIII, 1928, p. 674 = Id., *Recht und Gerechtigkeit*, in *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz, 1963, p. 25). Thus, all elements that are, so to say, «around» the will shall be identified: elements through and thanks to which it is possible to wholly «reconstruct» the will of the testator – as «others pieces of writing, relevant events, assertions, intentions (of course expressed), factual behaviour» (*ex ceteris eius scriptis, factis, dictis, animo atque vita eius*): cf. E. Betti, *Zur Grundlegung einer allgemeiner Auslegungslehre*, in «Festschrift E. Rabel», II, Tübingen, 1954, p. 102 n. 25*a*, while Voci, *op. cit.*, 931, speaks of a «descrizione chiarissima di quella che i giuristi chiamano *consuetudo testatoris* [a very clear description of what the jurists call *consuetudo testatoris*]»). To get back to the case in § 116, we can think to this hypotesis: the testator had expressed in several occasions his will, while also saying that «his wife» (or, alternatively, «his heir») could have choosen the single pieces of silverware that are the object of the legacy (we could say something similar, for instance, with reference to D. 35.1.27 [Alf. 5 *dig. ab anon. epit.*] – about which we will talk *infra*, § 4 – if we could, by chance, ascertain that the testator mentioned *verbatim* the exact model to be followed in order to build up the monument)

senserit scriptor'[19] cannot be univocally ascertained. All this brings forth an argument – an almost paradoxical one, thus, an argument that deserves examination – between mother and son, as the same Cicero describes: *vasa magnifica et pretiose caelata petit a filio mater* (!). Of course *post mortem eius* (that is, of the testator, husband of the woman and father of the heir), with a reply – symmetrical and opposite to his mother's claim – *ille* (scl. *heres*) *se, quae ipse vellet, debere dicit*.

1.2. Coming back to *Brutus*, the effort of the interpreter shall not be exhausted by a «unitary act», but it requires a list of operations which «necessarily» depend one from the preceding (as it is eloquently showed out by the consequential morphemes: '… *primum* … *deinde* … *postremo* …'), operations expressed by the verbs '*videre*' and '*distinguere*', both aiming to

(§ 117). To this regard, we cannot omit to consider the further possibility that evidence of the opposite thesis (*i.e.* of the opposing party) could be found in such data ('*si quid aut ad id appositum sit, quod nos interpretemur, aut ei, quod adversarius intellegat, adversetur*': this is not explicitly said in the text, which mentions, instead, the way to find the arguments against the opposing party, but I think it can be inferred from the whole meaning of it and, textually, from the clause '*si quid ex re ipsa dabitur facultatis*'): the heir acquaints himself with the fact that – we are still considering the case presented in *de inventione* – the testator had many times mentioned the legatee woman as the one who should have choosen the silverware. Who is entitled to it shall then convince the hearers (or the judge: il «trattato di retorica presuppone sempre la controversia giudiziaria» [the «rhetorical treatise has always as its premise the lawsuit»] – so said sharply Voci, *op. cit.*, p. 931) the the solution proposed by his antagonist (unlike the solution he supports) cannot be applied – and here Cicero recalls another instance ('*nos quod dicamus … 'meretrix coronam auream ne habeto; si habuerit, publica esto*': in which it can be demonstrated that not the *meretrix* but the gold crown that she wore against – so it seems – the *mores* can be the object of the auction) that is used to support the expressed principle (§ 118): in the instance of the *meretrix* ther is a clear reference to a «*lex ficta*», created by Cicerone, as he underlines (§ 118): see already J.K. Orelli, *M. Tullii Ciceronis opera*, VIII. *Onomasticon Tullianum*, Zürich, 1837, p. 402. Then, whenever the reasoning of the opposing party seems to be founded, its strenght can be possibly paralyzed through the objection that the solution is, in any case, dishonest, or unuseful or, again, not necessary (while the contrary will be proved with reference to the other solution) – and through the use, eventually, of some presumptions, for instance supposing that the testator would not have used such expressions, if the explanation given from the opposing party would have been admitted – *i.e.* supposing that the opposing party is recalling a different rule, which here cannot be applied (§ 120). Thanks to such remarks, the legatee (the *mulier-mater* of our case) will claim that the testator would not have added '*quae volet*' if he had referred to the heir, because this would have clearly resulted from a clause lacking such specification (§ 121) – and, as such, consistent with the *regula iuris* (already mentioned in D. 33.5.20 [Iav. 2 *post. ex Lab.*], probably coming from the *digestorum* books of Aufidius Namusa, pupil of Servius: cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 75 n. 1 (Auf. Nam.), and c. 304 n. 179 (Iav.).

19 Notice the use of the latin verb '*sentire*', on which we will come back in the continuation of this work, with reference to D. 35.1.27 (Alf. 5 *dig. ab anon. epit.*): see *infra*, § 4.

the outcome of '*habere regulam*'.

Thus, considering what we have observed, the interpreter cannot confine himself to a superficial (that means «external») analysis of the reality.

Reality, in first place (*primum* …), must be rigorously evaluated. If it comes out to be «ambiguous» (so, *duas pluresve res significat*), it must be observed (verb '*videre*') from every wiewpoint, in order to find all its possible meanings.

So (… *deinde* …), every single part must be correctly marked ('*di-stinguo*' means «to dot», that is, «to mark»)[20]: in a strictly juridical perspective, we could argue that the verb '*distinguere*' acquires – in this specific context – the meaning of «to give to *res* the correct *nomen iuris*» (that is, to connect it to the right sector of the juridical system).

But we cannot forget that the interpreter goes through such activities in order to reach (to identify or, better, to create) the '*regula*', that is, the «evaluation standard»[21], through which he can determine what is true and

20 Cf. A. Walde, J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1982[5], '*Distinguo*' – '*Instigo*', p. 357 and p. 706 f.: nor we can exclude that such verb referred also, as a consequence of its main meaning, to the operation of «separating» the *res* object of interpretation from other *res*, similar but with different profiles, in order to apply (or not to apply) analogically the *regula iuris*. Cf. L. Vacca, *Casistica giurisprudenziale e concettualizzazione 'romanistica'*, in «Atti Convegno Legge, Giudici, Giuristi (Cagliari 18-21 maggio 1981)», Milano, 1982, p. 83 ff. = Ead., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, p. 29 ff.

21 The word '*regula*', *i.e.*, usually, the «rule» (meaning, firstly, the instrument, as well as '*norma*' means usually «square» or also «right angle») derives from architecture and has, therefore, a technical origin and nature: cf. Vitruv., *de archit.* 1.1.6 and 17 (in this second case, the same Vitruvius moves the word '*norma*' from the architectonic to the dialectical field while talking about '*norma artis grammaticae*'); 1.2.2; 1.6.6; 4.3.4-5 (opposed, also, to '*norma*': see *infra*); 5.10.3; 6.2.2; 7.1.3-4; 7.3.5; 7.4.5; 8.5.1; 8.5.3; 9 *praef.* 6 (here meaningfully the «rule» forms, with other similar elements, a triangular tool, *i.e.* a '*norma*'); 9.8.5-6; 10.2.8; 10.6.2; 10.8.1, 3-4 and 6; 10.10.3; 10.11.5-6 and 8. As to the '*norma*' — and to the expressions connected to it, as '*ad normam*' (hence the common italian expression «essere a norma» [«to comply with standards», or «to be within the norm (that states standards)»]) — cf. Vitruv., *de archit.* 1.1.4; 3.1.3 (with reference to the proportions — '*ad normam*' — of the modular canon of the human body, known as the «vitruvian man», made even more famous by the drawing of Leonardo da Vinci); 3.5.13-14; 4.3.5; 7.3.5; 8.5.1; 9 *praef.* 6 (see *supra*) and 9.7.2. See, *e.g.*, also Plin., *nat. hist.* 7.198 and 36.172. we can, therefore, argue that, in the field of the juridical semantics, the words '*regula*' and '*norma*' mean, in some way, respectively, the «evaluation standard», *i.e.*, «in senso metaforico, strumento idoneo a mostrare una conformità [in a metaphorical sense, the instrument apt to show a conformity]», or to «conform» (see L. Lantella, E. Stolfi, M. Deganello, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino, 2003, p. 183), and the «direction» (cf. the interesting *incipit* of the so called *Regula sancti Benedicti*: «'*regula appellatur' ab hoc quod oboedien-*

what, on the contrary, is not ('*ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam qua vera et falsa iudicarentur …*')[22] and which consequences must be inferred – or, differently, must be excluded – if some premises have been stated ('*… et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia*')[23] .

Cicero does not limit himself to going through this precious and elegant description, but, as he had already said in details, as major premise, he explains that the true reason why Servius dedicated himself – since he was young and with remarkable effort – to liberal arts, and particularly to dialectics, should not be placed in a wish to have a (merely) wider «academical knowledge», but in the intention to exploit – in the most «useful» way, pragmatically – the potential of such method in the interpretation of the juridical

---

dum '*dirigat*' *mores* [the primes are mine]») and the «profoundity» of human behaviour.

22 It is not easy to identify which specific meaning of «truth» (and, by simmetry, of 'falsity') Cicero meant to allude to with reference to the operating of the *regula* (*iuris*). This is so true that all law scholars that dealt with Cic., *Brut.* 41.152 stoppedemselves at the (mere or less) literal translation of the text (see bibliography *infra*, in the following note). It is not to be excluded, though, that – beyond the clear rhetorical structure ('*qua vera et falsa iudicarentur*') – Cicero had already in mind the so called «probabilism» of the Academics, to which he will fully adhere in his maturity. «Probabilism» is a sort of «pragmatic skepticism», which, while it does not deny the existence of a truth beyond the phenomenic data, aims mainly to give us the chance of a probable knowedge; a knowledge that, what is more relevant to us, is useful to guide the activity of the interpreter (in this case) and functional to it. It is mostly illuminating, in this context, the ample and well known dialogue – that develops in a plot of hypothesis and replies – with Lucullus in Cic., *acad.* 2. Such issue does not fail to bring forth wide reflections (also) from modern scholars: I would mention, among the others, the stimulating reflections in «Processo e verità», *cur.* A. Mariani Marini, Pisa, 2005, *passim*.

23 On this point see: C. Ferrini, *Le scuole di diritto in Roma antica (discorso inaugurale)*, in Id., *Opere*, II, Milano, 1929, p 2; N. Abbagnano, 'Dialettica', in Id., *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, p. 217; C. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966, p. 84 ff.; A. Watson, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, 1974, p. 159 f.; A. Guzmán Brito, *Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana*, in «Revista de Estudios Historico-Juridicos», V, 1980, p. 22 n. 11; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992, p. 85 (and n. 28); M. Bretone, *Storia del diritto romano*[8], Bari, 2002, p. 205; A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari, 1987, p. 42-43 = Id., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, p. 55, and now, with some slight changing, Id., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 167. For a synthesis of the concepts in Cic., *Brut.* 41.152, see, lastly, L. Vacca, *L' 'Aequitas' nella 'interpretatio prudentium'*, in «'Aequitas'. Giornate in memoria di Paolo Silli», *cur.* G. Santucci, Padova, 2006, p. 32.

matters (*ut ius civile facile posset tueri*)[24]:

Cic., *Brut.* 41.151: […] nam et in isdem exercitationibus ineunte aetate fuimus et postea una Rhodum ille etiam profectus est, quo melior esset et doctior; et inde ut rediit, videtur mihi in secunda arte primus esse maluisse quam in prima secundus[25].

In other terms, Servius would have preferred to reach a most preminent position in the juridical science, than to (face the danger to) belong (*rectius*: to belong *only*) to the second row of the rhetors. And, while pursuing this aim, Servius would have practiced, in an exclusive way, a true '*ars*', thus differing even from *pontifex maximus* Quintus Mucius Scaevola, who was considered the greatest jurist of the preceding generation, and who was teacher both of Servius and Cicero (qualified, by Cicero, as «very experienced in law», but nothing more)[26].

Cicero expresses his opinion – which is an opinion, first of all, on the «state of jurisprudence» at his age, not lacking of the hopes the writer dreamed about[27], thus an opinion that mirrors more what jurisprudence «should be», than what jurisprudence «truly is» – with a happy chiasmus: '*videtur mihi in secunda arte* [= ius civile] *primis esse maluisse quam in prima* [= eloquentia] *secundus*'[28].

---

24 Cf. Cic., *Brut.* 40.150: […] '*Quia mihi et tu videris – inquit* [scl. *Brutus*] – *tantum iuris civilis scire voluisse quantum satis esset oratori, et Servius eloquentiae tantum assumpsisse ut ius civile facile posset tueri*'.

25 Translation from Hubbell, *Cicero. II*: «As young men we pursued the same rhetorical studies here, and afterwards he went with me to Rhodes to acquire a more perfect technical training. Returning from here he gave the impression of having chosen to be first in the second art rather than second in the first».

26 See the ideological premises emerging from Cic., *Brut.* 39.144 ff. (included §145, to which D. Nörr, *Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'* = Id., *Pomponio o della 'intelligenza storica dei giuristi romani'* [trad. it.: M. Fino, E. Stolfi], in «RDR.», II, 2002, p. 189, gives seemingly a positive interpretation, while Cicero praises – as it happens frequently – someone – in this case, Scevola – not to celebrate his qualities, but actually to make the relevance of what he wants to state about others – *i.e.*, in this case, Crassus – stronger).

27 Cicero alludes, by these expressions, to '*ius civile in artem redigere*', about which we refer again to the work of Ferdinando Bona, mentioned *supra*, n. 4, and, lastly, to M. Talamanca, *Il diritto romano fra modello istituzionale e metodologia casistica*, in «Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese», *cur*. L. Vacca, Padova, 2008, p. 339.

28 Lastly, Biscotti, in A. Cenderelli, B. Biscotti, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Torino, 2005, p. 198, stresses that the assertion that Servius is «second» must

1.3. This description (so passionate as it is truly clear and refined) is the ground on which most modern scholars currently state that one of the most interesting profiles of the juridical school of Servius can be properly seen in the «dialectical method» as systematically applied on the analysis of case law[29].

The interpretation of Schultz, though very coincisely expressed, could be not far from truth, as he describes such analysis as charaterised by the use of distinctions or *differentiae*, on one side, and by «synthesis» operations, on the other[30].

Particularly, according to this interpretation[31], through the *digesta* of a

be actually referred, because of the « consueta presunzione [usual conceit]» of Cicero, not to the class of rhetors, but, implicitly, to the same Cicero. This, even if it would not be consistent with the external appearence of the text, would certainly adhere to the intentions of its author: see already in this sense F. Bona, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in «La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana», *cur*. M. Sargenti, G. Luraschi, Padova, 1987, p. 137 n. 74 = Id., *Lectio sua*, II, Padova, 2003, p. 953 n. 74, and G. Calboli, *Aspetti prosopografici nella cultura giuridica tardo-repubblicana*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio», p. 45, who inserts, between one line and the other, after having recalled the part of the text '*videtur – secundus*', the following note: «Cicerone difficilmente pecca di modestia, e non tace di ritenersi primo nell'arte retorica [Cicero rarely commits the sin of modesty, and he cannot keep silent about his considering himself the first in the rhetorical art]». See also G. Broggini, *Cicerone avvocato*, in «Jus», XXXVII, 1990, p. 143 ff. = Id., *Studi di diritto romano e storia del diritto*, Napoli, 2007, p. 133 ff.

29 On such issue see, specifically, L.Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1982, *passim*; Ead., *Metodo casistico e sistema prudenziale*, *passim*, and Ead, *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza romana*, in «Fides Humanitas Ius. Studii L. Labruna», VIII, Napoli, 2007, p. 5727 ff., and see J. Kirov, *Die soziale Logik des Rechts. Recht und Gesellschaft der römischen Republik*, Göttingen, 2005, p. 69 ff., and, for some hints, G.L. Falchi, *Introduzione ai fondamenti del diritto Europeo*, Roma, 2007, p. 105.

30 Cf. Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 62 = Id., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, p. 73 = Id., *Storia della giurisprudenza romana*, p. 119. Of course, the two sides are not to be confounded one with the other, because the «synthesis» shows a problem of rigid coherence: it turns around a ground element (a «key», so to say) and, therefore, it is not built up on differences and distinctions.

31 Leaving apart, in other words, the extreme, but not valid enough, hypothesis mentioned in C. Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in «BIDR.», IV, 1891, p. 8 and n. 1 = Id., *Opere*, II, 175 and n. 1, and dating back to Antonio Agostino (1516-1586), in Id., *De nominibus jurisconsultorum* 1.3, col. 17 n. *a* (and cf. P. Landau, '*Agustín (Augustinus), Antonio*', in «Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert», *cur.* M. Stolleis, München, 1995, p. 21 and now, lastly, F. Cuena Boy, *'Antonio Agustín'*, in «Juristas universales, 2. Juristas modernos», *cur.* R. Domingo, Madrid-Barcelona, 2004, p.

pupil of Servius, Publius Alfenus Varus, which seem to have included the most relevant part of the experience and teaching of his master, it could be possible to understand properly the style – thus, particularly, the way the dialectic method was used – belonging to the school itself.

Beyond questions arising from the uncertainty of attribution of some texts to Alfenus himself – because of the two epitomes, one anonymous and one from Paul, by which part of his scientific heritage was transmitted[32] – about half of the seventy-four fragments that are part of it would preserve «lo spirito originale dell'opera» [«the original spirit of the work»] and, thus, «l'amabile semplicità del dettato, la straordinaria e quasi ciceroniana purità del sermone, il carattere arcaico dello stile, la minuta esposizione del caso pratico che dà origine al responso – tutto, insomma, […] farebbe credere di aver davanti un giurista degli ultimi tempi della repubblica» [«the amiable simplicity of the words, the extraordinary and almost ciceronian purity of the speech, the archaic style, the painstaking narrative of the law case from which the response arise – everything, in conclusion … would let us believe that we are in front of a jurist of the Late Republic]»[33].

As it is well known, the heritage of the law school founded by Servius is, directly or not, in recent time as in the past, much discussed; many are the substancial issues and the methodological profiles analysed and discussed by scholars[34].

---

212 ff.) according to which the material collected by Alfenus – as well as by the other *auditores* – had to be (totally) servian.

32 Cf., respectively, Lenel, *Palingenesia*, I, c. 38-45 and 45-53. This is why F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I Leipzig, 1896, p. 139 ff. inserts in the servian '*palingenesia*' a big part of the alfenian texts. Strangely – but this is to be remarked *incidenter tantum* – G.V. Gravina, *Originum juris civilis libri tres et de romano imperio liber singularis* [with notes from Mascovio], Venezia, 1792, p. 48, omitted to refer the existence of the anonymous epitome, mentioning the paulinian one (as it was the only survived).

33 So says the fundamental work of Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, p. 3 [= Id., *Opere*, II, p. 170 f.], which is always valid; see also *infra*, n. 169 (with reference to the opinion of Watson).

34 See, among all the others and as for the most recent literature, F. Casavola, *'Auditores Servii'*, in «La critica del testo. Atti secondo Congresso internazionale della Società di Storia del Diritto», I, Firenze, 1971, p. 153 ff. = Id., *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 127 ff. = Id., *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, I. *Diritto romano*, Napoli, 2000, p. 29 ff.; R. Orestano, *'Alfeno Varo (P. Alfenus Varus)'*, in «Nuovo Digesto Italiano», I, Torino, 1937, p. 322; Id., *'Aufudio Namusa (Aufidius Namusa)'*, in *op. cit.*, p. 1154; Id., *'Ofilio Aulo (Aulus Ofilius)'*, in «Nuovo Dig. It.», XI, Torino, 1939, p. 32; Id., *'Servio Sulpicio Rufo (Servius Sulpicius Rufus)'*, in «Nuovo Dig. It.», XII.1, Torino, 1940, p. 142-143; Id., *'Servio Sulpicio Rufo'*, in «Nuovissimo Dig. It.», XVII, Torino, 1976, p. 99-100; A. Guarino, *Mucio e Servio*, Napoli, 1994 (ediction not for sale); O. Behrends, *Le due*

Nonetheless, in my opinion, there is still room enough to expound an interesting aspect – between the others –, quite unnoticed by the scholars (or that was, in any case, object of minor remarks)[35], connected to some alfenian

giurisprudenze romane e le forme della loro argomentazione, in «Index», XII, 1983-1984, p. 200 ff.; P. Stein, *The Place of Servius Sulpicius Rufus in the Development of Roman Legal Science*, in «*Festschrift Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*», Göttingen, 1978, p. 176 ff.; Bretone, *Tecniche e ideologie*[2], 63 ff. and 89 ff. (specifically); R.A. Bauman, *Lawyers in Roman Transitional Politics. A study of the Roman jurists in their political setting in the Late Republic and Triumvirate*, München, 1985, p. 4 ff.; F. D'Ippolito, *Servio e le XII Tavole*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano», p. 31 ff. (but see already Id., *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, p. 135 ff., and, in general, the wide exposition in Id., *Le XII Tavole: il testo e la politica*, in «*Storia di Roma*», I, Torino, 1988, p. 397 ff.); V. Scarano Ussani, *Tra 'scientia' e 'ars'. Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, in «Ostraka», II, 1993, p. 221 ff. = in «Per la storia del pensiero giuridico romano», p. 229 ff. = Id., *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, p. 3-57; Schiavone, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, p. 97 ff. (with Id., *Giuristi e nobili*, p. 25 ff.), and, lately, Id., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, p. 155 ff. (p. 167 ff., 218 ff., specifically); C.A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I. *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 266 ff.; J. Paricio, *La vocación de Servio Sulpicio Rufo*, in «Iurisprudentia universalis. Festschrift T. Mayer-Maly», Köln-Weimar-Wien, 2002, p. 549 ff. = Id., *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, p. 89 ff.; T. Giaro, *'S*[ulpicius]. *Rufus, Servius'*, in «Der Neue Pauly», XI, Stuttgart-Weimar, 2001, c. 1102-1103; Castro, *Crónica de un desencanto: Cicerón y Servio Sulpicio Rufo a la luz de las 'cartas ad Ático'*, in «SDHI.», LXX, 2000, p. 220 ff. (specifically) and – included in the heavy work in four volumes created by «Juristas universales, I. Juristas antiguos», *cur.* R. Domingo, Madrid-Barcelona, 2004 – the «entry» of X. D'Ors, *'Servio Sulpicio Rufo (Servius Sulpicius Rufus) (ca. 106/105-43 a.C.)'*, 129 ff. See, besides, the brief, but accurate entries of G.E. Farquhar Chilver, *'Sulpicio [2] Rufo, Servio'*, in «Dizionario di Antichità Classiche di Oxford», II, Roma, 1981, p. 2019 and of F. Horak, *'Sulpicius*, 4. *Ser. f. Rufus'*, in «Der kleine Pauly. Lexikon der Antike», V, München, 1979, c. 428-429; A. Castro Sáenz, *Compendio histórico de derecho romano. Historia, recepción y fuentes*, Madrid, 2005, p. 218 ff. (with a specific attention to *'Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo: historia de una rivalidad'*); A. Cenderelli, B. Biscotti, *Produzione e scienza del diritto*, p. 195 ff., and G. Mousourakis, *A Legal History of Rome*, London-New York, 2007, p. 64. Lastly, notice the interest showed by E. Gabba, *Per la biografia di Servio Sulpicio Rufo*, in «Athenaeum», LXXXXVI, 2008, p. 397-398. Again: H.-J. Roth, *Alfeni digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1999, and Miglietta, *Intorno al metodo dialettico della scuola serviana*, § 1.1.

35 Still recently, M. García Garrido, *Il linguaggio dei giuristi romani. L'impostazione dei casi*, in «Au-delà des frontières. Mélanges W. Wołodkiewicz» Varsovie, 2000, p. 235 ff., dealt with the «*forma della presentazione dei casi in Servio Sulpicio e Alfeno Varo* [form by which cases are presented in Servius Sulpicius and Alfenus Varus]» (p. 236-239, specifically), but he stopped himself at the texual analysis, while G. Negri, *Per una stilistica*

fragments.

In these, we can observe an attempt, of some smartness, made by the one who is asking the jurist to express his opinion, at driving him to some specific solution. A solution that should, in the intentions of the one who asked the *quaestio*, be favourable to him.

The interpretative effort of the jurist goes against such beguilement: he, as we will see, while starting from the words used by the asker[36] – that is, ex-

dei Digesti di Alfeno, in «Per la storia del pensiero giuridico romano», p. 137, p. 138, p. 147 and p. 152, briefly underlined the «tendentiousness» or the «captiousness» or even the «provocativeness» of (some) of the questions coming from the askers (or, according to the author, even from the same *auditores Servii*): see *infra*, § 5.2, with reference to D. 39.2.43.2 (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*). See the following n.

36 «Un allievo o un privato mosso da un suo concreto interesse [a pupil or a private citizen who has a factual interest in it]»: so said M. Bretone, *La tecnica del responso serviano*, in «Labeo», XVI, 1970, p. 7-8 = Id., *Tecniche e ideologie*, 92. It is a long-lasting issue, if the alfenian *responsa* could have been originated by factual cases or, on the contrary, if they could have been the result of abstract cases created during the servian lessons: in this second hypothesis, the nature of such fragments should be totally artificial (see, for all the others, M. Talamanca, *Repliche*, in «Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano», cur. F. Milazzo, Napoli, 1999, p. 418 f.). An interesting contribution to our reflections is, in my opinion, among the others, the meaningful fragment saved in D. 33.7.16.1 (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*): '*Vinea et instrumento eius legato instrumentum vineae nihil esse Servius respondit: qui eum consulebat, Cornelium respondisse aiebat palos perticas rastros ligones instrumenti vineae esse: quod verius est*'. The peculiarity of the text is not in the servian decision (according to which the vineyard cannot be considered as including an *instrumentum* – because, clearly, the jurist thought that the sign *vinea* already included, *in re ipsa*, the different elements and tools here recalled, as poles, perch, rakes and hoes), but in the fact that his pupil, Alfenus, does not limit himself to refer his opinion, but he adds an unusual remark: '*qui eum* [= *Servium*] *consulebat, Cornelium respondisse aiebat … instrumenti vineae esse*'. He refers, thus, that the asker replied to the jurist that another jurist, previous to Servius of one generation – *i. e.* Cornelius Maximus, master of Trebatius Testa (cf. D. 1.2.2.45 [Pomp. l.s. *ench.*]: see specifically W. Kunkel, *Römische Juristen. Herkunft und soziale Stellung*[2], Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 24) – actually gave a totally opposite response ('*Cornelium respondisse – instrumenti vineae esse*'). A closing statement (discussed by the scholars) follows: '*quod verius est*', which seems to show how Alfenus appreciated the solution of Cornelius Maximus against the opinion of Servius. Of course, some scholar doubted about the final sentence '*quod – est*'), believing it, implicitly, to be a postclassical or Justinian interpolation or, may be with some reason, an interpolation deriving from the hand of Paulus (the epitomist of Alfenus): on this point cf. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, p. 164; P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, München, 1912[2], p. 71 n. 54; L. De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, Milano, 1940, p. 213 f. and U. John, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo*, Karlsruhe, 1970, p. 27 and

ploiting the syntactical structure of the *quaestio* – turns the premises upside down and comes to a solution opposite to the one, to which he should have come if he had consented to follow the track drawn up by the asker (a track which would have lead only to one response).

The alfenian fragments that can be object of such investigation (not many, but not less relevant for that)[37] show different forms of such way of proceeding. Therefore, they go – *e minore ad maiorem* – from the (more or less) simple «uprooting» of the position of the asker[38], to the need to twart the counterclaim of this latter[39], who has as his aim to avoid some unpleasant consequences deriving from the response itself[40]. The jurist does not even deny himself the chance to give us a lesson of juridical morals – and, in the end, of «legal ethics»[41]. We enter, thus, *in medias res.*

---

n. 71, p. 33 f. (on the contrary, Roth, *Alfeni Digesta*, p. 23-24 and p. 63, does not get to the core of the issue). Anyway it is – and, personally, I do not see any reason why we should doubt about the text, as it was left to us (besides, neither «Index Interpolationum» – *cur.* E. Levy, E. Rabel –, II, Weimar, 1931, c. 285, subject the text to any criticism) – D. 33.7.16.1 seems to me interesting for the following reasons: firstly, though in such a brief text, there are two *responsa* in a technical sense one opposing the other; Alfenus contradicts (or at least he seems to) his old master and approves Cornelius Maximus; if it is so, from one side, it is difficult to believe these are pure «abstract cases», and, from the other side, and maybe the following remark is even more relevant, the logical conflict between *quaestio* and *responsum* is not «artificial»: the jurist (Alfenus) is willing to admit the reply of the asker (a reply that is, if we consider it alone, even a bit annoying), if such reply seems to be valid ('reasonable'). The point is, it cannot be easily doubted that the elements that are useful to the cultivation of the vineyard (their *dos*: cf. Colum., *de re rust* 3.3[8]) can be transferred by legacy, and separately from the vineyard, though these are, generally, connected to it (while Servius, as we can guess, seems to have assumed that the *vinea* included both plants and the instruments connected: cf. A. Dell'Oro, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963, p. 119 f., and, for a hypothesis showed as such from the same author, R. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1969, p. 28 n. 85). Thus, it is not out of place to believe that Alfenus can have thought differently from his master (also because otherwise there would be no reason to report the opposite opinion of Cornelius Maximus; of course, we could suppose the different solution, which would have been deleted by Paulus and substituted with the incidental clause '*quod verius est*'; but in this case we would exert a (clearly methodogically incorrect) violence on the text).

37 See *infra*, § 7.

38 See *infra*, §§ 2-4, dedicated, respectively, to D. 18.6.12(11) (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*), to D. 33.8.14 (Alf. 5 *dig. ab anon. epit.*) and to D. 35.1.27 (Alf. 5 *dig. ab anon. epit.*).

39 See *infra*, § 5.2, in which D. 39.2.43.2 (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*) is analysed.

40 See *infra*, § 5.1, with reference to D. 39.2.43.1 (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*).

41 Cf. *infra*, § 6, in D. 10.4.19 (Alf. 4 *dig. a Paul. epit.*).

2. We find a first, suggestive instance of the phenomenon we are about to investigate, in its most immediate form[42], in a text in which, according to the opinion of some scholar, on the contrary, «nessuna tensione di carattere logico-argomentativo» [«no logic-argumentative tension»]» would show itself as «evidente» [«evident»][43]. I am referring to

D. 18.6.12(11) (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*)[44]: Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit[45] [46].

---

42 I am alluding, in other words, to the 'simple' action of turning the premises stated in the question upside down.

43 So R. Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, p. 293. It must be said, actually, that the opinion of the author here recalled is limited to the, so to say, «normative» part of the fragment. But, as this part is the key of the logical-juridical structure of the text, such opinion cannot but involve the whole of D. 18.6.12(11). In it, for instance, already W. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in «ZSS.», CXIII, 1983, p. 348 ff., found (at least) «drei unterschiedlichen Ausgangspunkten [three different start points]» (p. 348).

44 Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 40-41 n. 12 (Alf.).

45 Translation from A. Watson, *The Digest of Justinian*, II, Philadelphia, Pennsylvania, 1985: «What is the legal position if a tenement which has been sold is destroyed by fire, since there cannot be a blaze without fault on someone's part? The reply was: this can happen without fault on the part of the head of household, and a master is not automatically at fault, if the blaze was caused by the negligence of his slaves, and so the vendor will not be liable for any mischance if he shows, in keeping the tenement safe, the diligence which would be displayed by honest and careful men».

46 About this text cf., in particular, De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, p. 135 f.; E. Betti, *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale, atto illecito, negozio giuridico*, Roma, 1959, p. 22 f.; Id., *Istituzioni di diritto romano*[2], I, Padova, 1947, p. 242 and n. 35; Id., *op. cit.*, II.1, Padova, 1962, p. 398 and n. 12; I. De Falco, *'Diligentiam praestare'. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'*, Napoli, 1991, p. 122 f. n. 27; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1983, p. 218 n. 184 (specifically); Id., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994, p. 60 f.; Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare'*, p. 291 ff. (specifically); M. Talamanca, '*Vendita (diritto romano)*', in «Enciclopedia del dir.», XLVI, Milano, 1993, p. 447 n. 1492, p. 448 n. 1501 and p. 452 n. 1543; Id., *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», VII, 1995, p. 231 f. and Roth, *Alfeni Digesta*, p. 61 n. 138 and p. 62 n.

The case seems – at first sight – easy to be told: an *insula*, object of *emptio-venditio*, was burnt down in course of a tragic fire, before the transfer of ownership to the buyer was completed. This conclusion can be inferred, implicitly, from the description of the case, but, most of all, from the style of the *responsum*, which makes a distinction between a liability for the presence (or lack) of *culpa* that can be ascribed to *pater familias* (that is – we will see the reason for that – to the seller)[47], and a liability for '*diligentiam adhibere in insula custodienda*': a kind of *praestare*, however understood, which has as his logical premise that the thing object of sale was kept safe[48].

Quaestio iuris and *responsum* – almost jointed one to the other[49] – imply, on the contrary, more difficult profiles. As it emerged from the work of scholars, they could involve, at least in theory[50], both issues connected to the risk of loss of the thing object of sale (*periculum rei venditae*)[51] and –

149 (but only about some lexical issues).

47 According to Talamanca, '*Vendita*', p. 447 n. 1492, the text could be corrupted where it talks also about '*culpa*' (but such opinion seems to have been reversed in Id., *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, p. 232).

48 In the opposite hypothesis, being *venditor* should have no relevance: either *res perit domino*, and, thus, '*culpa*' of the seller would not be a problem, or the seller would be liable according to the Aquilian responsibility (if the destruction is due to his behaviour or to the behaviour of his subordinates).

49 See *infra*, n. 54.

50 There is the datum – formalistic, but not irrelevant as such – of the insertion of D. 18.6.12(11) in the Digest' title '*de periculo et commodo rei venditae*'. In the edict, it goes under the title '*De bonae fidei iudiciis: Empti venditi*': cf. O. Lenel, *Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig, 1927, p. 299 (tit. XIX, § 110 [111]); in A.A.F. Rudorff, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, p. 124, the topic is, more sintetically, the following: '*Ex empto et vendito*' [§ 117].

51 Cf. already E. Rabel, *Gefahrtragung beim Kauf*, in «ZSS.», XLII, 1921, p. 554 ff.: for a bibliography and the discussions about this point (to which I am referring) see, lastly, P. Lazo, *En torno a la doctrina del* '*periculum rei venditae*' *en Alfeno Varo y Urseio Feroz*, in «Estudios de Derecho Romano D. Francisco Samper», Santiago de Chile, 2007, p. 459 ff. The possibility that, in this case, Alfenus founded his decision on the principle '*periculum est emptoris*' is, nonetheless, challenged by another palingenetic fragment, found in the paulinian epitome of the alfenian *digesta*, in which the jurist seems to resolve the issue through the opposite principle '*periculum est venditoris*'. See D. 18.6.13(12) and 15(14) (Alf. 3 *dig. a Paul. epit.*) – cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 48 n. 52 (Alf.) –: 13. '*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.* – 15. *Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset*'. Besides, while in D. 18.6.13(12) and 15(14) '*traditio*' of the *res venditae*, '*mora*

preferably, as we will try to confirm – issues of liability for non-fulfillment, as the solution, dealing with the concepts of *diligentia* and *culpa*, seems to evidence[52]. It was also observed that this text can be the result of a «more or less conscious» intrusion of the anonymous epitomist[53]. Now, such inter-

---

emptoris' in receiving the delivery of goods and, again, finally, '*periculum*' are explicitly and repeatedly mentioned, in D. 18.6.12(11) none of these technical terms – connected to the *periculum rei venditae* – makes an appearence. Even the bizantinian interpretation (cf. *Bas*. 19.6.5 and 6-9(8), Hb. II, 281 = BT. III, 935-936, corresponding to the texts we examined, but in a shorter version) distinguish throughly between the negligence of the slaves and responsibility of the *dominus* (cf. frg. 5), from one side, and *periculum* on the purchaser or on the seller (cf. frg. 6-8), on the other side. But also the thesis of G. Thielmann, *Traditio und Gefahrübergang*, in «ZSS.» CVI, 1989, p. 299 ff., according to which D. 18.6.13(12) and 15(14) are not in contradiction with the rule '*periculum est emptoris*', is to be rejected: cf. the remarks of E.C. Silveira Marchi, *'Periculum rei venditae' e 'periculum dotis aestimatae'*, in «Labeo», XLVII, 2001, p. 386 ff. See also the conciliative thesis of M. Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in «SDHI.», XX, 1954, p. 249 – who talks about «una serie di decisioni variabili secondo gruppi di casi [a series of decisions varying along with groups of cases]» against the hypothesis of «a rigid and exclusive criterion».

52 Cf. G. MacCormack, *Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale*, in «LQR.», CI, 1985, p. 585 f. and, mostly, Talamanca, '*Vendita*', p. 447 n. 1492, p. 452 n. 1543 and Id., *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, p. 232 – while De Falco, *'Diligentiam praestare'*, p. 122 n. 27, asserts, being her opinion equally distant from both the preceding authors, that in D. 18.6.12(11) Alfenus «si occupa […] di responsabilità e di *periculum rei venditae* [deals with […] responsibility and *periculum rei venditae*]» (but she seems to be inclined only to the first profile in Ead., *La responsabilità e il 'contenuto tipico' del contratto*, in «Labeo», XL, 1999, p. 472).

53 Cf. Talamanca, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, p. 232; A. Watson, *The Law of Obligations*, Oxford, 1965, p. 71, thinks that the text was preserved in its original version (and so already C. Alzon, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1965, p. 58 and n. 297, p. 69 and n. 362, and p. 145 and n. 698 and MacCormack, *Alfenus Varus*, p. 585) opinion to which also Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare'*, p. 292 n. 146 and p. 293 n. 150, seems to adhere; cf. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, p. 348 and n. 28, 349. *Contra*, specifically, Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in «ZSS.», XL, 1919, p. 345-346; W. Kunkel, *Diligentia*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 281, about which, though, cf. W. Buckland, *Diligentia paterfamilias*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 100; Paris, *La responsabilité de la custodia en droit romain*, p. 240-241; M. Konstantinovitch, *Le periculum rei venditae en droit romain*, Lyon, 1932, p. 253; K.Visky, *La responsabilité en droit romain à la fin de la République*, in «RIDA.», III, 1949 («Mélanges F. De Visscher» II), p. 467, opinion still repeated in Id., *Bemerkungen zur Entwicklung des kontraktuellen Haftungssystem im antiken römischen Recht (Nachtrag zur Lehre des Prof. G. Marton)*, in «Acta Antiqua», XX, 1972, p. 382 and n. 32, and F.M. De Robertis, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della Compilazione giustinianea*, I, Bari, 1966, p. 91 n. 12 and p. 227 n. 5; P. Krückmann, *Versicherungshaftung im römischen Recht*, in «ZSS. » XLIII, 1943,

vention is, of course, possible[54], though we must underline the strong inside coherence of the text[55], made stronger by some distinguished expressions of the alfenian language as '*quid iuris sit*'[56] and '*quam ob rem*'[57], which, moreover, are essential to the rhetorical structure of the fragment[58].

However, the text arises from the need to identify the rule to be applied ('*quid iuris sit?*')[59] and, consequently, the need to determine if the seller must be liable for the loss of the *res* (of course, if it is ascertained that such loss was caused on his responsibility)[60]. Thus, the solution to the case can be found in choosing the standards of *culpa*: the jurist, in other words, must pin down the elements of

---

p. 17; Id., C*ustodia*, in «ZSS.», XLIV, 1944, p. 15, p. 21-22 and p. 42; P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa': i dati fondamentali*, in «SDHI.» LVI, 1990, p. 62 ff. (63, specifically). Other dissenting remarks on specific words in «Index interpolationum», I – *cur.* E. Levy, E. Rabel –, Weimar, 1929, c. 336 *ad h.l.*, to which add H.H. Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in «ZSS.», LXVI, 1947, p. 207 f. and E. Betti, *'Periculum'. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in «Studi in onore di P. De Francisci», I, Milano, 1956, p. 136 ff.

54 We can find evidence of a subsequent intervention in the fact that, though within certain limits, the fragment lost his original standard structure ('*casus*' – '*quaestio*' – '*responsum*'); the first two parts are, somehow, jointed one to the other (though this does not prove yet that such modification is substancial: actually, we could repeat, to this regard, what Negri, *Per una stilistica dei Digesta di Alfeno*, p. 146, with reference to D. 13.7.30 (Alf. 5 *dig. a Paul. epit.*) [= Lenel, *Palingenesia*, I, c. 52 n. 70 (Alf.)], observed: «… l'estrema concentrazione espressiva del frammento, che […] sembra difficil[ment]e [da] attribuire a tagli successivi, che solo per caso avrebbero potuto realizzare una simile coerenza stilistica, e che comunque sarebbe arbitrario supporre, sottintende la serie analitica caso-problema-soluzione [the extreme expressive concentration of the fragment, which […] can be difficultly ascribed to cuts, which only by chance could have realized such stilistic coherence, and which however it would be arbitrary to suppose, suggests the analytical succession case-problem-solution …]»).

55 Cf. *infra*, n. 63, with reference to the opinion of Emilio Betti.

56 About the peculiariety of such expression cf., lastly, Roth, *Alfeni Digesta*, p. 62 n. 149 (who remarks that the interrogative preposition refers to the verb '*quaerere*', as in D. 38.1.26 (Alf. 7 *dig. ab anon. epit.*) [= Lenel, *Palingenesia*, I, c. 43 n. 26 (Alf.)]) and see already, precedently, Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, p. 63, and Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare'*, p. 292 and n. 145. See also García Garrido, *Il linguaggio dei giuristi romani*, p. 239 and p. 243.

57 For what concerns the use of '*quamobrem*' ('*ob eam rem*'), besides the servian language (cf. Aul. Gell., *noct. att.* 4.4.2 [= Lenel, *Palingenesia*, II, c. 321-322 n. 3 (Serv.)]), also in Alfeno, see the punctilious remarks of Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, p. 11 [= Id., *Opere*, II, p. 177 f.]. Cf. also *infra*, n. 97 and 147.

58 See *supra*, n. 54.

59 See *supra*, n. 56.

60 Cf., on this point, Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare'*, p. 293 n. 150.

culpa which the *iudex* will concretely use in order to settle the lawsuit[61].

Hence, the interesting structure of the text[62]: if its style ('*si vendita*' instead of '*si empta*' *insula*) seems to witness in favour of a question asked by *venditor* to the jurist, the way in which this latter brings his argument forth aims to reject a statement made by the asker that is dialectically dangerous, but persuading at first sight: '*cum incendium sine culpa fieri non possit*'[63].

If we carefully consider the words used, such conclusion seems to be expressed only in the interest of the buyer, because, if the *responsum* stated that the destruction of the *insula* happened, in some way, because of the seller, this alone would be enough to held him liable.

Under a logic profile, we are in the presence of a strong argument, which has the effect to reverse the burden of the demonstration, shifting it, in this context, from the one who is asking the jurist to the jurist himself.

Alfenus, though, does not let himself be deceived and he replies immediately – challenging the major premise contained in the question – that fire could be set even without any *culpa* from the *pater familias*. The reasoning of the jurist is supported by the following argument (opposite to the one to which the *emptor* refers): the cause of fire can lie inside facts that are not to

---

61 According to some scholar, such response would have been asked «una volta instaurato il *iudicium*, quando cioè si fossero già acquisiti degli elementi di fatto della causa, in base ai quali era stato possibile accertare che l'incendio era stato prodotto da una condotta riprovevole [once the *iudicium* had begun, *i.e.* when the factual elements of the lawsuit were already acquired, by which it it had been possible to ascertain the fire was caused by a reproachable act]» (so Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare'*, p. 292): though the interpretation of the fragment that I am trying to offer does not seemingly give evidence to (or, at least, it does not imply univocally) such supposition.

62 Strangely, F. Horak, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, who discusses all the other alfenian fragments analysed in this paper, says nothing to this regard.

63 For a wide range of possible *sine culpa* events, see, specifically, D. 19.2.30.4 (Alf. 3 *dig. a Paul. epit.*) and D. 47.9.11 (Marcian. 14 *inst.*). For the reasons here expounded, I believe the opinion expressed by Watson, *The Law of Obligations*, p. 71, according to which the sentence '*cum incendium sine culpa fieri non possit*' is «one of the clauses most often held interpolated shows that the writer, whoever he was, was thinking of a fire which began inside the *insula*» to be the outcome of a unwhole comprehension of the fragment; in favour of a (possible) interpolation was also Betti, *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale*, p. 23, who, nonetheless, with the usual brilliancy, guessed and made it explicit that the sentence could «anche […] essere considerata siccome esprimente il parere dell'interessato che si rivolse ad Alfeno [also be considered as expressing the opinion of the interested party who asked Alfenus for his advice]», remarking, thus, its deep dialectical relevance (but without considering the following sentence «*quia sine patris familias culpa fieri potest neque*», which the author thought to be a «semplice glossema [simple glosse]»).

be connected to human behaviour, as, for instance, the crash of a lightning or the even chance of a spontaneous combustion beyond control[64].

With regard to this last point, we can observe the interesting lexical parallelism between the way by which the *casus* is pinned down ('*cum incendium sine culpa | fieri non possit*') and, in eloquent simmetry, the expressions by which the *responsum* opens: '*quia* [sott. *incendium*] *sine patris familias culpa | fieri potest*'[65]. The first part is expressed in a deliberately generic way ('*sine culpa … non possit*') – because it is not referred to any determined object[66] – while the second, on the contrary, deals explicitly with the *pater familias* ('*sine patris familias culpa ... potest*').

The jurist, supported by his first answer, goes further – perhaps trying to prevent other challenges[67] – and he verifies the possibility of another reconstruction of the facts[68]: that, even if a personal *culpa* of the *pater familias* is absent, he can be held responsible for some negligence committed by his subordinates[69].

The solution – which, in itself, does not remove this chance[70] – excludes

64 Nonetheless, these are all mere possibilties: therefore, I believe that the words of Visky, *La responsabilité en droit romain*, p. 468, according to which «l'incendie était une forme de manifestation notoire de la force majeure [fire is a notorious act of God]», are a sort of «absolutization», to which we cannot be fully agree; Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare'*, p. 292, focuses instead his attention on the (borderline) case of the possible *culpa* of external people.

65 For the reasons showed in this work, critical doubts on the sentence '*quia sine patri familias – quam ob rem*' are to be totally rejected; on such doubts see De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, p. 135 (who thought that such sentence was «indiscutibilmente [da] espungere [to be expunged without discussions]») on the basis of J. Vázný, *Custodia*, in «AUPA.», XII, 1926, p. 148 f. (who does not seem to have fully catched the rhetorical and juridical implications of the text, even when he remarks that «dopo una complicata analisi [*sic!*] si viene al risultato che il venditore non risponde '*si eam diligentiam – praestare*' [after a complicated analysis we get the outcome that the seller is not responsible '*si eam diligentiam – praestare*']») and of Paris, *La responsabilité de la custodia en droit romain*, p. 240 f.

66 Here we see the shrewdness of the asker: he does not mean to openly insinuate the evil doubt of the liability of the *venditor*, but he surely cannot let the opportunity slip to drive the jurist towards a profitable (for the asker himself) decision.

67 We could even think to a further counter-reply of the asker, here implicit (see *infra*, § 5.2, with reference to D. 39.2.43.2 [Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*] where it is made explicit instead). Such hypothesis is here evidently mentioned for completeness, even if the textual data in the fragment should make us prefere, in my opinion, the first solution mentioned above.

68 Such dialectical operation is the '*distinctio*' (cf. Cic., *Brut.* 41.152: see *supra*, §§ 1.1 and 1.2).

69 Gothofredus mentioned also the case of damage caused '*culpa levissima inhabitantium*': cf. Gothofredus, *Corpus Iuris Civilis Romani*, I, Coloniae Munatianae, 1781, p. 369 n. 62 *ad h.l.* («*Levissima scilicet, & quidem inhabitantium, quod plerumque accidit*»).

70 Actually, the judge has the burden to verify if the *venditor* – factually – checked the work of his slaves; or if the way by which checkings were made can be in any way consi-

the *culpa* of the *pater familias* – here expressly called '*venditor*' – when this latter used '*eam diligentiam … in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare*'[71], so '*continuo dominus* [not] *in culpa erit*'.

Again, we can observe how Alfenus, while starting from the words by which the question is expressed, shifts his attention from the '*pater familias*' (of whom the '*culpa*' is discussed), re-defining him as '*dominus*' (in the part of the text where the jurist verifies the possibility that some «mediate» *culpa* occurred), to end up calling him '*venditor*' (as the jurist concludes his response): this way, Alfenus emphasizes the solution here given in order to get to a general rule, because he moves from the original case to every case that can be subsumed under the rule itself[72].

The final sanction, as expressed in the response, wins definitely the challenge: '*si quid accidisset, nihil ad eum* [scl. *venditorem*] *pertinebit*'. Thus, no further reply is allowed.

The style of the jurist, who must give the *regula iuris* that should be applied[73], does not avoid to mention the possibility that, *apud iudicem*, a '*culpa*', direct or indirect, of the *venditor* can be ascertained – and then *venditor* can be held as liable – as well as, in the opposite case, such *culpa* could be excluded (even, in condictions as described [74], for *vigilantia* on his subordinates), and thus (even) '*si quid accidisset*'[75], to the *venditor* '*nihil*

---

dered as adequate; or, if he did not pay any attention to such point.

71 Such '*diligentia*' corresponds, according to Betti, *Istituzioni di diritto romano*[2], I, p. 242, to the one adopted by the «tipo dell'uomo normale, ordinato e accorto nella gestione della sua azienda e, in generale, nel suo modo di contenersi relativamente al genere di attività che si deve prestare e di cui si tratta [kind of the ordinary man, precise and smart in managing his firm and, in general, in his way of behaving regarding the kind of activity he accomplishes and deals with]».

72 This corresponds to the (concluding) operation of '*habere regulam*', stressed by Cic., *Brut.* 41.152 (see *supra*, §§ 1.1 and 1.2). On this point, cf., in general, Negri, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, p. 144, who strongly emphasised the presence of the «procedimento di astrazione, che trae dalla soluzione del caso un principio generale [abstracting process, which deduces a general principle from the solution of the case]» (such opinion was expressd with reference to D. 10.3.26 (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*) [= Lenel, *Palingenesia*, I, c. 40 n. 8 (Alf.) 8]: '*Communis servus cum apud alterum esset, crus fregit in opere: quaerebatur, alter dominus quid cum eo, penes quem fuisset, ageret. Respondi, si quid culpa illius magis quam casu res communis damni cepisset, per arbitrum communi dividundo posse reciperari*').

73 Remember the question by which the part of D. 18.6.12(11), which connects, in some way, *casus* and *quaestio*, ends: '*quid iuris sit?*' (about which *supra*, n. 54).

74 Regarding these latter, see the sentence '*si venditor eam diligentiam – diligentes praestare*'.

75 *I.e.* though property is destructed.

pertinebit'[76].

3. A text regarding the interpretation of clauses of last will is similar in its structure to the case of the *insula vendita combusta*: its difficulties arise exactly from the *quaestio* that the heir proposed to the reasoning of the jurist. See

D. 33.8.14 (Alf. 5 *dig. ab anon. epit.*)[77]: Quidam in testamento ita scripserat: 'Pamphilus servus meus peculium suum cum moriar sibi habeto liberque esto'. Consulebatur, rectene Pamphilo peculium legatum videretur, quod prius quam liber esset peculium sibi habere iussus esset. Respondit in coniunctionibus ordinem nullum esse neque quicquam interesse, utrum eorum primum diceretur aut scriberetur: quare recte peculium legatum videri, ac si prius liber esse, deinde, peculium sibi habere iussus est[78].

As we infer from the fragment, the testator meant to manumit *testamento* his slave Pamphilus[79], and to leave him, beyond that, by a legacy *per vindicationem* – we deduce it from the words '*sibi habeto'*[80] – the *peculium* that he already gave him when he was alive.

The problem arises from the fact that the testator objectively inverted –

76 See *supra*, n. 70.

77 Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 42 n. 20 (Alf.). About the problems of interpretation referring to the order of the *mortis causa* clauses see also D. 33.8.15 (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*), about which *infra*, n. 91.

78 Translation from Watson, *The Digest of Justinian. III*: «A man had written in his will as follows: «when I die, let my slave Pamphilus have for himself his *peculium* and be free». He was asked whether the *peculium* appeared to have been correctly legated to Pamphilius, because he has been ordered to have his *peculium* before he was free. He replied that in conjoined provisions the order was of no account and that it made no difference which was uttered or written first; therefore, the *peculium* appeared to have been correctly legated, just as if he had been ordered first to be free and then to have his *peculium*».

79 This is, very probably, a toponimic (*i.e.* a noun used to denominate a *servus* coming from *Pamphilia*), so a «style» name used (also) by Servius: see D. 40.4.48 (Pap. 10 *quaest.*): cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 832 n. 176 (Pap.); Lenel, *Palingenesia*, II, c. 330 n. 63 (Serv.)].

80 Gai., *inst.* 2.193: '*Per vindicationem hoc modo legamus Titio verbi gratia hominem Stichum do lego; sed et si alterutrum verbum positum sit, veluti do aut lego, aeque per vindicationem legatum est; item, ut magis visum est, si ita legatum fuerit sumito, vel ita sibi habeto, vel ita capito, aeque per vindicationem legatum est*'. About the (well known) disappearance of the *legatorum genera quattuor* in the Justinian age, see the important *constitutio* preserved in C.6.43.1 (Imp. Iustinian. A. Demostheni), whose content is repeated by *Inst.* 2.20.2 (but the content of the symmetric text in Theoph. Par. 2.20.2 is unusual: though following the imperial institutions, it does not avoid the temptation to mention as a premise the expressions required by the classical law and used by testators to choose between the different kinds of legacy).

it is not relevant if being aware or not of what he was doing – the order of his two clauses, stating «firstly» the legacy and «secondly» the liberty of Pamphilus[81].

This seems to be perfectly clear to the heir, who, from the painstaking performance of both clauses, would see his inheritance doubly diminished (because both the *peculium* and the economical value of the slave would be detracted from it)[82].

For such reason, he asks the jurist, trying to prove his point: *i.e.*, the first clause must be considered void – this is showed by the interrogative-negative sentence: '*rectene … quod …*'[83] – because, to hold both clauses as valid,

81 About the so called '*ratio dubitandi*' of the text, see *infra*, n. 85.

82 With reference to such profile, we can suppose that the slave we are talking about was of some worth, because he received a *peculium* and, thus, he knew how to manage an estate (though we cannot know how much this latter was concretely noteworthy): cf., for instance, D. 11.3.16 (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*). About the varying of market value of the slaves, in relation to their different socio-economical function, I allow myself to refer to M. Miglietta, *Logiche di giuristi romani e bizantini a confronto in materia di stima aquiliana delle 'causae corpori cohaerentes'*, in «La retorica fra scienza e professione legale», p. 254 ff. (with bibliography, to which *adde* A. Schiavone, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Bari, 1996, p. 127 – an essay that I did not examine in that work – who believes the sum of seven hundred thousand sesterces payed for the purchase of the *servus grammaticus Daphnis* – see Plin., *nat. hist.* 7.39.40.128, and Suet., *de gramm. et rhet.* 3.5 – «un episodio eccezionale [an exceptional event]»; textes we surveyed about this subject [cf. Miglietta, *op. et loc. cit.*] show, in any case, that the market price of the *servi* could undergo, and usually it did undergo, relevant variations when these *servi* were trained or applied to accomplish qualified tasks or, again, they possessed intrinsic particular qualities).

83 Such form represents a clear position, though expressed with an interrogative sentence. About the abundant use of '*recte*' in Alfenus see Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, p. 11 f. = Id., *Opere*, II, p. 178. About the dialectic value of the words '*recte*', '*rectius*', '*rectissime*' I refer to Bona, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, p. 120 ff. = Id., *Lectio Sua*, II, p. 936 ff., in particular, and to M. Miglietta, *'Servus dolo occisus'. Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*, Napoli, 2001, p. 313 and n. 89, and, lastly, to E. Stolfi, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani*, in «RDR.», I, 2001, p. 351 (and n. 30), who talks about expressions including «un giudizio di 'correttezza' [a judgement of 'correctness']» such to imply «un apprezzamento del procedimento interpretativo posto in essere, che ha condotto a una disciplina in sé non sempre o del tutto nuova, ma tale da soddisfare le esigenze della fattispecie concreta nell'osservanza delle disposizioni preesistenti [the appreciating of the interpretative process, which drove to rules that are not always or not completely new, but such to satify the necessities of the case, while observing the preexisting dispositions]» (but this conceals a bit the relevance of the lexical progression, implied mostly by the comparative '*rectius*', which actually operates in an adversative function). Not much can be deduced from T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*,

one should, firstly, manumit Pamphilus and, then, one should give him the legacy *per vindicationem* (‘*quod prius … iussus esset*’).

Such reasoning is subtle, because the idea that a hierarchy must exist, both logic and juridical, between the two clauses, drives us to believe that the slave – as such – cannot acquire the property of the *peculium* (while this should happen after the succession opened). In other word, the heir tries to keep for himself (at least) the properties that constitute the *peculium*, as he cannot acquire the *dominium* on the slave, who was manumitted – in any case, validly – by will of the testator.

Besides, this idea has not as its only basis a rhetorical argument, but it also finds grounds – as scholars correctly observed – in the formalism of the clauses of last will, as shown in the well-known archaical expression ‘*Stichus servus meus liber heresque esto*’[84], from which the school of Servius tried, however, to move away [85], maybe as a consequence of the principle known as *favor testamenti*. The outcome of the process of antiformalistic erosion, already carried out by the school of Servius, is finally shown, in this field, in

Gai., *inst.* 2.185-186: Sicut autem liberi homines, ita et servi, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt. Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: ‘Stichus servus meus liber heresque esto’, vel: ‘heres liberque esto’[86].

Oxford-New York 2002², p. 66, p. 73 and p. 190 f., where ‘*recte*’ and ‘*rectissime*’ are briefly analysed as connected to verbal forms (excluding the quick annotation, referred to the content of different imperial rescripts, «that it is ‘correct’ or ‘quite right’» [p. 190]).

84 Cf. Gai., *inst.* 2.185-186 (referred just after, in the present work) and D. 28.5.9.14 (Ulp. 5 *ad Sab.*): cf. Lenel, *Palingenesia*, II, c. 1030 n. 2464 (Ulp.); on such point see Horak, *op. et loc. ult. cit.*

85 Cf. De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, 187 f., who justifies the alfenian solution as the emersion of an interpretative tendency having as its aim «un graduale sovvertimento [a gradual subversion]» of the «originaria regola indiscutibilmente formalistica [undoubtedly formalistic original rule]» (*i.e.* the rule stating that the *heredis institutio* should precede every other clause of last will), and who refers to C. Sanfilippo, *Studi sull’hereditas*, in «AUPA.», XVII, 1937, p. 144 (ff.); H. Coing, *Zur Methodik der republikanischer Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung*, in «Studi V. Arangio Ruiz», I, Napoli, 1953, p. 386, actually does not go beyond the paraphrasis of the text («Aus den grammatisch Regeln über *conjunctio* folgert Alfenus Varus die Gültigkeit eines *Peculium*-Vermächtnisses an einen Sklaven, obwohl in dem Testament das Vermächtnis *vor* der Freilassung ausgesprochen ist [Alfenus Varus deduces from the grammatic rule about the *conjunctio* the efficacy of a legacy of a peculium to a slave, though in the last will such legacy is written before the manumission]»); Horak, *Rationes decidendi*, p. 179; A. Watson, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971, p. 157 f. and, lastly, Roth, *Alfeni Digesta*, p. 42.

86 Translation from E. Poste (revised by Whittuck), *Gai Institutiones or Institutes of*

Regarding these paragraphs, we must underline the presence of two possible wording, the first of which regards the clause of last will in its most ancient and rigid version ('*Stichus servus meus liber heresque esto*'), while in the second one – which is also correct and which produces the same effects – the relevant words are inverted: '*heres liberque esto*'.

Alfenus objects to the sophism[87] and cuts decidedly away the strong (even if only seemingly) argument of the *quaestio* stating that, between clauses wordly *coniunctae* – that is, that are one dependent from the other, on the basis of a syntactic relation – '*ordinem nullum esse*', that is, we cannot establish, just for this, a hierarchy of juridical effects one dependent from the other[88]: thus, in order to pin down the *voluntas* of the testator, there is no real difference if, between the clauses of the last will, one was pronounced or written before the other[89].

Therefore, such (asserted) «cause and effect» relation between *coniunctae* clauses [90] cannot be considered but merely putative[91].

Roman Law, Oxford, 1904[4]: «Not only freemen but slaves, whether belonging to the testator or to another person, may be instituted heirs. A slave belonging to the testator must be simultaneously instituted and enfranchised in the following manner: 'Stichus, my slave, be free and be my heir;' or, 'Be my heir and be free'».

87 We find, correspondently, a violent reaction of the jurist regarding attempts of '*ius civile calumniari*' and of '*verba captari*' in D. 10.4.19 (Alf. 4 *dig. a Paul. ep.*), about which we will talk *infra*, § 6. The fact that an antiformalistic principle is expressed – to which the solution contained in D. 33.8.14 is owed – both in the anonymous and in the paulinian epitome of the alfenian *digesta*, I think, carries us to the idea that the sentence '*sed – interesse*' in D. 10.4.19 cannot be ascribed, not even for the sake of argument, to an intervention of Paulus on the text of the Late Republican jurist. See also *infra*, n. 176-177.

88 Cf. Voci, *Diritto ereditario romano*[2], II, p. 807. It is the heir that creates, to his own advantage, such depending relationship, probably on the basis of the preceding jurispudence, that was much more subject to the fascination of the rhetorical *tópoi* (here represented by the concepts of «before» and «after»).

89 The binomious '*diceretur aut scriberetur*' is justified, properly, by the aspect of (general) *regula* of the assertion of the jurist, which must be valid even beyond the present case: see also Voci, *Diritto ereditario romano*, II, p. 66 and n. 14.

90 Such hypothesis was actually formulated by the heir, in the perspective we are examining in these pages.

91 Besides, a similar concept comes back, in the alfenian production – but, in this second case, inside the paulinian collection – in D. 33.8.15 (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*): '*Servo manumisso peculium legatum erat: alio capite omnes ancillas suas uxori legaverat: in peculio servi ancilla fuit. Servi eam esse respondit neque referre, utri prius legatum esset*'. Thus, in such case, though the husband left by legacy the women slaves to his wife, as a whole (*omnes ancillae*), this does not make void the other clause, by which (it is again a legacy) the manumitted slave obtains the peculium, even when this latter includes an *ancilla*. Such woman slave shall be given to the freedman – as a part of the peculium,

Once the rule is found[92], Alfenus goes on un-building the logical construction built up by the heir.

Thus, the sentence '*rectne Pamphilo peculium legatum videretur*' in the *quaestio* matches perfectly with '*quare*[93] *recte* [!] *peculium legatum videri*', where the absence of the interrogative particle '*-ne*' in the rhetorical question turns upside down (as we can guess) the meaning of the whole original sentence.

In the same way, as the heir stated '*quod prius quam liber esset, peculium sibi habere iussus esset*', Alfenus takes up again the same expressions, cutting the correlation '*quod … quam …*' out, and replacing it with '*ac si …*' – an operation imposed by the above mentioned law principle – that requires the addiction of a meaningful '*deinde …*', sign of the opposed opinion and solution, to which the response is aiming: '*ac si prius liber esse, deinde peculium sibi habere iussus est*'.

The *ratio* inspiring the alfenian solution comes out, therefore, from the need

considered as a whole – apart from the order by which the two clauses are written in the testament. *I.e.*, notwithstanding the evident (conflict deriving from) «concorso di disposizioni testamentarie con oggetto parzialmente coincidente [contributory last will clauses with partially coincident object]» (so wrote Talamanca, *Lo schema 'genus-species'*, p. 284 ff. [the quotation comes from page 287, and n. 779], because, in the present case, '*species derogat generi*' *i.e.* '*pars toti*': cf. also the accursian gl. '*servi meam*', and the gl. '*servus*', of Vivianus Tosco, in *Infortiatum Pandectarum Iuris Civilis Tomus Secundus*, Lugduni, 1556, p. 548 *ad h.l.*). About this text, De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, p. 214, remarked that, with the expression «*neque referre, utri prius legatum esset*», the jurist meant to exclude «l'idea astratta di un'eventuale *translatio* del legato della schiava dal legatario nominato prima a quello nominato dopo [the abstract idea of a possible *translatio* of the legacy concerning the slave from the legatee mentioned firstly to the legatee mentioned secondly]»). As to what concerns the syntactical profile, Pomponius remembers the univocally conjunctive value of the '*syllaba et*' (we should maybe repeat that in D. 33.8.14 [Alf. 5 *dig. ab anon. epit.*], about which we are discussing, there is the conjunction '*-que*', which links the two parts of the clause: the meaning is therefore the same: '*Quidam in testamento ita scripserat: 'Pamphilus servus meus peculium suum cum moriar sibi habeto liberque esto'*'): D. 28.5.67(66) (Pomp. 1 *ad Q.M.*): '*Si ita quis heredes instituerit: 'Titius heres esto: Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto', quamvis et syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur*'. To this regard, though, it must be remarked that the author of the *enchiridion* identifies a *ratio* that can make the same principle operate differently, in this case, in matter of increase of the inheritance shares (because the *voluntas* of the testator must be reconstructed in the sense that he meant to express his thought syntetically, and not to reciprocally joint the legal destiny of the clauses regarding Gaius and Maevius, excluding Titius) – actually, from this remark it seems more correct to talk about a «clause», and not about some «clauses», referred to Titius, Gaius and Mevius).

92 Such rule keeps its value though the true juridical reasoning that drove to its creation is hard to be identified, because here «l'*auctoritas* del giurista copre la *ratio* [the *auctoritas* of the jurist covers the *ratio*]»: so G. Grosso, *'Rationes decidendi'. A proposito di F. Horak, Rationes decidendi* [1969], in «Index», II, 1971, p. 117 = Id., *Scritti storico-giuridici*, IV, Torino, 2001, p. 691.

93 *I.e.* with reference to the content of the sentence '*respondi – scriberetur*'.

to save the clause as valid through a logic argument (‘*in coniunctionibus ordinem nullum esse*’), consisting in the intention of the testator, about which no doubt can arise, to select the slave as heir «and» to assign him the property of peculium, all in one. To such need the *littera* of the *mortis causa* clause must, therefore, be sacrificed – by which we can confirm our opinion, above mentioned, about the interpretation conforming to reality carried on by the servian school[94].

4. A third, unusual as well as interesting, text deserving a closer scrutiny comes out in matter of interpretation of last wills[95].

D. 35.1.27 (Alf. 5 *dig. ab anon. epit.*)[96]: In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret: nisi factum esset, heredes magna pecunia multare et cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum repperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur eum qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret et, si ob eam rem[97] nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. Respondit, si intellegeretur, quod monumentum demonstrare voluisset, is qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura mendum[98]

94 See *supra* n. 85 (and reference text).

95 Such text was omitted, though, both from the work of De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, and from the work of Roth, *Alfeni Digesta*, while the observations in Voci, *Diritto ereditario romano*, II, p. 622 f. (and n. 11 and 17), p. 827 n. 19, p. 849 n. 79 and, mostly, p. 929 f., are of some interest.

96 Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 42 n. 21 (Alf.).

97 About the servian-alfenian use of ‘*quamobrem*’ (‘*ob eam rem*’) see *supra*, n. 57 and *infra*, n. 147.

98 This is the (absolutely) preferable interpretation, to the subcessive corrections (‘*mentum*’ and ‘*nondum*’) that we read in the manuscript of the *Florentina*: cf. «Justiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus», *cur.* A. Corbino, B. Santalucia, II, Firenze, 1988, f. 100*r* (further, secondary variants – ‘*mundum*’ and ‘*neum dum*’ [codd. *W* and *Q*] – are mentioned by T. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berlin, 1870, p. 186, criticism *ad h.l.*). On such specific point see also K. Visky, *La pena convenzionale in diritto romano all’inizio del principato*, in «Studi E. Volterra», I, Milano, 1971, p. 623 n. 71 (who seems to conform – though he shows a certain expressive ambiguity – to the prevailing solution). It must be remarked, besides, that the expression ‘*in scriptura mendum*’ can be found, among the juridical sources, only in this text, while – as far as I know – only in D. 28.7.1 (Ulp. 5 *ad Sab.*) the substantive is used again, in the ablative form ‘*mendo*’: ‘*Sub impossibili condicione vel alio mendo factam institutionem placet non vitiari*’. Nonetheless, and it is certainly meaningful – if we consider it in relation with the communion of life and science that existed between the teacher of Alfenus, Servius, and Cicero

esset, tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere: sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam exstaret, monumentum tamen[99] omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere[100, 101].

– who, in a letter addressed to Servius and conserved among the so called '*epistulae ad familiares*', the form '*mendum scripturae*' is used: cf. Cic., *fam.* 6.7.1: '*Qua quidem in re singulari sum fato: nam cum mendum scripturae litera tollatur, stultitia fama multetur, meus error exsilio corrigitur, cuius summa criminis est quod armatus adversario maledixi*'. The expression appears, once again with a meaning connected to the concrete act of writing, in Cic., *ad Att.* 13.23.2; *verr.* 2.42.104 (and cf. also *de inv.* 1.6.8); in Liv. 38.55.8; in Varro, *de ling. lat.* 9.61.106; in Gell., *noct. att.* 1.7 *capit.*; 1.7.3 and 5; 5.4.2; 18.9.4; in other meanings cf. Cic., *ad Att.* 2.7.5 and 14.22.2; Aul. Gell., *noct. att.* 5.4.1; Ovid., *rem. am.* 413; *amor.* 1.5.17 (meant as a defect of the body); *ars am.* 3.777; *epist. ex Ponto* 4.1.13; see also Flav. Caper, *de verb. dub.* 110; Fl. Charis., *artis gramm.* 91-92; Eutych., *ars de verb.* 473 and Beda ven., *de orthogr.* 280.9 and 13.

99 See *infra*, n. 131.

100 Translation from Watson, *The Digest of Justinian. III*: «A man wrote in his will that he wished to be erected to himself a monument like that of Publius Septimius Demetrius in the via Salaria: should this not be done, he imposed a large fine on his heirs. When it was discovered that there was no monument of Publius Septimius Demetrius but that there was one of Publius Septimius Dama, which it was suspected that the testator intended as the model of his own memorial, the heirs asked what sort of monument they should erect and, assuming that they erected none because they could not identify the intended model, whether they would incur the penalty. The reply was that if it could be discerned which monument the testator sought to identify, even though he misdescribed it, they should built on the model which he thought that he had identified; if, however, the testator's intention could not be ascertained, the penalty would be ineffective because the model never existed which he bade them to copy; still they would certainly have to erect a monument appropriate to the wealth and standing of the deceased»

101 For what concerns textual criticisms, I refer to «Index interpolationum», II, c. 308-309 *ad h.l.* See, in particular, C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, p. 247 n. 2 (widely); A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III, Halle, 1892, p. 46 n. 4, who rejects the part of the text that goes from '*sin autem voluntas eius*' to the end, criticism to which, without further comments, some scholars conformed: see Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, p. 169; adhering, G. Segré, *Miscellanea esegetica*, in «Scritti B. Brugi», Palermo, 1910, p. 411 = Id., *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, p. 546 and E. Albertario, *La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, p. 316, who rejects even the sentence '*tamen ad id quod ille se demostrare animo sensisset*', on the implicit presumption – which actually is a *petitio principii* (cf., in the opposite sense, W. Kalb, *Wegweiser in die römische Rechtssprache*, Leipzig, 1912, p. 45 and n. 2, who reports the recurring of such expression in the ciceronian writing) – that the word '*animus*' should derive from a later hand. Also E. Vernay, *Servius et son École. Contribution à l'histoire des idées juridiques à la fin de la Republique romaine*, Paris, 1909, p. 183 n. 3 (referring, *de facto*, to H. Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les*

This case, whose details are quite intriguing to be read, describes a last will clause by which the testator imposed upon the *heredes* – under penalty of paying a *poena*[102], consisting in a relevant sum of money (‘*magna pecunia*’)[103]

---

découvrir, Paris, 1895, p. 181, who thought that there were signs of intrusion «révélées par la fait que le fragment raisonne pour et conclut contre [revealed by the fact that the fragment reasons in favour of and ends against]»: an opinion deriving from his troublesome understanding of the dialectical dynamics implied in D. 35.1.27) conformed himself to the interpolationistic critics.

102 Such ‘*poena*’ is considered – by the content of the text and setting it up against Gai., *inst.* 2.235 – « in sé non illegittima, forse perché destinata al *publicum* [not illegitimate in itself, maybe because the sum was intended to go to the *publicum*]» by M. Talamanca, ‘*Pena privata (diritto romano)*’, in «Enciclopedia del diritto.», XXXII, Milano, 1982, p. 729 n. 142. Read also the interesting text saved in D. 35.1.6.pr. (Pomp. 3 *ad Sab.*), about some «limits» to the efficacy of a *multa* charged to the recipients of a last will clause, once again with reference to the building of a monument (about which see A. Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden. Ein Beitrag zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht*, Leipzig-Berlin, 1911, p. 233 n. 2, for a bibliography). About the epigraphic textes on such *multae*, cfr.: «CIL.» XIII, 5708 = «FIRA.», III, *Negotia*, Firenze, 1969, p. 143-144, to which regard see the brief remarks of J. Murga Gener, *El testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el derecho romano postclasico y justiniano*, in «AHDE.», XXXV, 1965, p. 479 n. 68 and M. Kaser, *‘Unmittelbare Vollstreckbarkeit’ und Bürgenregreß*, in «ZSS.», C, 1983, p. 117 n. 136. M. Talamanca, *rew.* to D. Johnston, *The Roman Law of Trusts* (1988), in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-1990, p. 763, talks, to this regard, of «disposizioni di tipo, per così dire, modale [clauses of a, so to say, modal kind]» that «circolavano già da epoca repubblicana [were already diffused since the Republican age]».

103 In these cases the penalty consisted, normally, in a sum of money given to a temple. As to the present case, we can admit the suggestion of De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, p. 26 n. 1, according to which the exact fulfillment of the *modus* was to be checked by the college of *pontifices*, and this on the basis of D. 5.3.50.1 (Pap. 6 *quaest.*): ‘*Si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit, non excedat, eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis*’ (of course for the age of Servius we can talk only of *pontificalis auctoritas*); cf. also «FIRA.», III, p. 257. The *ratio* in the assignation of the supervision *implendae condicionis gratia* to the most important Roman priesthood college could be explained – according to the mentioned opinion of De Sarlo, *loc. ult. cit.* – by the fact that the same college was the (possible) receiver of the sum object of the penalty and by the circumstance according to which «da un testatore, poi, non può essere comminata una penale a beneficio di un privato [a penalty for the benefit of a private citizen cannot be inflicted by any testator]» (*ibid.*): see also *supra*, preceding n. Such hypothesis can be indirectly confirmed by the power-duty conferred by Justinian to the bishops to supervise the fulfillment of last will clauses regarding the building up of churches, hospices for old

– to build up a monument to his memory[104], similar to the one that the testator

people and for beggars, orfanages and hospitals; this could be interpreted as a sort of «historical substitution», though a very late one, of the ancient with the new *pontifices* (*i.e.* the ἐπισκόποι): cf. C.1.3.45(46).1b (*graece*, Imp. Iustinian. A. Iuliano). There is evidence that *multae* were inflicted regarding familiar graves «al fine di perpetuare la condizione della *res religiosa* quale voluta dal fondatore stesso [with the aim to preserve the condictions of the *res religiosa* as the founder wanted them]» and this in order to «contrasta[re] possibili eventi disturbanti [hinder possible disturbing events]» (cf. S. Lazzarini, *Sepulcra familiaria. Un'indagine epigrafico-giuridica*, Padova, 1991, p. 3: here a wide bibliography at p. 3-4 n. 1, to which *adde*, *e.g.*, the classical work of J. Merkel, *Über die sogenannten Sepulcralmulten*, in «Festgabe R. von Jhering», Leipzig, 1892, p. 79 ff.); the grounds of such '*multae*' are to be found in the field of the pontifical law, and they were supposed, according to circumstances, to go to the same supreme college (cf. «CIL.», VI, 13152); to the vestals (cf. *CIL*. VI, 5175; 10848; 13618); for both (cf. «CIL.», VI, 14672; 17965a); to the vestals and to the *aerarium* (cf. «CIL.», VI, 10848); to this latter together with the *pontifices* (cf. «CIL.», VI, 10219); to these and to the imperial *fiscus* (cf. «CIL.», VI, 8518); to the only *aerarium* (cf. J.K. von Orelli, *Inscriptionum latinarum selectarum*, Turici, 1828, n. 4424); to the *aerarium Saturnii* (cf. «CIL.», VI, 13028); to the *aerarium populi romani* (cf. «CIL.», VI, 1425; 7788; 9042; 13312; 15405; XIV, 1153); to the *fiscus* and to a town (in the specific case to the *fiscus* for whose who violates – opens or moves – the sarcophagus of the dead husband or wife: cf. «CIL.», IX, 5860); to a sanctuary or church (once again in order to protect the grave: cf. «CIL.», III, 2654; 2704; 6399); to a *civitas* (cf. *Testamentum civis romani gallicae nationis*, in «FIRA.», III, n. 49, p. 142-146); to a college (cf. «CIL.», III, 14250); to a *municipium* (*Puteoli* and *Ostiae*: cf. «CIL.», X, 2015; XIV, 850 – in this second case «DELATOR QUARTAS·ACCIPIET»); to the decuria of the owner of the grave (cf. «CIL.», III, 2107); directly to the informer of such violation (beyond «CIL.», XIV, 850 cf. «CIL.», III, 684; IV, 26609; V, 952; X, 6706; XIV, 166) and, lastly, to whom takes on the burden to prosecute the culprit for the *crimen* committed in damaging the grave (cf. «CIL.», V, 8305). About all this see, in particular, F. Fabbrini, *'Res divini iuris'*, in «Novissimo Digesto Italiano», XV, Torino, 1968, p. 559-560 and, once again, Lazzarini, *op. cit.*, p. 4-6 n. 2.

104 To such regard, Negri, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, p. 157, asserts, on the contrary, a theory according to which the '*sibi*' pronoun, contained in the clause ('*in testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret*'), is used to connect «il monumento, di cui si chiede la costruzione all'erede o al legatario, alla fisionomia stessa del testatore [the monument, whose building is asked to the heir or the legatee, to the looks of the testator]», because «fra l'altro [among other things]» we cannot forget – according to the author – «le tendenze dell'iconografia personale romana tardorepubblicana [trends in the Roman iconography of persons in the Late Republic]». In my opinion, though, such interpretation – at least with reference to D. 35.1.27 – could contrast with the subject of the '*exemplum*', *i.e.* of the model to be found, whose presence, possibility or absence, rule the *distinctiones* inside the *responsum*. This should be excluded, on the contrary, if the reference point were the looks of the testator. As to the use of (ideal) models for the carving of Roman memorial sculptures see, recently, though from a popular perspective, the interesting remarks of P. Zanker, *L'arte greca a*

mentioned as erected to some Publius Settimius Demetrius, by the *via Salaria* (‘*ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii*’).

The heirs, intuitively prompted by the (unwelcomed) chance to see (maybe) their inheritance diminished by the *multa*[105], try to identify the *exemplum* described by the testator, discovering that, while, with reference to such *monumentum*, ‘*nullum repperiebatur*’, on the contrary there is a herma to some *Publius Septimius Dama*.

Thus, the logical profile connected to the description of the case[106] rests on an option: the heirs observe that the sameness of *praenomen* and of *nomen gentilicium*, and the same location of the *monumentum* (by the *via Salaria*)[107], let them suppose that the testator would have mentioned the monument, but that he wrote one name for the other[108]. This is, perhaps, more a reasonable doubt – a doubt that a common man could have, *i.e.* a man endowed with some smartness – that a real hypothesis (‘*ad quod exemplum suspicabatur*

Roma, in «La forza del bello. L’arte greca conquista l’Italia», *cur.* M.L. Catoni, Milano, 2008, p. 168, «catalogue» of the remarkable art exhibition held in Mantua, at «Palazzo Te», from the 29th of March to the 6th of July 2008 (that I could visit thanks to my personal friendship with Cecilia Ruggerini, attorney at law in Mantua, and precious aide in Roman Law at the University of Trento).

105 Actually, the ‘*multa*’ seems to be charged to the personal estates of the heirs (though the text does not give the details of the penalty clause); but it cannot be denied that this means, indirectly, and factually, a minor economical increase coming from the inheritance. Besides, the other possibility of the logical alternative (*i.e.* that the *heredes* could be guided by good will) seems to be denied by the content of the *quaestio*, for reasons we are about to explain in this work.

106 To understand better the point, remember that the alfenian *responsa* follow – in general and, mostly, in the fragments contained in the anonymous epitome – a tripartition: ‘*casus*’ (case) – ‘*quaestio*’ (question of a juridical kind emerging from the case) – ‘*responsum*’ (from the jurist). On such point see already, implicitly, Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, p. 3 ff. = *Opere*, II, p. 172 f. and Bretone, *La tecnica del responso serviano*, p. 7 f. = Id., *Tecniche e ideologie*, p. 98. See also, n. 49 (and text to which we are referring).

107 Though the text does not make it explicitly clear, the whole meaning of the description of the facts, and the correspondence of the verbal forms ‘*nullum repperiebatur*’ – ‘*sed … erat*’, let us believe that the monument to P.S. Dama was found along the same via Salaria.

108 So Gothofredus, *Corpus Iuris Civilis Romani* I, p. 646 n. 7 *ad h.l.*, latinizing the greek word συνάλλαγμα» (but maybe the word took the place of παράλλαγμα»). P. Voci, *L’errore nel diritto romano*, Milano, 1937, p. 125, correctly remarks: «si può attribuire un falso nome a una persona, pur avendola bene identificata per altra via [a false name can be ascribed to a person, though we did rightly identify him in another way]».

eum qui testamentum fecerat[109] *monumentum sibi fieri voluisse*')[110]. From the opposite point of wiew, the different element (the *cognomen* '*Dama*' instead of '*Demetrius*') cannot be logically excluded: such element, in itself, could even lead us to conclude that what the testator '*sibi fieri voluisset*'[111]

109 We have to consider that the expression '*eum qui testamentum fecerat*' repeats, quite literally (excluding the changing of the verbal mode, though the verbal tenses are simmetric), the similar '*eum qui testamentum fecisset*' contained in D. 32.60.2 (Alf. 2 *dig. a Paul epit.*), and other interesting linguistic parallelisms can be found in Cic., *Brut.* 53.197 ('*... hoc voluisse eum, qui testamentum fecisset, hoc sensisset ...*'), about the so called *causa Curiana*: cf. P. Voci, *'Interpretazione del negozio giuridico (diritto romano)'*, in «Enciclopedia del diritto», XXII, Milano, 1972, p. 274 and n. 128 = Id., *Studi di diritto romano*, I, p. 617 and n. 128, and Id., *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, in «ANRW.», II.14, Berlin, 1982, p. 441 and n. 272 = Id., *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, p. 68 and n. 272 (with the following specification about the text we are dealing with: «Il testatore voleva: più precisamente, si riteneva avesse voluto [the testator wanted that; more specifically, it was believed that he wanted that]»); see again Voci, *Diritto ereditario romano* [2], II, p. 911 ff.

110 The jurist mentions such possibility maybe more for (reasonable) completeness that for some hint emerging from facts: the evidence could be that no *heredes* who *suspicabantur* are mentioned; the text uses instead the impersonal construction '*suspicabatur – voluisse*' (nor any allusion to such conjecture appears inside the *quaestio* asked by the heirs: '*quaerebant heredes – tenerentur*').

111 About the mistake on the name, the servian school (by the word of its founder) already expressed itself in a fragment preserved in the later writing (and considered genuine by the interpolation scholars: nothing is remarked by «Index Interpolationum», I, c. 70 and «Supplementum», I – *cur.* E. Levy, E. Rabel –, Weimar, 1929, c. 88). I am alluding to D. 5.1.80 (Pomp. 2 *ad Sab.*): '*Si in iudicis nomine praenomine erratum est, Servius respondit, si ex conventione litigatorum is iudex addictus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent*' (about which see, though, the usual perplexities, lacking a real motivation, of G. Beseler, *Unklassische Wörter*, in «*ZSS.*» LVI, 1936, 69, rightly rejected – in favour of the «sostanza classica [classical essence]» of the text – by U. Zilletti, *La dottrina dell'errore mella storia del diritto romano*, Milano, 1961, p. 407 n. 140 and p. 421; see also P. Voci, *L'errore nel diritto romano*, p. 104. In this case, the exact reference can be found through the investigation (*i.e.* the '*sentire*') about the '*conventio litigatorum*', while, in the case of the monument, the'*voluntas testatoris*' is more difficult to ascertain (O. Lenel himself, *Palingenesia iuris civilis* II, Leipzig, 1889, c. 88 n. 6 *ad h.l.*, noted: «*Quid, si in heredis nomine praenomine erratum sit?*»; actually, the pomponian text should be also inserted under the title '*de testamentis*': cf. *op. ult. cit.*, p. 88, *ad rubr.*). A not unrelevant detail is the use of the verb '*sentire*', both in this text and in D. 35.1.27 (not very much to the point, though, seems to me the reference in Voci, entry *'Interpretazione del negozio giuridico'*, p. 272 and n. 120 = Id., *Studi di diritto romano* I, p. 613 and n. 120, to the incidental clause '*quod ille se demonstrare animo sensisset*', as an instance of the fact – and this can be surely admitted – that there was a «rinvio esplicito alla *mens dicentis* [explicit reference

to the *mens dicentis*]», but that such use was «normale nei giuramenti, ove si richiedeva che uno giurasse *ex sententia animi sui* [normal in oaths, where one was asked to swear *ex sententia animi sui*]», to which D. 35.1.27 explicitly refers (cf., on the contrary, the exact evocation in Cic., *de off.* 3.29.107-108). For what concerns the aspect of the choice of the *iudex*, see H. Levy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 134; D. Liebs, *Damnum, damnare und damnas. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in «ZSS.», XCVIII, 1968, p. 239; Horak, *Rationes decidendi*, 226-227 (cf. also T. Honoré, *The Editing of the Digest Titles*, in «ZSS.», CIII, 1973, p. 286); R. Düll, *Zu Gaius veronensis, den iudicia der Legisaktionen und zum Vormularprozeß*, in «ZSS.», CVIII, 1978, p. 278; W. Simshäuser, *Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der lex Irnitana*, in «ZSS.», CXXII, 1992, p. 184 n. 61; G. Gandolfi, *Lezioni sull'interpretazione dei negozi giuridici. Corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Milano, 1962, p. 112-113; P. Voci, '*Errore (diritto romano)*', in «*Enciclopedia del dir.*», XV, Milano, 1966, p. 230 n. 6 (who inserts the text of D. 5.1.80 among the cases of '*error in nomine*', together with D. 28.1.21.1 (Ulp. 2 *ad Sab.*): '*erraverat in nomine vel praenomine vel cognomine, cum in corpore non errasset*'; D. 37.11.8.2 (Iul. 24 *dig.*): '*Sed et cum in praenomine cognomine erratum est, is ad quem hereditatis pertinet etiam bonorum possessionem accipit*' and D. 41.2.34. pr. (Ulp. 7 *disp.*): '*nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus*' [and such incidental clause, though suspected, corresponds in facts to the content of the other fragments: cf. F. Eisele, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, in «ZSS.», 10, 1889, p. 318-319, to which regard cf. S. Solazzi, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in «Memorie dell'Accademia delle Scienze di Modena», XI, 1911, p. 230 n. 202 = Id., *Scritti di diritto romano*, I (Napoli 1955, p. 351 n. 202 (who remarked, quite brilliantly for his time, that «ciascun emblema deve essere dimostrato per se stesso [every interpolation must be demonstrated by itself]»); E. Seckel, '*Nisi*', in *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1926[2], p. 368; M. Lauria, *L'errore nei negozi giuridici*, in «Rivista di Diritto Civile», XIX, 1927, p. 340-341; E. Betti, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I, Padova, 1930, p. 80; P. Krüger, T. Mommsen, *Corpus iuris civilis*, I. *Digesta*, Hildesheim, 1993[17], p. 701 n. 13 *ad h.l.* and cf. also «VIR.», IV, Berlin, 1914, c. 150 line 6, *ad v.* '*nisi*', and 173 line 39, *ad v.* '*nomen*': «(Trib.?)»], which are not to be mistaken with the cases of '*error nominis*' [which, rightly, Voci counters: cf. D. 18.1.9.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*)] and 231 – with n. 13 – (in which it is observed, more in general, that the «*error in nomine* attiene alla pura e semplice denominazione di una persona o di una cosa, già ben identificata per mezzo di una *demonstratio* (descrizione) [*error in nomine* regards the simple denomination of a person or a thing, that is already well identified through a *demonstratio* (description)]» and that, thus, «poiché l'esatta identificazione interessa più del modo, con cui ad essa si giunge, l'*error in nomine* non produce invalidità [the *error in nomine* gives no way to inefficacy, because the exact identification is in itself more relevant than the way by which such identification is reached]»: cf. again, more in general, D. 18.1.9.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 35.1.17.1 (Gai. 2 *de leg. ad ed. praet.*); D. 35.1.34 (Florent. 11 *inst.*); by a mere mistake, then, it is mentioned D. 40.5.54 (Maec. 16 *fideicomm.*), while I think that Voci meant to quote the interesting position on the unrelevance of the '*error in syllaba*' espressed in D. 40.4.54.pr. (Scaev. 4 *resp.*) (where the testator manumitted the slave *Cratistus* by writing,

cannot be determined.

Besides, the discussion is consistent with the general *regula iuris* – that Lenel puts on the beginning of the same palingenetic fragment[112], but that could also follow the text now examined[113] – a *regula* deriving from the

---

though, *Cratinus*, who, according to the *responsum* of Scevola, shall be considered, anyhow, as manumitted, as an effect of the 'real' intention of the testator); D. 45.1.32 (Ulp. 47 *ad Sab.*); *Inst.* 2.20.29 and, lastly, C.6.23.4 [Imp. Gordian. A. Rufino]; it is to be remarked, though, that Voci does not consider D. 35.1.27 among the textes regarding such issue) and again A. Wacke, *'Errantis voluntas nulla est'. Grenzen der Konkludenz stillschweigender Willenserklärungen*, in «Index», XXII, 1994, p. 279, who deals with the point, and writes that, in our specific case – *i.e.* in case of a mistake regarding the name (or the *praenomen*) of the *iudex privatus* – the interpretative problem «può essere superato con la ricerca dell'effettivo intento dei contraenti [can be overcome by an investigation about the true will of the contracting parties]» (so said Gandolfi, *op. cit.*, 113). Wacke, *op. et loc. cit.*, instead, lingers over the differences that there are between D. 5.1.80, from one side, and D. 5.1.2.pr. (Ulp. 3 *ad ed.*) and D. 2.1.15 (Ulp. 2 *de omn. trib.*), on the other side: in the first case we are in the presence of «ein blosser *error in nomine* [a mere *error in nomine*]», while, in the other two cases, Ulpian would deal with '*error iuris*' and '*error in persona*' «als Unterfall eines *error facti* [as a sub-case of an *error facti*]» (but in both cases, mostly in the light of the opinion of Julian as acknowledged by Ulpian, the effect would be the voidness of the'*quod actum fuit*': «in beiden Fällen ist das Verhandelte nichtig [in both cases what was handled is void]»).

112 Fragment number 21 is palingenetically composed – in the reconstruction of Lenel – of D. 34.8.2 (that is the first part of it) and of the text in D. 35.1.27 (that is the immediate continuation): cf. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, 42 (and see *infra*, n. 113); such datum seems to vanish, partially, in Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, 108, where, with regard to D. 34.8.2, it is stated that here, as «in alcuni casi […], l'enunciazione è limitata al solo criterio decisionale [in some cases …, the enunciation limits itself to the only decisional criterion]». A different problem appears to be referred to the possibility to clarify, from one side, the original content of the text in D. 34.8.2 – which very probably suffered an intervention of the Compilers, for an evident need to adapt it to the inside of the title of the Digest '*de his quae pro non scriptis habentur*' (and cf. D. 34.8.1 [Iul. 78 *dig.*]) – and, on the other side, to its present generalizing content. But, while for the first hypothesis, we can (and, in lack of further elements, we must) limit ourselves to supposing that the lexical part that connected the two sections of the palingenetic fragment was deleted [cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 42 n. 21 (Alf.)] – and such opinion could have been held also by Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, p. 169, who was satisfied by emending, fussily but not exemplarily, *sunt* with *esse* (besides, Bremer's emendation is the only critical doubt mentioned by «Index interpolationum», II, c. 303 *ad h.l.*) – as to the second conjecture (*i.e.* the extremely generalizing nature of the *regula iuris*) we can observe that such phenomenon is not extraneous to the servian-alfenian style.

113 As it has been remarked in the preceding note, according to Lenel, *Palingenesia*, I, c. 42 n. 21 (Alf.), the palingenetic original fragment would be so composed – at least in

elaboration of Quintus Mucius[114] and reported in

its structure: [D. 34.8.2]: '*Quae in testamento scripta essent neque intellegerentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsa valent*'. [D. 35.1.27]: '*In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret: nisi factum esset, heredes magna pecunia multare et cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum repperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur eum qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret et, si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. Respondit, si intellegeretur, quod monumentum demonstrare voluisset, is qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura mendum esset, tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere: sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam exstaret, monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere*'. In my opinion, though, the *regula iuris* in D. 34.8.2 – which is of a general kind, containing in itself a true hermeneutical canon – could find a better position if we put it – in the opposite way with regard to the reconstruction of Lenel – immediately after D. 35.1.27. This solution matches better the style of the *responsa*, in general, the style of the servian school, in particular, and it is consistent with the same description of the analitical method, adopted by Servius, referred by Cic., *Brut.* 41.152 (on which, widely, *supra*, §§ 1.1 and 1.2). Thus, the text could have been organized as such: [D. 35.1.27]: '*In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret: nisi factum esset, heredes magna pecunia multare et cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum repperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur eum qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret et, si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. Respondit, si intellegeretur, quod monumentum demonstrare voluisset, is qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura mendum esset, tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere: sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam exstaret, monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere*'. [D. 34.8.2]: […?] '*Quae in testamento scripta essent neque intellegerentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsa valent*'. Besides, this second hypothesis has the quality to make even more consistent the whole aspect of Book V – *pars* '*de legatis*' – of the alfenian *digesta* in the anonymous epitome (at least in the version that was left to us): frag. 20, composed by D. 33.8.14 and frag. 21 (represented by D. 35.1.27), opens with the description of two troublesome cases, to which the *regula* of D. 34.8.2 follows. Clearly, in this case, Lenel followed the usual method, adopting the order of the Digest (D. 33.8.14 – D. 34.8.2 – D. 35.1.27), whenever he did not think to do it otherwise for concrete reasons (see Lenel, *op. cit.*, 'praefatio', § III, s.i.p., as he did, instead, with frag. *22 [= D. 4.6.42], for the motivations expressed: Lenel, *op. cit.*, c. 42 n. 1). Nonetheless, in my opinion, in this case, it is advisable to avoid the order of the Pandectae.

114 Cf., to this regard, D. 50.17.73.3 (Q.M. *l.s. Ὅρων*) [= Lenel, *Palingenesia*, I, c. 763

D. 34.8.2 (Alf. 5 *dig. ab anon. epit.*)[115]: Quae in testamento scripta essent neque intellegerentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent[116]: reliqua autem per se ipsa valent[117].

All this is implicitly told in advance in the *quaestio* of D. 35.1.27 – whose askers are expressly called «heirs» (‘*quaerebant heredes*’) – but the first datum emerging from an accurate reading of the question asked to the jurist is that the protagonists choose – between the two possible solutions pinned down by Alfenus[118] – the one more profitable to them. The part of the text

---

n. 50 (Q.M.)]: ‘*Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent*’. The text – though possibly summarized by the Compilers because of the title of the Pandectae in which it is inserted, but very similar to the original alfenian one – derives (*scl.*: it should derive) directly from the work of the jurist who died in 82 a.C. (see, for all the others, with references, A. Schiavone, *Quinto Mucio teologo*, in «Labeo», XX, 1974, p. 341 and n. 68; see also Id., *Nascita della giurisprudenza*, Bari, 1976, p. 39 f. and now, Id., *Ius*, p. 203 and p. 446 n. 19).

115 Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 42 n. 21 (Alf.).

116 Such rule works, of course, under the condiction that the impossibility to understand the words is absolute: cf., as an instance, and with regard to the meaningful use of the verb ‘*intellegere*’ in a context of legacies, D. 30.20 (Pomp. 5 *ad Sab.*): ‘*Qui duos servos haberet, unum ex his legasset, ut non intellegeretur quem legasset, legatarii est electio*’.

117 The second and last part of the fragment (‘*reliqua autem per se ipsa valent*’), about which, strangely, the interpolation scholars did not intervene, requires also some reflections: also comparing it with the mucian «matrix» (see D. 50.17.73.3 *supra*, n. 114) we could think, from one side, to an end added by the Compilers. From the other side, such end could show the development of the mucian thought carried out by the servian-alfenian reflection. This second solution seems to me preferable if the text is to be read together with D. 35.1.27, which represents its factual premise, by which, what is ununderstandably written is considered as not present, while the understandable part has its effects (see *infra*, in the connected discussion). Cf., then, D. 28.5.46(45) (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*), in the closing part in which it is asserted that: ‘*id quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet*’. Such close, though focused on the ‘*id quod impossibile scriptum*’, and not on what is not «understandable», seems to confirm the interpretative tendency of the servian school (this would let us reject, in my opinion, the interpolation doubts explicitly mentioned about D. 28.5.46[45] by E. Rabel, *Origine de la règle: ‘impossibilium nulla obligatio’*, in «Mélanges C.J. Gérardin», Paris, 1907, p. 489, which seemingly are assumed also by V. Scialoja, *Sulle condizioni impossibili nei testamenti*, in «BIDR.», XIV, 1902, p. 26 f., and by H. Peters, *rew*. to Vernay, *Servius et son École. Contribution à l’histoire des idées juridiques à la fin de la République romaine* (1909), in «ZSS.», XXXII, 1911, p. 470.

118 It seems advisable to repeat that, either the testator was referring to a not identifiable model (therefore, we are in presence of elements that are inserted in the testament but that it

connected to this point sounds so: *quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret et, si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur*.

Such request is expressed through two questions. The first contains a sort of *captatio benevolentiae* – a declaration of good intentions[119] – that is, what kind of herma is to be built up (‘*quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret*’)[120].

Actually, this premise seems, though quite subtly, to be needed in order to bring on the second question (‘*et, si – num poena tenerentur?*’), to which the *heredes* truly aim – *i.e.* if they really must pay the *poena* – because they let the question be preceded by a *ratio* that is, at the same time, an *infirmatio rationis*. In other words, the *heredes* hide themselves behind a true alibi, so expressed: ‘*nullum monumentum facerent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent*’.

The fact that we are in front of a little beguilement[121] is made clear, in my opinion, by the contrast of expression between the description of the events (*cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum repperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur…*, et rell.) and what the heirs asserted. Actually, these consided ‘*non repperire monumentum*’ as something absolute, while, in the description of the case, such verb – in the negative form – was referred only to the failure to find a model as the one descripted by the testator, and this left open the chance that ‘*esse monumentum*’ (scl.: *Publii Septimii Damae*) and the following (logic) possibility, in the form of a doubt (‘*suspicabatur*’), that this was the model, the *exemplum* mentioned –in facts (*mens*) – by the testator.

Thus, the jurist is asked to give a specific answer, and the way in which

---

is not possible ‘*intelligere quid significarent*’ and, ‘*perinde*’, that must be considered ‘*ac si script*[*a*] *non essent*’: cf. D. 34.8.2), or we have to use data that can be analogically applied (of course, just because they can be applied, *i.e.* the existence of the other *monumentum*).

119 Such interpretation is, implicitly, excluded by Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 78 n. 2 = Id., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, p. 94 n. 2 = Id., *Storia della giurisprudenza romana*, p. 148 n. 1, according to which the *heredes* asked «semplicemente» (such the translation of Nocera; «merely» – «nur», in the original text) ‘*num poena tenerentur*’, because the answer of the jurist is the following: ‘*poenam nullam vim habere*’. See, though, what is remarked in the present work.

120 Notice, incidentally, that the question is deliberately generic and that it avoids – we could say, painstakingly – to refer in an explicit way to the monument of Publius Settimius Dama.

121 So also according to the brilliant remarks of Horak, *Rationes decidendi*, p. 218, who asserts explicitly that, in the *quaestio*, «so amüsant die Scheinheiligkeit der Fragesteller durchschimmert [the hypocrisy of the asker shines through so amusingly]».

he builds his *responsum* seems to show his awareness that he is wading in muddy waters, so that every surrender to the thesis contained in the *quaestio* could lead him to elaborate an unfair solution[122].

The dialectic tools used by Alfenus are – in my opinion – an authentic masterpiece of juridical solving technique.

Thus, he tells us in advance the same elements that will allow him to create the general rule to which the case must be brought back – *i.e.* to what is contained in D. 34.8.2 (‘*quae in testamento scripta … neque intellegerentur…*’)[123] – opening the answer with the same verb: ‘*respondit, si intellegeretur …*’, etc.

While the *regula* in D. 34.8.2 shows, so to say, a «simple exit» (*i.e.*, if it is in no way possible to interpretate the written will of the testator, the clause is considered as not included, while the rest of the will is valid)[124], the use the jurist makes of it, in this case, is applied to a «multifarious»[125] order of facts, through the examination of three possibilities.

In first place, the jurist analyses the hypothesis that the testator ‘*monumentum demonstrare voluisset*’ but – this is where he introduces an element of absolute novelty, which has a smashing effect on the logic that the heirs

122 So, on the contrary, in the attention payed to the defence of the *aequitas*, as a characteristic of the servian school: cf., the famous funeral oration of the jurist, Cic., *phil.* 9.5.10, about whose truth see, *e.g.*, R.G.M. Nisbet, *The Speeches*, in *Cicero*, *cur.* T.A. Dorey, London, 1964, p. 72. Cf. also Cic., *top.* 2.9.

123 On the advisability of the palingenetic choice made by Lenel, see what I have remarked *supra*, n. 112-113.

124 Cf., for instance, in similar matters and in the actual italian law, the art. 628 cod. civ. («*Disposizioni a favore di persona incerta.* – È nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata [*Clauses in favour of an uncertain person* – every clause in favour of a person who is mentioned so that he cannot be identified is void]») and, mostly, the art. 625 cod. civ. («*Erronea indicazione dell’erede o del legatario o della cosa che forma oggetto della disposizione.* – Se la persona dell’erede o del legatario è stata erroneamente indicata, la disposizione ha effetto, quando dal contesto del testamento o altrimenti risulta in modo non equivoco quale persona il testatore voleva nominare. [2° *co.*]. La disposizione ha effetto anche quando la cosa che forma oggetto della disposizione è stata erroneamente indicata o descritta, ma è certo a quale cosa il testatore intendeva riferirsi [Erroneous mention of the heir or of the legatee or of the thing object of the clause. – If the heir or the legatee were erroneously mentioned, the clause is valid, when, from the context of the testament or otherwise, it results in a non-equivocal way which person the testator wanted to mention. [2° *co.*]. The clause is also valid when the thing that is object of the clause was erroneously mentioned or described, but it is certain to which thing the testator meant to refer]»).

125 See Cic., *Brut.* 41.152 (‘*latentem explicare definiendo*’), in the interpretation that we have given *supra*, n. 8 and 9 (and reference text).

try to impose – '*tametsi in scriptura mendum esset*', *i.e.* he also considers the hypothesis that the testator made a mistake about the identification of the model. Should such mistake be ascertained, the unavoidable consequence will be that the heirs should refer '*ad id, quod ille* [*i.e.* the testator] *se demonstrare animo sensisset*'[126] (and so '*fieri debere*'[127])[128].

In second place, if, on the contrary ('*sin autem*'), '*voluntas eius ignoraretur*' – in other words it cannot in any way be ascertained which model the testator had in mind – '*poenam quidem nullam vim habere*'. In this hypothesis too, the logic of Alfenus does not shrink from a painstaking attention to the context '*regula-casus-responsum*': the jurist does not assert *tout court* that the monument must not be built – this was the solution to which the heirs were aiming[129] – but that the heirs are not obliged to pay the penalty, '*quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam exstaret*'[130].

At this point, the jurist gives, so to say, the final blow in such mesmerising duel of concepts. If the *heredes* could – hypothetically – begin to believe they were at safe, because of the second part of the solution (in which it was

126 The mentioned sentence ('*quod ille – sensisset*') defines «la volontà del defunto [the will of the dead]» expressed «con gli stessi termini del diritto sacro [with the same words of the sacred law]»: so Voci, *Diritto ereditario romano*[2], II, p. 930 and cf. V. Giuffrè, *Riflessioni sul 'Diritto ereditario' del Voci*, in «Labeo», XI, 1965, p. 93 n. 16; A. Burdese, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 194-195 and n. 42, and Id., '*Interpretazione nel diritto romano*', in «Digesto delle Discipline Privatistiche», X, Torino, 1993, p. 7. On the contrary – but wrongly – Segré, *Miscellanea esegetica*, 546, judged the «menzione dell' '*animus*' [mention of the '*animus*']» to be an interpolation, «oltrechè […] inutile [besides … unuseful]» (see also *supra*, n. 101; a rejection that missed, on the contrary, in the original version of the work in Id., «Scritti in onore di B. Brugi», p. 411: as it emerges from the *Avvertenza* contained in Id., *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, p. XIV, «l'Autore ha consentito a rivedere, rifondere ed aggiornare, in quanto gli fosse possibile, i Suoi Scritti per la loro pubblicazione [the Author consented to edit, confere and adjourn, as far as it was possibile to him, His Writings for their publication]» in the «Raccolta [Collection]»).

127 Such principle works under the condiction that, in general, the *sentire* of the *scriptor* is not ambiguous: see Cic., *de inv.* 2.40.116 (quoted *supra*, § 1.1).

128 It is important to underline that such part of the text recalls, with a particular stilistic harmony, the '*ut … fieret*' and the '*nisi factum*' of the description of the events, and the '*se facere oportere*' and the '*nullum fecissent – facerent*' contained in the *quaestio* of D. 35.1.27.

129 Cf. *supra*, in this work, and the clause '*et, si ob eam rem, nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent …*', et rell.

130 The '*id nusquam exstaret*' is, then, the minimum – and very rigid, at the same time – limit to exclude the *poena*: *i.e.* there must not «exist» – literally «emerge from no place» ('*nusquam exstaret*') – nothing that can be assumed as 'a model'.

supposed that '*voluntas eius* [scl.: *testatoris*] *ignoraretur*'), Alfenus now takes back the general principle about the interpretation of *negotia mortis causa*, *i.e.* that the true will of the testator must be identified and kept however safe.

For such reason, if the confusion about the *exempla* made it (even) impossible to identify the model to which one should refer, one point remains clear: the testator «wanted» (with no chance of doubt) that a monument had to be built to his memory by the heirs. And such, correctly, is the response: '*monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere*'[131].

Another remark. The binomious used by Alfenus '*substantia et dignitas*' ('*secundum substantiam et dignitatem defuncti*')[132] could look as neutral. Actually, it is not so, because, if we consider the concision (and precision) that are typical of the style of the Roman jurists, such combination of words identifies the two extreme limits inside which the *heredes*[133] are allowed to move – possibly also to protect the *heredes* themselves[134], because there is no other model of behaviour to be followed.

On the one hand, in order to build up the monument, a sum shall be used which shall be proportioned to the estate (*substantia*) left from the testator:

131 Thus, the text is far from being interpolated, as it was thought, in first place, by the authors quoted *supra*, n. 101; see also G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1910, p. 168; IV, p. 43; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928², p. 548 n. 4; Betti, *Istituzioni di diritto romano*, I, p. 190 n. 49; De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, p. 27 and n. 1-2, and Horak, *Rationes decidendi*, 218 and n. 20. As to the genuiness, at least substantial, of the close, see B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, p. 525 and n. 1, and Di Salvo, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973, p. 359-360 n. 100, p. 390 n. 208.

132 As it was correctly observed by Biondi, *Successione testamentaria*, p. 525 n. 1, about «il pregiudizio che sia sempre giustinianeo il richiamo alla *substantia* e alla *dignitas* per la determinazione della disposizione, nulla di preciso si è potuto invocare [the prejudice that the reference to the *substantia* and to the *dignitas* in order to determine the clause dates always back to Justinian, nothing definitive could be claimed]». Cf. also C. Paulus, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln*, Berlin, 1992, p. 186 f.

133 Though not discretionally, if Socini (jr., 1482-1556) is right – as he could be – in stating, in a annotation referred by Gothofredus: «*forma per testatorem expressa si non reperitur, arbitrio boni viri declaranda fuerit*» (cf. Gothofredus, *Corpus Iuris Civilis Romani*, I, p. 646 n. 10 *ad h.l.*).

134 The dialectical dispute between the askers and the jurist does not at all deprive this latter of his peace of mind, which he needs in order to keep alive his feeling of fairness (and equanimity) and to infuse it inside the response – a datum about which the modern jurists (mostly prosecutors and judges) should probably reflect.

if the inheritance is composed by a modest amount of goods, the heirs cannot be asked to incur (objectively) unproportioned expenses.

On the other hand, even if the inheritance is of relevant value, nothing shall be erected that can look like an offence to the memory of the deceased – expecially if his *dignitas* was modest: to erect an equestrian monument, for instance dressed as a senator, to someone who, in his life, got rich with illicit, or, though honest, purely commercial business, could generate hilarity, if not blame, in those passing by, as well as a monument erected in the role of an athlet to someone who was not very phisically fit (o who was disabled, or even misshapen) could not but lead to depreciating laughters or to pity.

In the same way, the heirs, in presence of a wealthy and honoured testator, could not restrict themselves to a little commemoration stone or to a rundown herma of small dimensions (that, in this case, would go against both the *substantia* received *mortis causa* and the *dignitas* of the testator). Again – as fourth hypothesis[135] – both modest *dignitas* and *substantia* shall be matched (only) with a decent sign of the *pietas* commonly owed.

As it was written to this regard, the monument «deve perpetuare la memoria del ruolo politico-sociale che il defunto occupava durante la vita [must perpetuate the memory of the social-political role of the deceased during his life]»[136], and, therefore, the criteria mentioned by Alfenus cannot be considered as «elementi estranei alla disposizione [elements alien to the clause]», because, if one datum is sure (*i.e.* it can be clearly deduced by the interpreter), it is that «il disponente ha voluto la costruzione del monumento [the testator wanted the monument to be built]»[137]. Thus, if the heirs aimed, perhaps, to avoid such effect, they shall surrender to the evidence of the argument.

In conclusion, we could remark the symmetry used by the jurist both in the question and in the answer. We are in presence of a sort of chiasmus,

135 Being such sentence composed by two elements (*substantia* and *dignitas defuncti*) we will have, «algebrically», four possible solutions, implied by the fact that the rule, elaborated by the jurist, is meant to be «general», and, thus, to cover all cases. Of course we must recognize that, in practice, a heir willing to spend a sum higher than the inherited estate will be difficult to be found.

136 So Negri, *Un esempio di interpretazione del legato nel diritto romano e nella giurisprudenza dei tribunali italiani moderni*, in «Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne», III, p. 611.

137 Cf. Biondi, *Successione testamentaria*, 525. The same author, more in general, refers the principle (though partially criticising it) according to which «se risulta che il testatore abbia adoperato una dizione erronea, qualora consti la *mens testatoris*, è arbitrario dare peso all'errore trascurando la *mens* [if it results that the testator used an erroneous wording, whenever the *mens testatoris* is known, it is arbitrary to give relevance to the mistake and to neglect the *mens*]» (*ibid.*, p. 521).

whose outside elements are both the part of the text that I called an (affected) show of good will by the *heredes* (‘*quaerebent heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret*’) and the part including the alfenian «blow» (‘*monumentum tamen omnimodo* [!] *secundum substantiam et degnitatem defuncti exstruere debere*’). The inside elements are, on the opposite, both the continuation of the *quaestio* (‘*et, si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur*’) and the first part – which is dialectically built up in two hypothesis – of the answer (‘*Respondit, si intellegeretur, quod monumentum demonstrare voluisset, is qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura mendum esset, tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere: | sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam exstaret*’).

5.1. Another relevant text[138], which was defined by Horak as a «*casus perplexus*»[139] and even as «ein paradoxen Fall [a paradoxical case]»[140], concerns a complex case about a *cautio damni infecti* that two co-owners both promised one to the other (‘*damni infecti – restipulatus est*’) to cover possibile damages deriving from the demolition, and the following re-building[141], of a *paries communis*:

D. 39.2.43.1 (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*)[142]: Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret, damni infecti vicino repro-

138 This was studied by R. Backhaus, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München, 1981, p. 26 ff. (in the section entitled: ‘*Der Rekurs auf die juristische Konstruktion – eine causa proxima?*’); see, though, F. Horak, *rew*. to Backhaus, *Casus perplexus* (1981), in «ZSS.», CI, 1984, p. 393 n. 27, who accuses the author, not without reason, of having omitted a solid analysis of the text.

139 Cf. Horak, *Rationes decidendi*, 142 (and see Grosso, *‘Rationes decidendi’* , p. 115 = Id., *Scritti storico-giuridici*, IV, p. 689, who simply translitterated such expression in «caso perplesso [perplexed case]»).

140 Horak, *Rationes decidendi*, p. 93. I believe, though, these are once again opinions connected to an uncomplete understanding of the argumentative structure of the text.

141 Such binomious (*i.e.* the demolition «and» the re-building of the *paries*) is implied by the whole meaning of the text where it is asserted, in the *casus*, ‘*cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret …*’, et rell., and, repeating the same words, in the *responsum*, ‘*non oportuisse eos, cum communem parietem aedificarent, inter se repromittere …*’, et rell. (see just beyond, in this work).

142 Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 38-39 n. 5 (Alf.).

misit adeoque[143] restipulatus est: posteaquam paries sublatus esset et habitatores ex vicini cenaculis emigrassent, vicinus ab eo mercedem, quam habitatores non redderent, petere vult: quaesitum est, an recte petet. Respondit non oportuisse eos, cum communem parietem aedificarent, inter se repromittere neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse: sed si maxime repromitterent, tamen non oportuisse amplius quam partis dimidiae, quo amplius ne extrario quidem quisquam, cum parietem communem aedificaret, repromittere deberet. Sed quoniam iam totum repromisissent, omne, quod detrimenti ex mercede vicinus fecisset, praestaturum[144].

First of all, we must say that the text is historically precious, because it gives us an important proof about the existence of the *cautio damni infecti*, in Rome, already during the first century b.C.[145]. However, problems about

143 According to part of the authors, '*adeoque*' finds itself in the place of the more correct '*ab eoque*' (see Mommsen, Krüger, *Corpus Iuris Civilis*, I. *Digesta*, p. 644 n. 24, to whom Horak, *Rationes decidendi*, 142 n. 38, adheres). Besides, Mommsen and Krüger (*op. cit.*, 644 n. 23) proposes the emendation of '*demoliret*' in '*demolirent*' (on the basis of a suggestion – but in a doubting form – of the same Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, 394 n. 1). In my opinion, if the first correction can be considered as not without any foundation (though I have a doubt about its real usefulness), the second does not seem to match the discourse structure of § 1 in D. 39.2.43, in which the case is about a '*quis*' who – '*cum vicino*' – '*aedificare vellet*'; who '*damni infecti vicino repromisit*' and who '*adeoque <ab eoque> restipulatus est*', all this '*priusquam veterem* [= *parietem*] *demoliret*': the only logical motivation, which we can suppose was at the basis of the suggestion (*i.e.* that the wall was demolished by the will of both), does not overcome, though, the morphological textual datum. Besides, even in the continuation of the fragment, the parties of the controversy are kept neatly distincted, even under the semantic profile (and we see such supposition was not admitted by «Digesta Iustiniani Augusti» – *cur.* P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoia –, Milano, 1931, p. 1066 *ad h.l.*, who, besides, admit, n. 1, the preceding '*ab eoque*').

144 Translation from A. Watson, *The Digest of Justinian. III*: «A man wished to build a party-wall together with his neghbour and had a stipulation made to himself by the latter. After the wall had been removed and the tenants had moved out of the neighbor's upper rooms, the neighbor wanted to claim from the other party the rent which those tenants were not paying. The question arises of whether this claim is legitimate. He replied that when building a party-wall, they ought not to have made mutual undertakings and that neither of them could in any way have been compelled by the other to do so; that granted that they did make undertakings, they ought not to have done so for more than half the value, which is the maximum that anyone would have to undertake even to a third party when building a party-wall; but that since, in fact, they had made undertakings for the whole sum, all loss sustained by the neighbor in the matter of rent would have to be paid.»

145 And this though the surviving of one of the two forms of *ex lege agere* (cf. Gai., *inst.* 4.30-31): see G. Branca, *Danno temuto e danno da cose inanimate in diritto romano*, Padova, 1937, p. 73 ff. (on which see G. Grosso, *rew.* to Branca, *Danno temuto* (1937), in

its content arise when, once the wall in common (that clearly divided the two properties and that became unuseful to bear them) is demolished, in order to have its *refectio*, the lodgers of one of the two buildings (‘*habitatores ex vicini caenaculis*’) – claiming, as we can presume, the impossibility to enjoy the building properly – just leave (*emigrant*)[146]. Thus, they break, unilaterally – but for a ‘*iusta causa*’[147] – the contract of *locatio* with the *dominus* (who is the ‘*vicinus*’, *i.e.* one of the two authors of the reciprocal *cautiones*).

Now, this latter, who suffered the economical loss deriving from the *emigratio habitatorum* (*habitatores* who, for the reasons we have just said, could not be usefully sued with the *actio locati* by the owner for failed fulfillment of contract), intends to ask the co-owner who promised the *cautio*, on the basis of the *cautio* itself, to pay the *quantum* corresponding to the lease rent – or better, to the part of rent – that he cannot anymore collect from his lodgers (and that he would have instead obtained, if the contract had gone on until its natural end).

The question ‘*quaesitum est, an recte petet*’ contains, briefly, the doubt that is exponed to the jurist by the subject who is asked to pay the sum[148].

«SDHI.», II, 1938, p. 559 = Id., *Scritti storico-giuridici*, IV, p. 60, specifically).

146 It is unusual that, in the language of the Roman jurists, the verb ‘*emigrare*’ is used only by Alfenus (it appears, beside the text here analysed, also in D. 19.2.27 [Alf. 2 *ab anon. epit.*], quoted *infra*, following n.: see «VIR.», II, Berlin, 1933, c. 469, *ad h.l.*), while ‘*emigratio inquilinorum*’ is used, in the only occurrance known to us of such substantive (see *loc. ult. cit.*), in a context similar to the one here examined, D. 39.2.28 (Ulp. 81 *ad ed.*): ‘*In hac stipulatione venit, quanti ea res erit. Et ideo Cassius scribit eum, qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinae ea aedificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit, impensas eius rei ex stipulatu consequi posse: idemque iuris esse, cum propter vitium communis parietis qui cavit sibi damni infecti, onerum eorum relevandorum gratia, quae in parietem incumbunt, aedificia sua fulsit. In eadem causa est detrimentum quoque propter emigrationem inquilinorum, quod ex iusto metu factum est. Aristo autem non male adicit, sicuti hic exigit Cassius, ut si iustus metus migrandi causa praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem Cassium dicere debuisse, si iusto metu ruinae fulcire coactus est*’.

147 See again, on such issue, D. 19.2.27 (Alf. 2 *ab anon. epit.*): ‘*Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductione ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet. Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timori iusta non fuisset, nihilo minus deberet*’.

148 Besides, this conclusion is also proved by what it is objected in § 2 of D. 39.2.43 (v. *infra*, § 5.2).

Such question implies that there is a problem in bringing back – in terms of causal connection – the loss of the *merces* «to» the *damnum* occurred because of the demolition and the re-building of the *paries*. In other words, the questioner – while he seems to have already solved the point negatively – asks the jurist if it is correct to consider as *damnum*, deriving from constructing, the cancellation of the loan contract – because of the economical loss following from it – and, most of all, if the *cautio* can cover such damage.

The *responsum* analyses – once again with the effective method of distinction[149] – three connected hypothesis. The jurist observs firstly that, (being the property in co-ownership and) being such business in common, no promise was needed to cover *damnum infectum*, nor, for the same reason, could one co-owner of the *paries* in any way sue the other to make him promise something[150].

Secondly, if the co-owners wanted to guarantee each other with the *cautio*, they would not be obliged to do it for a sum superior to the half of the property value (*i.e.* a sum corresponding to the ideal share of the property of each one and, most of all, to the limit of their potential civil liability)[151].

149 See *supra*, n. 68 (and reference text).

150 Such specification of the text could offer an argument against the theory of Branca, *Danno temuto*, p. 79 ff., about the original edictal creation of the *cautio* (just) with regard to the *paries communis*: on such point see A. Masi, *'Denuncia di nuova opera e di danno temuto (premessa storica)'*, in «Enciclopedia del diritto», XII, Milano, 1964, p. 163 and M. Rainer, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 139. The same alfenian specification – '*neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse*' – seems to match (to deny its absolute efficacity in the specific case of the co-owners) the *ratio* expressed, subsequently, by Gai., *inst.* 4.31, according to which '*damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum*'.

151 The part '*sed si maxime repromitterent, tamen non oportuisse amplius quam partis dimidiae, quo amplius ne extrario quidem quisquam, cum parietem communem aedificaret, repromittere deberet*' seems, then, unconsistent with regard to those authors who hold the theory according to which the '*cautio vitio operis quod fit*' (*refectio* included) «poteva trovare applicazione soltanto nell'ipotesi di un *opus novum*: per i lavori di restauro – ammenoché fossero compiuti *in publico* – non sarebbe stato possibile obbligare alla *cautio* [could be applied only to the case of an *opus novum*: it would not be possible to oblige to the *cautio* for the restoration works – unless they were made *in publico*]» (so Masi, *'Denuncia di nuova opera'*, p. 165). Now, at least for what the alfenian text refers, thus with reference to its age, such *cautio*, if it cannot be imposed to the co-owner, surely can be imposed, by a third party (*i.e.*, usually the possible plaintiff), to the co-owners, in the measure of their respective shares of the *dominium*; besides, such *cautio* is surely referred to an *opus novum*, because such would be the *paries* substituting the *communis*, blew down to make room to a more fitting one. It is advisable to mention that the whole section '*sed si – deberet*' (and the expression

Nonetheless, because, while showing their will to reach a contract agreement, they undertook the commitment to be liable – each one – for the entire damage that the *opus* could cause (‘*quoniam iam totum repromisissent*’)[152], then, the jurist deduces, the *cautio* will also cover the damage ‘*ex mercede*’, because such damage can be connected – *ex cautione* – to the demolition and the re-building of the *paries communis* (‘*omne, quod detrimenti ex mercede vicinus fecisset, praestaturum*’).

5.2. Nonetheless, the dialectical duel is not over; actually, in some way, it becomes harder because the contested questioner[153] tries to oppose to the jurist, as an argument, the same *sententia* that the jurist himself has just expressed. In other words, as Negri remarked, «l’interlocutore è tanto abile da imitare, nella richiesta, il linguaggio usato dal giurista nella risposta data al vicino [the asker is so skilled to imit, in the question, the language used by the jurist in the answer he gave to the neighbour]»[154]:

‘*in totum*’) was the object of a annihilating criticism by A. Guarneri Citati, *Miscellanea esegetica*, I, in «Scritti F. Innamorati», Perugia, 1932, p. 95 and f., who, evidently, does not seem to have understood the richness of the dialectical structure of D. 39.2.43.1. The author, actually, gave to his solution the following grounds: «L’affermazione ‘*non oportuisse* eos inter se repromittere neque ullo modo … potuisse’ esclude che il giurista avesse potuto continuare ‘sed si repromitterent … *non oportuisse* amplius quam partis dimidiae’, trattandosi di una delucidazione non solo superflua ma anche contraddittoria con quanto precede [the assertion ‘*non oportuisse* eos inter se repromittere neque ullo modo … potuisse’ excludes that the jurist could have followed with ‘sed si repromitterent … *non oportuisse* amplius quam partis dimidiae’, because this is not only a superfluous explanation, but because it also contradicts what precedes it]» – this, as we have showed in this work, is merely a *petitio principii*. And this way he went on, but always being guilty of the same miscomprehention: «Pure l’*in totum* fu, in conseguenza, aggiunto, e del resto anche altre volte è spurio [also the *in totum* was added, by consequence, and besides also other times it is spurious]» (p. 96; the graphical choices inside the text are of the same Guarneri Citati).

152 The form of the response seems to contain an (implicit) rebuke to the parties of the *cautio*: if they would have asked a previous opnion to the (to a) jurist about how to determine the *verba* of the *cautio*, they could have been informed about the various possibilities, among which they could have choosen the right set-up of interests they both truly wanted, avoiding unexpected consequences.

153 Even the verb used in the text (‘*consulere*’) supports such interpretation because – as Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, p. 5 = Id., *Opere* II, p. 172, observed – differently from ‘*quaerere*’, it refers only to the questions asked by the client.

154 So Negri, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, p. 148: here the author seems to think, differently, that the (first) answer contained in § 1 of D. 39.2.43 was given to the counterparty. I believe, on the contrary, that the two parts of the text (§§ 1 and 2 of D. *eod.*) had as their only receiver the co-owner who was asked to pay back the rent lost by the other:

D. 39.2.43.2 (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*)[155]: Idem consulebat, possetne, quod ob eam rem dedisset, rursus repetere, quoniam restipulatus esset a vicino, si quid ob eam rem, quod ibi aedificatum esset, sibi damnum datum esset, id reddi, cum et ipsam hanc pecuniam, quam daret, propter illud opus perderet. Respondit non posse propterea quia non operis vitio, sed ex stipulatione id amitteret[156].

The asker approves the words of the jurist, showing (apparently) that he wants to comply with them, as if he was fully persuaded of their wisdom (and, in facts, of the unavoidable consequences deriving from the reasoning of Alfenus).

But if it must be so – and, most of all, if '*omne, quod detrimenti ex mercede vicinus fecisset, prestaturum*', as the same jurist asserted – then, the asker objects – through a rhetorical question actually concealing an exception – if, once the value of the *merces* '*ob eam rem*' has been paid, he can ask to have back the sum ('*rursus repetere*'), because he too received the *restipulatio* from his neighbour and co-owner of the wall '*si quid ob eam rem, quod ibi aedificatum esset, sibi damnum datum esset, id reddi*'. The point is that, if one considers the formal premises of the reasoning, the same money the asker will have to pay, according to the decision of the jurist, he will lose it due to the same *opus*, because of which his neighbour had claimed the money, obtaining full satisfaction.

There is no doubt that such issue seems to be, *prima facie*, artificial – though this does not allow us to doubt about the truth of the event[157].

But the true problem that the jurist has to face – again – is not to perceive the beguilement in such reasoning, but to succeed in giving proper reasons why such reply does not stand up, though it seems to have sound premises, as they come undoubtedly from the preceding *responsum*.

Alfenus is aware that his counter-reply must shoot at the core of the prob-

---

idem consulebat.

155 Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 38-39 n. 5 (Alf.).

156 Translation from Watson, *The Digest of Justinian. III*: «The same individual asked for advice as to whether he could claim back what he paid on this account on the grounds that the stipulation made to him by his neighbor had provided that any loss he might sustain as a result of the carrying out of the building-work should be restored to him and that the money that he paid counted as a loss caused by the carrying out of the work. He replied that such a claim could not be made since it was not because of defect in the work but by virtue of the stipulation that he had sustained the loss in question».

157 About such issue see *infra*, § 7. The logical construction and the same morphology of the sentences show an «insisting» style belonging to an «expert» (and not to any *civis*), but it is very probable that this effect represents only the (technical, as I have already said) way by which the jurist expounds the objection raised in facts by the (smart) antagonist.

lem and, most of all, cannot concede to the opponent any chance to prolongate the discussion, a prolongation that could be profitable to the opponent, even only in terms of a progressive wearing out of the persuasive strenght contained in the response.

'*Respondit non posse propterea quia non operis vitio, sed ex stipulatione id amitteret*'[158]: the answer – besides being connected, for the sake of brevity, with the first *quaestio*[159] – deletes the claims of the asker.

The reasoning of the jurist makes it clear that it is not possible to ask to have back what it was paid to the neighbour, because the economical loss following from the payment of the value of the *merces* cannot be considered as a *damnum* deriving from the defected property in co-ownership, but as a (juridical) consequence (coming out from the – voluntary or not – fulfilment) of the *stipulatio*.

This means that the asker made the mistake to (try to) consider the damage – *i.e.* the *res facti* – suffered by the neighbour (*i.e.* the loss of the rent) as one of the consequences deriving from the agreement freely reached by the *stipulatio* – that is, on the contrary, *res iuris*.

Being it not so, *per absurdum*, if we consider the reasoning of the opponent in general terms, «every» payment made for «any» cause (as, for instance, the payment of the price in a sale contract) could be asked back by reason of damage, because there is no doubt that, from a merely accounting perspective, to every payment corresponds an immediate economic loss (*i.e.* a *damnum*)[160], as we can argue – we are still reasoning by paradox – if we read in the opposite way the generalizing statement in D. 39.2.3 (Paul. 47 *ad ed.*): *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii*

158 As to the evaluation of the *operis vitium*, once again with regard to *cautio damni infecti*, see Servius in D. 39.2.24.4-5 (Ulp. 81 *ad ed.*), about whom cf., *e.g.*, Horak, *Rationes decidendi*, p. 104 n. 5. Also because of such detail, the critical doubt expressed by Pernice about the part '*propterea* – in fin.', mentioned (and admitted) by Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, p. 309 (in *appar. ad h.l.*), does not seem to have grounds – and besides, it lacks reasonableness, because it fails at catching the decisional *ratio* of the response.

159 Actually, if we observe the structure of the whole fragment of D. 39.2.43 (Alf. 2 *dig. ab anon. epit.*), we can notice that, in a sort of espositive intersection, the first *quaestio* and the second *responsum* are remarkably coincise, while, on the contrary, the first *responsum* and the second *quaestio* develop in an articulated explanation.

160 In rigorously logical terms, this cannot be considered as balanced by the purchase – in the mentioned case of the *emptio-venditio* – of a good that is economically equal or even superior to the fixed price. Such remark is valid *a fortiori* if the value of the good was overestimated – with no deception by the counterparty – from the purchaser, interested, for personal reasons, to own the *res*.

dicta sunt[161].

6. At this point of our research, it can be remarked that the textes we have examined come all from the anonymous collection of the *digesta* of Alfenus. Because of this detail, we could be lead to conclude that such logic-stlistic element is to be ascribed – by hypothesis – to the work of the epitomist and not to the elaboration of the jurist of the Late Republic[162].

Actually, also in the paulinian collection of the alfenian *opus* there is a meaningful – though controversal[163] – text considered by some scholars, in any case, among the ones that «più e meglio rispettano il discorso originario [respect more and better the original writing]»[164], notwithstanding the tendency usually showed by Paulus to follow his autonomous thought and judgement in reporting and commenting the writings of others[165]:

D. 10.4.19 (Alf. 4 *dig. a Paul. epit.*)[166]: Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. Respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset[167].

---

161 See, for all the others, G. Valditara, *Sulle origini del concetto di 'damnum'*², Torino, 1998, p. 1 ff. (p. 4, more specifically), also for what concerns the textual and jurisprudencial tradiction that is the foundation of the paulinian syntesis.

162 It must be told, in any case, that such conclusion has been expressed for mere completeness: actually, it goes in the opposite direction from the *communis opinio*, according to which the anonymous epitome has as its specificity – compared to the paulinan – the essential adherence of its textes to the alfenian original (see *supra*, n. 33 and reference text).

163 See just *infra*, in the present work.

164 So Bretone, *La tecnica del responso serviano*, 13 = Id., *Tecniche e ideologie*², p. 98; on such point cf. also Horak, *Rationes decidendi*, p. 268 (for the alfenian fathership) and, now, Schiavone, *Ius*, p. 454 n. 86 (who goes so far to assert that «da '*respondit*' in poi tutto fa pensare che [sia] Servio ad avere la parola [from 'respondit' on, everything let us think that it is Servius speaking]»).

165 This starting from the specific and emblematic case of the report on the opinion of Sextus Pedius in D. 9.2.33.pr. (Paul. 2 *ad Plaut.*) and D. 35.2.63.pr. (Paul. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*): I allow myself to refer once again to Miglietta, *'Servus dolo occisus'*, p. 270 ff. (with bibliography there cit., and cf. p. 273 f. n. 193, in particular), and, lastly, to C. Giachi, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, p. 208 ff.

166 Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 51 n. 66 (Alf.).

167 Translation from Watson, *The Digest of Justinian*, I: «All interested parties can sue

Such fragment was studied by the scholars quite deeply, starting from the textual criticisms of Beseler – according to whom the entire first sentence (‘*ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest*’) is interpolated – to the last synthesis of Roth[168]. Other authors, on the contrary, supposed that the text could not derive from a classical elaboration, nor from the Compilers; thus, it should be ascribed to some intermediate hand that cannot be better identified[169]. In this wiew, such unknown hand that worked (if it worked) on

---

for production. But a man inquired whether this action could effect the production of his opponent's accounts in whose production he had a great interest. The reply was that the civil law should not be applied vexatiously or interpreted in a captious spirit, but the correct procedure is to consider the intention behind each statement. For by the same reasoning, a student of some discipline could say that it was in his interest for such and such books to be produced for him, because if they were produced, he would be more knowedledgeable and better when he had read them».

168 About such text cf., beside the other authors mentioned in the continuation of this work, L. De Sarlo, *Documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Firenze, 1935, p. 253 f., and Id., *Alfeno Varo e i suoi digesta*, 136 ff.; J. Burrillo, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clásico*, in «SDHI.», XXVI, 1960, p. 239 f.; A. Fernandez Barreiro, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, p. 132, p. 372, p. 375 and p. 439 f.; Horak, *Rationes decidendi*, p. 268-269; D. Simon, *Summatim cognoscere. Zwölfe Exegesen*, in «ZSS.», LXXXIII, 1966, p. 202 ff.; Bretone, *La tecnica del responso serviano*, 12 ff. = *Tecniche e ideologie*, 98 ff.; R. Willvonseder, *Die Verwendung der Denkfigur der 'condicio sine qua non' bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz. 1984, p. 71 f.; Schiavone, *Giuristi e nobili*, p. 134 and p. 227, and now Id., *Ius*, p. 232 ff., and Roth, *Alfeni Digesta*, p. 43 f. (specifically). For an interesting reference (that would deserve a deeper attention) to the relationships between the sanction contained in D. 10.4.19 (‘*non oportere – convenire*’) and the ciceronian work, see also M. Ducos, *Roma e il diritto*, Bologna, 1998, p. 115.

169 For what concerns the different positions, cf. G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Leipzig, 1910, p. 7 (*contra*, though, O. Lenel, *Zum edictum perpetuum*, in «ZSS.», XXXVII, 1917, p. 121 and n. 1, and cf. Id., *Edictum Perpetuum*[3], 225); Id., *op. cit.*, V, Leipzig, 1931, p. 25 and again Id., *Unklassische Wörter*, in «ZSS.», LVII, 1937, p. 5; Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 206 n. 1 = Id., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, p. 255 n. 2 = Id., *Storia della giurisprudenza romana*, p. 366 n. 2 (according to whom the text, together with the one saved in D. 19.2.31 [Alf. 5 *dig. a Paul. epit.*], would not be completely classical, «ma neppure suon[erebbe] compilatorio [but neither it sounds as deriving from the Compilers]» and, therefore, it would have been object of «interpolazioni pregiustinianee [interpolations dating before Justinian]») and also M. Talamanca, *'Actio ad exhibendum'*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», I.1, Torino, 1957, p. 256. Cf., though, M. Marrone, *'Actio ad exhibendum'*, in «AUPA.», XXVI, 1958, p. 266 f.; Burrillo, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum'*, p. 240; M. Kaser, *Die 'formula' der 'actio ad exhibendum'*, in «RIDA.», XIV, 1967, p. 273 n. 35 = in «Studi E. Volterra», III, Milano, 1971, p. 554 n. 41; Id., *Das römische Privatrecht*, I[2], München, 1971,

the text could even be the hand of the epitomist Paulus, but such conclusion cannot lead us to reject, almost automatically, the alfenian origin of the *principium iuris* preserved in D. 10.4.19[170]. Thus, we can agree with the stylistic judgement expressed by Bretone, who asserted that the response, while summing up a series of events to which many voices should have taken part, offers a neat trace of them, therefore proving the substancial adhering of the present text to the original version[171].

As to what concerns the content of D. 10.4.19 – once stated the law principle according to which (only)[172] those that – being entitleld to a property – have an interest in it[173] can sue with the *actio ad exhibendum* – the case

---

p. 434 n. 24 and A. Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Aalen, 1984, p. 108 and n. 3 (according to whom «the tenor of the text is exactly what one would expect from a Republican jurist replyng to a question»; see also *supra*, n. 33).

170 We can appreciate the thought of Schiavone, *Giuristi e nobili*, p. 134, according to which «l'organizzazione del discorso ('consuluit, respondit') è simile a quella dei testi provenienti dalla più fedele epitome anonima: anche se ora siamo di fronte alla trascrizione di Paolo. Qui però sembra che il commento debba aver salvato il modello alfeniano, forse con qualche elisione rispetto alla stesura originaria [the organization of the discourse ('consuluit, respondit') is similar to the one of the textes deriving from the more faithful anonymous epitome. But here the comment seems to have saved the alfenian model, maybe with some elisions in comparison to the original version]». We cannot exclude, actually, that the opening of the *responsum* – in the part that goes from '*non oportere*' to '*animadvertere convenire*' – could be the object of paulinian addictions or alterations (see *e.g.*, about the paulinian insertions in the alfenian text, C.A. Maschi, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, in «ANRW.», II.15, Berlin - New York, 1976, p. 681 f., and Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 206 = Id., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, p. 254 f. = Id., *Storia della giurisprudenza romana*, p. 366 f.). For completeness, compare the text of D. 44.7.35.pr. (Paul. 1 *ad. ed.*) and D. 23.4.5.1 (Paul. 7 *ad Sab.*), and cf. *Vat. fr.* 96 (Paul. 7 *resp.*). As to what concerns the other quotations from *ius civile* made by Paulus (often, in the books *ad edictum*, expressed through the binomious *ius civile – ius honorarium* or *praetorium*, on which see A. Mantello, *Il sogno, la parola, il diritto. Appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo*, Macerata, 1993, p. 361), cf. D. 36.1.41(40).pr. (Paul. 20 *ad ed.*); D. 6.1.23.pr. (Paul. 21 *ad ed.*); D. 14.1.5.1 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 26.1.1.pr. (Paul. 38 *ad ed.*); D. 37.1.6.1 (Paul. 41 *ad ed.*); D. 44.7.43 (Paul. 72 *ad ed.*); D. 50.16.70 (Paul. 73 *ad ed.*); D. 48.20.7.pr. (Paul. l.s. *de portion. quae lib. damnat. conc.*); D. 28.6.43.pr. (Paul. 9 *quaest.*); D. 24.1.26.pr. (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 24.3.17.1 (Paul. 7 *ad Sab.*, D. 24.3.17.1); D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*) and, lastly, D. 28.6.38.3 (Paul. l.s. *de sec. tab.*).

171 Cf. Bretone, *Storia del diritto romano*, p. 207.

172 This is, in any case, the sense of the '*regula*'; its widest expression belongs definitely to the age of Justinian (cf., for all the others, Marrone, *Actio ad exhibendum*, p. 266 f.).

173 Cf., preferably in my opinion, Rudorff, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, p. 97 (and

concerns someone (‘*quidam*’) who, on the basis of the same principle, tries to infuse in the jurist the convinction that his request to the defendant to produce the account books is licit, because, as *quidam* states, he has not only a «simple» interest in them, but a «remarkable interest» (‘*quas exhiberi magni eius interesset*’) – that would meet *ad abundantiam* the requirement asked to take the legal action[174].

---

cf. p. 98 n. 4, for the textes and sources), in the part in which he explicitly mentions the word ‘*interesse*’*:* «*Iudex esto. Quantae pecuniae paret* A^{i} A^{i} INTERESSE *rem de qua agitur sibi exhiberi, si ea res* PENES N^{m} N^{m} *est dolove malo* N^{i} N^{i} *factum est quo minus penes eum esset, neque arbitratu tuo* A^{o} A^{o} *res exhibeatur,* TANTAM PECUNIAM IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA. SI NON PARET ABSOLVITO» (small capitals are of the author), cf., beyond the alfenian-paulinian text about which we are discussing, also D. 10.4.3.9-11, D. 10.4.7.7 and D. 10.4.9.8 (Ulp. 24 *ad ed.*); see LENEL, *Edictum Perpetuum*, p. 220 ff. (and L. JOUSSERANDOT, *L’Édit perpetual*, Paris, 1883, p. 224), and MANTOVANI, *loc. ult. cit.*, where, in order to suggest a version modelled on the specific case ‘*hominem de quo agitur exhibere oportere*’, the reference term is omitted, on the basis of the texts mentioned in n. 177 f. (see J. PARICIO, *Sobre las fórmulas procesales romanas*, in ID., *De la justicia y el derecho*, Madrid, 2002, p. 274; but see also KASER, *Die ‘formula’ der ‘actio ad exhibendum’*, p. 273 n. 35 = in «Studi E. Volterra», III, 554 n. 41 and M. KASER, T. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 276 n. 11). I would be, instead, somehow doubtful about the interpretation offered by SCHIAVONE, *Ius*, 232, where – after the translation of the *incipit* of the text, «possono ricorrere all’azione esibitoria tutti coloro che abbiano un interesse [everybody that has an interest can sue with the *actio exhibitoria*]» – such author inserts, between square brackets, as an addiction, the following specification: «[all’esibizione di una cosa [in the production of a thing]]». Now, it seems to be out of doubt that all those who have an interest «in the production» (*scl.* of something) can sue with the *actio ad exhibendum*, but the concept – in the essentiality of the edictal language – is already clearly expressed in (and through) the same *nomen* of the trial. We could then consider such premise as an interpolation (justified, in such hypothesis, by the theory that the modern concept – in the italian law – of «interest to sue» was generalized quite lately, if not even under Justinian: see *supra*, n. 172), and, maybe, as the outcome of the summing up in a «general rule» of a primitive, wider exposition. Besides, the sign ‘*exhibere*’ seems to imply, sometimes, the reference to more complex concepts than the immediate one (see, *e.g.*, G. FALCONE, *Per la storia dell’ ‘indefensio’ nella rivendica: ‘agere in rem per sponsionem’ e interdetto ‘quem fundum’*, in «AUPA.», XLIII, 1995, p. 555 and n. 63 for bibliographic references).

174 Such conclusion can be seemingly inferred, I think, from the whole structure of the *quaestio* (though its apparent ‘vagueness’ due to the use of the interrogative particle ‘*an*’). We could consider, as working hypothesis, that the asker could have as his aim to know – through the examination of the *rationes* – the factual substance of the estate of his business competitor, in order to sell the same wares at a lower price than the one requested by his antagonist (and that he could, in any case, request). This is undoubtly – if compared with the first – a «(great) interest», apparently consistent with the literal content of the *regula iuris* (*ad exhibendum possunt agere* ‘*omnes quorum interest*’).

We notice again incidentally the presence of tipical lexical parallelisms between *quaestio* and *responsum*, with a development in the continuation – The (juridical) «interest» grows up to become a «remarkable interest», and this alone should urge the jurist to agree to the question of the asker.

On the contrary, the answer is caustic as well as severe: '*respondit non oportere ius civile calumniari*[175] *neque verba captari*[176]*, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire*'.

As the lexical physionomy of the sentence declares, this is a solemn stigmatization of every sophism that, though respecting apparently the *verba*, actually tends to distort the true value of a «normative» – if we are allowed to shift to the modern dogmatics – sentence [177]. We are again in front of a case of inductive creation of the *regula iuris*, which comes from the attentive examination of the case[178]. In this sense, Roht is right in saying that the jurist answers the question «mit dem «allgemeinen Verbot» des Rechtsmißbrauchs»[179], *i.e.* imposing a general (maybe we could say «ab-

175 *I.e.*, according to Accursius, «*falso scientier impugnare*» (cf. *Digestum Vetus* [Lugduni 1557] 520, gl. '*calumniari*').

176 About this point cf. also G. Astuti, '*Captazione (premessa storica)*', in «Enciclopedia del diritto», VI, Milano, 1960, p. 264, in which the '*captare verba*' is considered as showing «the illicity of the aim, in addiction of the behaviour»; and see already F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938, p. 584 and Burrillo, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum'*, p. 240.

177 Cf., for instance, D. 34.5.26(27) + D. 1.3.17 (Cels. 26 *dig.*): '*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est. Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*' – and, even more, D. 17.1.29.4 (Ulp. 7 *disp.*): '*Quaedam tamen etsi sciens omittat fideiussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit sive sciens sive ignarus: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne*' (and we can find a reflection of such principles in literature, in Apul., *metam.* 9.42, to which the famous aphorism '*de asini umbra*' is traditionally connected). See also *supra*, n. 86.

178 Besides, in matter of production of accounting books, only one case in which the Roman jurists thought to concede the *actio ad exhibendum* seems to exist. It is D. 10.4.3.14 (Ulp. 24 *ad ed.*), in which it is referred the opinion of Julian regarding some accounting annotations made by a third party on some material owned by the plaintiff, but fallen into the possess of others. The *ratio* of being entitled to such *actio* lays here in the fact that the plaintiff would be also entitled to the *reivindicatio* with reference to the same writing material ([…] *servus, inquit* [scl. Iulianus]*, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait Iulianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum* …, et rell.).

179 The primes are mine. So explicitly Roth, *Alfeni Digesta*, 43: «Beantwortet wird seine Frage mit dem allgemeinen Verbot des Rechtsmißbrauchs [his question is answered with a general prohibition of abusing the law]».

stract») prohibition to abuse the law[180].

Nonetheless, the jurist does not limit himself to sanctioning very negatively the *quaestio* by the value judgement we have told of[181], but he disproves its grounds of effectiveness through a classic *reductio ad absurdum*[182]. If the thesis of the asker should be accepted, we should deduce from it that everyone who has an interest – even a merely personal one[183] – to the *exhibitio* of the *res* belonging to others could use the mentioned *actio*, but this is actually in contrast with the concept itself expressed in the opening of the fragment (‘*ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest*’)[184].

Hence, as the jurist counters, the owner of a library could be compelled, in a trial, to show his books to the scholar who would claim it, founding such claim on his interest to deepen his knowledge and to widen his learning by reading such books. But this solution must be rejected, though such interest belongs to an expert of some matter of knowledge (and not simply to a subject who is intellectually eager to learn): ‘*nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi*

---

180 Thus, this can have nothing to do with a generalized principle of «interest to sue», as D. 10.4.3.1 (Ulp. 24 *ad ed.*) demonstrates: ‘*Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi*’ – correctly interpreted by Roth, *Alfeni Digesta*, 44 n. 70. As to the interpolation doubts expressed on the same text by Beseler, *Beiträge*, I, 34; Id., *op cit.*, IV (Tübingen 1920) 86, with particular reference to the words ‘*nec debet ostendere*’, they derive from a superficial consideration of the Ulpian’ lexicon, about which I allow myself to refer – though on specific elements – to M. Miglietta, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al ‘certum dicere’ nell’ ‘edictum ‘generale’ de iniuriis’*, Lecce, 2002, p. 11 ff. = Id., *Intorno al ‘certum dicere’ nell’ ‘edictum generale’ de iniuriis*, in «Labeo», XLVIII, 2002, p. 219 ff.; nor, in the same way, criticisms to the sentence ‘*cum multae – agendi*’, repeated also by Longo and Perozzi, in C.F. Glück, *Ausfürliche Erläuterung der Pandekten nacht Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, X, s.d., p. 208 *sub* e), seem to me founded.

181 On this regard the comment expressed by the glossator of the XIIth century Viviano Tosco is very interesting: «*Ponit regulam, quae fallit in duobus casibus hic positis. Regula plana est. Exempla. Ecce petebam a Titio decem: ipse habebat instrumenta quibus poteram probare intentionem meam, nunquid possum contra eum agere ad exhibendum ut ea exhibeat. Et respondetur quod non*» (see *Digestum Vetus*, 520 *ad h.l.*, gl. ‘*Ad exhibendum*’): thus, in the hypothesis described, the request would not be founded on captious arguments, but it would be functional to demonstrating the solidity of the *intentio*.

182 About this profile see already Horak, *Rationes decidendi*, 267 and n. 1, and Grosso, *‘Rationes decidendi’*, 119 = Id., *Scritti storico-giuridici*, IV, , 693.

183 And this, apart from the intensity of such interest (see, actually, the part ‘*quas magni eius interesset*’ of the text examined).

184 On such point see what I have remarked *supra*, n. 173.

exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset'[185].

Neither the «interest» (objective and, if considered in itself, deserving attention) to have a better scientific knowledge, or to develop a specific learning, can become the touchstone in a comparison of interests where, on the other hand, the freedom of *dominium*, an absolute value, is involved[186].

Thus, if such request – which, in itself, deserves much more respect than the request to see the account books of others in order to acquire elements to the advantage of one's business – cannot be admitted, *a fortiori* the first request too, which aimed to order the production of the *rationes adversarii*, shall be rejected.

7. Now, having all this examined, complex conclusions, which, I think, can be easily inferred from the preceding pages, seem not to be needed. Nonetheless, it is certain that the text we have examined do witness the presence of a stilistic element, which is definitely to be admired, but, most of all, which is «tipically» alfenian.

Such remark adds, therefore, a datum against the opinion – that enjoyed, it seems to me, an approval quite superior to its evidence – who sees in Alfenus Varus a (mere) collector of servian material, while he shows, at least for what we have seen, a relevant scientific autonomy[187].

---

185 Notice the unusual and emblematic fact that the syntagma '*doctior et melior*' is similar to the one present in Cic., *Brut.* 41.151, with reference to Servius (see *supra*, § 1.2), a parallelism already brilliantly caught by Negri, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, p. 152.

186 Cf., on such issue, D. 10.4.3.3 (Ulp. 24 *ad ed.*) – cf. Lenel, *Palingenesia*, II, c. 557 n. 719 (Ulp.): '*Est autem personalis haec actio et ei competit qui in rem acturus est qualicumque in rem actione, etiam pigneraticia Serviana sive hypothecaria, quae creditoribus competunt*' – about which cf. G. Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, 1944, p. 257 f.; Marrone, *Actio ad exhibendum*, p. 197 ff.; (with doubts) Burrillo, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum'*, 247 and n. 184, and A. Watson, *'Actio serviana' and 'actio hypotecaria' (a conjecture)*, in «SDHI.», XXVII, 1961, p. 357 ff.

187 See *supra*, n. 31-32. We could also, for instance, usefully examine, because of the presence of some profiles not extraneous to the investigation now concluded, D. 39.4.15 (Alf. 7 *dig. ab anon. epit.*) – cf. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 44 n. 28 (Alf.) –: '*Caesar cum insulae Cretae cotorias locaret, legem ita dixerat: 'ne quis praeter redemptorem post idus Martias cotem ex insula Creta fodito neve eximito neve avellito'. Cuiusdam navis onusta cotibus ante idus Martias ex portu Cretae profecta vento relata in portum erat, deinde iterum post idus Martias profecta erat. Consulebatur, num contra legem post idus Martias ex insula Creta cotes exisse viderentur. Respondit, tametsi portus quoque, qui insulae essent, omnes eius insulae esse viderentur, tamen eum, qui ante idus Martias profectus ex portu*

At the state of our knowledge, no analogy can be inferred from the content of the *responsa* ascribed to Servius, neither from which that were left to us – though always by another jurist – in a version probably similar to the original, or, however, not too far from it[188].

Thus, a further confirmation seems to be found to the fine page of the essay that Giovanni Negri dedicated to the stilistic of the alfenian *corpus*, where it is observed what follows: «come accade nei disegni enigmistici, ove congiungendo dei punti si ottiene un'immagine, è possibile rintracciare in un microcontesto, assunto quale ipotesi di lavoro, un reticolato di corrispondenze stilistiche (non soltanto lessicali o grammaticali) che, pur tenendo conto del genere letterario e degli standars del linguaggio tecnico, è difficile sottrarre alla presenza unitaria di un autore. Questo reticolato non potrà mai rivelare un'immagine compiuta, ma almeno la struttura del conte-

---

esset et relatus tempestate in insulam deductus esset, si inde exisset non videri contra legem fecisse, praeterea quod iam initio evectae cotes viderentur, cum et ex portu navis profecta esset'. Unusual, at the first reading of the text, is the presence at the beginning of the name '*Caesar*', which could be written instead of '*censor*' (I believe, actually, this is a sort of intellectual short circuit suffered by the copyist – but not remarked by the critics [cf. «Index interpolationum», III – *cur.* E. Levy, E. Rabel – Weimar, 1935, c. 100, who do not mention the fragment and see F. Wubbe, *Vi tempestatis*, in «Mélanges F. Sturm», Liège, 1999, p. 588)]: a mistake that could have been favoured, from one side, maybe by the fact that Caius Julius Caesar obtained – among the others – even the censorian power (*i.e.* what was called *praefectura morum*: but see F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III, Napoli, 1973, p. 243), but, mostly, by the fact that inside the *lex dicta* and the *responsum* the *idus Martias* is mentioned, a date that was fatal – as it is universally known – for the dictator: see Suet., *Caes.* 1.81-82). But, most of all, the articulated and particularly complex – so that it sounds intricate – answer of the jurist seem to be, a bit laboriously, aimed to face the premise according to which the ship of the third party ('*quidam*') is «storically» got out from the harbour after the idis of March, thus «objetive» violating the reserve clause in favour of the concessionaire. This latter, therefore, could assert his right – but such possibility must not be considered as relevant, on the contrary, thanks to the presence of *vis maior* (that is, in our specific case, the *vis venti*). Cf., though, already the remarks of G. Negri, *Sulle 'concessioni' minerarie nel diritto romano*, in «I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica», Napoli, 1997, p. 61.

188 Cf., in particular, D. 28.5.46(45) and D. 33.7.16.1-2 (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*); D. 33.4.6.pr., D. 34.2.39.2 and D. 35.1.40.3 (Iav. 2 *ex post. Lab.*); D. 40.7.39.3 (Iav. 4 *ex post. Lab.*); D. 18.1.80.2 and D. 28.1.25 (Iav. 5 *ex post. Lab.*); D. 23.3.79.1 (Iav. 6 *ex post. Lab.*); Aul. Gell., *noct. att.* 4.2.12; D. 32.62 (Iul. l.s. *de ambig.*); D. 5.1.80 (Pomp. 2 *ad Sab.*); D. 35.1.6.1 (Pomp. 3 *ad Sab.*); D. 33.7.15.pr. (Pomp. 6 *ad Sab.*); D. 46.3.67 (Marcell. 13 *dig.*); D. 40.4.48 (Pap. 10 *quaest.*); D. 28.7.28 (Pap. 13 *quaest.*); D. 3.5.20(21).pr. (Paul. 9 *ad ed.*); D. 14.2.2.pr. and § 3 (Paul. 24 *ad ed.*); D. 34.2.4 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 9.3.5.12 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 15.1.17 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 17.2.52.18 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 33.7.12.pr. and D. 33.7.12.6 (Ulp. 20 *ad Sab.*): list quoted from Miglietta, *'Servius respondit'*, cap. II.

sto […] direi di sì [as it happens in the enigmistic draws, where, connecting some points one to the other, a picture is obtained, it is possibile to trace in a micro-context, which we assume to be our work hypothesis, a net of stilistic correspondences (not only lexical or grammatical) that, though the literary genre and the standards of the technical language should be taken into due account, it is difficult to consider without supposing the presence of one only author. Such net cannot ever reveal a complete picture, but I would say it can reveal […] at least the structure of the context]»[189] [190].

189 Cf. Negri, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, p. 142.

190 Research carried out inside the special research project «Pat-Csr», financed by the autonomous Province of Trento, and titled «*Accesso aperto alla conoscenza scientifica e sistema trentino della ricerca: profili giuridici* [open access to the scientific knowledge and Trento's research system: juridical profiles]» (University of Trento, Faculty of Law; p.i.: Maurizio Manzin; responsible for the Roman law area: Massimo Miglietta).

Alberto Rinaudo

«Quod meretrici datur, repeti non potest». La *nova ratio* di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana*

1. Introduzione – 2. Dalla *turpitudo utriusque* alla *turpitudo solius dantis* in D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*) – 3. Eco della *nova ratio* in una recente sentenza di merito: una sfida all'orientamento consolidato della Suprema Corte – 4. Conclusione.

1. Il titolo V del XII libro del Digesto, rubricato '*De condictione ob turpem vel iniustam causam*', distingue, in apertura, le ipotesi di *datio ob rem turpem* a seconda che la *turpitudo* fosse ravvisabile solo nel *dans* e non nell'*accipiens* o, viceversa, solo nel secondo e non nel primo o, ancora, in entrambi i soggetti[1]; il medesimo titolo prosegue, poi, fornendo un'esemplificazione relativa alle tre predette ipotesi e liberamente tratta dalla casistica contenuta nelle opere di alcuni tra i più insigni giuristi classici, in particolare Paolo e Ulpiano[2].

---

* Con il presente contributo prendo parte di buon grado all'omaggio reso al Professor Pierluigi Zannini, che ho avuto occasione di frequentare, nella mia qualità di giovane allievo della scuola romanistica torinese, durante il suo ultimo decennio di cattedra nell'Ateneo subalpino.

1 Cfr. D. 12.5.1.pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): '*Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque*'.

2 Sui vari casi di *datio ob turpem causam* e sul regime della *condictio* per essi previsto si vedano già C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XII (*cur.* C. Bertolini, S. Di Marzo), 1905, p. 572 ss., e F. Schwarz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, p. 169 ss., nonché, più

Così, a proposito della *turpitudo utriusque partis*, si formulano gli esempi della corruzione giudiziaria[3], nonché del compenso elargito per uno *stuprum* oppure per coprire un *adulterium*[4] o un *furtum*[5]: in tutte queste situazioni la *condictio* era esclusa e, pertanto, il divieto di *repetitio* avrebbe giovato all'*accipiens*, che si trovava nella più favorevole situazione di possessore di quanto ricevuto dal *dans*[6].

In presenza di un contegno turpe soltanto da parte dell'*accipiens*, invece, la *condictio* era ammessa[7] e vengono qui in considerazione essenzialmente due gruppi di casi: da un lato, quelli in cui la *turpitudo* consisteva nel ricevere un compenso per non commettere un illecito (ad esempio un sacrilegio, un furto o un omicidio[8], o ancora un'*iniuria*[9]), dal quale ovviamente ci si sarebbe dovuti comunque astenere in ossequio ai vincoli generali imposti dall'ordinamento; dall'altro, quelli in cui il comportamento immorale dell'*accipiens* si concretizzava nell'accettare una ricompensa per il compimento di un atto al quale era già tenuto a qualche titolo (per esempio in forza

---

di recente, R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 844 ss., A.R. Jurewicz, *'Condictio ob turpem vel iniustam causam' im Licht des Polnischen Zivilgesetzbuches. Marginalia zu D. 12.5.4.3*, in «RIDA.», LX, 2013, p. 295 ss., e M. Sobczyk, *Irrevocability of Performance Rendered for Mutually Illegal or Immoral Purpose in Roman Law, German Law, and English Law*, in «Comparative Law Review», XIX, 2015 (ed. *on-line* http://dx.doi.org/10.12775/CLR.2015.003), p. 51 ss.

3 Cfr. D. 12.5.3 (Paul. 10 *ad Sab.*): '*Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur*'; si veda anche D. 12.5.2.2 (Ulp. 26 *ad ed.*).

4 Cfr. D. 12.5.4.pr. (Ulp. 26 *ad ed.*): '*Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt*'.

5 Cfr. D. 12.5.4.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): '*Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudo versatur, cessat repetitio*'.

6 Cfr. D. 12.5.8 (Paul. 3 *quaest.*): '*… si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare …*'; con riferimento all'ipotesi di *turpitudo* bilaterale si veda altresì D. 3.6.5.1 (Ulp. 10 *ad ed.*), laddove si afferma che '*melior causa erit possidentis*'.

7 Cfr. D. 12.5.1.2 (Paul. 10 *ad Sab.*): '*Quod si turpis causa accipientis fuerit ... repeti potest*'; si veda anche D. 3.6.5.1 (Ulp. 10 *ad ed.*): '*… condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur …*'.

8 Cfr. D. 12.5.2.pr. (Ulp. 26 *ad ed.*), in cui si trasferisce sul piano della casistica quanto affermato nell'ultima parte del frammento precedente: '*ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse*'.

9 Cfr. D. 12.5.4.2 (Ulp. 26 *ad ed.*): '*Quotiens autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias*'.

di un contratto reale come quello di deposito[10] o di comodato[11]).

Quanto, infine, all'eventualità di una *turpitudo solius dantis* si prospetta un'unica ipotesi, negandosi al cliente di una prostituta la possibilità di ripetere quanto pagato a quest'ultima[12]; ma sul punto conviene approfondire il discorso.

2. In D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*) si legge:

Sed[13] quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis[14]: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix[15].

In base al tenore letterale del testo, risulta certo almeno un dato: l'irripetibilità di quanto corrisposto a una prostituta, conformemente a quanto già sostenuto da Antistio Labeone e da Ulpio Marcello.

Benché meno esplicita, sembra poi abbastanza evidente, sempre secon-

10 Cfr. D. 12.5.2.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): '*Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te* …', laddove con l'avverbio iniziale si intende richiamare la medesima soluzione giuridica adottata nel *principium* e favorevole, appunto, all'ammissibilità della *condictio*.

11 Cfr. D. 12.5.9.pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*): '*Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condictione me recte acturum responsum est* …'.

12 Cfr. D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*), su cui si rinvia subito *infra*, § 2.

13 L'*incipit* avversativo si spiega alla luce del paragrafo precedente (citato *supra*, nt. 9), dove, a differenza di quello in discorso, si ammette l'esperibilità della *condictio*.

14 Di contro alla *communis opinio*, che inquadra il presente brano in un contesto di libero esercizio della prostituzione e, di conseguenza, non ha dubbi che il *dans* di cui si parla nel testo sia il cliente (cfr. in particolare F. Sturm, *Quod meretrici datur repeti non potest*, in «Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag», Wien-Köln-Graz, 1986, p. 283, e L. Solidoro Maruotti, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, II, Torino, 2014, p. 19), W. Formigoni Candini, *Quod meretrici datur repeti non potest. Ancora su D. 12.5.4.3*, in «AUFE.», n.s., V, 1991, p. 23 ss., sostiene che il passo presupponga una situazione di esercizio del meretricio alle dipendenze di un lenone e che, pertanto, il *dans* sia quest'ultimo nella sua veste di datore di lavoro della prostituta. Per una critica della tesi di Formigoni Candini si veda A. Guarino, '*Ineptiae iuris Romani*'. *X*, in «Labeo», XXXVIII, 1992, p. 333 s.

15 Traduzione italiana da «Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione» – *cur.* S. Schipani (*coll.* L. Lantella) –, III, *12-19*, Milano, 2007, p. 52: «Ciò, poi, che si dà alla meretrice non si può ripetere, come scrivono Labeone e Marcello, ma per un'altra ragione, cioè non perché si verifica una turpitudine di entrambi, ma soltanto di chi dà: infatti, quella si comporta in modo turpe, poiché è una meretrice, ma non riceve in modo turpe, dal momento che è una meretrice».

do la connessione logica delle parole, anche la riconducibilità ai medesimi Labeone e Marcello dell'impostazione secondo cui la predetta irripetibilità sarebbe dipesa dalla *turpitudo utriusque partis*[16], mentre la *nova ratio*, fondata sulla *turpitudo solius dantis*, appare essere emersa successivamente per mano dello stesso Ulpiano o quantomeno di un giurista a lui temporalmente assai prossimo, se non addirittura coevo, e la cui opinione lui mostra di condividere[17].

Non convince, pertanto, la supposizione, che pure è stata avanzata, secondo cui la paternità della *nova ratio* andrebbe attribuita direttamente a Labeone, il quale sarebbe poi stato seguito da Marcello e da Ulpiano[18]: infatti, una simile congettura si mostra poco compatibile con la struttura del brano, nel quale il segmento '*sed nova ratione*' segue quello '*ut Labeo et Marcellus scribunt*', autorizzando a ritenere che la *nova ratio* sia diversa da quella affermata da Labeone e Marcello.

In dottrina, a sostegno della tesi che giudica più tarda la formulazione della *nova ratio*, sono state altresì addotte argomentazioni legate alla tassazione dei proventi della prostituzione, provvedimento fiscale la cui prima adozione risale al principato di Caligola[19]: si è, così, osservato come la limitazione

16 In tal senso cfr. soprattutto Sturm, *Quod*, cit., p. 284, I. Mereu, '*Prostituzione (Storia)*', in «ED.», XXXVII, Milano, 1988, p. 447, e Jurewicz, *'Condictio'*, cit., p. 297. Benché sostanzialmente conforme, risulta più articolata la posizione di Guarino, '*Ineptiae'*, cit., p. 332, secondo cui «la motivazione di Labeone e di Marcello non era formulata semplicisticamente nel senso che *utriusque turpitudo versatur*, ma era formulata nel senso che, essendo scontata la *turpitudo* della meretrice accipiente, era da ritenersi affetta da *turpitudo* anche la connessa *datio* del cliente». L'autore (*op. cit.*, p. 334) reputa non casuale che proprio Labeone, giurista di età augustea, abbia sentito per primo l'esigenza di chiarire che, nell'ambito del rapporto di meretricio, la *turpitudo* doveva intendersi esistente anche da parte del cliente, oltre che della prostituta: infatti la *lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.) colpì severamente molti atti (come l'*adulterium* e lo *stuprum*) contrari alla pubblica morale, ma lasciò impunite le unioni sessuali mercenarie, alimentando nei «maschiacci romani in cerca di sesso» la convinzione (destinata ad essere smentita dai *prudentes*) di andare esenti dal marchio della turpitudine nell'accostarsi a siffatto genere di rapporti.

17 Sono molti gli autori che si trovano concordi sul punto: cfr. G. Grosso, *Il prezzo del meretricio*, in «SDHI.», IX.2, 1943, p. 289, G. Sciascia, *A paga à meretriz no direito romano*, in *Varietà giuridiche. Scritti brasiliani di diritto romano e moderno*, Milano, 1956, p. 24 ss., Sturm, *Quod*, cit., p. 284, Mereu, '*Prostituzione*', cit., p. 447 s., Formigoni Candini, *Quod*, cit., p. 21, Jurewicz, *'Condictio'*, cit., p. 297, e Solidoro Maruotti, *I percorsi*, cit., p. 20.

18 Questa opinione è sostenuta da Th.A.J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York - Oxford, 1998, p. 324 s.; anche in P.G. Guzzo, V. Scarano Ussani, *Ex corpore lucrum facere. La prostituzione nell'antica Pompei*, Roma, 2009, p. 16 s., si fa risalire già a Labeone la *nova ratio*.

19 Cfr. soprattutto Suet., *Cal.* 40, e Dio Cass. 59.28.8. È, peraltro, probabile che questa tas-

del marchio di *turpitudo* in capo al solo cliente sembri tradire, nei confronti della politica tributaria imperiale, un intento giustificativo[20] maggiormente compatibile con la sensibilità politico-istituzionale di Ulpiano (dovuta agli stretti rapporti intercorsi tra quest'ultimo e Alessandro Severo[21], di cui fu *praefectus praetorio*) che non con la storia personale di Labeone, il quale rifiutò la medesima carica offertagli da Augusto, senza contare che all'epoca del primo imperatore giulio-claudio la tassa sul meretricio non era stata ancora introdotta a Roma[22].

In ogni caso, è evidente che le considerazioni sin qui espresse guardano al passo in discorso nella versione trasmessaci dal Digesto giustinianeo presupponendone, in via di ipotesi astratta, una sostanziale genuinità.

Tuttavia, anche di recente, una parte della dottrina, facendo ricorso ad argomenti quantomeno degni di attenzione, ha avanzato il sospetto che il

---

sa fosse già riscossa in precedenza in qualche provincia; in ogni caso, sulla tassazione della prostituzione nell'esperienza giuridica romana si rinvia in particolare a Th.A.J. McGinn, *The Taxation of Roman Prostitutes*, in «Helios», XVI.1, 1989, p. 79 ss., Id., *Prostitution*, cit., p. 248 ss., B.E. Stumpp, *Prostitution in der römischen Antike*, Berlin, 2001, p. 256 ss., e C. Fayer, *Meretrix. La prostituzione femminile nell'antica Roma*, Roma, 2013, p. 619 ss.

20 In tale ottica, invero, il considerare turpe anche l'*accipere* della prostituta avrebbe rischiato di gettare un'imbarazzante ombra di turpitudine pure sul gettito fiscale derivante dalla tassazione dei proventi del meretricio, mettendo seriamente in discussione l'opportunità di una simile misura tributaria.

21 Sotto questo imperatore la tassa sulla prostituzione risulta, infatti, ancora riscossa e il relativo gettito destinato a spese di pubblica utilità, come attestato in SHA., *Alex. Sev.* 24.3.

22 Cfr. Sciascia, *A paga*, cit., p. 24 ss., il quale, d'altra parte, considera la *nova ratio* teoricamente compatibile con il profilo personale e storico di Marcello, come Ulpiano ben inserito nell'alta amministrazione imperiale e operante in un'epoca (coincidente con la seconda metà del II secolo d.C.) in cui da tempo il meretricio veniva tassato; tuttavia, stante il fatto che Marcello viene menzionato in stretta correlazione con Labeone, lo studioso finisce per escludere la paternità di entrambi questi giuristi sulla *nova ratio*. Sciascia osserva, inoltre, come la medesima *nova ratio* sia espressiva di una certa tendenza della giurisprudenza di età imperiale volta a una sorta di unificazione dell'ordinamento attraverso l'armonizzazione di realtà giuridiche originatesi da fonti eterogenee stratificatesi nel tempo: vale a dire, nel caso in esame, la tolleranza verso il fenomeno prostitutivo discendente da antichi *mores*, il regime della *condictio* elaborato dai *prudentes* e la tassa sulla prostituzione stabilita dalle *constitutiones principum*. Benché con qualche riserva nei confronti della posizione espressa dall'autore da ultimo citato, anche W. Dajczak, A. Sokala, *Ulp. D. 12.5.4.3. Ein Beitrag zur Klärung der nova ratio*, in «T.», LVIII, 1990, p. 130 e 132, ritengono la «nuova ragione» riferibile a un contesto tardoclassico e spiegabile alla luce della politica fiscale imperiale, senza contare che, pur non prendendo posizione in merito alla datazione storica della *ratio* di più recente conio, già Glück, *op. cit.*, p. 574, la collegò al regime tributario della prostituzione.

brano ulpianeo abbia subìto qualche intervento compilatorio. In particolare, si è sostenuto il carattere insiticio del segmento che va da '*sed nova ratione*' a '*sed solius dantis*'[23], sulla scorta di vari indizi, da quelli di carattere socio-culturale a quelli di natura tecnico-giuridica. Dal primo punto di vista, è stato evidenziato come l'affermazione di una *turpitudo solius dantis*[24] appaia in contrasto con una certa mentalità romana che non vedeva certo con sfavore la frequentazione dei lupanari[25]. Sotto il secondo profilo, poi, in chiave palingenetica, si è rilevato, *in primis*, che negli altri passaggi del ventiseiesimo libro dell'opera *Ad edictum* confluiti in D. 12.5.2 e in D. 12.5.4[26] Ulpiano fa ricorso alla citazione di altri giuristi sempre a supporto

23 In tal senso si erano già espressi in passato G. Beseler, *Lucubrationes Balticae*, in «SDHI.», III, 1937, p. 377, e F. Horak, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, p. 238 e nt. 11, mentre Ph. Heck, *Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche*, in «Archiv für die civilistische Praxis», CXXIV.1, 1925, p. 42, propendeva per un'estensione dell'intervento compilatorio sino alla fine del passo, come più tardi ipotizzato anche da Guarino, '*Ineptiae*', cit., p. 334.

24 L'idea di una *turpitudo* unilaterale è criticata sul piano logico da Guarino, '*Ineptiae*', cit., p. 333, che annota: «il rapporto di meretricio o è turpe per ambedue o non è turpe per nessuno dei due».

25 Cfr. S.-A. Fusco, *'Adulescens luxuriosus'. Ulp. D. 17.1.12.11 – ein Mandat contra bonos mores?*, in «Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht» (*cur*. D. Nörr, S. Nishimura), Berlin-Heidelberg, 1993, p. 387 ss. e 395 ss., il quale, esaminando incidentalmente (come, tra l'altro, fa anche S. Randazzo, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 171) il passo ulpianeo nell'ambito dell'esegesi di un altro brano tratto dal commentario all'editto dello stesso giurista, vale a dire D. 17.1.12.11 (Ulp. 31 *ad ed.*), osserva come i Romani non considerassero una cosa turpe (ma, al massimo, una forma di prodigalità) lo sperperare le proprie sostanze intrattenendo rapporti con le prostitute, tanto che persino Catone il Censore li raccomandava ai giovani come utile mezzo per sfogare i loro istinti senza insidiare donne perbene (cfr. Hor., *serm.* 1.2.31-35, nonché Cic., *pro Cael.* 48). Peraltro, il fatto che «nella Roma pagana ci fosse una sorta di doppia morale non toglie che la frequentazione delle *meretrices* non fosse propriamente ritenuta onorevole dall'etica ufficiale» (così A. Maffi, *'Adulescentes' e 'meretrices' fra Plauto e la giurisprudenza*, in «Diritto e teatro in Grecia e a Roma» – *cur.* E. Cantarella, L. Gagliardi – , Milano, 2007, p. 223 nt. 14); inoltre, va tenuto presente che nella stessa Roma pagana dei primi secoli dell'impero, ben prima della piena affermazione del cristianesimo e della relativa morale, si cominciò a guardare con una certa diffidenza al sesso in generale (cfr. Solidoro Maruotti, *I percorsi*, cit., p. 20 s.). Sul punto cfr. anche M.F. Merotto, *Il corpo mercificato. Per una rilettura del meretricium nel diritto romano*, in «Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche», II (*cur.* L. Garofalo), Pisa, 2017, p. 276 s. e nt. 110.

26 Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, c. 571 s., n. 773.

delle proprie asserzioni, mai per sollevare questioni di *ius controversum*[27], e, inoltre, che l'*incipit* avversativo di D. 12.5.4.3 sembra legarsi al paragrafo precedente (in cui si ammette la *condictio* in presenza di un contegno turpe da parte del solo *accipiens*) nel quadro di un unico discorso relativo alla *turpitudo solius accipientis*, portandosi il caso della prostituta come esempio di situazione che, contrariamente a quanto potesse sembrare[28], non rientrava in quella fattispecie[29].

In base a questi rilievi, pertanto, secondo quanti sostengono la tesi dell'interpolazione, il tenore orginario del passo potrebbe essere stato il seguente: '*Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix*', laddove, attraverso le parole scritte nella seconda parte, «con ogni probabilità, Ulpiano mirava a rafforzare la netta distinzione tra l'immoralità di uno *status* sociale, traducibile in un giudizio di contrarietà ai *boni mores*, e l'irrilevanza della turpitudine sulla validità dei negozi conclusi dalle prostitute con i loro clienti»[30], tracciando così un solco tra il '*turpiter facere*' e

27 Cfr. segnatamente D. 12.5.2.pr., D. 12.5.4.pr. e D. 12.5.4.2.

28 È, infatti, notorio il pubblico discredito che investiva le meretrici, non a caso definite *turpes personae*: cfr. D. 37.12.3.pr. (Paul. 8 *ad Plaut.*); al riguardo si rinvia, in particolare, a Guzzo, Scarano Ussani, *Ex corpore*, cit., p. 13 ss.

29 Tutte queste interessanti riflessioni di carattere palingenetico sono opera di Merotto, *Il corpo*, cit., p. 278, che si rifà, in parte, a quanto già prospettato da Fusco, *'Adulescens'*, cit., p. 395 ss.

30 Così si esprime, ancora, Merotto, *Il corpo*, cit., p. 280, la quale ricava altresì (p. 278 s.) un'originale e interessante spiegazione dell'inciso '*cum sit meretrix*' sulla scorta della versione greca (ἐπειδὴ γάρ ἐστι πόρνη) che ne danno i Basilici (*Bas.* 24.2.4.3 = D. 12.5.4.3 [BT. 1152, 19-21; Hb. 3, 16]: Τὸ διδόμενον πόρνῃ οὐκ ἀναδίδοται· ἐπειδὴ γάρ ἐστι πόρνη, οὐκ ἔστιν αἰσχρὸν τὸ λαβεῖν αὐτήν, εἰ καὶ αἰσχρόν ἐστι τὸ εἶναι αὐτὴν πόρνην [trad. Hb. 3, 16: '*Quod meretrici datur, non redditur: cum enim meretrix sit, turpe non est, ut ea accipiat, licet turpe sit, quod sit meretrix*']; si veda anche il relativo scolio di Cirillo: Ὁ δεδωκὼς πόρνῃ οὐ ῥεπετιτεύει. Τοῦ γὰρ δεδωκότος μόνου ἐστὶν αἰσχρὰ ἡ αἰτία· οὐκ ἔστι γὰρ αἰσχρὸν τὸ λαβεῖν τινα παρά τινος, εἰ καὶ αἰσχρόν ἐστι τὸ εἶναι αὐτὴν πόρνην [trad. Hb. 3, 16: '*Qui meretrici dedit, non repetit: nam solius dantis est turpis causa: non enim turpe est, ut ea ab aliquo accipiat, licet turpe sit, quod meretrix sit*']). In particolare, la studiosa rileva che, «se nella lingua latina la congiunzione *cum* più congiuntivo può avere indifferentemente valore concessivo ovvero esplicativo, la congiunzione greca ἐπειδὴ ha solamente valore causale. L'espressione è dunque traducibile come 'proprio per il fatto che/siccome/giacché è una meretrice'. Per i compilatori bizantini, era dunque proprio per il fatto che la donna appartenesse alla categoria delle meretrici (ἐπειδὴ γάρ ἐστι πόρνη) che non era (né avrebbe potuto essere) considerato turpe τὸ λαβεῖν αὐτήν, che evidentemente costituiva l'attuazione di negozi conclusi nel contesto di una specifica professione consentita».

il '*non turpiter accipere*' delle *meretrices*[31], al fine di isolare l'atto di accettazione del compenso derivante dal meretricio rispetto all'esercizio di tale mestiere considerato nel suo complesso ed evitare che il marchio di *turpitudo* caratteristico della professione in discorso investisse automaticamente anche il reddito che ne derivava[32].

Alla luce di quanto esposto, dal brano esaminato sembra potersi desumere con una certa sicurezza come Ulpiano abbia quantomeno negato che fosse turpe l'*accipere* della *meretrix*, mentre è legittimo dubitare che si sia spinto sino ad affermare l'esistenza di *turpitudo* in capo al cliente-*dans*: non è, invero, da escludere che l'idea della *turpitudo solius dantis*, presentata come *nova ratio* in opposizione a una diversa *ratio* basata sulla *turpitudo utriusque partis*, sia frutto di una manipolazione compilatoria meramente strumentale all'esemplificazione relativa alle ipotesi di *datio ob rem turpem*[33].

---

31 Proprio sulla scorta di questa sottile differenza tra '*turpiter facere*' e '*non turpiter accipere*' Tommaso d'Aquino ammise che la Chiesa potesse accettare l'elemosina fatta con denaro frutto di meretricio (cfr. *Summa theol.* 2.2, *quaest.* 32, *art.* 7, laddove, nell'ambito di una classificazione dei modi di acquisto delle risorse, si afferma: '*Tertio modo est aliquid illicite acquisitum non quidem quia ipsa acquisitio sit illicita, sed quia id, ex quo acquiritur, est illicitum; sicut patet de eo, quod mulier acquirit per meretricium; et hoc proprie vocatur turpe lucrum, quod enim mulier meretricium exerceat, turpiter agit, et contra legem Dei; sed in eo quod accipit, non iniuste agit, nec contra legem; unde quod sic illicite acquisitum est, retineri potest, et de eo eleemosyna fieri*'); sul punto si vedano C. Chauvin, *Les chrétiens et la prostitution*, Paris, 1983, p. 60 s., e Fayer, *Meretrix*, cit., p. 621 nt. 251. Come riferisce A. Sicari, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, Bari, 1991, p. 129 s., rifacendosi a J. Rossiaud, *La prostituzione nel Medioevo*, Roma-Bari, 1983, p. 106 ss., non molto tempo prima, sul finire del XII secolo, la questione dell'ammissibilità dell'elemosina proveniente dalla *meretrix* si era posta in relazione a un caso concreto verificatosi a Parigi, dove alcune prostitute si erano proposte di offrire una vetrata a Notre-Dame: qui, secondo quanto suggerito da Tommaso di Chabham, canonico della cattedrale, si ritenne di distinguere ulteriormente a seconda che tali donne si prostituissero per piacere o per necessità, optandosi per accettarne l'elemosina solo in quest'ultima ipotesi. La penetrazione dei contenuti della *nova ratio* nell'ordinamento canonico parrebbe testimoniata già in qualche compilazione bizantina (cfr. E. Seidl, *Die Basilikenscholien im Tipukeitos*, in «BZ.», XLIV, 1951, p. 535); in ogni caso, per ulteriori notizie sull'elaborazione medioevale e moderna della *nova ratio* medesima si rinvia a Mereu, '*Prostituzione*', cit., p. 448 ss.

32 Tutto ciò – scrive Solidoro Maruotti, *I percorsi*, cit., p. 20 – con «l'intento di preservare la sfera economica della prostituta», spesso indotta all'esercizio di quel mestiere a causa delle proprie miserevoli condizioni, nell'ottica di quella che appare come una «presa d'atto, senza ipocrisie, … di una realtà che costituiva parte integrante della società romana e in particolare delle esigenze maschili», come già rilevato da Sturm, *Quod*, cit., p. 286.

33 Cfr. Fusco, *'Adulescens'*, cit., p. 395 ss., e Merotto, *Il corpo*, cit., p. 277 s.

In ogni caso, per ovvi motivi e come stiamo per vedere[34], proprio la versione giustinianea trasmessaci dal Digesto avrebbe poi finito per affermarsi nel tempo, fino a lasciare sorprendenti tracce di sé nell'evoluzione giurisprudenziale, anche recentissima, registratasi nell'ambito dell'ordinamento italiano.

3. Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza italiana[35], avallato dalla Suprema Corte, il contratto tra prostituta e cliente è ritenuto viziato da causa illecita per contrarietà al buon costume[36] e, pertanto, nullo *ex* art. 1418, comma 2, c.c.[37]. Da tale nullità deriva che nessuna delle parti è tenuta ad adempiere alla propria prestazione, per cui la prostituta non può pretendere il pagamento del corrispettivo dal cliente; tuttavia, se quest'ultimo adempie spontaneamente, la sua viene considerata una prestazione irripetibile ai sensi dell'art. 2035 c.c.[38], che recita: «Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato»[39].

Si noti che, applicando la disposizione appena citata al tipo di rapporto

34 Cfr. *infra*, § 3.

35 Al riguardo si veda quanto attestava già L. Gambigliani Zoccoli, *Negozi illeciti per contrarietà al buon costume. I. Il buon costume come limite dell'autonomia privata*, in «Rivista di diritto civile», XIV.2, 1968, p. 175 s., nella sua rassegna.

36 Cfr. l'art. 1343 c.c., che, a proposito della causa del contratto, recita: «La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume». In dottrina si sottolinea come il rapporto contrattuale tra prostituta e cliente costituisca «una fattispecie paradigmatica di relazione contraria a buon costume» (così F. Gigliotti, *Prestazione contraria al buon costume*, Milano, 2015, p. 166), vale a dire – afferma Gambigliani Zoccoli, *Negozi*, cit., p. 176 – «una vera e propria ipotesi di scuola» al riguardo.

37 In questa disposizione, infatti, tra le cause di nullità del contratto si annovera proprio l'illiceità della causa.

38 Su tutti gli aspetti qui riassunti cfr. Gigliotti, *Prestazione*, cit., p. 165 s.

39 Proprio in virtù dell'assenza di una legittima pretesa del cliente alla *repetitio*, qualsiasi condotta del cliente medesimo tesa a riottenere quanto pagato risulta inevitabilmente volta a conseguire un ingiusto profitto e, pertanto, a certe condizioni, idonea a integrare determinate figure di reato, in particolare la rapina (contemplata nell'art. 628 c.p.: «Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza alla persona o minaccia, s'impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, è punito …») e l'estorsione (prevista dall'art. 629 c.p.: «Chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito …»); per un'ipotesi del primo e, rispettivamente, del secondo tipo si vedano Cass. pen., sez. II, 22 gennaio 1987, n. 764, e Cass. pen., sez. II, 17 gennaio 2001, n. 9348, benché qui il delitto di estorsione venga solo astrattamente prospettato ma concretamente escluso nel caso di specie, su cui si rinvia *infra* in questo paragrafo.

in discorso, l'offesa al buon costume risulta realizzata «anche» da parte del cliente: come a voler lasciare intendere che tale offesa si compia *in primis* da parte della prostituta. Infatti, nell'interpretazione giurisprudenziale corrente, si tende a porre l'accento non tanto sulla *turpitudo dantis*, quanto piuttosto sulla *turpitudo accipientis*, qualificando l'esercizio della prostituzione come in sé immorale e, benché non illecito, neppure propriamente lecito, nonché affermando di conseguenza l'impossibilità di configurare un qualsivoglia diritto della meretrice al corrispettivo concordato[40].

Particolarmente rappresentativa di tale indirizzo appare una sentenza della Cassazione che definisce l'attività prostitutiva «contraria al buon costume, in quanto è avvertita dalla generalità delle persone come violatrice di quella morale corrente che rifiuta, sulla scorta di quelle norme etiche che rappresentano ancora il patrimonio della civiltà in cui viviamo, il commercio per danaro che una donna faccia del proprio corpo, rendendolo disponibile a soddisfare ogni istinto sessuale di qualsiasi *partner*»[41]. Nel caso di specie, stante la ritenuta inesistenza di un diritto della prostituta al proprio compenso, le si è negata la risarcibilità del danno al reddito professionale subìto a causa delle lesioni riportate in un incidente stradale che ne hanno condizionato la capacità di esercitare la prostituzione.

Proprio l'asserita mancanza di una pretesa giuridicamente tutelata da parte della prostituta (e, per converso, di un obbligo debitamente sanzionato in capo al cliente) rispetto al pagamento del corrispettivo della prestazione sessuale ha, poi, finito per penalizzare la prostituta medesima in presenza di condotte violente o minacciose perpetrate nei suoi confronti. Così, in un caso, avendo un cliente costretto (puntando un'arma) la professionista con la quale si era intrattenuto a rinunciare alla somma pattuita, è stata esclusa la configurabilità del delitto di estorsione[42] a motivo dell'insussistenza sia di un ingiusto profitto dell'agente che di un altrui danno[43].

L'impostazione tradizionale non muta, sostanzialmente, neppure nella

40 In tal senso, tra l'altro, si è espressa (decidendo su questioni aventi ad oggetto permessi di soggiorno relativi a prostitute extracomunitarie) anche la VI sezione del Consiglio di Stato: cfr. in particolare Cons. St., 22 ottobre 2008, n. 5178, secondo cui, «sebbene l'esercizio della prostituzione non costituisca di per sé reato, non costituisce comunque fonte lecita di guadagno, in quanto contraria al buon costume e, in quanto tale, nemmeno tutelabile in sede giurisdizionale, essendo nulli gli accordi raggiunti al riguardo (artt. 1343 e 2035 c.c.)», orientamento già riscontrabile in Cons. St., 29 marzo 2007, n. 1456, e in Cons. St., 10 maggio 2007, n. 2231, nonché ripreso in alcune pronunce successive, tra cui Cons. St., 15 dicembre 2009, n. 7958, e Cons. St., 16 dicembre 2010, n. 9071.

41 Cfr. Cass. civ., sez. III, 1° agosto 1986, n. 4927.

42 Su tale figura criminosa si veda già *supra*, nt. 39.

43 Cfr. Cass. pen., sez. II, 17 gennaio 2001, n. 9348.

giurisprudenza di legittimità in materia tributaria, nel cui ambito si ribadisce la natura di attività *contra bonos mores* della prostituzione[44] e la riconoscibilità, a vantaggio della prostituta, di un mero diritto alla *soluti retentio ex* art. 2035 c.c., da cui si fa discendere la tassabilità dei redditi da meretricio[45].

Pertanto, possiamo osservare che l'orientamento consolidato della Suprema Corte ha sinora inquadrato il rapporto tra prostituta e cliente come bilateralmente offensivo del buon costume, in quell'ottica di *turpitudo utriusque partis* su cui già si basava la più risalente tra le *rationes* contenute nel brano del Digesto che abbiamo esaminato[46].

Tuttavia, una recente sentenza del Tribunale di Roma[47], recuperando e attualizzando i contenuti espressi a proposito della *nova ratio* nel medesimo passo, getta il guanto di sfida al predetto indirizzo.

Il Collegio romano prende le mosse tracciando un quadro dei formanti nazionali e internazionali che negli ultimi decenni hanno profondamente mutato la concezione del fenomeno prostitutivo rispetto alle idee del passato, da un lato consentendo il meretricio esercitato senza costrizione, dall'altro reprimendo al riguardo ogni forma di violazione della libertà personale. Tale doppio binario appariva già chiaramente delineato, nel contesto italiano, sin dall'emanazione della legge n. 75 del 1958 (cd. «legge Merlin»), le cui disposizioni prevedevano, ad un tempo, sia la tutela dell'autodeterminazione di chi si prostituisse per libera scelta, sia misure di lotta allo sfruttamento della prostituzione. Parimenti, a livello sovranazionale, guardando al fenomeno del meretricio volontario, nell'ambito dell'elaborazione del concetto di «diritti sessuali» come diritti umani in seno alla Convenzione ONU del 1979 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne («CEDAW»), la scelta di vendere le proprie prestazioni sessuali è stata interpretata come una modalità di esercizio del diritto alla sessualità, mentre la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 20 no-

44 Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. V, 13 maggio 2011, n. 10578.

45 Cfr. in particolare, nel quadro della giurisprudenza della V sezione civile (tributaria) della Suprema Corte, oltre alla sentenza citata nella nota precedente, Cass., 1° ottobre 2010, n. 20528, Cass., 27 luglio 2016, n. 15596, e Cass., 4 novembre 2016, n. 22413.

46 Ci riferiamo ovviamente a D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*), in relazione a cui si veda *supra*, § 2.

47 Si tratta di Trib. Roma, 7 maggio 2014, su cui si segnala la nota di G.L. Gatta, *Risponde di estorsione la prostituta che minaccia il cliente costringendolo a pagare la prestazione? A proposito del concetto di ingiustizia del profitto*, in «Diritto penale contemporaneo», IV.3-4, 2014, p. 417 ss., ed. *on-line* http://www.penalecontemporaneo.it/foto/3364DPC_Trim_3-4_2014.pdf#page=423&view=fit; per vero lo stesso Tribunale, in data 24 luglio 2013, si era già espresso con una pronuncia di contenuto sostanzialmente analogo a quella che andiamo ora ad esporre, ma purtroppo disponibile solo in massima, a quanto ci consta.

vembre 2001 (causa C-268/99, Jany e altri) ha stabilito che «la prostituzione costituisce una prestazione di servizi retribuita la quale … rientra nella nozione di 'attività economiche'»; parallelamente, considerando le situazioni di meretricio coatto, la risoluzione del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014, dopo avervi individuato una violazione dei diritti umani, ha invitato gli Stati membri ad adottare normative, sul modello dei Paesi nordici, volte a sanzionare «l'acquisto delle prestazioni sessuali, cioè non l'offerta (obbligata) ma la domanda (libera)».

Il Tribunale passa quindi all'esame del caso di specie, in cui il cliente (italiano adulto e benestante) di una prostituta (nigeriana giovanissima e di umili condizioni), dopo essersi intrattenuto con quest'ultima ed essersi rifiutato, forte di un certo qual senso d'impunità, di ricompensarne la prestazione consumata, era poi stato costretto dalla stessa ragazza, ricorsa all'aiuto del suo protettore, a pagarla sotto la spinta di prolungate e pressanti minacce. I giudici si trovano, così, di fronte a un quesito penalistico, la soluzione del quale passa, però, attraverso nozioni di carattere civilistico che in questa sede ci interessano particolamente: la questione è, infatti, se sia qui configurabile il delitto di estorsione[48], per la cui integrazione non è sufficiente l'elemento della costrizione a fare qualcosa mediante violenza o minaccia, ma è altresì necessario che l'agente procuri a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. In sostanza, dichiarare sussistente l'estorsione avrebbe significato affermare che il profitto della prostituta è ingiusto (cioè non dovuto), avallando la concezione consolidata secondo cui chi si prostituisce non ha un diritto pienamente riconosciuto al proprio compenso, salva la *soluti retentio ex* art. 2035 c.c. in caso di spontanea corresponsione.

Il Collegio, però, prende le distanze «in modo fermo da detto non condivisibile orientamento», ritenuto paradossalmente idoneo a incoraggiare un comportamento quantomeno biasimevole come il rifiutarsi di retribuire una prestazione di cui comunque, di fatto, si è beneficiato[49]. Guardando, poi, alle

48 A tale fattispecie di reato abbiamo già fatto riferimento più di una volta: cfr. *supra*, nt. 39 e 42.

49 Nella sentenza si legge: «Il paradosso, cui giunge la tesi accolta dalla giurisprudenza sinora dominante …, è quello di incoraggiare la mala fede del contraente-cliente che ha già ricevuto la prestazione sessuale, *facere* infungibile tanto da non essere ripetibile da parte della prostituta, e di tutelare sostanzialmente proprio la parte forte del rapporto sinallagmatico, tale sotto il profilo economico, sociale, giuridico e di genere, consentendogli un comportamento antigiuridico …»; e ancora: «… ormai, il comune sentire vede la prostituta, sempre più spesso, come parte vulnerabile della struttura sociale oltre che parte debole dell'accordo anche sotto il profilo giuridico perché è posta alla mercé di clienti che, paradossalmente, per come <è costruita> la fattispecie civilistica di cui all'art. 2035 c.c. …, cui sinora è stata erroneamente ricondotta l'obbligazione, hanno la libertà di corrispondere o

miserevoli condizioni in cui versano le ragazze come quella protagonista del nostro caso, nonché agli squilibri emergenti nei rapporti con i loro clienti, i giudici giungono ad affermare che il profitto della prostituta è giusto ed ella vi ha diritto a tutti gli effetti[50], non potendosi, inoltre, più definire simili guadagni come conseguiti in violazione delle regole del buon costume[51], che invece risultano infrante dal cliente, il quale si approfitta della situazione di necessità e conseguente vulnerabilità della controparte negoziale[52].

Sembra, pertanto, di udire qui distintamente l'eco della *nova ratio* riportata in D. 12.5.4.3, secondo cui la turpitudine viene ravvisata soltanto nel contegno del cliente-*dans*. Peraltro, se Ulpiano, citato espressamente

meno il prezzo della prestazione ricevuta a loro piacimento, senza che essa possa azionare alcuna legittima pretesa».

50 Nel caso di specie, infatti, la giovanissima prostituta nigeriana, «che non conosce una parola di italiano e proprio per questo inevitabile vittima di tratta e di sfruttamento, persona vulnerabile ed emarginata sotto il profilo sociale, economico e culturale, non può collocarsi su un piano di parità rispetto al suo cliente italiano, professionalmente inserito, economicamente forte, che si serve in modo arrogante proprio di questa posizione di potere per non pagare i servizi sessuali ricevuti, ritenendo il corpo della ragazza come di suo libero dominio»: pertanto «la prostituta per evitare una immotivata ed irragionevole disparità, che comunque è già presente nel rapporto di forza descritto, ha diritto ad essere retribuita ed il profitto che ne consegue è giusto».

51 Infatti l'impostazione rifiutata dal Tribunale «appartiene ad un superato comune sentire che non tiene in alcun modo conto non solo della legge Merlin, ma neanche delle citate fonti internazionali che hanno fatto evolvere la lettura di questo fenomeno <in maniera> tale da sganciarlo dalla nozione di buon costume», cosicché «tra le prestazioni contrarie al buon costume ai sensi dell'art. 2035 c.c. non è ricompreso l'esercizio della prostituzione in quanto tale, trattandosi di attività ampiamente diffusa nella collettività oltre che consentita dall'ordinamento giuridico».

52 Questo aspetto viene sottolineato dai giudici romani in più di un passaggio: «La riprovazione sociale e morale, tale da qualificare una prestazione come contraria al buon costume, … nel caso in esame è quella del cliente che, contrariamente a quanto fissato dall'art. 2 della Costituzione che tutela 'la persona umana' in tutte le sue espressioni, ha violato la dignità della prostituta approfittando della sua condizione di vulnerabilità, sapendo che non ha alcuno strumento per difendersi dall'utilizzo indebito del suo corpo e l'ha esposta all'ulteriore rischio di non versare al proprio sfruttatore quanto ricevuto, con ciò che ne consegue per la sua integrità personale»; «In questo ordine di idee è, quindi, da ritenersi contraria al buon costume e causa 'immorale' nel nostro sistema ordinamentale non la prestazione sessuale che avviene riservatamente a pagamento tra adulti, liberi e consenzienti, ma la condotta del cliente che pretende da una prostituta giovane, straniera, e di certo vittima di sfruttamento, la prestazione sessuale come gratuita in considerazione proprio della disparità sociale, economica e di genere tra i due soggetti del rapporto»; «Se un profilo di contrarietà al buon costume c'è … esso riguarda il cliente che approfitta della prestazione sessuale della prostituta e non adempie …».

nella pronuncia in discorso, si era limitato a negare la *turpitudo* della meretrice-*accipiens* per quanto concerne, appunto, l'atto di accettazione del compenso, seguitando però a considerare ontologicamente turpe quel tipo di mestiere ('*turpiter facere*')[53], i giudici del Tribunale di Roma arrivano a superare ogni riserva nei confronti della prostituzione, la quale, se è vero che costituisce una prestazione di servizi retribuita ricompresa nella nozione di «attività economiche»[54], non può più essere considerata turpe (cioè contraria al buon costume, e quindi illecita, *ex* art. 1343 c.c.), bensì fonte di un diritto di credito tutelato dall'ordinamento giuridico al pari di qualsiasi altro.

In conclusione il predetto Tribunale, nel merito, sotto il profilo penalistico, ha escluso la configurabilità dell'estorsione[55], ma soprattutto, ai fini civilistici che ci riguardano, ha sottratto il rapporto tra prostituta e cliente all'inquadramento tradizionale nell'ambito della fattispecie prevista dall'art. 2035 c.c., ravvisando uno scopo costituente offesa al buon costume solo nel comportamento del cliente, non anche in quello della prostituta, e affermando quindi *tout court* l'esistenza in capo a quest'ultima di un diritto al proprio compenso, non già alla mera *soluti retentio* di quanto eventualmente corrispostole in modo spontaneo – bontà sua – dal cliente. In tale ottica, il passaggio di denaro che si attua tra il cliente e la prostituta ci appare alla stregua di un Giano bifronte: turpe se visto dalla prospettiva del cliente-*dans*, che si comporta da approfittatore, onesto se considerato dal punto di vista della prostituta-*accipiens*, la quale riceve null'altro che una legittima ricompensa, nei cui confronti, secondo i giudici romani, vanta un vero e proprio diritto, non una semplice aspettativa priva di azione diretta e tutelata solo in via secondaria[56].

---

53 I giudici romani ricordano, infatti, che Ulpiano «definisce la prostituzione come un'attività socialmente turpe (*turpiter facere*) ma lecita le cui prestazioni non consentono di ripetere da parte del cliente quanto pagato», onde «giuridicamente non è la prestazione sessuale a pagamento in se stessa ad essere illecita quanto l'offesa a ciò che, in seguito, sarà chiamato buon costume».

54 Così ha sentenziato la Corte di giustizia dell'Unione europea: cfr. *supra* nel presente paragrafo.

55 Tuttavia, il Collegio non ha giudicato priva di rilevanza penale la condotta della prostituta (e del suo protettore), ravvisandovi gli estremi di una diversa fattispecie criminosa che, a differenza dell'estorsione, non richiede che ricorrano gli elementi dell'ingiusto profitto e dell'altrui danno: si tratta della violenza privata (prevista dall'art. 610 c.p.: «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito …»).

56 «Se, infatti, a fronte dell'omesso pagamento del prezzo della prestazione sessuale, si consentisse alla prostituta di adire il giudice civile, anziché continuare a qualificare moralisticamente il relativo contratto ai sensi dell'articolo 2035 codice civile, non solo» – conclude il Tribunale – «si riconoscerebbe quello che a livello ordinamentale, nazionale

4. Ancora una volta il confronto tra l'esperienza giuridica romana e quella odierna ha offerto risultati decisamente interessanti. Infatti, esaminando in parallelo l'evoluzione registratasi, tanto nella riflessione dei *iuris prudentes* romani consegnataci (in veste autentica o rimaneggiata che sia) dal Digesto giustinianeo[57] quanto nella giurisprudenza italiana attuale, in merito alla concezione del rapporto tra prostituta e cliente, abbiamo potuto apprezzare sorprendenti analogie.

Nella versione del passo di Ulpiano offertaci in D. 12.5.4.3 l'irripetibilità di quanto versato dal cliente alla prostituta viene ricondotta, dapprima, a una certa *ratio*, attribuita ai giuristi Labeone e Marcello, basata sulla *turpitudo utriusque*, e, poi, a una *nova ratio* che indica come turpe il solo contegno del cliente-*dans*, ritenendo scevra del marchio di turpitudine la condotta della prostituta, non in quanto tale (essendosi pur sempre in presenza di un '*turpiter facere*') ma in quanto *accipiens* (cogliendosi qui un '*non turpiter accipere*'), cioè destinataria di una ricompensa di per sé priva di connotati immorali.

Allo stesso modo, venendo ai giorni nostri, l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità ha sempre inquadrato la relazione tra prostituta e cliente nell'ambito della fattispecie descritta nell'art. 2035 c.c., sul granitico presupposto della sussistenza di profili lesivi del buon costume nella prestazione di entrambe le parti. Tuttavia, facendo riecheggiare i contenuti della predetta *nova ratio*, dalla giurisprudenza di merito, e precisamente dal Tribunale di Roma[58], sono giunti accenti dissonanti, sostenendosi convintamente la tesi della *turpitudo solius dantis*. A ben vedere, le toghe capitoline di prime cure si sono spinte anche oltre, affrancando dallo stigma della *turpitudo* non solo l'*accipere* della prostituta, ma anche il suo stesso *facere* (sulla scorta di una visione – sostenuta da fonti internazionali – del diritto alla sessualità anche come diritto alla scelta di vendere la propria prestazione sessuale)[59], ed esplicitando ciò che Ulpiano non giunse a dire (suscitando

---

e sovranazionale, è già un dato di fatto – ovverosia che 'la prostituzione costituisce una prestazione di servizi retribuita che rientra nella nozione di attività economiche' –», come affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 20 novembre 2001 (cfr. *supra* nel presente paragrafo), «ma si eviterebbe quella che viene definita la 'vittimizzazione secondaria' ovverosia la criminalizzazione delle persone vulnerabili, così ristabilendo anche culturalmente, sotto il profilo dell'uguaglianza di genere, il corretto rapporto tra la prostituta ed il cliente».

57 Sulla possibile difformità del testo trasmessoci dal Digesto rispetto all'originale ulpianeo si rinvia *supra*, § 2.

58 Cfr. *supra*, nt. 47.

59 Cfr. *supra*, § 3, con riferimento al quadro dei formanti, in particolare sovranazionali, che negli ultimi decenni hanno profondamente mutato la concezione del fenomeno prosti-

così legittimi dubbi e dibattiti tra gli studiosi)[60], cioè che, se il profitto della prostituta non è da considerarsi turpe bensì onesto, allora ella può non solo conservarlo in forza di una riconosciuta *soluti retentio*, ma anche perseguirlo in via di azione.

Solo il tempo ci saprà dire se e in che misura i giudici italiani di ogni grado avranno percorso e consolidato il varco aperto nella nostra giurisprudenza dai loro colleghi del Tribunale romano[61].

tutivo rispetto alle idee del passato.

60 Come riferito da Glück, *op. cit.*, p. 574 s. nt. 15, nell'ambito della dottrina più risalente sorse, infatti, la questione se, alla luce della *nova ratio* affermata in D. 12.5.4.3, la prostituta fosse legittimata non solo alla *soluti retentio* ma anche ad agire in giudizio per ottenere il proprio compenso, qualora il cliente si rifiutasse di versarlo.

61 Tra l'altro, negli ultimi anni, precisi segnali sono giunti anche dalla dottrina: cfr., ad esempio, V. Zeno-Zencovich, '*Sex and the Contract': dal mercimonio al mercato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LXI, 2007, p. 1197 e 1223 s., le cui osservazioni vengono richiamate da G. Terlizzi, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013, p. 141, la quale annota che, «se resta pur sempre vero che la regola posta dal 2035 c.c. sanziona il disvalore attribuito al contratto immorale, è altrettanto vero che essa riflette lo spirito del tempo in cui è stata scritta, fortemente condizionato da convenzioni che oggi una parte della dottrina non esita a definire 'ipocrisie sociali'. In questo senso, il tradizionale approccio del diritto civile italiano, che associa la contrarietà al buon costume alla regola *in pari causa turpitudinis*, risulta per gran parte della dottrina attuale 'decisamente inappagante', sia sul piano tecnico che su quello della politica del diritto, e dovrebbe perciò essere ripensato sulla base di una ricognizione che tenga conto 'senza ipocrisie' dell'evoluzione sociale».

Enrico Sciandrello

A proposito di D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*)

1. Tra i problemi che hanno accompagnato la lettura di un noto passo conservato dai giustinianei in apertura del titolo '*De his qui notantur infamia*' del Digesto (3.2) e recante il catalogo edittale dei soggetti '*Qui nisi pro certis personis ne postulent*'[1], vi è senz'altro quello concernente l'espressa esclusione dell'effetto infamante per coloro i quali fossero stati condannati '*contrario iudicio*' nell'ambito delle azioni *tutelae*, *mandati* e *depositi*[2].

D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*)[3]: Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur qui…pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit…'.

I dubbi sorti con riguardo all'attendibilità della notizia riferita in questa porzione del brano, perlopiù dipendenti dalla mancanza di precisi riscontri

1 Sul tema si veda il fondamentale contributo di M. Kaser, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in «ZSS.», LXXIII, 1956, p. 220 ss.; cfr. inoltre B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 403 ss.

2 Verranno segnalate nel prosieguo del discorso le ragioni che suggeriscono di non ricomprendere in questo elenco di mezzi processuali, per i quali si prospetta una condanna *contrario iudicio*, l'*actio pro socio*, pur menzionata nel brano accanto a quelle previste per la tutela, il mandato ed il deposito; nel contempo occorre subito rilevare come probabilmente qui figurasse in origine anche l'*actio fiduciae*, poi soppressa dai compilatori.

3 Uno dei problemi di cui non ci possiamo occupare in questa sede, ma che merita di essere segnalato in via incidentale, riguarda la provenienza del brano, dato che nell'*inscriptio* si menziona un'opera giulianea (i *libri ad edictum*) di cui non vi è traccia altrove, nemmeno nell'*Index Florentinus*. Cfr., ad esempio, O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in «ZSS.», II, 1881, p. 58, nonché Id., *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, rist. Roma, 2000, I, c. 484, nt. 4, convinto dell'impossibilità di attribuire a Giuliano la redazione di un commentario all'editto; per una sintesi delle teorie avanzate dagli studiosi sul punto si rinvia a E. Stolfi, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 538 s., nt. 33.

nelle altre fonti in nostro possesso – se si eccettua D. 3.2.6.7 di cui daremo conto tra breve –, hanno indotto la quasi totalità della dottrina a propendere per il carattere spurio delle parole '*non contrario iudicio*'[4]; tale orientamento, consolidatosi nell'ambito degli studi condotti tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del secolo successivo, è stato avversato da Bernardo Albanese, che, sulla base di uno scrupoloso esame di questa testimonianza e di quelle ad essa collegate, giunse a conclusioni di segno opposto[5]. Si tratta allora di verificare se sull'interpretazione di questa fonte possano aver influito in maniera decisiva le tendenze interpolazionistiche di inizio Novecento o se, invece, vi sia ancora spazio per ammettere una corruzione del testo relativamente al tratto in esame.

Considerato che il contributo del Maestro siciliano risulta essere l'ultimo, in ordine di tempo, dedicato *ex professo* all'analisi di questa problematica, conviene prendere le mosse dai dati evidenziati nel corso sua indagine, non solo al fine di presentare lo stato delle ricerche sul punto, ma anche per illustrare in sintesi il quadro delle testimonianze fin qui oggetto di discussione da parte della dottrina.

2. Gli argomenti messi in campo per contestare la genuinità dell'espressione '*non contrario iudicio*' in D. 3.2.1 possono essere suddivisi in tre gruppi. Innanzitutto, occorre considerare gli aspetti di perplessità suscitati direttamente dai *verba* edittali che così accosterebbero l'*actio pro socio* alle azioni di mandato, tutela e deposito, senza che con riguardo alla prima si possa effettivamente configurare una distinzione tra *iudicium directum* e *contrarium*. In seconda battuta, vanno evidenziati i profili di contraddittorietà emergenti da due brani ulpianei escerpiti dal commentario all'editto (D. 3.2.6.5 e D. 3.2.6.7), nei quali il giurista severiano sembra inizialmente affermare il carattere infamante dell'*actio mandati contraria* (§ 5), per poi ribadire la regola generale secondo cui '*contrario iudicio damnatus non erit infamis*' (§ 7). Il terzo gruppo, infine, fa riferimento a testimonianze, per così dire, esterne rispetto ai *verba* edittali e al relativo commento giurisprudenziale: in esse (Gai., *inst.* 4.182[6], *Tab. Heracl. ll.* 108-125 e *Fragm. Atest. ll.* 1-9) troviamo, a vario titolo, un elenco di azioni infamanti, tra le quali quelle di nostro interesse, al cui riguardo, però, non viene precisata l'esclusione dell'*ignominia* per i condannati *contrario iudicio*.

4 Oltre agli autori citati nell'«Index Interpolationum», I, Weimar, 1929, c. 31, si vedano G. Provera, *Contributi alla teoria dei 'iudicia contraria'*, Torino, 1951, p. 68 nt. 51, e F. Schwarz, *Die Konträrklagen*, in «ZSS.», LXXI, 1954, p. 209 ss.

5 Cfr. B. Albanese, *«Iudicium contrarium» e «ignominia» nel mandato*, in «Iura», XXI, 1970, p. 1 ss., ora in *Scritti giuridici*, I (cur. M. Marrone), Palermo, 1991, p. 921 ss.

6 Confrontato con il passo parallelo delle Istituzioni giustinianee, *Iust. inst.* 4.16.2.

Cominciamo subito col dire che in merito a quest'ultimo gruppo di argomenti sembrano insuperabili le obbiezioni mosse dall'Albanese[7] ai sostenitori della teoria dominante, rilievi che, quindi, possiamo passare rapidamente in rassegna. Per quanto concerne le notizie offerte da *Tab. Heracl. ll.* 108-125[8] e *Fragm. Atest. ll.* 1-9[9], l'autore rilevava come non fosse possibile escludere la genuinità delle parole '*non contrario iudicio*' in D. 3.2.1 sulla base di una «applicazione meccanica del criterio del confronto tra testi eterogenei»[10], posto che solo il passo conservato nel Digesto riporta il catalogo edittale dei soggetti '*Qui nisi pro certis personis ne postulent*', mentre nei due testi epigrafici vengono trattati, rispettivamente, casi di incapacità di diritto pubblico e regole in materia di competenza giurisdizionale[11]: ambi-

7 Cfr. Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 16 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 936 ss.

8 Cfr. specialmente *Tab. Heracl. ll.* 108-111 (cfr. *Roman Statutes* [*ed.* M.H. Crawford], I, London, 1996, nr. 24, p. 367): '*quae municipia colonia‹e› praefectura‹e› fora conciliabula c(ivium) R(omanorum) sunt erunt, nei quis in eorum quo municipio/ colonia prefectura ‹foro› conciliabulo ‹in› senatu decurionibus conscreipteisque esto, neve quo‹i› ibi in eo ordine/ sen{ten}temtiam deicere ferre liceto, quei furtei quod i‹ps›e fecit fecerit condemnatus pactusve est erit;/ queive iudicio fiduci‹ae›, pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deve d(olo) m(alo) condemnatus est erit*'.

9 *Fragm. Atest. ll.* 1-9 (cfr. *Roman Statutes* [*ed.* M.H. Crawford], I, cit., nr. 16, p. 319): '*mandati aut tutelae, suo nomine quodve ipse earum rerum/ quid gessisse dicetur, †addicetur† aut quod furti, quod ad ho/minem liberum liberamve pertinere deicatur, aut iniuri/arum ag‹e›tur, sei is, a quo petetur quomve quo agetur, d(e)/ e(a) r(e) in eo municipio colonia prefectura iudicio certa/re ‹volet› et si ea res (sestertium) (decem milium) minorisve erit, quo minus ibei d(e) e(a) r(e)/ iudex arbiterve addicatur detur quove minus ibei d(e) e(a) r(e)/ iudicium ita feiat, utei de ieis rebus, quibus ex h(ac) l(ege) iudicia/ data erunt, iudicium fierei exerceri oportebit, ex h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur)*'.

10 Cfr. Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 18, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 938.

11 Differenza evidenziata ancora una volta da Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 19, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 939, con particolare riguardo al *Fragmentum Atestinum*, per il quale vanno considerati inoltre i problemi legati alla ricostruzione del contenuto della prima parte della disposizione normativa (sul punto si rinvia a *Roman Statutes* [*ed.* M.H. Crawford], I, cit., p. 313 ss., e alle puntualizzazioni di U. Laffi, *Osservazioni sul contenuto e sul testo del 'Fragmentum Atestinum'*, in «Athenaeum», LXXXV, 1997, p. 119 ss., nonché con lo stesso titolo, ma con alcune modifiche in «Ciudades privilegiadas en el Occidente romano» – *ed.* J. González –, Sevilla, 1999, p. 159 ss., ora in U. Laffi, *Studi di storia romana e diritto*, Roma, 2001, p. 297 ss.). Analoghe considerazioni rispetto a quelle formulate dall'Albanese per *Fragm. Atest. ll.* 1-9 possono svolgersi oggi intorno al cap. LXXXIV (*ll.* 6-15) della *lex Irnitana* (per il cui testo si veda l'*editio princeps* di J. González, *The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law*, in «JRS.», LXXVI, 1986, p. 175, nonché *Die Lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien. Lateinisch und deutsch*

to operativo e ragioni storiche ben giustificano, dunque, il fatto che non si abbia perfetta coincidenza con il dettato di D. 3.2.1, non solo per quanto riguarda la precisazione relativa ai *contrario iudicio damnati*, ma anche dal punto di vista delle azioni infamanti ivi elencate[12].

Considerazioni in parte analoghe valgono per Gai., *inst.* 4.182[13], giudicato inaffidabile dall'Albanese[14] ai fini di un confronto con D. 3.2.1, in quanto Gaio avrebbe qui condotto una trattazione sommaria dei casi di *ignominia*, volendo semplicemente sottolineare in questa parte del suo manuale come essa non fosse «sancita espressamente dall'editto, bensì dedotta, nell'interpretazione e nella prassi, da alcuni divieti pretori edittali di assumere determinate posizioni processuali»[15]: ciò risulterebbe provato dalla mancata menzione dell'*actio de dolo* (presente invece in D. 3.2.1)[16] e dall'assenza di un riferimento al fatto che l'effetto infamante fosse conseguenza di una condanna riportata dal convenuto *suo nomine*. L'*actio de dolo* compare, invece, nel passo parallelo delle Istituzioni di Giustiniano[17], il cui contenuto, secon-

– *cur*. J.G. Wolf –, Darmstadt, 2011, p. 118); per un'analisi relativa al tratto in questione cfr. F. Lamberti, *«Tabulae Irnitanae». Municipalità e «ius romanorum»*, Napoli, 1993, p. 153 ss., e J.G. Wolf, *Iurisdictio Irnitana*, in «SDHI.», LXVI, 2000, p. 29 ss., ora in Id., *Lex Irnitana. Gesammelte Aufsätze*, Berlin, 2012, p. 23 ss. (da cui cito).

12 Per quanto qui interessa va rilevata la mancanza in entrambi i testi dell'*actio depositi*, presente invece nella *lex Irnitana* (cap. LXXXIV, *l.* 10).

13 Gai., *inst*. 4.182: '*Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur*'.

14 Cfr. Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 8 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 928 ss.

15 Cfr. Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 12, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 932.

16 D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*): '*Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur qui… qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit…'*'.

17 *Iust. inst.* 4.16.2: '*Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit*'.

do l'Albanese, appare più aderente al diritto classico, dato che qui viene pure richiamata la circostanza per la quale l'*ignominia* non avrebbe riguardato i soggetti condannati nell'ambito delle azioni contrarie di tutela, mandato e deposito; inoltre, il testo delle Istituzioni imperiali reca un'importante precisazione circa le caratteristiche dell'*actio pro socio*, considerata *directa* '*ab utraque parte*' e, perciò, infamante per qualunque socio condannato in tale giudizio, aspetto che rimane invece oscuro in D. 3.2.1, dove tale azione risulta semplicemente accostata alle altre tre (*tutelae*, *mandati* e *depositi*), senza alcun tipo di specificazione.

Proprio quest'ultima questione, come accennato in precedenza, rappresenta il principale aspetto di perplessità suscitato direttamente dai *verba* edittali, che però l'Albanese[18] riteneva di poter spiegare facendo leva sul probabile (se non sicuro) intervento compilatorio volto ad eliminare la menzione dell'*actio fiduciae* dal testo originale. In ragione dell'ordine seguito nell'elenco di Gai., *inst.* 4.182, che l'autore ipotizzava essere basato su quello edittale, è verosimile che l'*actio pro socio* non fosse «contigua» alle azioni di tutela, mandato e deposito, «proprio perché separata dal riferimento all'*a. fiduciae*»; l'intervento soppressivo dei compilatori avrebbe perciò dato luogo al guasto formale individuabile nel collegamento delle parole '*non contrario iudicio*' alle precedenti '*pro socio*'. Sulla scia di tale ragionamento, l'Albanese proponeva di ricostruire questa parte del testo nel modo seguente:

'…qui pro socio <suo nomine damnatus erit: qui fiduciae>, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit…'[19].

Se, da un lato, appare difficilmente contestabile l'idea che in origine fosse menzionata anche l'*actio fiduciae*, dall'altro, occorre rilevare come questa proposta ricostruttiva lasci isolato nel testo il riferimento all'*actio pro socio*[20]; inoltre, ci si dovrebbe interrogare sul perché i compilatori abbiano deciso di operare un taglio così ampio, quando sarebbe bastato eliminare l'indicazione dell'*actio fiduciae*, mantenendo inalterato il tratto precedente e, quindi, lo stacco tra l'*actio pro socio* e le altre azioni per le quali si poteva

18 Cfr. Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 15 s. e nt. 13, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 935 s. e nt. 13.

19 Cfr. Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 15, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 935.

20 Vale la pena di osservare che tale isolamento dell'*actio pro socio* rispetto alle altre azioni si rinviene in un passo di Stefano conservato in *sch.* 2 *ad Bas.* 21.2.1 (Scheltema, B IV, p. 1278): Ἄτιμός ἐστι πρὸς τοῖς εἰρημένοις καὶ ὁ ἐναχθεὶς καὶ καταδικασθεὶς τῇ προσοκίῳ· ὥσπερ οὖν ὁ καταδικασθεὶς τῇ τουτέλαε ἢ τῇ μανδάτι ἢ τῇ δεποσίτι ταῖς διρρέκταις, οὐκ ἔτι δὲ καὶ ταῖς κοντραρίαις …

presentare il caso di una condanna *contrario iudicio*. Ad ogni modo, prima di giungere a qualsiasi conclusione, è necessario ancora riflettere sugli elementi di criticità posti da alcuni luoghi del commento ulpianeo all'editto (D. 3.2.6.5 e D. 3.2.6.7).

3. Per completare il quadro delle testimonianze coinvolte nell'analisi di D. 3.2.1, occorre dunque considerare

D. 3.2.6.5 (Ulp. 6 *ad ed.*): 'Mandati condemnatus': verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. Ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio. […] 7: Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.

Appare evidente il motivo per cui questa parte del commentario ulpianeo sia stata giudicata contraddittoria: difatti, mentre nel § 5 sembra alludersi alla possibilità che l'effetto infamante sia prodotto anche da un'azione contraria (quella *mandati*), nel § 7 viene affermata, con toni generalizzanti, la regola conforme ai *verba* edittali, secondo cui il condannato *contrario iudicio* non sarà dichiarato *infamis*. Non stupisce altresì che tale contraddizione sia stata risolta in dottrina contestando la genuinità dell'uno o dell'altro brano, naturalmente a seconda della prospettiva accolta in relazione al problema presentato da D. 3.2.1; di conseguenza, i maggiori sospetti si sono appuntati sul testo di cui al § 7, salvo rari casi nei quali la critica è stata rivolta al contenuto di D. 3.2.6.5.

Su quest'ultimo versante va segnalata ancora una volta l'opinione dell'Albanese[21], a giudizio del quale il § 5 non sembra «affatto da ascrivere ad Ulpiano» e, come tale, «non può ritenersi, neppure ipoteticamente, testimonianza valida, da sola, per smentire la chiara e corretta attestazione: non *contrario iudicio* di D. 3.2.1». Tra i motivi addotti dall'autore a sostegno della sua teoria[22], quello che mi pare più difficilmente contestabile è senz'altro rappresentato dalla frattura che si può osservare in questa parte del commentario ulpianeo rispetto all'ordine edittale seguito fino a quel momento in modo preciso e puntuale[23]: prima del § 5 manca, difatti, un qualunque cenno alle azioni *pro socio* e *tutelae*[24], che in D. 3.2.1 precedono quella *mandati*.

21 Cfr. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 35, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 955.

22 Cfr. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 30 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 950 ss.

23 Si veda la sequenza in LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 441 ss.

24 Con tutta probabilità, tra queste due, doveva essere menzionata anche l'*actio fiduciae*.

Allo stesso modo sarebbe stato lecito attendersi un apposito spazio di trattazione riservato all'*actio depositi* e invece, nel successivo § 6, viene affrontato un problema specifico, forse originariamente connesso con il commento alle parole '*suo nomine … damnatus*' del testo edittale[25]. La chiusa del § 7, come già rilevato, è dedicata alla riaffermazione della regola generale per cui il '*contrario iudicio damnatus non erit infamis*', seguita da un'interessante giustificazione sulla quale torneremo tra breve.

Visto così, dunque, tutto il tratto che coinvolge i §§ 5-7 di D. 3.2.6 sembra effettivamente avere l'aria di un «riassunto compilatorio»[26], forse reso necessario anche dai probabili tagli operati su questa parte del commentario ulpianeo.

Per provare a ricostruire, perlomeno a grandi linee, il pensiero di Ulpiano, occorre innanzitutto verificare se si possa risolvere o meno la contraddizione esistente tra il contenuto di D. 3.2.6.5 e quello di D. 3.2.6.7, lasciando per un momento da parte il problema relativo alla genuinità delle parole '*non contrario iudicio*' in D. 3.2.1. Ciò che emerge dal confronto tra i passi accolti nei §§ 5 e 7 è la contrapposizione tra il '*fidem non praestare*' e l''*agere non de perfidia, sed de calculo*' che, secondo l'attuale stesura dei due brani, caratterizzano rispettivamente l'azione esperita dal mandatario e i *iudicia contraria* nel loro complesso. Posta in questi termini la questione, tutto porterebbe a credere che con riguardo al mandato non si potesse configurare originariamente la distinzione tra azioni dirette e contrarie[27]; in realtà, è possibile intravedere un'alternativa all'impostazione del problema secon-

25 Si considera infatti la possibilità che un erede riporti una condanna *suo nomine* e venga perciò dichiarato infame solo nei casi di deposito e mandato, non anche in quelli di tutela e società; si veda D. 3.2.6.6 (Ulp. 6 *ad ed.*): '*Illud plane addendum est, quod interdum et heres suo nomine damnatur et ideo infamis fit, si in deposito vel in mandato male versatus sit: non tamen in tutela vel pro socio heres suo nomine damnari potest, quia heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti*'. Sul punto cfr. Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 35 nt. 52, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 955 nt. 52.

26 Espressione che Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 37, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 957, utilizzava con riguardo a D. 3.2.6.7, ma che può tranquillamente essere estesa a tutto il tratto qui considerato, viste le condivisibili osservazioni critiche formulate dall'autore in occasione della lettura di D. 3.2.6.5. Secondo l'Albanese, però, solo in quest'ultimo caso l'intervento dei compilatori avrebbe fortemente inquinato il pensiero originario di Ulpiano, mentre per quanto concerne il § 7, nonostante i guasti formali, esso sarebbe rimasto immutato e quindi conforme al tenore di D. 3.2.1.

27 Com'è noto, questa tesi è stata sostenuta in passato da G. Provera, *Linee generali di uno studio sui 'iudicia contraria'*, in «SDHI.», VIII, 1942, p. 113 ss., e Id., *Contributi*, cit., p. 57 ss., specie p. 68, e contrastata proprio da Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 41 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 961 ss.

do questa visuale, che avrebbe come logico corollario quello di considerare tutte le azioni contrarie (indipendentemente dal carattere infamante delle corrispondenti azioni dirette) come sanzionatorie di un semplice obbligo di indennizzo[28].

Il discorso di Ulpiano sembra infatti ruotare intorno alle differenti caratteristiche formulari delle azioni di cui si sta occupando: da un lato, egli sottolinea come una violazione della *fides* possa venire in gioco nell'ambito dell'*actio mandati* esercitata dal mandatario, evidentemente perché il relativo giudizio risulta imperniato su di una formula in *ius ex fide bona*, dall'altro precisa che tale caratteristica non riguarda i *iudicia contraria* in cui si agisce *non de perfidia*, *sed de calculo*. Il problema sta allora nel capire a quali azioni egli si riferisse, posto che il tono generalizzante di D. 3.2.6.7 risulta inconciliabile con i dati emergenti dalle fonti in materia di *iudicia contraria*[29] e, quindi, difficilmente ascrivibile al giurista severiano.

Il ragionamento svolto fin qui suggerisce di andare alla ricerca di un'azione avente caratteristiche formulari diverse da quelle di un *iudicium bonae fidei* e, restando naturalmente all'elenco di azioni considerate in questa sede, l'unica per la quale possiamo disporre di una testimonianza sufficientemente affidabile è senz'altro l'*actio depositi contraria*[30]. Si veda dunque

D. 16.3.5.pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit[31].

Il passo, proveniente dal commento ulpianeo alla rubrica edittale '*Depositi*

28 Aspetto che, come evidenziato in altra sede (si veda E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, Napoli, 2017, p. 166 s.), non può essere considerato tipico di tutte le azioni contrarie.

29 Per un elenco di casi di violazione della *fides* con riguardo ai quali si valuta l'esperibilità di un *iudicium contrarium* si veda S.A. CRISTALDI, *La sigla nr nella formula in ius dell'actio depositi riportata da Gaio (inst. 4,47): difesa di un dato testuale*, in «ZSS.», CXXXIII, 2016, p. 159 nt. 102; ad essi (D. 13.7.31, D. 47.2.65.5, D. 13.6.17.3, D. 13.6.22) possono aggiungersi D. 13.6.5.8 e D. 13.6.18.3, sui quali cfr. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 104 ss.

30 Si noti che tale azione viene richiamata anche in uno scolio ai Basilici, allorché occorre fornire un esempio relativo alla regola che prevede l'esclusione dell'effetto infamante per i *contrario iudicio damnati*; cfr. *sch*. 20 *ad Bas*. 21.2.1 (Scheltema, B IV, p. 1281): Οὐ τῇ κοντραρίᾳ· ἡ γὰρ κοντραρία οὐκ ἀτιμοῖ, ἤτοι ἡ κινουμένη παρὰ τοῦ λαβόντος τὴν παρακαταθήκεν …

31 Per una recente raccolta della letteratura su questo brano si rinvia a CRISTALDI, *La sigla*, cit., p. 158 nt. 99.

vel contra'[32], sembra dare conto della previsione di un'azione con *formula in factum concepta*[33], in relazione alla quale il giurista precisa che '*merito in litem non iuratur*', poiché con tale mezzo si agisce '*non de fide rupta*, *sed de indemnitate*', ossia con riguardo all'indennizzo a favore della parte che abbia accettato di custodire gratuitamente un bene altrui.

Sono già stati evidenziati in dottrina i profili di somiglianza tra questo testo e quello conservato in D. 3.2.6.7[34], specialmente con riguardo alla motivazione espressa per segnalare l'inammissibilità del *iusiurandum in litem* nell'*actio depositi contraria*, che ricalca effettivamente quella fornita per giustificare l'esclusione dell'effetto infamante in capo ai *contrario iudicio damnati*. D'altronde, non sembra che tale motivazione potesse coinvolgere indistintamente tutti i *iudicia contraria*, poiché essa risulta calibrata sulle caratteristiche della formula dell'*actio depositi contraria*, che avrebbe consentito al depositario di agire *non de fide rupta*, ma (solamente) *de indemnitate*; di qui l'ulteriore sospetto che la generalizzazione attestata in D. 3.2.6.7 con riferimento al problema dell'*ignominia* sia estranea al pensiero di Ulpiano. Sulla scia di questo ragionamento si potrebbe ipotizzare, dunque, che la frase '*non de perfidia agitur*, *sed de calculo*' di D. 3.2.6.7 sia stata estrapolata da un contesto originariamente riferibile alla sola *actio depositi contraria*, per la quale, come osservato, manca un apposito spazio di trattazione in questa parte del commentario ulpianeo.

L'attenzione riservata dai giustinianei a questa tematica sembra trovare conferma in una testimonianza di Stefano[35], il quale estendeva la rego-

---

32 Cfr. Lenel, *Palingenesia*, cit., II, c. 617, fr. 897.

33 Cfr. O. Lenel, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig, 1927, p. 289. Si vedano anche Provera, *Contributi*, cit., 33, 114 e Schwarz, *Die Konträrklagen*, cit., 196 e 205 s., il quale evidenziava la somiglianza espressiva rispetto ai *verba* edittali attestati in D. 13.6.1.pr. (Ulp. 28 *ad ed.*: '*Ait praetor: 'Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo'* ') con riguardo all'*actio commodati in factum*.

34 Sul punto v. Albanese, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 38, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 958; in tempi più recenti v. anche Cristaldi, *La sigla*, cit., p. 158 nt. 100, ove altra bibliografia.

35 Si veda *sch.* 2 *ad Bas.* 22.6.5 (Scheltema, B IV, p. 1488): Στεφάνου. Τοῦτο περὶ τῶν διρρέκτων νόησον ἀγωγῶν, τουτέστι τῶν διρρέκτως, οὐ μὴν κοντραρίως κινουμένων. Ἡ γὰρ κοντ‹ρ›αρία κινεῖται, οἷον ἡ δεποσίτι, παρὰ τοῦ λαβόντος τὸ πρᾶγμα ἐν παραθήκῃ καὶ περὶ αὐτὸ δαπανήσαντος. Ἐπειδὴ περὶ [ἀζημί]ας καὶ οὐ περὶ πίστεως παραβαθείσης κινεῖται ἡ κοντραρία δεποσίτι, τότε οὐ χώρα γίνεται τῷ ἰνλίτεμ ὅρκῳ, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ε΄. διγ. τῆς δεποσίτι τοῦδέ φησι τοῦ συντάγματος. Βλέπε, πῶς εἶπον· ἐπειδὴ μὴ περὶ πίστεως παραβαθείσης κινεῖται ἡ κοντραρία δεποσίτι, οὐ χώρα τῷ ἰνλίτεμ ὅρκῳ. Οὐ μήν, ἐπειδὴ ἡ κοντραρία μανδάτι ἡ παρὰ ἐγγυητῶν κινουμένη περὶ πίστεως παραβαθείσης κινεῖται, ὡς ἔγνως ἐν τῷ ς΄ (3) βιβ. τῶν Πρώτον τιτ. β΄. διγ. ς΄., εἴποι ἂν τις καὶ ἐπὶ αὐτῆς, εἰ

la dell'inammissibilità del *iusiurandum in litem* a tutte le azioni contrarie, richiamando sul punto la motivazione resa da Ulpiano in D. 16.3.5.pr. e segnalando altresì l'impossibilità di prevedere eccezioni al riguardo, anche qualora si presentasse l'unico caso in cui *de fide rupta agitur*, come quello – individuato mediante l'espresso rinvio a D. 3.2.6.5 – dell'*actio mandati contraria* esperita dal *fideiussor*. Si osservino i passaggi del ragionamento svolto dal giurista bizantino: il presupposto che occorre considerare è quello della riconducibilità del *iusiurandum in litem* a tutte le azioni di buona fede, elemento previsto in D. 12.3.5.pr. (Marcian. 4 *reg.*)[36] – cui si riferisce il brano di Stefano – e peraltro unanimemente ritenuto frutto di un intervento estensivo dei giustinianei[37]; data questa premessa, viene precisato che tale aspetto concerne soltanto le azioni dirette, non anche quelle contrarie e ciò sulla base di quanto attestato in D. 16.3.5.pr. per l'*actio depositi contraria*.

Come rilevato in precedenza, però, è altamente probabile che l'azione considerata da Ulpiano in questa parte del suo commento alla rubrica edittale '*Depositi vel contra*' fosse quella con *formula in factum concepta* (e non *in ius ex fide bona*): la generalizzazione sottesa al discorso di Stefano e che precede quella relativa all'inammissibilità del *iusiurandum in litem* nell'ambito dei *iudicia contraria* va individuata, allora, nel fatto di annoverare tutte queste azioni tra quelle di buona fede, il che non stupisce nell'ottica giustinianea, ormai lontana dal contesto formulare nel quale coesistevano per taluni rapporti (come appunto il deposito) formule di azioni *in factum* ed *in ius ex fide bona*[38]. Il rinvio al passo conservato in D. 16.3.5.pr., specialmente al tratto in cui si afferma che con l'azione contraria di deposito '*non de fide rupta agitur*, *sed de indemnitate*', lungi dall'evocare una qualsiasi caratteristica formulare dell'azione in parola, viene dunque utilizzato da Stefano per porre l'accento su quello che egli considera evidentemente un aspetto peculiare delle *actiones contrariae*, vale a dire la possibilità di sanzionare semplici obblighi di indennizzo.

καὶ κοντ‹ρ›αρία ἐστί, χώραν γίνεσθαι τῷ ἰνλίτεμ ὅρκῳ.

36 D. 12.3.5.pr. (Marcian. 4 *reg.*): '*In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur*'.

37 Sul punto si vedano le recenti osservazioni di CRISTALDI, *La sigla*, cit., p. 160 nt. 103, ove ampia bibliografia, anche con riguardo ad un altro passo nel quale è possibile scorgere un intervento compilatorio ('*sicut … similiter*') volto a generalizzare un principio espresso originariamente da Ulpiano soltanto in relazione all'*actio commodati in ius ex fide bona*; si tratta di D. 13.6.3.2 (Ulp. 28 *ad ed.*): '*In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur*'.

38 D'altronde, vale la pena di osservare come lo sviluppo qui considerato abbia riguardato parallelamente (o forse principalmente) le corrispondenti azioni dirette.

Da questo punto di vista, non sembra casuale che il giurista bizantino, nella seconda parte del brano, si preoccupi di raccordare in qualche modo il discorso sul *iusiurandum in litem* con quello sull'*infamia*, palesando così uno sforzo di armonizzazione delle soluzioni adottate con riguardo a questi problemi specifici, tentativo che, però, pare arrestarsi dinanzi al caso dell'*actio mandati* (*contraria*) esperita dal *fideiussor*, considerato un'eccezione alla regola generale di D. 3.2.6.7[39] per cui '*contrario iudicio damnatus non erit infamis*'. Proprio il carattere eccezionale di questa ipotesi, espressamente contemplata solo in materia di infamia[40], potrebbe aver influito sulla scelta di Stefano di negarne la rilevanza sull'altro versante, quello relativo all'inammissibilità del *iusiurandum in litem* nelle azioni contrarie, escludendo perciò la possibilità di deroghe a tale principio: se, da un lato, questa soluzione appare in contraddizione con il precedente richiamo alla motivazione espressa in D. 16.3.5.pr.[41], dall'altro, essa rivela la tendenza di Stefano a ricondurre le azioni contrarie ad una categoria unitaria di mezzi processuali per i quali erano stabilite regole generali, derogabili soltanto in presenza di un'espressa previsione normativa.

---

39 Passo che, pur non venendo espressamente menzionato da Stefano, costituisce il presupposto logico di questa seconda parte del suo discorso, poiché si collega con la motivazione resa poco prima per giustificare l'inammissibilità del *iusiurandum in litem* in tutte le azioni contrarie, ossia che in questi casi '*non de fide rupta agitur*, *sed de indemnitate*'.

40 A tale proposito, si osservi come Stefano tenda a sottolineare ripetutamente l'eccezionalità di questa ipotesi nell'ambito del discorso dedicato al problema dell'infamia nelle azioni contrarie. Cfr. *sch.* 2 *ad Bas.* 21.2.1 ([Scheltema, B IV, p. 1278]: Ὑπέξελέ μοι τὴν κοντραρίαν μανδάτι, ἣν κινεῖ ὁ ἐγγυητής. Αὕτη γὰρ παρὰ τοῦ ἐγγυητοῦ κινουμένη, εἰ καὶ κοντραρία ἐστίν, ἀτιμοῖ, ὡς ἐν τῷ παρόντι διγ. ς΄. φησὶν ὁ Οὐλπιανὸς), *sch.* 23 *ad Bas.* 21.2.6 ([Scheltema, B IV, p. 1297]: … Μόνη δὲ ἡ περὶ ἐγγύης κοντραρία ἀτιμοῖ· καὶ τοῦτο εὔλογόν ἐστιν. Ὁ γὰρ ἐγγυησάμενός τινα καὶ ὑπὲρ ἐκείνου καταβαλὼν καὶ ἀγνωμονούμενος εἰς τούτων ἀπόληψιν παρὰ τοῦ ἐγγυηθέντος πῶς οὐκ ἄξιόν ἐστιν ἀτιμοῦν αὐτόν, ὑπὲρ οὗ πρὸς τὸν εὐεργέτην ἀγνώμων γέγονεν;) e *sch.* 29 *ad Bas.* 21.2.6 ([Scheltema, B IV, p. 1298]: Ἐπὶ τῶν κοντραρίων ἀγωγῶν οὐκ ἀτιμοῦται ὁ καταδικασθείς. Κοντραρίας γὰρ κινουμένης οὐ περὶ τῆς ἀπιστίας τοῦ ἐναγομένου ζήτησις γίνεται, ἀλλὰ περὶ ψήφου, ἥτις σχεδόν ἐν δικαστηρίῳ διακρίνεται. Ὥστε ἀμέλει παρὰ τοῦ ἐγγυητοῦ κινουμένη κοντραρία μανδάτι ἀτιμοῖ, ἐπειδὴ ἀπιστίαν τοῦ ἐξεγγυηθέντος κατηγορεῖ· ἀπιστία γάρ ἐστιν ὡς ἀληθῶς ἀπατᾶσθαι τὸν ἐγγυητήν).

41 Una volta fondata la regola della generale inammissibilità del *iusiurandum in litem* nelle azioni contrarie sul fatto che in questi giudizi '*non de fide rupta agitur*, *sed de indemnitate*', sarebbe stato lecito attendersi da parte di Stefano, dinanzi ad un caso di violazione della *fides* come quello sanzionato con l'*actio mandati contraria* esperita dal *fideiussor*, l'estensione della portata applicativa di questa eccezione, che, stando alle parole del giurista (Οὐ μήν … εἴποι ἂν τις καὶ ἐπὶ αὐτῆς … χώραν γίνεσθαι τῷ ἰνλίτεμ ὅρκῳ), risulta invece confinata al problema dell'infamia.

Tutto ciò induce a credere che al tempo di Giustiniano venisse prestata particolare attenzione alle ipotesi interessate dall'applicazione dei *iudicia contraria*; come l'estensione operata con riguardo al *iusiurandum in litem*, così anche la generalizzazione relativa al carattere non infamante delle azioni contrarie, attestata in D. 3.2.6.7, potrebbe, dunque, essere il frutto di una scelta precisa da parte dei giustinianei, il che confermerebbe l'idea di un loro massiccio intervento sui testi classici collocati sotto il titolo '*De his qui notantur infamia*' del Digesto (D. 3.2).

4. Le considerazioni svolte fin qui non consentono di riconoscere piena affidabilità alla testimonianza conservata in D. 3.2.6.7, venendo così meno il principale argomento a favore della genuinità delle parole '*non contrario iudicio*' in D. 3.2.1. I passi escerpiti dal commento ulpianeo alla previsione edittale riguardante i soggetti '*Qui nisi pro certis personis ne postulent*', pur corrotti da pressoché sicuri interventi compilatori, lasciano intravedere che per diritto classico la sanzione dell'infamia non era strettamente collegata alla direzione (diretta o contraria) delle azioni di tutela, mandato e deposito[42], o perlomeno che, a fronte del sicuro carattere infamante di queste azioni quando esperite nei confronti del tutore, del mandatario e del depositario, non sempre era prevista l'esclusione di tale sanzione nell'ambito dei corrispondenti *iudicia contraria*.

La generalizzazione di questa regola pare piuttosto da ricondurre all'opera dei giustinianei, in particolare al loro sforzo di costruzione di una categoria, quella appunto delle azioni contrarie, per la quale si rendeva necessaria la previsione di una disciplina uniforme, visto che in età classica il percorso di sviluppo concernente tali mezzi processuali aveva seguito linee di tendenza diverse a seconda delle figure negoziali di riferimento e delle problematiche ad esse sottese[43]. Questa impressione emerge, del resto, anche dal confronto tra i passi paralleli delle Istituzioni di Gaio e di quelle di Giustiniano (Gai., *inst.* 4.182 e *Iust. inst.* 4.16.2): nel primo testo non compare alcun riferimento al problema dei *contrario iudicio damnati*, evidentemente perché ritenuto marginale nell'ambito di una trattazione istituzionale dell'infamia; per quanto riguarda il secondo, invece, le novità introdotte sul punto richiesero una precisazione volta a chiarire non solo questo aspetto, ma anche il dubbio suscitato da D. 3.2.1, in cui l'*actio pro socio* risulta accostata a quelle *tutelae*, *mandati* e *depositi*, per le quali era prospettabile la distinzione tra azioni dirette e contrarie.

42 Alle quali, come abbiamo visto, deve aggiungersi l'*actio fiduciae*.

43 Sul punto si rinvia alle conclusioni che abbiamo tratto dall'esame complessivo del fenomeno dei *iudicia contraria* in SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., 165 ss.

Raffaella Siracusa

«Universitas» e «corpus»: ricostruzione lessicale nell'ambito delle associazioni

Questa indagine[1] si propone di ricostruire l'effettivo significato delle nozioni di '*universitas*' e '*corpus*', con particolare riferimento alle associazioni.

I concetti di '*universitas*'[2] e '*corpus*' sono molto tormentati e discussi dalla scienza del diritto, sia con riferimento alla nozioni romane che a quelle delle epoche successive, e il dibattito si è rivelato sempre molto acceso. La diatriba verte, principalmente, sull'epoca in cui le nozioni siano sorte: le tendenze interpolazionistiche della dottrina più risalente indussero un grande romanista come Pietro Bonfante a sostenere che «nel genuino linguaggio dei giureconsulti il termine '*universitas*' non fu mai adoperato in senso tecnico in nessun uso, né per significare l'eredità, né per significare la corporazione, né per significare le cose collettive»[3], e poi ancora, con particolare riferi-

1 Questo studio è stato presentato in occasione del XXIII Convegno Internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana, svoltosi a Spello il 22-24 giugno 2017, dal titolo «Mestieri e professioni della tarda antichità. Organizzazione Lessico Norme».

2 Si osserva in via preliminare che la materia, con particolare riferimento al caso dell'*hereditas*, è già stata oggetto di due pubblicazioni cui si rinvia: R. Siracusa, *L'actio de universitate nell'ambito della concezione romana dell'hereditas come universitas*, in «SDHI.», LXI, 2000, p. 119-146, e *Il fenomeno delle actiones de universitate tra diritto classico e diriitto bizantino*, in «Il diritto giustinianeo far tradizione classica e innovazione. Atti del Convegno di Cagliari (13 -14 ottobre 2000)», Torino, 2003, p. 271-285; inoltre, recentemente è stata pubblicata una monografia intitolata *La nozione di «universitas» in diritto romano*, Milano, 2016, che si propone di ricostruire l'effettivo significato della nozione di '*universitas*' attraverso l'individuazione di una tipologia delle varie ipotesi in cui il termine compare.

3 Cfr. *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Roma, 1926, rist. Milano, 1966-1968, *t.* 1, p. 129. Il significato tecnico, che Pietro Bonfante fa risalire all'epoca postclassico-giustinianea, è quello di unità, che comporta la creazione di un nuovo, unico oggetto-soggetto (nel

mento alla concezione di '*hereditas*' come '*universitas*', che «l'*universitas* è nuova di zecca rispetto ai giuristi classici»[4]. I medesimi dubbi sorgevano per l'uso del vocabolo '*corpus*'[5] e questa posizione così netta che ha dominato incontrastata per molto tempo, si basava sul fatto che il grado di astrazione espresso da questi vocaboli, del tutto incompatibile con la concretezza della giurisprudenza classica, sarebbe tale da indurre a ritenere che il loro impiego sia frutto di glosse pregiustinianee o di interpolazione dei compilatori[6]. Specificamente in relazione ai complessi di *homines*, ove non ci sia un riferimento concreto per indicare la collettività dei *cives*, dei *municipes*, e, ciò

caso della corporazione) e che trascende i singoli elementi da cui è costituito, aggiungendosi o sovrapponendosi ad essi. L'illustre romanista sostiene inoltre che in quei rari casi in cui i testi non presentano una alterazione, il termine '*universitas*' indica la totalità delle cose o la collettività degli *homines* in opposizione alle parti, ai singoli).

4 *La formazione scolastica della dottrina dell'«universitas»*, in «RIL.», XXXI, 1906, p. 277, ora in *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1916, p. 314. Cfr., in materia di *universitas-hereditas*, *La successio in universum ius e l'universitas*, in «Studi V. Scialoja», I, Milano, 1905, *passim*.

5 Si veda, di recente, per un'indagine dettagliata A. Groten, *Corpus e universitas. Römisches Körpershafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen, 2015, p. 34 ss. e bibliografia ivi citata.

6 Hanno seguito e sviluppato la teoria bonfantiana con specifico riferimento alla tematica dell'*universitas-hereditas* S. Solazzi, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, p. 1 ss., C. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica dell'hereditas*, Napoli 1949, p. 22, U. Robbe, *Su la universitas*, in «Ricerche C. Barbagallo», Napoli, 1970, p. 539 ss., e *La "hereditas iacet" e il significato della "hereditas" in diritto romano*, Milano, 1975, p. 419 ss., nonché G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino, 1997, p. 208 nt. 3. Un'indagine particolare è quella svolta da E. Albertario, *Actio de universitate e actio specialis in rem* (1919), in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, specie p. 105 ss., che oltre a fare una completa elencazione dei testi giuridici in cui ricorre il termine '*universitas*', concentra la sua attenzione su un aspetto specifico, occupandosi diffusamente dell'*actio de universitate*. L'autore è assolutamente scettico per quanto riguarda la classicità del fenomeno in esame: l'uso classico di '*universitas*' esigerebbe sempre un concreto riferimento, mentre ove questo manchi il concetto assumerebbe un significato astratto, cui soltanto l'epoca postclassica si andrebbe adattando; dal cd. uso concreto sarebbero dunque esclusi – come risulterà meglio nel prosieguo della trattazione – i testi in cui l'*hereditas* viene qualificata semplicemente '*universitas*' e quelli in cui viene riferita agli insiemi di *homines*, tranne Gai., *inst*. 2.11, e D. 1.8.6.1 (Marcian. 3 *inst.*), nei quali '*universitas*' sarebbe, a detta di Albertario, espressione abbreviata di '*universitas civium*'. Per l'uso di '*universitas*' riferito alle collettività di persone, i primi dubbi vennero sollevati già alla fine del secolo scorso: cfr. O. Gradenwitz, *Conjecturen*, in «Grühnut's Zeitschrift», XVIII, 1891, p. 337 ss., e più di recente E. Albertario, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 99 ss., nonché L. Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der juristichen Person*, I, München, 1933, p. 59-146.

che in questa sede maggiormente interessa, dei membri di una associazione, l'uso dei lemmi non si potrebbe fare risalire all'epoca classica.

A partire dagli anni Quaranta del Novecento questa posizione della dottrina così radicale inizia però ad ammorbidirsi e si assiste ad una rivalutazione della classicità dei fenomeni in esame. Secondo questa nuova tendenza l'impostazione del problema non deve essere diacronica e il preconcetto di una diversa mentalità classica e postclassica-giustinianea viene rimosso, per lasciare spazio ad una considerazione del fenomeno che assume come punto di partenza le esigenze concrete della vita quotidiana, le quali in ogni tempo richiedono la considerazione unitaria di taluni complessi[7].

Resta ancora da sottolineare un aspetto che caratterizza una parte della dottrina: talora si tende a non distinguere nettamente la nozione di '*universitas*' da quella dei cd. '*corpora*', classificati come '*ex cohaerentibus*' e '*corpora ex distantibus*'[8], creando così una notevole confusione[9]. Domenico Barbero[10], ad esempio, include tra i significati di '*universitas*' quello di '*cor-*

7 Cfr., in particolare, B. Biondi, *La dottrina giuridica della "universitas" nelle fonti romane*, in «Congresso giuridico C. Fadda», Milano, 1968, p. 34, che contro la demolizione del concetto classico di '*universitas*' porta la seguente osservazione: «La concezione unitaria non si sostituisce né si sovrappone, annullandola, alla concezione individualistica. Rispetto al medesimo complesso le due concezioni coesistono e giuridicamente sono efficienti (...). Tutto ciò non sembra singolare ove si tenga presente che si tratta soltanto di diversa considerazione o prospettiva, sotto l'aspetto giuridico, della medesima entità»; cfr. P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 178 ss., che sottolinea questo aspetto in relazione alle collettività di *homines*. R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, p. 165, assume una posizione, per così dire, intermedia, che tende a correggere le tesi estreme degli autori precedenti: «il sostenere che il concetto di *universitas* come categoria dogmatica implicante la separazione fra le situazione unificata e gli elementi che la compongono sia nato improvviso nella mente dei giuristi 'postclassico-giustinianei' (per usare aggettivi cari alla tradizione della critica interpolazionistica) è tanto antistorico quanto il sostenere che la giurisprudenza del Principato avesse già elaborato codesta categoria, applicandola a tutte le situazioni unificate».

8 Si riporta il testo in cui è contenuta la cd. tripartizione *corporum*, contenuto in D. 41.3.30.pr. (Pomp. 30 *ad Sab.*): '*Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece* ἡνωμένον *vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod* συνημμένον *vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex*'.

9 Un po' ambiguo anche A. Dell'Oro, *Le cose collettive*, Milano, 1963, *passim* e in particolare p. 1 ss.

10 *Le universalità patrimoniali*. *Universalità di fatto e di diritto*, Milano, 1936, p. 184.

pus ex distantibus', nel senso di gregge, mentre Karl Olivecrona[11] ritiene che un *corpus* appartenente al *genus* dei '*corpora ex cohaerentibus*' e dei '*corpora ex distantibus*' sia una '*universitas*'. Altri autori reputano che i Romani per indicare l'universalità di cose utilizzassero esclusivamente la nozione di '*corpora ex distantibus*'[12]; taluno[13], poi, definisce invece le due *species* di *corpora* utilizzando la terminologia, creata dai Glossatori, di '*universitas rerum*' o '*universitas facti*', mettendo così insieme elaborazioni appartenenti a epoche diverse, senza specificare questo aspetto e senza domandarsi la loro effettiva compatibilità con i concetti romani di '*corpora*' e di '*universitas*'.

Dopo questa premessa, l'attenzione si sposta al tema di questo lavoro, ossia l'inquadramento della nozione di «associazione»[14] nelle categorie di '*universitas*' e '*corpus*', ponendosi come obbiettivo finale quello di cercare innanzi tutto di capire se ci furono e quali furono le ragioni che spinsero i giuristi, ad un certo punto, ad utilizzare in determinate ipotesi, come appunto nel caso delle associazioni, i concetti di '*universitas*' e '*corpus*'. Ciò che interessa comprendere è se i *prudentes* classici considerassero l' '*universitas*' e il '*corpus*' come categorie giuridiche, in grado di produrre conseguenze sul piano del diritto e di risolvere determinati problemi di carattere pratico che si ponevano all'attenzione del diritto, o se invece di tali nozioni essi fecero un mero uso stipulativo, utilizzando questi termini in un'accezione più o meno codificata e quindi utile alla comunicazione giuridica, ma senza tuttavia riconnettervi alcuna precisa conseguenza sistematico-costruttiva. Si analizzerà poi il significato che i vocaboli assunsero nelle fonti tardoantiche.

In via preliminare, si osserva che i vocaboli '*universitas*' e '*corpus*' dal linguaggio comune e letterario vengono recepiti nel vocabolario giuridico

11 *Three essays in Roman Law*, Copenaghen, 1949, p. 28. Cfr. anche E. Palmieri, '*Universitas* (*diritto romano)*', in «NNDI.», XX, Torino, 1975, p. 122, e P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1994, p. 270.

12 Bonfante, *Corso di diritto romano*, II.1, cit., p. 129: cfr. V. Arangio-Ruiz, *Istutuzioni di diritto romano*[14], Napoli, 1976, p. 164.

13 In questo senso S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*[2], I, Roma, 1928, p. 722, definisce il gregge una *universitas rerum distantium*; un uso confuso delle nozioni lo troviamo anche in E. Cuq, '*Universitas*', in C. Daremberg, E. Saglio, «Dictionnaire des antiquités grecques et romaines», IX.5, Parigi, 1913, (rist. Graz, 1963), p. 598-601; F. Pastori, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*[2], Milano, 1988, p. 279, riferisce l'*universitas rerum* ai *corpora ex distantibus*, mentre A. Guarino, *Diritto privato romano*[12], Napoli, 2001, p. 317, utilizza la terminologia '*universitas rerum*' per indicare i '*corpora ex cohaerentibus*' e la locuzione '*universitas facti*' in relazione ai '*corpora ex distantibus*'.

14 Esula dai limiti di questa indagine dare una visione completa del vasto tema delle corporazioni: quindi sugli aspetti che non riguardano specificamente l'oggetto del presente studio, si rinvierà ai numerosi autori che se ne sono occupati *ex professo*.

per essere poi adattati all'esigenze del diritto[15].

Nelle fonti letterarie si rinviene, infatti, l'uso tipico, ricorrente nel linguaggio comune per rendere l'idea della «totalità», di un insieme o di una cosa[16], distinta dai singoli elementi che la costituiscono e talora anche dalla loro somma, al punto che la considerazione unitaria può dare un risultato nuovo[17]; alludendo anche in taluni casi, per quanto concerne il segno '*corpus*', alla collettività di *homines* organizzata in modo tale da costituire una unità, contrapposta ai singoli membri da cui è composta: si pensi, ad

15 Si veda Siracusa, *La nozione*, cit., *passim*.

16 Per un'analisi dell'uso di '*universitas*' nelle fonti letterarie cfr. Siracusa, *La nozione*, cit., p. 15-27 e bibliografia ivi citata. Nel caso del lemma '*universitas*', dalla traduzione del termine filosofico greco τό πᾶν, da intendersi, secondo il pensiero filosofico stoico, come la «totalità di tutte le cose esistenti», compreso il vuoto, indipendente dall'ordine o dalla disposizione delle parti, si passa alla più generica accezione di «universo», per poi indicare «la totalità» variamente intesa: si pensi, ad esempio, alla totalità del genere umano contrapposto ai singoli *homines* (cfr. Cic., *nat. deor.* 2.164: '*Nec vero universo generi hominum solum sed etiam singulis a dis immortalibus consuli et provideri solet. Licet enim contrahere universitatem generis humani eamque gradatim ad pauciores postremo deducere ad singulos. nam si omnibus hominibus, qui ubique sunt quacumque in ora ac parte terrarum ab huiusce terrae quam nos incolimus continuatione distantium, deos consulere censemus ob has causas quas ante diximus, his quoque hominibus consulunt qui has nobiscum terras ab oriente ad occidentem colunt*'); alla totalità riferita alla struttura complessiva di un discorso, distinta dalle singole parti da cui è composto (cfr. Plin., *ep.* 1.8.3: '*Peritурus sum enim, ut rursus vaces sermoni quem apud municipes. Peritурus sum enim, ut rursus vaces sermoni quem apud municipes meos habui, bibliothecam dedicaturus. Memini quidem te iam quaedam annotasse, sed generaliter. Ideo nunc rogo ut non tantum universitati eius attendas, verum etiam particulas, qua soles lima persequaris*'). Si sottolinea che l'esigenza iniziale, riscontrata per primo da Cicerone mentre si cimentava con la traduzione del Timeo di Platone (cfr. Cic., *Tim.* 2.6; 12.42; 14.52), sembra dunque essere stata quella di tradurre una parola greca che nella lingua latina mancava, in grado di rendere un concetto filosofico, creando così il neologismo. Sulla molteplicità di significati attribuiti al termine '*corpus*' si rinvia alla vasta raccolta che si trova in «Th.L.L.», Leipzig, IV, 1906-1912, sv. '*corpus*', c. 999-1025; nel significato che qui interessa si veda la disamina completa dei testi svolta da Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte*, cit., p. 159 ss.

17 Cfr. Quintiliano, *inst. or.* 7.2.22, che si riferisce alla totalità di una causa giudiziaria considerata nella sua unità, distinta dalle singole parti, tecnicamente argomentazioni, e anche dalla loro somma: '*Hae porro actiones constant comparatione: ipsa comparatio non una via ducitur. Aut enim totam causam nostram cum tota adversarii causa componimus aut singula argomenta cum singulis. Quorum utrum sit faciendum, non potest nisi ex ipsius litis utilitate cognosci, ut Cicero singula pro Vareno comparat in primo crimine:est enim superior persona alieni cum persona matris temere compararetur. Quare optimum est, si fieri poterit, ut singula vincantur a singulis: sed si quando in partibus laborabimus, universitate pugnandum est*'.

esempio, alle espressioni '*corpus rei publicae*'[18], '*corpus populi*'[19]. '*corpus plebis*'[20],

Volgendosi a questo punto alle fonti giuridiche si rileva come in primo luogo, i *prudentes* romani accolgano le accezioni del lessico comune per significare la «totalità» unitariamente considerata, riferita ai casi più diversi: ad esempio, per indicare la totalità dei campi che considerati unitariamente dà come risultato finale il '*territorium*', Pomponio utilizza la locuzione '*universitas agrorum*'[21]; per intendere la quantità complessiva di una somma di denaro Marcello e Paolo impiegano l'espressione '*universitas pecuniae*'[22], Scevola '*corpus pecuniae*'[23], Ulpiano '*corpus nummorum*'[24].

---

18 Si veda Cic., *Mur.* 51: '*Tum enim dixit duo corpora esse rei publicae, unum debile, alterum firmum sine capite*'.

19 Si veda Liv., *urb. cond.* 1.8.1: '*Rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praterquam legibus poterat, iura dedit*'.

20 Cfr. Liv., *urb. cond.* 4.9.4: '*Virginem plebei generis maxime forma notam petiere iuvenes, alter virgini genere par, tutoribus fretus, qui et ipsi eiusdem corporis erant, nobilis alter*'. In questo significato, anche con riferimento al '*corpus patrum*', si veda D.1.2.2.25-26 (Pomp. *l.s. ench.*).

21 Il frammento è contenuto in D. 50.16.239.8 (*l.s. ench.*): '*'Territorium' est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis: quod ab eo dictum quidam aiunt, quod magistratus eius loci intra eos fines terrendi, id est summovendi ius habent*'.

22 Si vedano D. 46.3.73 (Marc. 31 *dig.*: '*Ob triginta nummos pecuniae creditae fideiussorem in viginti dedi et pignus: ex venditione autem pignoris creditor decem consecutus est: utrum ex universitate id decedit, ut quidam putant, si in solvendis decem nihil debitor dixisset, an sicut ego puto, in totis decem fideiussori contingit liberatio? quia hoc dicendo potuit hoc efficere debitor, ut, ubi non dixit, id potius soluturum existimetur, quod satisdato debeatur? magis tamen existimo licuisse creditori in id, quod solus debebat reus, accepto referre*') e D. 13.4.10 (Paul. 4 *quaest.*: '*Si post moram factam, quo minus Capuae solveretur, cum arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine, videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque sorte soluta vel si Capuae petatur, arbitrium iudicis cesset: nisi si quis dicat, si iudex centum et viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte quam ex poena solutum videri, ut supersit petitio eadem quantitate. quod non puto admittendum, tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur*').

23 Si veda D. 20.1.34.2 (27 *dig.*): '*Creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis habet habiturusve esset: quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis eius facta sint, obligata creditori pignoris esse coeperint. respondit coepisse*'.

24 Cfr. il frammento collocato in D. 30.34.4 (21 *ad Sab*): '*Sed hoc ita erit accipiendum, si non certum corpus nummorum saepis sit relictum, ut puta centum, quae in arca habet,*

In secondo luogo, si assiste all'uso dei lemmi in esame per considerare la «totalità» unitariamente considerata, diversa dalla somma dei singoli componenti, soprattutto da essi giuridicamente distinta e in quanto tale appunto centro unitario di imputazione di situazioni giuridiche[25]; totalità che, a seconda dei casi, può essere costituita da *res* e/o di diritti (si pensi, ad esempio, al *grex* e all'*hereditas*) oppure di persone, tra cui le associazioni ed è proprio a questo complesso di *homines* che sarà dedicato il prosieguo della trattazione[26]. Come si è già anticipato, l'aspetto che qui rileva è cercare di capire le ragioni che spinsero i giuristi ad un certo punto ad utilizzare le nozioni di '*universitas*' e '*corpus*', riferendole alle associazioni, in particolare ai *collegia*. Si premette che essendo il tema sul quale ci si sofferma decisamente circoscritto rispetto alle innumerevoli questioni che si pongono relativamente alle forme associative e alla molteplicità di accezioni dei vocaboli in esame, si rinvierà, per ciò che non ci concerne specificamente, agli autori che vi hanno dedicato studi dettagliati e approfonditi. Ciò detto, tornando all'oggetto di questa ricerca, il primo dato da segnalare è che l'impiego di '*corpus*' come sinonimo di '*collegium*' non solleva alcun dubbio, come nel caso, ad esempio, dell'espressioni '*corpora pistorum*', '*corpora naviculariorum*', utilizzate da Gaio per indicare il tipo di *collegia*[27].

I problemi sorgono quando i lemmi sembrano assumere un significato tecnico, che allude all'enucleazione di nozioni giuridiche e proprio in tal senso, ai fini di questa indagine, sono stati selezionati i testi maggiormente significativi.

Il primo frammento che viene esaminato proviene da Gaio ed è tratto dal terzo libro *ad edictum provinciale* (D. 3.4.1.pr.-3):

---

saepius legavit: tunc enim fundo legato esse comparando credo'. Varie volte ricorre anche l'espressione '*corpus patrimonii*', come in D. 4.2.20 (Ulp. 11 *ad ed.*): '*Quantum autem ad heredem pervenerit, litis contestatae tempore spectabitur, si modo certum sit aliquid pervenisse. Idem et si ipsius qui vim intulit sic in corpus patrimonii pervenit aliquid, ut certum sit ad heredem perventurum, id est si debitor liberatum est*'.

25 L'espressione è coniata da Riccardo Orestano: si veda *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, cit., *passim*.

26 Per quanto concerne gli altri complessi, cfr. *supra*, nt. 2.

27 Si veda il frammento contenuto in D. 3.4.1.pr. (3 *ad ed. prov.)*, che verrà esaminato diffusamente nel seguito della trattazione. Cfr. F. De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I, Bari, 1971, p. 10 ss., e R. Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, (Torino, 1959), in «RDR.», VIII, 2008, p. 44 ss. (*estr.*), che svolge un'indagine dettagliata sull'uso di '*corpus*' in tal senso, come sinonimo di '*collegium*'.

pr. Neque societas[28], neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt.
1 Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.
2 Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se iussurum proconsul ait. et quidem non esse actorem vel syndicum tum quoque intellegimus, cum is absit aut valetitudine impedietur aut inhabilis sit ad agendum.
3 Et si extraneus defendere velit universitatem, permittit proconsul, sicut in privatorum defensionibus observatur, quia eo modo melior condicio universitatis fit.

Prima di analizzare dettagliatamente il testo, è necessario fare una breve premessa. Per quanto riguarda le ipotesi a cui allude il giurista, con particolare riferimento ai *collegia*, si può molto verosimilmente ritenere che già da un certo tempo, i cui termini sono in realtà difficili da delimitare[29], fosse in corso un processo di trasformazione, che avrebbe portato ad una sempre più marcata accentuazione, sul piano dei rapporti giuridici, del loro aspetto unitario; gli studiosi ritengono in modo ormai unanime che taluni insiemi di uomini[30] venissero, ad un certo punto dell'esperienza giuridica romana, considerati in quanto tali dei veri e propri soggetti di diritto; fino a giungere, più o meno cautamente, alla conclusione che determinate collettività di *homines* si ponessero come «centri di riferimento di diritti e di obblighi»[31], distinti sia dai singoli che dalla somma dei membri che li costituivano[32].

28 Sul significato e sulla effettiva presenza della parola '*societas*' in questo testo, cfr. ampiamente M.R. Cimma, *Ricerche sulle società dei pubblicani*, Milano, 1981, p. 178 ss.

29 Per dei tentativi in questo senso si veda De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo*, cit., II, p. 240 ss. e *passim.*

30 Tale nuova concezione investirà non solo le associazioni, di cui tratta Gaio, ma anche il *populus*, i *municipia*, e più in generale, le *civitates*.

31 Questo modo di esprimersi è del De Robertis, *op. ult. cit.*, p. 236.

32 L'uso di terminologie e categorie moderne è considerato in tale materia lecito dalla stragrande maggioranza della letteratura romanistica attuale: si veda la copiosa bibliografia citata da A. Biscardi, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei «collegia» in diritto*

Gli autori dimostrano in modo incontestabile lo snodarsi di un passaggio da una originaria concezione «collettivistica», anche detta «condominiale», «frazionaria», ad una «corporativa»[33] e pur non essendo precisamente definibile, come si è accennato, il periodo in cui questo mutamento si sarebbe verificato, il ricco materiale ricavabile soprattutto dalle fonti epigrafiche in particolare sui *collegia* e le figure affini, lascerebbe arguire che i germi di questo cambiamento fossero già in parte individuabili fin dall'età repubblicana[34]; è solo, però, con la giurisprudenza classica che si assiste ad una elaborazione teorica relativa a queste fattispecie e alla loro nuova configurazione, sullo spunto dapprima degli interventi pretorii[35] e poi di quelli senatorii ed imperiali[36]. Infatti, un sempre maggior numero di associazioni e di partecipanti ad esse – insieme ad una crescente apertura verso l'esterno, ossia verso i rapporti con i terzi – richiedeva con urgenza interventi che disciplinassero la posizione e l'attività di queste pluralità di individui.

Ciò premesso, il frammento nel suo complesso riguarda i limiti alla libertà di associazione[37]: nel *principium*, infatti, Gaio, indicando vari tipi di collegi, come già si è detto, con il termine '*corpora*', seguito dai membri che li costituiscono, in qualità di mero sinonimo di '*collegia*', ribadisce la regola

---

romano, in «Iura», XXXI, 1980, p. 3 nt. 3 e 4. Sul valore del termine '*persona*' in diritto romano cfr. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, cit., p. 6 ss., e più di recente Catalano, *Diritto e persone*, I, cit., p. 169, ed E. Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, p. 139 ss.

33 Questo è un dato comunemente accolto, con leggere varianti, dalla maggior parte degli autori: cfr., per tutti, De Robertis, *op. ult. cit.*, p. 246 ss. e *passim*, e Biscardi, *op. cit.*, p. 7.

34 De Robertis, *op. cit.*, 246 ss. Sull'argomento, e per una completa raccolta delle fonti epigrafiche, si veda B. Eliachevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942, p. 182 ss. e p. 268 ss.

35 Si veda il titolo VIII dell'*edictum perpetuum 'de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus'*, in cui sono contenute ben tre clausole relative alla rappresentanza processuale delle «persone giuridiche». Cfr. O. Lenel, *Das Edictum Peretuum. Ein Versucht zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, (§ 25-35) p. 86-105.

36 A tale proposito, Ulpiano riferisce che Marco Aurelio aveva accordato ai collegi la *potestas manumittendi* nei confronti dei propri servi (D. 40.3.1, Ulp. 5 *ad Sab.*: '*Divus Marcus omnibus collegiis, quibus coeundi ius est, manumittendi potestatem dedit*') e Paolo osserva che il senato romano aveva loro concesso la capacità di ricevere per legato (D. 34.5.20, Paul. 12 *ad Plautium*: '*Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur: cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum*').

37 Si veda, a tale proposito, con una puntuale disamina, De Robertis, *Storia delle corporazioni*, I, cit., p. 348-396

secondo la quale si potevano costituire nuove associazioni solo sulla base di appositi provvedimenti legislativi, oppure con l'autorizzazione del senato o del principe, e nel prosieguo sottolinea che la possibilità di partecipazione diretta al «commercio giuridico»[38], con un proprio patrimonio e a mezzo di propri rappresentanti[39], dipendeva proprio da questa *permissio*. A tale proposito, per quanto concerne il significato da attribuire alla locuzione '*corpus habere*', che ha catturato l'attenzione di numerosi studiosi, cui si rinvia, ci limitiamo a seguire quella parte della dottrina che ne sostiene la classicità[40]. I sostenitori della tesi opposta intendendola nel senso di concessione della «personalità giuridica», le hanno attribuito un grado di astrazione ignoto ai giuristi classici[41]; ma, in effetti, il problema non è tanto la concezione astratta: si tratterebbe semplicemente della possibilità di riunirsi – concessione del *ius coeundi* – in una delle forme associative lecite e '*corpus*' assumerebbe dunque un significato molto ampio, e non tecnico, di associazione in senso lato.

Nello svolgersi del suo discorso il giurista si riferisce tendenzialmente al complesso dei membri ('*societas*'[42] / '*collegium*'), pur con qualche riferimento alle persone dei componenti ('*quibus*', '*eos*'); ma in posizione chiave, cioè nella chiusa del passo, a proposito della possibilità concessa ad un *ex-*

38 L'espressione, molto efficace, è del De Robertis, *Storia delle corporazioni*, II, cit., p. 240.

39 Sulla presenza, nel § 1, di terminologie che evocherebbero la vecchia concezione ('*res communes*', '*arca communis*'), si vedano De Robertis, *op. cit.*, p. 393, che le qualifica semplicemente come delle imprecisioni terminologiche; Biscardi, *Rappresentanza sostanziale e processuale*, cit., p. 7, parla di residui, tracce della concezione originaria.

40 Si rinvia al recente lavoro di Groten, *Corpus e universitas*, cit., p. 73 ss., che se ne occupa diffusamente e approfonditamente. Si ritiene convincente la ricostruzione di Olivecrona, *Threee essays*, cit., p. 15, secondo la quale: «We have no reason to suppose that '*corpus habere*' means anything else than simply 'have a corporation' or 'form a corporation' in the sense of *corpus coire*». Si veda diffusamente su questo aspetto Orestano, *Il problema delle fondazioni*, cit., p. 47 ss. Per la principale bibliografia sull'argomento si veda Kaser, *Das römisches Recht*, I.2[2], München, 1971, p. 304 nt. 4. In particolare su D. 3.4.1.pr. si veda S. Randazzo, *'Senatus consultum quo illicita collegia arcentur' (D. 47, 22, 1, 1)*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 65 e nt. 51, per una completa rassegna bibliografica, e L. Peppe, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, in «Studi Martini», III, Milano, 2009, p. 81 ss.

41 Per un riassunto delle varie opinioni cfr. Olivecrona, *Three essays*, cit., 5 ss.

42 Si tratterebbe delle cd. *societates publicanorum*, che come struttura erano molto vicine alle altre associazoni cui allude il giurista. Alcuni romanisti ritengono che il termine '*societas*' in questo frammento sia interpolato: si veda, per tutti, L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, München-Leipzig, 1908, p. 396 nt. 25.

traneus di assumere la *defensio litis*, sembra voler riassumere nel concetto di '*universitas*', utilizzato per ben due volte, le varie ipotesi prima menzionate. Ogni tentativo di ritenere interpolata la parola '*universitas*' sembra essere fallito, non fosse altro per le motivazioni poco convincenti che sono state addotte e per l'indiscusso presupposto che vi è un altro passo, la cui genuinità è insospettabile, in cui il giurista la riferisce al *populus*[43]. Ciò premesso, ci si chiede quale sia, dunque, il significato che, in questa fattispecie, il giurista attribuisce al concetto in esame e, più precisamente, quali le ragioni del suo impiego.

Occorre osservare, come si è già accennato, che il pretore intervenne in materia di rappresentanza processuale delle associazioni richiamate nel testo e si può sostenere che tali interventi fossero dettati dalla pressante richiesta di una regolamentazione di situazioni che non erano più facilmente gestibili: è ipotizzabile, infatti, in origine la presenza di mandatarii cumulativi, che, sulla base di un mandato conferito da tutti i componenti del gruppo, venivano abilitati ad agire per conto del complesso dei mandanti, realizzando così la rappresentanza giuridica della collettività dei mandanti[44]. Ma con l'aumentare del numero dei partecipanti questo sistema, non scevro già prima di inconvenienti, diveniva del tutto irrealizzabile. L'intervento del pretore mira a riconoscere la possibilità per la corporazione in quanto tale, distinta dai consociati, di agire e di stare in giudizio attraverso propri rappresentanti[45].

Dopo essersi riferito nel corso del testo, come si è già rilevato, ai complessi e ai membri di questi, in chiusura, a proposito del problema della rappresentanza processuale, e più specificamente della *defensio litis*, Gaio spiega che essi devono essere considerati come una *universitas*, da intendersi come la totalità di *homines* indipendente dal tipo di vincolo che li associa, diversa dalla somma dei singoli componenti e soprattutto da essi giuridicamente distinta e in quanto tale centro di imputazione di situazioni giuridiche. Il

43 Si veda Gai., *inst.* 2.11. La qualifica di '*universitas*' attribuita da Gaio in queste due ipotesi, associazioni private e popolo, ci induce a condividere l'opinione del De Robertis, *op. cit*., p. 305 ss., che interpreta la locuzione '*ad exemplum rei publicae*' con riferimento al *populus*, e non alle *civitates*; l'autore sottolinea che tale analogia con il popolo, la cui capacità giuridica è sempre stata piena, sarebbe la prova migliore della originaria pienezza della capacità giuridica delle associazioni. *Contra* Albanese, *Le persone*, cit., p. 576 nt. 61, e Catalano, *Diritto e persone*, I, cit., p. 187, che lo riferisce specificamente ai *municipia*.

44 De Robertis, *op. ult. cit.*, p. 329 ss.

45 Sul ruolo degli *actores* e dei *syndici*, cfr. G. Impallomeni, '*Actor*', in «NNDI.», I.1, Torino, 1957, p. 273 s., F. de Robertis, '*Syndicus*', in «NNDI.», XVIII, Torino, 1957, p. 1008, Biscardi, *Rappresentanza sostanziale e processuale*, cit., p. 17 s. con la bibliografia ivi citata, e diffusamente V. Mannino, *Ricerche sul «defensor civitatis»*, Milano, 1984, p. 61 ss.

giurista, dunque, dopo essersi riferito a diversi casi di associazioni[46] (*societas, collegium* e altre simili a queste) sembra riunirle sotto l'unica nozione di '*universitas*', in materia di rappresentanza processuale, più precisamente di *defensio litis*. Rispetto ai singoli e alla collettività, l'*universitas* rappresenterebbe, dunque, un *tertium genus*, ossia la totalità unitariamente considerata, dotata di una propria autonomia sul piano di determinati rapporti giuridici, che non si risolvono più nella somma dei rapporti dei singoli, e che in quanto tale necessita, per compiere le proprie attività tanto processuali quanto negoziali, di rappresentanti che agiscano in nome e per conto di essa: non si tratta, dunque, di un ente astratto[47], ma è solo una diversa considerazione giuridica degli stessi soggetti, cosicché non deve stupire che il giureconsulto alterni altre espressioni, quali quell' '*eos*' che ha fatto tanto discutere Emilio Albertario[48], indicativa della stessa collettività concreta dei singoli, i quali conservano la loro individualità fisica e, soprattutto giuridica, ma che unitariamente intesa, per raggiungere determinati scopi sotto il profilo giuridico, viene qualificata appunto come '*universitas*'. Il tenore del passo di Gaio non sembra tuttavia ancora implicare un valore tecnicistico e definitivo di '*universitas*'. Preme sottolineare che pur restando la disciplina giuridica sempre la stessa, non v'è dubbio però che in questa fattispecie la nozione abbia una notevole utilità, in quanto serve ad evitare il rischio di identificazione tra la corporazione e i singoli. Non si assisterebbe, dunque, alla creazione di una figura giuridica, ma ad una mera scelta lessicale, adatta a soddisfare l'esigenza di delineare, di giustificare un regime giuridico già previsto per *societates*, *collegia* e altre associazioni simili.

Riveste un particolare interesse il testo collocato in D. 2.4.10.4 (5 *ad ed.*), in cui Ulpiano si esprime in questi termini:

> Qui manumittur a corpore aliquo vel collegio vel civitate, singulos in ius vocabit: nam non est illorum libertus, sed rei publicae honorem habere debet et si adversus rem publicam vel universitatem velit experiri, veniam edicti petere debet, quamvis actorem eorum constitutum in ius sit vocaturus.

La fattispecie descritta dal giurista è la seguente: nell'ipotesi di manumissione di un servo da parte di una collettività di *homines*, il *ius patronatus* non

46 Per alcuni tra i più significativi lavori in materia di associazioni, rinviamo alla bibliografia riportata da KASER, *op. cit.*, p. 307 nt. 42.

47 Una conferma di ciò si rinviene in Gai., *inst.* 2.11: cfr. *supra*, nt. 43.

48 *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., p. 107: «Come può improvvisamente menzionare la *universitas*, passando improvvisamente dal concreto – *eos* – all'astratto?». Diversamente P.W. DUFF, *Personality in roman private law*, Cambridge, 1938, p. 40.

spetta agli *homines uti singuli*, ma alla pluralità di persone unitariamente considerata e tale regime incide, come si deduce dal passo, sulle modalità di *in ius vocatio*, in quanto il *libertus* non è tenuto nei riguardi dei singoli membri all'*obsequium* dovuto al patrono e quindi non è obbligato a chiedere la *venia edicti* per la chiamata di essi in giudizio.

A tale proposito, viene fatta una precisazione: l'autorizzazione a chiamare in giudizio le collettività di *homines* deve essere richiesta al pretore sebbene si chiami in giudizio l'*actor*, che personalmente non è titolare del *ius patronatus*, dimostrando ulteriormente come l'*actor* di insiemi di persone unitariamente considerati, rappresenti la collettività di uomini nei rapporti giuridici, sostanziali e processuali[49].

I più accaniti sostenitori della negazione della classicità delle nozioni in esame rinvengono notevoli difficoltà a proposito della effettiva attribuzione di alcune parti del frammento al giurista severiano; il testo presenterebbe un'incongruenza: Ulpiano, nella prima parte, tra gli enti che effettuano una *manumissio* menziona genericamente un '*aliquod corpus*'[50] e, segnatamente, un collegio e una *civitas*, mentre con riguardo alla spettanza dell'*honor* si riferisce a '*res publica*', da intendersi senza dubbio, dato il contesto, nel senso di *civitas*[51], e alla possibilità di *in ius vocare* si riferisce a '*res publica vel universitas*'.

Il superamento della disarmonia che caratterizza il frammento in esame è individuato dall'Albertario nell'intervento su di esso da parte dei compilatori[52], ritenendo che il testo genuino avrebbe accennato soltanto al liberto di una *civitas*, come dimostrerebbe il tratto '*sed rei publicae honorem habere debet*': l'autore dell'interpolazione, infatti, secondo la ricostruzione dello studioso, avrebbe tralasciato di coordinare il tratto '*sed rei publicae honorem habere debet*' con le aggiunte fatte precedentemente ('*corpore aliquo vel collegio*[53] *vel civitate*') e successivamente ('*vel universitatem*'), senza le quali il passo acquisterebbe una organicità, di cui diversamente sarebbe privo.

Questa interpretazione risente dei preconcetti della dottrina più risalen-

49 Si vedano De Robertis, *Storia delle corporazioni*, II, cit., p. 263, e Mannino, *Ricerche sul «defensor civitatis»*, cit., p. 61.

50 Sull'uso ricorrente di questo modo di esprimersi, cfr. De Robertis, *op. ult. cit*., p. 306 ss.

51 Cfr. in tal senso Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 561 e in particolare nt. 30.

52 Si veda Albertario, *Corpus e universitas*, cit., p. 105. Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte*, I, cit., p. 143 s., ritiene il tratto '*a corpore … civitate*' interpolato al posto di '*a civibus*'; cfr. anche Eliachevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, cit., p. 274 nt. 14. Per la genuinità delle parole in questione cfr. Duff, *Personality*, cit., p. 31.

53 Ulpiano anche in D. 40.3.1-2 (5 *ad Sab*.) si riferisce alle manumissioni da parte di *collegia*: cfr. *supra*, nt. 36.

te[54], in quanto, in una ricostruzione scevra da condizionamenti delle tendenze interpolazionistiche, il testo ben si colloca nella visione ulpianea in materia di '*universitas*' e '*corpus*': lo scopo di Ulpiano è quello di estendere la fattispecie descritta ad un numero vario di insiemi di *homines* e di aggiungere, alla sua disamina in materia di '*in ius vocatio*', ulteriori ipotesi, scegliendo come esempio paradigmatico la *manumissio* da parte di una *civitas*[55]; anche qui, come nel frammento di Gaio, il termine '*universitas*' si trova in posizione riassuntiva, e comprensiva della varie collettività di *homines*, inclusi i vari tipi di associazioni.

Anche Ulpiano, come Gaio, utilizza le nozioni per delineare il regime già stabilito in materia di manumissioni delle collettività di *homines*, senza particolari conseguenze giuridiche se non rispondere all'esigenza di sottolineare la diversità di imputazione giuridica tra il complesso e i singoli.

In quest'ottica va letto anche un altro testo di Ulpiano, contenuto in D. 48.18.1.7 (8 *off. proc.*):

Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed rei publicae. Idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis.

Il giurista a proposito del divieto di sottoporre a tortura[56] gli schiavi per trarne prove a carico dei loro padroni, osserva che il servo di un municipio può essere sottoposto a tortura per le accuse a carico di uno dei membri della collettività stessa, come di frequente si trova stabilito nei rescritti, in quanto non è servo dei '*cives*' ma '*rei publicae*'. E lo stesso vale per i servi dei *corpora:* si ritiene infatti che non sia servo della pluralità dei membri che lo compongono ma dell'associazione stessa unitariamente considerata.

Ed è ancora una volta Emilio Albertario che ritiene questo passo alterato: in quanto sarebbe inspiegabile e incongruente l'astratto '*corpus*', dopo il concreto '*municipes*' ed inoltre sarebbe insensato quel '*plurium*' nella frase '*nec enim plurium servus videtur, sed corporis*', in quanto dovrebbe allude-

54 Si veda quanto detto *supra*, testo e nt. 3 ss.

55 Come dimostrano altri passi in materia di *manumissio* da parte di collettività di *homines*, Ulpiano era solito riferirsi a *civitates*, e precisamente a *municipia*, che, a quanto pare, dovevano essere il caso più frequente. Testimonianze dirette di questa tendenza le troviamo in D. 38.3.1 (49 *ad ed.*), D. 38.16.3 (14 *ad. Sab.*), D. 48.18.1 (8 *de off. proc.*); si veda diffusamente su questo aspetto, Orestano, *Il problema delle fondazioni*, cit., p. 42 ss.

56 Per un'indagine recente, trasversale ma puntuale anche per la bibliografia richiamata, cfr. S. Schiavo, *Cesare Beccaria, la tortura e i «romani legislatori»*, in «Diritto @ Storia», XV, 2016, p. 8 ss.

re ai componenti del *corpus* e ne indicherebbe solo la maggior parte[57]. Per quanto concerne il primo punto, può valere quanto riferito a proposito di D. 3.4.1.2 (Gai. 3 *ad ed. prov.*)[58]: non si tratterebbe tanto di una contrapposizione tra una nozione astratta e una concreta, quanto di una diversa considerazione dello stesso insieme; infatti, in un caso si accentua l'aspetto dell'unità, nell'altro quello della pluralità. Dal frammento in esame, peraltro, si deduce chiaramente che i *municipes* sono da intendersi come collettività unitariamente considerata e che, quindi, entrambi i segni alluderebbero, visto il contesto, all'aspetto unitario della collettività dei membri che compongono un *municipium* e l'uso di '*plures*', sta semplicemente ad indicare la «pluralità dei membri»[59] che costituiscono i *corpora*, espressione quest'ultima riferita non solo ai *collegia* ma in generale a tutti i tipi di forme associative, non essendoci alcun accenno specifico al riguardo.

Per quanto concerne l'uso dei vocaboli '*universitas*' e '*corpus*' nelle fonti tardoantiche, ci soffermiamo, in questa sede[60], sulla disamina di due costituzioni particolarmente significative ai fini dell'oggetto di questo studio.

La prima è contenuta in C.I. 1.23.7.2 (*Imp. Zen. A. Hilariano magistro officiorum et patricio*, a. 477):

Pragmaticas praeterea sanctiones non ad singulorum preces super privatis negotiis proferri, sed si quando corpus aut schola vel officium vel curia vel civitas vel provincia vel queadam universitas hominum ob causam publicam ruderit preces, manare decernimus, ut hic etiam veritatis, quaestio reservetur.

L'oggetto della costituzione è l'estensione della possibilità di emanazione delle *pragmaticae sanctiones* oltre il caso di suppliche dei singoli '*super*

57 Cfr. Albertario, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, cit., p. 102 s. Si veda anche Orestano, *Il problema delle fondazioni*, cit., 54.

58 Cfr. *supra*, nel testo, D. 3.4.1.pr.-2.

59 Sugli impieghi di '*plures*' si veda Æ.Forcellini, *Lexicon totius Latinitatis*, Padova, 1827-1831 (rist. 1965), III, sv.'*multus*', p. 306 ss.

60 Si rinvia a Siracusa, *La nozione*, cit., p. 102 ss., e alla bibliografia ivi citata. Per il termine '*corpus*', cfr. Orestano, *Il problema delle fondazioni*, cit., p. 62, che sottolinea come l'uso che ricorre maggiormente nelle costituzioni tardoantiche è quello di sinonimo di '*collegia*', spesso accompagnato dall'indicazione dei membri che li costituivano; si veda, ad esempio, C.I. 3.41.1 (*Imp. Alexander A. Marcellus*, a. 223):'*Si extat corpus nummorum, quos ablatos ex patris tui hereditate ab eo, quem liberum esse constitit, adlegas, vindicare eos vel ad exhibendum agere non prohiberis. Nam quamvis alias noxa caput sequatur et manumissus furti actione teneatur*'. Sull'uso ricorrente dei vocaboli in esame nelle opere dei Padri della Chiesa, si rinvia all'indagine dettagliata di Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der juristichen Person*, cit., p. 97 ss.

privatis negotiis': si prevede infatti che possano essere emanate anche quando la supplica provenga da collettività di *homines* '*ob causam publicam*'[61]; elencando i diversi tipi viene utilizzato anche il termine '*corpus*', ricomprendendo genericamente le diverse forme associative e in posizione di chiusura la locuzione '*queadam universitas hominum*', per riassumere le ipotesi non espressamente menzionate. Si osserva che l'uso dei vocaboli è quello riscontrato nelle fonti dei giuristi classici nel senso di totalità di *homines* unitariamente considerata, ora alludendo alle forme associative, '*corpus*', ora a una serie indefinita di collettività, '*queadam universitas hominum*'[62].

Lo stesso Giustiniano si esprime in termini molto generici; si tratta della costituzione collocata in C.I. 2.58(59).2.5 (*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*, a. 531):

Hoc etiam huic legi addendum esse sancimus, ut, si quis pro alio litem movere voluerit nullo mandato prolato, sed per fideiussionem, ratam rem dominum habiturum, suam personam firmaverit, ne vel ex hac machinatione lex circumscribi videatur, sancimus, si quid tale in posterum emerserit, sive pro una persona quis litem movere voluerit sive pro aliquo corpore vel vico vel alia universitate, fideiussionem quidem solitam praestare, litem autem ulterius minime procedere, nisi intra a iudice statuendum tempus faciat personas principales sacramentum subire, vel praesente adversario, si hoc maluerit, vel alio pro eo agente, vel penitus altera parte cessante inter acta apud defensorem locorum huiusmodi sacramentum vel ab ipso pro quo agitur vel plurima parte vel idonea universitatis procedat.

A proposito del *iusiurandum calumniae* si prevede che anche le colletività di *homines* dovessero prestarlo[63] e viene contrapposta la persona singola a una serie di enti collettivi, unitariamente considerati, richiamando genericamente le forme associative '*pro aliquo corpore*' e concludendo con la consueta espressione riassuntiva '*vel alia universitate*'[64].

L'esame delle fonti tardoantiche conferma dunque i risultati cui si è giunti

61 In questo senso si veda anche *const. Summa* § 4: '*Si quae vero pragmaticae sanctiones, quae minime in eodem nostro Codice receptae sunt, civitatibus forte, vel corporibus,vel scholis, vel scriniis, vel officiis, vel alicui personae impertitae sunt (...)*'. Su questo aspetto cfr. A. Dell'Oro, *Sul concetto di pragmatica sanctio*, in «SDHI.», XI, 1945, p. 314-318, ora in *La cattedra e la toga. Studi romanistici di Aldo Dell'Oro*, Milano, 2015, p. 15.

62 Cfr. Orestano, *Il problema delle fondazioni*, cit., p. 59.

63 Su questo aspetto molto trascurato dalla dottrina che si è occupata del giuramento, si veda C. Bertolini, *Il giuramento nel diritto privato romano* (Torino, 1886), rist. Roma, 1967, p. 195 ss.

64 Si veda Orestano, *op. ult. cit.*, p. 59 e 62.

per l'epoca classica: i due termini non divengono delle nozioni tecnico-giuridiche unitariamente stabilite una volta per tutte, rispecchiando l'uso riscontrato nei testi dei giuristi, confermando l'assoluta classicità dei concetti in esame, altrimenti le categorie giuridiche dell'‘*universitas*' e del ‘*corpus*' avrebbe dovuto «imperversare» nelle fonti tardoantiche[65].

Giunti alla fine della nostra indagine, si può osservare che l'impiego dei termini ‘*universitas*' e ‘*corpus*' con riferimento alle associazioni, e anche agli altri complessi di persone, di *res* e/o di diritti[66], non ha alcuna influenza sul piano sistematico della disciplina della fattispecie, ma in ogni caso esso risulta rispondere all'esigenza concreta di meglio scolpire il concreto regime giuridico delle associazioni: si tratterebbe dunque di nozioni meramente descrittive che giustificano la disciplina giuridica della fattispecie e la esprimono in maniera più chiara, e – non collocandosi dunque sul piano delle costruzioni dogmatiche, ma su quello, a monte delle motivazioni sostanziali che le ispirano – risultano, dal punto di vista delle concettualizzazioni giuridiche, per così dire non di primo ma di secondo grado.

In altre parole, nozioni empiriche tratte dal linguaggio comune, che non diventano concetti giuridici perché i giuristi non elaborano sulla loro base un nuovo regime, in quanto invece già esistente, ma semplicemente lo giustificano e tramite esse lo delineano meglio[67]; nozioni, come si è detto, meramente descrittive, che nulla hanno da spartire con l'astrattezza che viene attribuita da quella parte della dottrina che si schiera contro la loro classicità.

---

65 Lo stesso può dirsi con riferimento alle fonti bizantine; per i concetti di ὁμὰς nel significato di ‘*universitas*' e σώμα nel senso di ‘*corpus*', riferiti alle collettività di *homines*, come semplici traduzioni delle nozioni romane: si veda, ad esempio, *Bas.* 8.2.101 (= D. 3.4.1.pr.-2: Scheltema BT 433, 20; Heimbach I, p. 419) e la sua *Interpretatio*.

66 Si rinvia agli studi dove ci siamo occupati dei vari tipi di complessi qualificati come ‘*universitas*': cfr. *supra*, nt. 2.

67 In questo senso l'*universitas* non rappresenterebbe certo un caso isolato: si pensi anche, ad esempio, alle nozioni di ‘*fructus*', ‘*fruges*' e ‘*glans*', nozioni che i giuristi elaborano lentamente, attraverso concettualizzazioni talora mantenute o invece poi rinunciate; su tali concetti si veda F. Zuccotti, «*Fruges fructusque*» (*studio esegetico di D. 50.16.77). Per una ricerca sulle origini della nozione di* «*fructus*», Padova, 2000, *passim* e in particolare p. 187 ss., «*Partus ancillae in fructu non est*», in «Antecessori oblata. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro», Padova, 2001, p. 200 ss., e *Metamorfosi di un principio giuridico (Vivagni I)*, in «RDR.», I, 2001, p. 498 ss.

Andrea Trisciuoglio

La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale romana*

1. Premessa – 2. Costantino – 3. Costanzo II – 4. Teodosio I – 5. Onorio – 6. Giustiniano – 7. Conclusioni.

1. Prima di affrontare alcuni aspetti del (tardo) diritto romano dove si può effettivamente scorgere una tendenza verso un trattamento dei detenuti improntato all'*humanitas*[1], senza correre il rischio di attualizzare la lettura delle fonti tradendo in tal modo la missione dello storico, occorre premettere che il carcere nell'esperienza romana non è considerato un tipo di sanzione penale. Esso ha solamente la funzione di assicurare l'imputato all'esecuzione della pena dopo la sentenza di condanna del giudice; dunque siamo assai prossimi all'istituto moderno della custodia cautelare[2], e dobbiamo pensare,

---

* Il testo, destinato all'annata 2016 della rivista «Antigone», riproduce, corredata delle note, la relazione che ho presentato al Convegno su «La tutela della salute in carcere tra diritto vigente e diritto vivente», organizzato a Torino il 29 aprile 2016. Mi è particolarmente gradito dedicare questo breve contributo a Pierluigi Zannini in occasione della Sua collocazione a riposo, nel ricordo dei lunghi anni trascorsi insieme prima nell'Istituto Giuridico e poi nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino; anni dove le nostre conversazioni sullo studio e l'insegnamento del diritto romano sono sempre state condite da una nota di umorismo e di ironia; anch'essi, credo, ingredienti sapidi della docenza.

1 L'*humanitas* è espressamente richiamata come valore di riferimento per la condotta dei carcerieri in C.Th. 9.3.7 (a. 409 d.C.); si veda *infra*, nt. 14; si veda anche G. Valditara, *Lo Stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, p. 461.

2 Sull'inesistenza della pena detentiva nell'ordinamento romano, quasi un «dogma» nella romanistica, si veda A. Lovato, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994, p. 100. Il fatto che il carcere servisse solo '*ad continendos, non ad*

per quanto riguarda lo sfondo delle previsioni normative, a periodi detentivi relativamente brevi. Non mancano per altro forme particolari di detenzione da intendersi propriamente come pene: è il caso della *reclusio in monasterio* a vita prevista da Giustiniano per la donna condannata per adulterio non perdonato, *intra biennium*, dal marito[3], reato che è stato indicato come il primo punito con una sanzione equiparabile all'ergastolo[4].

Un altro dato poi che occorre tenere presente in via preliminare è che una sensibilità normativa diretta a migliorare le condizioni di vita del detenuto (anche dal punto di vista igienico-sanitario, come vedremo) si riscontra solamente dall'imperatore Costantino in poi, cioè quando l'ordinamento romano incomincia ad essere chiaramente influenzato dal pensiero cristiano[5]. A partire dal IV secolo d.C., in effetti, i valori del cristianesimo sembrano condizionare le costituzioni imperiali che toccano aspetti inerenti alle condizioni di vita dei detenuti ma, a quanto pare, con scarsi risultati pratici; per altro, su tali condizioni saranno chiamati a vigilare, *ab externo* rispetto all'amministrazione penitenziaria[6], anche i vescovi, segno di una presa d'atto della non completa affidabilità dei sistemi di controllo sulla qualità di vita dei carcerati interni all'amministrazione.

Un'ultima precisazione. Le brevi osservazioni che seguiranno sulla legislazione tardoantica si riferiscono alla carcerazione pubblica. Nel Tardoantico invero esiste anche il fenomeno della carcerazione privata, usa-

---

puniendos homines' risulta da un celebre testo di Ulpiano: D. 48.19.8.9 (Ulp. 9 *de off. proc.*): '*Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. Nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*'; sul passo, da ultimo, J.L. Zamora Manzano, *La administración penitenciaria en el derecho romano: Gestion, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria*, Madrid, 2015, p. 72 ss. (con altra letteratura).

3 Cfr. *Nov.* 134.10.1 (a. 556 d.C.): si veda F. Pergami, *La repressione dell'adulterio nella legislazione tardoimperiale*, in *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, p. 48 s.

4 Cfr. E. Cantarella, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 210.

5 Si veda B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 513.

6 La *custodia carceris* è affidata in età repubblicana (e fors'anche nel principato) a magistrati speciali: i *tresviri capitales* (cfr. C. Cascione, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli, 1999, p. 161 ss.); mentre nel tardo impero (in particolare nel IV-V secolo d.C.) è una competenza riservata per lo più a funzionari imperiali subalterni denominati *commentarienses* e in minor misura agli *stratores* (cfr. L. Minieri, *I commentarienses e la gestione del carcere in età tardoantica*, in «Teoria e storia del diritto privato», IV, 2011, p. 1 ss. e p. 57 nt. 93, a proposito degli *stratores*; *adde* S. Barbati, *Abusi e illeciti dei giudici nel processo tardo-antico*, in «Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XIX Convegno internazionale», Roma, 2013, p. 379 nt. 78).

ta anche come forma di esecuzione sulla persona del debitore inadempiente, ma fu una prassi costantemente contrastata dagli imperatori (Teodosio I, Zenone, Giustiniano) che la considerarono un reato (*crimen maiestatis*) contro il potere imperiale, al quale si riconosceva il monopolio sull'adozione ed esecuzione delle misure privative della libertà[7].

2. Siamo nel 320 d.C. L'imperatore Costantino indirizza una costituzione al *rationalis Florentius* (un funzionario dell'amministrazione fiscale); si tratta della *lex* che apre il titolo '*De custodia reorum*' sia nel Codice Teodosiano sia in quello di Giustiniano. Dopo un iniziale ammonimento a rendere il più possibile rapidi i procedimenti di natura penale, l'imperatore dispone che per evitare il pericolo di fuga non si usino maniche di ferro e strettamente aderenti alle ossa, ma catene allentate in modo che la detenzione non diventi un tormento. Le celle poi devono avere luce a sufficienza; il detenuto di giorno deve essere condotto all'aperto, di notte deve rimanere recluso ma, si specifica, in luoghi salubri. Molto interessante è la *ratio legis* dichiarata dall'imperatore: si vuole evitare la morte in carcere causata dalle condizioni detentive: una sventura per gli innocenti, un epilogo troppo benevolo per i colpevoli[8]. '*Lex humanissima*' l'ha definita Gotofredo e si è voluto scorgere in essa, con una qualche forzatura, una forma di tutela *ante litteram* dei diritti dell'uomo[9].

---

7 Cfr. C.Th. 9.11.1 e C.I. 9.5.1; C.I. 9.5.2; si veda anche C.I. 1.4.23; in dottrina cfr. S. Schiavo, *Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età postclassica e giustinianea*, in «Annali dell'Università di Ferrara», XXI, 2007 [ma 2008], p. 70 ss., e M.L. Navarra, *Sul divieto del carcere privato nel tardo impero romano*, in «SDHI.», LXXV, 2009, p. 6 ss., 31 s. (*estr*.); a partire dall'epoca giustinianea (si veda C.I. 1.4.22.pr.), nelle città dell'impero (diverse dalla capitale Costantinopoli), erano chiamati a disporre la custodia preventiva degli imputati i *defensores civitatis*: cfr. Lovato, *Il carcere*, cit., p. 222 nt. 117 e p. 226 nt. 131.

8 C.Th. 9.3.1.pr. (= C.I. 9.4.1.2-3): '*Interea vero exhibito non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti oportet, sed prolixiores catenas, ut et cruciatio desit et permaneat fida custodia. Nec vero sedis intimae tenebras pati debebit inclusus, sed usurpata luce vegetari et, ubi nox geminaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi ac revertente iterum die ad primum solis ortum ilico ad publicum lumen educi, ne poenis carceris perimatur, quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse cognoscitur*'; cfr. Lovato, *Il carcere*, cit., p. 177 ss., e Zamora Manzano, *La administración*, cit., p. 96 ss. Una minima variazione testuale nel testo accolto nel Codice giustinianeo farebbe pensare che l'incatenamento del detenuto venisse a dipendere, nel VI secolo, dalla *qualitas criminis* e fosse adottato per i crimini più gravi.

9 Cfr. R. Martini, *Su alcuni provvedimenti costantiniani di carattere sociale*, in «Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino imperatore tra Oriente e Occidente» (*cur.* F. Sini e P.P. Onida), Torino, 2003, p. 188.

3. Siamo nel 340 d.C. Il figlio di Costantino, l'imperatore Costanzo II, ritorna sul trattamento dei carcerati e, per assicurare condizioni di vita dignitose, dispone che uomini e donne abbiano luoghi di reclusione differenziati[10]. Una norma per noi moderni piuttosto sorprendente, che ci permette di osservare come si inseriscano nel solco della tradizione romana sia le Regole minime per il trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite adottate sul finire degli anni '50 del secolo scorso, laddove (regola 8) affermano che «uomini e donne, per quanto possibile, devono essere ristretti in istituti separati, o in sezioni completamente separate dello stesso istituto», sia le Regole penitenziarie europee del 2006 (regola 18.8b), di identico contenuto[11].

4. Con Teodosio I, com'è noto, il cristianesimo assurge a religione ufficiale dell'impero con l'emanazione dell'editto di Tessalonica. Per l'imperatore il miglioramento della condizione carceraria (che dovrebbe durare il meno possibile secondo un orientamento di politica penitenziaria che lo pone in continuità con Costantino) si attua anche attraverso un costante monitoraggio affidato agli ufficiali subalterni addetti alla vigilanza (*commentarienses*). In una costituzione del 380[12], che forse intende contribuire alla riduzione del sovraffollamento delle carceri e al miglioramento delle condizioni igienico-sanitarie[13], si prescrive che ogni trenta giorni il *commentariensis* aggiorni

10 C.Th. 9.3.3: '*Quoniam unum carceris conclave permixtos secum criminosos includit, hac lege sancimus, ut, etiamsi poenae qualitas permixtione iungenda est, sexum tamen disparem diversa claustrorum habere tutamina iubeatur*'; si veda anche l'*interpretatio* visigotica *ad legem*: '*Viri et mulieres, etiamsi criminis aequalitate iungantur, non tamen in unius carceris custodia teneantur*'; cfr. Biondi, *Il diritto*, cit., p. 514, L. Di Cintio, *Note sui contenuti della «Interpretatio»: divinazione e custodia carceraria*, in «RDR.», VIII, 2008, p. 15 s. (*estr.*), e J.L. Zamora Manzano, *Algunas reflexiones sobre la Administración romana y las cárceles en el Bajo imperio*, in «Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano», III (*dir.* A. Fernández de Buján, *coedd*. A. Trisciuoglio, G. Gerez), Madrid, 2016, p. 468.

11 Sulle norme sovranazionali citate cfr. R. Palmisano, *Scheda sulla detenzione femminile (gennaio 2015)*. *Dipartimento Amministrazione Penitenziaria. Ufficio del Capo del Dipartimento. Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali – on line*, § 2.

12 Cfr. C.Th. 9.3.6 (= C.I. 9.4.5): '*Nam nisi intra tricensimum diem semper commentariensis ingesserit numerum personarum, varietatem delictorum, clausorum ordinem aetatemque vinctorum, officium viginti auri libras aerario nostro iubemus inferre...*'; cfr. Lovato, *Il carcere*, cit., p. 197 ss., Minieri, *I commentarienses*, cit., p. 30 s., Barbati, *Abusi*, cit., p. 381, e Zamora, *La administración*, cit., p. 61 s.

13 In tal senso Zamora, *La administración*, cit., p. 106 s., e *Algunas reflexiones*, cit., p. 469. All'epoca di Teodosio I il sovraffollamento era uno dei gravi problemi dei luoghi di detenzione, insieme alle scarse condizioni igieniche e alimentari, e alle vessazioni operate dai *commentarienses*. La sopportazione dei detenuti era messa a dura prova e frequenti

nei registri il numero dei reclusi annotando i capi d'imputazione, la data di incarcerazione e l'età degli incatenati; l'inadempimento a tali obblighi comporta la comminazione di una pena di venti libbre d'oro.

5. Dopo diciannove anni (409 d.C.) Onorio, il figlio di Teodosio I, emana a Ravenna una costituzione assai indicativa in verità di una sempre più crescente sensibilità, d'ispirazione cristiana, che i tardi imperatori romani mostrano per le esigenze, non solo quelle primarie, dei detenuti. Ogni domenica, nel *dies domini*, i reclusi dovranno essere condotti dal giudice che li interrogherà su come sono trattati e in particolare se i custodi, qualificati «corrotti», operino secondo l'*humanitas*. L'imperatore, rendendo patrimonialmente responsabili i giudici e i *commentarienses*, si preoccupa altresì di assicurare il necessario sostentamento alimentare per i reclusi indigenti, come pure la loro igiene personale prevedendo l'obbligo di condurli *ad lavacrum*. Con la chiusa della *lex* i vescovi sono chiamati a vigilare sulla regolare esecuzione delle prescrizioni imperiali[14].

6. Sotto l'impero di Giustiniano si può notare invero un rafforzamento del ruolo dei vescovi nell'attività di vigilanza sul trattamento dei carcerati. In particolare il detto imperatore in una costituzione del 529 d.C. indirizzata al *praefectus praetorio* Mena dispone che il vescovo si rechi una volta alla settimana nel carcere pubblico per interrogare i detenuti sul loro *status* (di libero o di servo), sul capo d'imputazione o sulla presenza di altro motivo giustificativo della detenzione[15]; la norma pare invero attribuire ai vescovi

---

erano i casi di suicidio. Ne offrono testimonianza le *Res gestae* di Ammiano Marcellino e le orazioni di Libanio: si veda Lovato, *Il carcere*, cit., p. 199.

14 C.Th. 9.3.7 (= C.I. 1.4.9): '*Post alia: Iudices omnibus dominicis diebus productos reos e custodia carcerali videant interrogent, ne his humanitas clausis per corruptos carcerum custodes negetur. Victualem substantiam non habentibus faciant ministrari, libellis duobus aut tribus diurnis vel quot existimaverint commentarienses decretis, quorum sumptibus proficiant alimoniae pauperum. Quos ad lavacrum sub fida custodia duci oportet, multa iudicibus viginti librarum auri et officiis eorum eiusdem ponderis constituta, ordinibus quoque trium librarum auri multa proposita, si saluberrime statuta contempserint. Nec deerit antistitum christianae religionis cura laudabilis, quae ad observationem constituti iudicis hanc ingerat monitionem*'; cfr. Lovato, *Il carcere*, cit., p. 209 ss., C. Corbo, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli, 2006, p. 173 nt. 21, M. Bianchini, *Cadenze liturgiche e calendario civile fra IV e V secolo. Alcune considerazioni*, in *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino, 2008, p. 249 ss., Di Cintio, *Note*, cit., p. 17 s., Minieri, *I commentarienses*, cit., p. 32, Barbati, *Abusi*, cit., p. 382, 398, nonché Zamora, *La administración*, cit., p. 112 ss., e *Algunas reflexiones*, cit., p. 472 ss. Onorio è anche autore di *Const. Sirm*. 13 (si veda *infra*, nt. 20).

15 Cfr. C.I. 1.4.22.1 = C.I. 9.4.6.1 (in greco): trad. latina (Krüger): «Eos autem qui inclusi

uno specifico potere di controllo sul rispetto dei tempi massimi di carcerazione preventiva che dipendevano appunto dallo *status* personale e dal tipo di accusa[16]. Uno degli abusi più ricorrenti in quell'epoca era in effetti il prolungamento *contra legem* dei termini di carcerazione.

7. Questa rapida rassegna sui rapporti tra legislazione tardo-imperiale e condizione carceraria evidenzia i problemi di fondo per i quali gli imperatori cristiani intendono apprestare soluzioni. Tali problemi si sommano tra di loro aggravando la condizione di soggetti che sono – non dimentichiamolo – per lo più in attesa di giudizio, oppure in attesa di esecuzione della pena. Il ritardo nella pronunzia delle sentenze determina il prolungamento *contra legem* dei termini di carcerazione; aumenta le occasioni di vessazioni e di estorsioni operate dai carcerieri definiti '*nequissimi*' (malvagi, propensi alla corruzione, amorali, egoisti) in una costituzione di Valentiniano e Valente[17]. Le condizione di vita, l'esistenza stessa, sembrano dipendere dall'arbitrio di tali funzionari ben poco controllati dai *iudices,* loro superiori. V'è un'incapacità strutturale dell'amministrazione carceraria di assicurare dignitose condizioni di vita in osservanza dei precetti evangelici e la minaccia di multe

---

sunt vel includentur religiosissimi locorum episcopi una cuiusque hebdomadis die quarta vel sexta explorent et diligenter causas detentionis eorum inquirant et servine an liberi sint, num propter aes alienum an propter alias accusationes vel ob homicidium inclusi sint»; cfr. Lovato, *Il carcere*, cit., p. 222. La detenzione provvisoria poteva trovare fondamento anche in un atto di citazione che avviava un procedimento civile; il convenuto, non in grado di garantire la sua comparizione in giudizio, doveva seguire l'*exsecutor litis* (il pubblico ufficiale notificatore) incaricato di sorvegliarlo durante la celebrazione del processo; a tal riguardo si veda A. Trisciuoglio, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustinianeo e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2009, p. 49 e nt. 100 e p. 87 ss.

16 Lo si può evincere dalla stessa costituzione indirizzata al prefetto del pretorio Mena (si veda C.I. 9.4.6.2-5), dove si indicano i seguenti termini massimi di carcerazione: 1) per gli schiavi, 20 giorni; 2) per i liberi, 30 giorni se la causa è civile; se la causa è penale, in genere 6 mesi con la possibilità di estendere la durata ad 1 anno per reati capitali perseguiti sulla base di un'accusa privata. Occorre tuttavia tenere presente che in linea di massima il detenuto poteva riacquistare immediatamente la libertà con la prestazione di idonee garanzie (*fideiussio iudicio sistendi causa*, *cautio iuratoria*) per la comparsa in giudizio: cfr. Lovato, *Il carcere*, cit., p. 222 s., e Navarra, *Sul divieto*, cit., p. 35 ss. (*estr.*); con particolare riguardo ai processi civili, Trisciuoglio, *Fideiussio*, cit., p. 49 ss. Per il reperimento di fideiussori il detenuto poteva godere anche di permessi di libertà; si veda l'editto del *praefectus praetorio* Archelao (Zach., *Anecd*. III, ed. XXX, p. 277, a. 524-527 d.C.), commentato da A. Trisciuoglio, *Edictum XXX*, in «Edicta Praefectorum praetorio» (*cur.* F. Goria, F. Sitzia), Cagliari, 2013 (in CD ROM), p. 107 s.

17 C.Th. 9.40.5 (a. 364 d.C.); cfr. L. Minieri, *Corruzione in Roma tardo antica: il caso dei «nequissimi» funzionari*, in «RDR.», XIII, 2013, spec. p. 5 ss. (*estr.*).

a giudici e a *commentarienses* non sembra sortire molto effetto. Ecco dunque il ricorso ad un assiduo vigilante esterno, il vescovo, collocato fuori dagli apparati amministrativi[18], che per la sua terzietà ricorda gli odierni garanti, nazionale e territoriali, per i detenuti[19]; figura credibile nella società tardoimperiale romana e interessata al benessere materiale e spirituale dell'uomo. Gli appartenenti al clero hanno il permesso di entrare nelle carceri, di curare gli ammalati, di nutrire i detenuti poveri, di consolare gli innocenti; conoscendo le singole situazioni, possono intercedere presso i giudici[20]. C'è una soluzione, tuttavia, che sarà stata particolarmente agognata per la sua radicalità dai detenuti imputati di reati minori, e che poteva risolvere altresì il problema del sovraffollamento carcerario: l'amnistia, non a caso nel tardo impero cristiano concessa nel *dies paschalis*, nel giorno di Pasqua[21].

18 Cfr. S. Puliatti, *Le funzioni civili del vescovo in età giustinianea*, in «Athenaeum», XCII.1, 2004, p. 145 ss., specie p. 148 e 158.

19 Il garante nazionale per i detenuti è stato istituito recentemente in Italia (legge n. 10 del 21 febbraio 2014) per volere delle Nazioni Unite; è entrato in funzione nel marzo 2016.

20 Cfr. *Const. Sirm*. 13 (imp. Onorio, a. 419 d.C.): '*Eam quoque sacerdoti concedimus facultatem, ut carceris ope miserationis aulas introeat, medicetur aegros, alat pauperes, consoletur insontes et cum singulorum causas scrutatus agnoverit, interventiones suas apud iudicem competentem pro iure moderetur. Scimus enim idque crebris aditionibus supplicatum frequenter ideo plerosque in custodiam detrudi, ut adeundi iudicis libertate priventur et, cum semel coeperit humilior persona pati custodiam, antequam causa sciatur, iniuriae poenam sustinere compellitur. Confestim duas auri libras fisco nostro contumax solvet officium, si sacerdotem negotia tam sancta curantem ianitor feralis excluserit*'; cfr. Lovato, *Il carcere*, cit., p. 211 s., e Bianchini, *Cadenze*, cit., p. 253 s.

21 Cfr. in particolare C.Th. 9.38.3 (imp. Valentiniano I, a. 367 d.C.), e C.Th. 9.38.8 (imp. Valentiniano II, a. 385 d.C.): si veda anche *Const. Sirm*. 7 (imp. Teodosio I, a. 380-1 d.C.); cfr. Lovato, *Il carcere*, cit., p. 202 ss., e V. Giuffrè, *La repressione criminale nell'esperienza romana*[5], Napoli, 1998, p. 171; sulle indulgenze pasquali cfr., da ultimo, D.A. Centola, *Alcune osservazioni sui provvedimenti imperiali di clemenza in occasione della Pasqua*, in «Koinonia», XXXIX, 2015, p. 411 ss.

Giuseppe Valditara

Riflessioni di diritto romano e diritto civile sul danno ingiusto

1. Sono quattro a mio avviso i temi di grande interesse nell'ambito del danno aquiliano, per chi oggi si occupa di diritto: il significato di '*iniuria*'; il '*plurimi*', con il suo richiamo alla sempre più attuale dialettica fra risarcimento e pena privata; la estensione della legittimazione ad agire, fino a ricomprendere i danni alla persona libera e al creditore da parte di un terzo; la *clausula condemnatoria* e l'oggetto della condanna. Mi occuperò qui soltanto del significato originario del termine '*iniuria*' nel sintagma '*damnum iniuria datum*' e degli oggettivi riscontri che questo significato originario ha avuto nel diritto continentale a partire dal giusnaturalismo.

Veniamo dunque, in primo luogo, a considerare il significato di '*iniuria*' all'interno del sintagma '*damnum iniuria datum*'.

2. La maggior parte della dottrina moderna ha inteso '*iniuria*' nel senso di comportamento non giustificato. Un ruolo importante lo ha certamente svolto il von Jehring che ha collocato '*iniuria*' nella sua dimensione storica, individuandone la nascita in una epoca assai antica che non avrebbe ancora distinto fra torto colpevole e incolpevole. Il torto avrebbe dunque un carattere oggettivo e l'antigiuridicità prescinderebbe dalla *culpa*[1]. Sulla scia del von Jhering, il Pernice[2] distingue nettamente fra '*iniuria*' e '*culpa*' sottoline-

1 Cfr. R. von Jhering, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. Eine Festschrift*, Giessen, 1867, p. 5 ss.

2 Cfr. A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*,

ando il carattere oggettivo della *iniuria* come fattispecie antigiuridica. Così pure il Ferrini[3], sottolineando il significato etimologico del termine, traduce '*iniuria*' come «mancanza di diritto dell'agente» e «obbiettività del torto». In senso simile il Rotondi[4], per cui '*iniuria*' appare originariamente slegata dalla *culpa*, rilevando come azione antigiuridica. Per il Beinart[5], la responsabilità aquiliana sarebbe stata in origine di carattere oggettivo, mentre l'emersione della *culpa* sarebbe avvenuta per «gradual and cautious modifications of existing principles». Il Daube[6] arriva a supporre che il passaggio da un criterio oggettivo di *iniuria* a quello soggettivo di *culpa* si daterebbe agli inizi del primo secolo a.C. con Aquilio Gallo. Più recentemente, Cannata[7] e Schipani[8] hanno considerato il sintagma '*damnum iniuria datum*' come danno cagionato in assenza di cause di giustificazione, ovvero come comportamento lesivo ingiustificato[9]. Non rilevava dunque in questa prospettiva la intenzione del soggetto che è entrato direttamente, fisicamente in collisione

Weimar, 1867, p. 26 ss.

3 Cfr. C. Ferrini, '*Danni (azione di)*', in «Enciclopedia Giuridica Italiana», IV, Milano, 1911, p. 16; si veda anche, più in generale, Id., *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899, p. 73 ss.

4 Cfr. G. Rotondi, *Dalla lex Aquilia all'art.1151 cod.civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in «Rivista di diritto commerciale», XV, 1917, p. 236 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 479 ss. Qui si cita, per comodità, il testo contenuto nella Rivista di Diritto Commerciale.

5 Cfr. B. Beinart, *The Relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, in «Studi V. Arangio Ruiz», I, Napoli, 1953, p. 279 ss. Si veda anche, più recentemente, H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*[5], Wien, 1996, p. 20 s. e nt. 61.

6 Cfr. D. Daube, *Roman Law. Linguistic, Social and Philosophical Aspects*, Edimburgh, 1969, p. 153.

7 C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, p. 307 ss., Id., *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, in «Labeo», XVII, 1971, p. 65, e Id., *Sul testo della* lex Aquilia *e la sua portata originaria*, in «La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Congresso Internazionale ARISTEC, Madrid 7-10 ottobre 1993», Torino, 1995, p. 40 ss.

8 S. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969, p. 83 ss., Id., *Pluralità di prospettive e ruolo della* culpa *come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell'interpretazione della lex Aquilia*, ora in «Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale», Torino, 2009, p. 41 ss.. e Id., *Lex Aquilia, Culpa. Responsabilità*, ora in *Contributi romanistici*, cit., p. 68 ss.

9 In senso simile anche G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino, 2005, p. 33 ss., e Id., *Dalla iniuria alla culpa. Su una dibattuta questione*, in «SDHI.», LXXV, 2009, p. 131 ss.

con l'oggetto altrui[10]. Similmente, Mac Cormack[11] ha inteso '*iniuria*' come quel comportamento lesivo della sfera altrui tenuto da chi non ne aveva diritto. Il Lawson[12], riassumendo il dibattito, considera '*iniuria datum*' quel danno cagionato in assenza di circostanze idonee a giustificare l'azione lesiva.

Da ultimo, Galeotti[13] ha appoggiato l'idea che '*iniuria*' (nella forma ablativa del testo legislativo) abbia la stessa valenza di '*sine iure*' nel senso di «senza una ragione giuridica giustificativa»[14].

Per alcuni studiosi anglosassoni – penso innanzitutto al Kelly[15], ma anche al Pugsley[16] – ci sarebbe invece un collegamento molto stretto fra delitto di *iniuria* e *damnum iniuria datum*, per cui il secondo sarebbe una evoluzione («offshoot») del primo. Ciò porterebbe ad una considerazione di '*iniuria*' nel senso di comportamento doloso. A favore della interpretazione della *iniuria* aquiliana nel senso di «typisierter *dolus*» si era già espresso il Kaser[17], senza peraltro dimostrazioni specifiche[18].

Recentemente Cursi e Corbino hanno proposto due diverse spiegazioni. Per Cursi[19], la scissione fra antigiuridicità e colpevolezza rimonterebbe per la prima volta al pensiero giusnaturalistico, pur con influenze che risalirebbero sino al pensiero di san Tommaso per cui la nozione di '*iniuria*' assumerebbe le forme dell'ingiustizia[20]. Dalle fonti romane non emergerebbe invece – secondo la Cursi – alcuna testimonianza in questo senso. La interpretazione

10 Così Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 89.

11 G. Mac Cormack, *Aquilian culpa*, in «Daube Noster. Essays D. Daube», Edimburgh-London, 1974, p. 201.

12 F.H. Lawson, B. Markesinis, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and in the Civil Law*, I, Cambridge, 1982, p. 20 e, più in generale, p. 19 ss.

13 S. Galeotti, *Ricerche sulla nozione di* damnum, II, Napoli, 2016, p. 76 ss.

14 Galeotti, *op. cit.*, p. 259.

15 J. Kelly, *The Meaning of the lex Aquilia*, in «Law Quarterly Review», LXXX, 1964, p. 80 s.; si veda anche Id., *Further Reflections on the lex Aquilia*, in «Studi E. Volterra», I, Milano, 1971, p. 239 s.

16 D. Pugsley, *Damni iniuria*, in «T.», XXXVI, 1968, p. 378 ss., e Id., *The origins of the lex Aquilia*, in «Law Quarterly Review», LXXXV, 1969, p. 58.

17 M. Kaser, *Typisierter dolus im altrömischen Recht*, in «BIDR.», LXV, 1962, p. 79 ss. Si veda già K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Rechtsmässige Handlung und die Arten des Delikts*, IV.1, *Die geschichtliche Entwicklung des Fahrlässigkeitsbegriffs*, Leipzig, 1919, p. 46 ss.

18 Così M.F. Cursi, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, p. 276.

19 Cursi, *op. cit.*, p. 271 ss.

20 Cursi, *op. cit.*, p. 272.

di '*iniuria*' nel senso di antigiuridicità oggettiva sarebbe dunque «il risultato della proiezione di una categoria moderna su un concetto romano»[21]. L'*iniuria* della *lex Aquilia* non sarebbe pertanto antigiuridicità oggettiva, bensì, «come nel delitto omonimo, indice di dolo»[22]. Per Corbino[23], invece, di '*iniuria*' non si sarebbe potuto parlare «per i Romani (di ogni tempo)» «senza tenere conto degli aspetti soggettivi (psicologici) del comportamento» valutati alla stregua della *culpa*, come indicherebbe tutta la materia delle cause di giustificazione. Inoltre sarebbe significativo del carattere soggettivo di *iniuria* che la giurisprudenza avrebbe sempre ragionato con costante riferimento alla *culpa*.

3. Una cosa è certa: '*iniuria*' vuol dire innanzitutto '*non iure*', vale a dire '*sine iure*', e quindi senza diritto. Lo spiegano in modo ineccepibile Ulpiano in D. 9.2.5.1 ('*Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit*'), in D. 47.10.1.pr. ('*Iniuria ex eo dicta est quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter*') e Paolo in D. 50.17.151 ('*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*').

È dunque un comportamento che non si aveva diritto di tenere. In que-

21 Cursi, *op. cit.*, p. 271.

22 Cursi, *op. cit.*, p. 275; Id., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, p. 31 ss.

23 A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova, 2008, p. 171 e ss.; si veda anche Id., *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, in «SDHI.», LXXV, 2009, p. 77 ss. Va peraltro osservato come da D. 9.2.27.22 non si possano trarre elementi in favore di una valutazione già risalente al tempo del giurista Bruto dell'«aspetto soggettivo del comportamento» nel senso della «intenzionalità» del medesimo (così invece Corbino, *op. ult. cit.*, p. 81). Come riconosce lo stesso Autore (*op. ult. cit.*, p. 79 s.), il problema del procurato aborto è visto qui da Bruto e da Quinto Mucio in D. 9.2.39.pr. «da punti di vista diversi». Bruto «se ne occupa per valutare se la condotta in oggetto possa considerarsi o meno causa di un danno 'aquiliano' (è un *rumpere*?)», Quinto Mucio «(per il quale questo aspetto deve considerarsi acquisito) se ne occupa per valutare invece se di essa possano essere esimente le circostanze nelle quali si è verificata», vale a dire l'esercizio di un diritto. Non abbiamo alcuna prova per affermare che Bruto si riferisse all'esercizio di una facoltà spettante al proprietario, anzi è significativo che si faccia riferimento a percosse date ad una schiava, e dunque ad un caso ben diverso da quello della cavalla cacciata dal campo dove era venuta a pascolare. È semmai significativo che ancora una volta Bruto consideri sufficiente la materialità dell'azione tipica prevista dalla legge. La necessità della violenza – e dunque «le modalità della condotta» (p. 81) – non sta nel ragionamento di Bruto, ma in quello della legge. Qui Bruto si limita a ragionare sulla esistenza di una *ruptio* del feto ovvero della donna.

sto senso va inteso anche il riferimento all'illecito di *iniuria* nelle Dodici Tavole. Importante è al riguardo Gellio (*noct. Att.* 20.1.31 ss.): tutte le aggressioni alla persona non giustificate sono *iniuriae*, alcune sono *iniuriae atrociores*, e hanno un loro nome tipico e una specifica identità, poi vi sono le aggressioni non giustificate di minore rilevanza che non essendo tipizzate sono genericamente definite come *iniuriae*, vale a dire comportamenti (si sottintende lesivi) non giustificati[24].

La storia del termine '*iniuria*' richiama altre storie, per esempio quella del termine '*praetor*': significa genericamente comandante, letteralmente «colui che va innanzi», dunque colui che guida l'esercito: *praetores* erano il *magister populi*, il *magister equitum* e il *praefectus urbi*[25]. *Praetores* erano i consoli, *praetores* erano dunque tutti i magistrati dotati di *imperium*, ovverosia del potere di comando. Poi '*praetor*' si fissa a indicare uno specifico titolare di *imperium*, quello che rimane *in urbe* ad esercitare la *iurisdictio*.

L'elemento caratterizzante l'*iniuria* non può pertanto essere il dolo, come pure si è sostenuto[26], proprio perché la valutazione dell'elemento soggettivo, come si vedrà, è esplicitamente esclusa dalle nostre fonti per i casi di *iniuriae atrociores*[27].

---

24 Cfr. *Tab*. VIII.4 in «FIRA.», I², Firenze, 1968, p. 54. Sul significato di '*iniuria*' in *Tab*. VIII.4: si vedano, fra i tanti, e con differenti posizioni, P. Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit Romain*, in «Mélanges Ch. Appleton», Paris, 1903, p. 377 ss., G. Pugliese, *Studi sull'iniuria*, I, Milano, 1941, p. 1 ss., D. Simon, *Begriff und Tatbestand der iniuria im altrömischen Recht*, in «ZSS.», LXXXII, 1965, p. 160 ss., che sottolinea nella *iniuria* la mancanza del diritto a tenere il comportamento lesivo, P. Birks, *The Early History of iniuria*, in «T.», XXXVII, 1969, p. 179 ss., Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 59 ss., R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, p. 3 ss., A. Manfredini, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 15 ss., B. Albanese, *Una congettura sul significato di iniuria in XII Tab. 8.4*, in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, p. 21 ss., A. Völkl, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht. Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 40 ss., Cursi, *Iniuria cum damno*, cit., p. 223 ss., Id., *Danno e responsabilità*, cit., p. 7 ss., A. Milazzo, *Alle origini della offesa morale come categoria giuridca*, Roma, 2011, p. 23 ss., e Galeotti, *op. cit.*, p. 73 s.

25 Cfr. G. Valditara, *Studi sul magister populi. Dagli ausiliari militari del rex ai primi magistrati repubblicani*, Milano, 1989, 336 ss.

26 Cfr. Cursi, *Iniuria cum damno*, cit., 271 ss.

27 Si veda Gell., *noct. Att.* 20.1.34: '*Verum est, mi Favorine, talionem parissimam fieri difficillime. Sed decemviri minuere atque exstinguere volentes huiuscemodi violentiam pulsandi atque laedendi talione, eo quoque metu coercendos esse homines putaverunt neque eius, qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut, an prudens inprudensne rupisset, spectandum*

Nel senso di '*iniuria*' come comportamente privo di giustificazione è anche Gai., *inst*. 4.16 – '*quando tu iniuria vindicavisti*'[28] – vale a dire quando sia stata effettuata una *rei vindicatio sine iure*, senza fondamento[29]. Il significato di '*iniuria*' nel senso di '*sine iure*' nel testo della *legis actio sacramento in rem* è di tutta evidenza se si confrontano le due reciproche *vindicationes*: nella prima si chiede a quale titolo avesse rivendicato chi resisteva in giudizio, nella seconda si replicava dicendo '*ius feci*', vale a dire ho agito a buon diritto; seguiva quindi la risposta del primo rivendicante: '*iniuria vindicavisti*', tu hai rivendicato *sine iure*, non a buon diritto. Credo sia oggettivamente impossibile pensare ad una diversa spiegazione.

Significativa è poi una norma decemvirale ove fra l'altro ricorre proprio un verbo tipico delle modalità con cui poteva realizzarsi il *damnum*, vale a dire l'*occidere*. È *Tab*. VIII.12: '*Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*'[30]. Si tratta del caso della uccisione del ladro notturno. L'uccisione avviene con le modalità previste poi dalla fattispecie aquiliana: '*occidere*', ove dunque si presuppone una *caedes*, il colpo mortale. L'antica norma decemvirale recita: '*iure caesus esto*', poiché qui si applica la scriminante della

---

putarent aut talionem in eo vel ad amussim aequiperarent vel in librili perpenderent; sed potius eundem animum eundemque impetum in eadem parte corporis rumpenda, non eundem quoque casum exigi voluerunt, quoniam modus voluntatis praestari posset, casus ictus non posset'.

28 Gai., *inst.* 4.16: '*Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat:* HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI*, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat:* MITTITE AMBO HOMINEM*, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat:* POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS*? ille respondebat:* IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI*. deinde qui prior uindicauerat, dicebat:* QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO*; aduersarius quoque dicebat similiter:* ET EGO TE …'.

29 Diversamente CURSI, *op. ult. cit.*, p. 22. Sul significato di '*iniuria*' in Gai., *inst* 4.16, si veda, fra gli altri, SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., p. 52 ss. e 58, in particolare, ID., *Pluralità di prospettive e ruolo della culpa*, cit., p. 43, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, p. 26, p. 128 e nt. 15 e p. 157 e nt. 17, E. POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, p. 75 ss., VALDITARA, *Dalla iniuria alla culpa*, cit., p. 138, e da ultimo GALEOTTI, *op. cit.*, p. 74 ss.; si veda anche C.A. CANNATA, *Qui prior vindicaverat: la posizione delle parti nella legis actio sacramento in rem*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, p. 79 ss.

30 Cfr. «FIRA.», I, cit., p. 57. Su questo versetto decemvirale si veda, recentemente, M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi, sviluppi, vicende*, Napoli, 2008, p. 26 ss.

legittima difesa, dunque l'uccisione del ladro è giustificata; si lascia tuttavia intendere che vi poteva essere un *non iure*, *sine iure caedere*, ovverosia un *caedere/occidere iniuria* e dunque, qualora la vittima fosse stata uno schiavo, di fatto un *damnum iniuria dare*. Non per caso Gaio ricorda la norma decemvirale[31] allo scopo di giustificare l'assenza di responsabilità nel caso paradigmatico della legittima difesa e conseguentemente l'assenza di *iniuria*.

Questo senso di '*iniuria*' è chiaramente lasciato intendere da Cicerone nella orazione *pro Tullio*[32] laddove conclude: '*Si quis furem occiderit, iniuria occiderit. Quam ob rem? Quia ius constitutum nullum est. Quid, si se telo defenderit? Non iniuria. Quid ita? quia constitutum est*'. Se qualcuno abbia ucciso un ladro lo ha fatto *iniuria*, poiché l'ordinamento non lo consente, ma se il ladro si fosse difeso con le armi allora l'uccisione non è più *iniuria*, posto che l'ordinamento in questo caso specifico legittima l'uccisione. Il discrimine fra comportamento *iure* e comportamento *non iure*, che dava vita ad un illecito punibile, non è l'intenzionalità, posto che la *occisio* è comunque volontaria; il discrimine sta piuttosto nella giustificatezza del comportamento volontariamente lesivo, nel diritto a tenere quel determinato comportamento, cioè a dire nella sussistenza o meno della legittima difesa.

Non meno importanti al fine di spiegare il significato originario della '*iniuria*' aquiliana sono ulteriori testi di Cicerone, sempre provenienti dalla *pro Tullio*[33].

Cicerone difendeva un certo Tullio i cui servi erano stati uccisi di notte dagli schiavi di Fabio. I difensori di Fabio ritenevano che nella previsione dell'editto di Lucullo, che contemplava specificamente il delitto di danneggiamento violento, fosse implicito il riferimento a *iniuria*, in analogia con quanto previsto dalla *lex Aquilia* nel caso di *occisio* dello schiavo; Cicerone invece ribatteva che non era casuale la sostituzione nel testo edittale di '*iniuria*' con '*dolo malo*' e anzi sottolineava come nell'editto comparisse proprio '*dolo malo*' e non '*iniuria*'[34]. Si voleva evitare, dice Cicerone, che potesse fornirsi una scappatoia ('*latebra*') a chi aveva usato la violenza per farsi giustizia da sé. Ecco il punto decisivo: i difensori di Fabio pretendevano che si fosse agito al fine di liberare un terreno ingiustamente occupato dagli schiavi uccisi.

---

31 Si veda D. 9.2.4.1.

32 Cfr. Cic., *pro Tull*. 5.13. In questo senso già Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 63 ss., e Id., *Contributi romanistici*, cit., p. 43 s.; si veda anche L. Vacca, *Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum*, Milano, 1972, p. 41 nt. 76. Diversamente Cursi, *Iniuria cum damno*, cit., p. 23 ss.

33 Cfr. Cic., *pro Tull*. 5.10 ss.

34 Cfr. Cic., *pro Tull.* 5.12.

Il caso richiama quello di Quinto Mucio[35] della cavalla cacciata con violenza dal proprio campo. Se nell'editto fosse stato presupposto il riferimento a '*iniuria*' il comportamento degli aggressori sarebbe stato dunque giustificato: l'esercizio di un diritto avrebbe realizzato *iure* il *damnum*. Il dolo consiste qui invece nel consapevole esercizio di un comportamento violento, con l'uso di armi, che non era consentito dall'editto. L'esercizio della violenza armata, per qualsiasi causa fosse stato fatto, era vietato e dunque concretava un comportamento doloso. '*Iniuria*', chiaramente contrapposta a *dolus malus*, è qui indubitabilmente inteso nel senso di '*sine iure*', vale a dire senza una causa di giustificazione.

Basti al riguardo leggere questo passaggio decisivo dell'orazione di Cicerone[36]: '*non ergo praetores a lege Aquilia recesserunt, quae de damno est, sed de vi et armis severum iudicium constituerunt, nec ius et iniuriam quaeri nusquam putarunt oportere, sed eos qui armis quam iure agere maluissent de iure et iniuria disputare noluerunt. Neque ideo de iniuria non addiderunt quod in aliis rebus non adderent, sed ne ipsi iudicarent posse homines servos iure arma capere et manum cogere, neque quod putarent, si additum esset, posse hoc talibus viris persuaderi non iniuria factum, sed ne quod tamen scutum dare in iudicio viderentur eis quos propter haec arma in iudicium vocavissent*'. '*Iniuria*' è qui intesa come il contrario di *ius*. Il pretore non volle che si discutesse di *ius* ovvero di *iniuria*, cioè a dire di comportamento giustificato ovvero non giustificato, proprio per non concedere una qualche protezione a chi avesse preferito agire con le armi, per difendere i propri diritti, piuttosto che azionare nei tribunali la propria pretesa.

Decisive mi appaiono altresì queste parole: '*cum iudicium ita daret ut hoc solum in iudicium veniret, videreturne vi hominibus coactis armatisve damnum dolo malo familiae datum, neque illud adderet 'iniuria,' putavit se audaciam improborum sustulisse, cum spem defensionis nullam reliquisset*'. Il pretore, avendo eliminato il riferimento a *iniuria*, inserendo l'espressione '*dolo malo*', non lasciò ai malvagi alcuna speranza di difesa. È evidente che '*iniuria*' non era intesa qui né come dolo né come colpa, ma come comportamento non giustificato. Se *iniuria* fosse stata sinonimo di dolo, tutto il ragionamento di Cicerone, che insiste proprio sul carattere doloso del comportamento e sulla impossibilità di ricorrere alla causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, non avrebbe senso.

Quanto poi al fatto che la soggettivizzazione della nozione di '*iniuria*' si fosse già affermata all'epoca di Quinto Mucio, come pur è stato obbiettato

35 Cfr. D. 9.2.39.pr.

36 Cfr. Cic., *pro Tull*. 5.10.

dalla Cursi[37], non mi pare un argomento contrario rilevante, proprio perché, come si vedrà, Quinto Mucio presuppone, nella costruzione del concetto di '*culpa*', un significato di '*iniuria*' come assenza di cause di giustificazione, ovvero come abuso di una causa di giustificazione. La *culpa* appare costruita come un uso improprio delle cause di giustificazione. Va detto fra l'altro che l'editto di Lucullo non era cronologicamente molto distante dalle riflessioni di Quinto Mucio.

È parimenti interessante osservare come *iniuria* ritorni nelle Dodici Tavole[38] con riguardo alla ipotesi della cosidetta *actio de arboribus succisis*. Si è svalutata questa testimonianza[39] affermando che Plinio non sarebbe sufficientemente attendibile, tanto più che il riferimento a '*iniuria*' non comparirebbe altrove nelle fonti che parlano di tale *actio*. Già il fatto che nelle Dodici Tavole con riguardo ad altri illeciti privati compaia il termine '*iniuria*' e che esso sia utilizzato ancora nella legge Aquilia depone a favore della testimonianza pliniana. Ma andiamo con ordine.

Pur con sfumature diverse, la gran parte della dottrina ritiene che un'azione civile contemplata nelle Dodici Tavole sarebbe stata sostituita da un'azione pretoria qualificata come *actio arborum furtim caesarum*[40]. Che questa sostituzione sia avvenuta e che ciò non abbia riguardato la mera sostituzione della pena di 25 assi con la pena del doppio del valore del danno subito è verosimile e richiama anzi quanto accaduto in tema di *actio iniuriarum* ove l'adeguamento della *clausula condemnatoria* (pure essa originariamente di 25 assi) alle esigenze della svalutazione monetaria fu l'occasione per una più profonda modifica di alcuni elementi qualificanti la stessa azione[41]. Anche nel caso della azione di taglio d'alberi, come in quello dell'*actio iniuriarum*,

37 Cfr. Cursi, *op. cit.*, p. 24 s.

38 Cfr. *Tab.* VIII.11 in «FIRA.», I, cit., p. 57 = Plin. *nat. hist.*, 17.1.1.7: '*cautum est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV*'.

39 Cfr. A. Flinieux, *L'action de arboribus succisis*, in «Studi P. Bonfante», I, Milano, 1930, p. 528 s. e p. 537, Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 63 ss., e Cursi, *op. cit.*, p. 274 nt. 6; si veda anche L. De Santi, *Caedere est non solum succidere: taglio di alberi*, *XII Tavole e D.47,7,5 pr. (Paul.9 ad Sab.)*, in «Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà», Milano, 2009, p. 147 e nt. 2.

40 Si vedano, fra i tanti, Flinieux, *op. cit.*, 525 ss., O. Carrelli, *I delitti di taglio di alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel diritto romano*, in «SDHI.», V, 1939, p. 327 ss., E. Kiessling, *Die actio de arboribus succisis im Lichte des PSI XI 1182*, in «Journal of Juristic Papirology», IV, 1950, p. 317 ss., e U. Brasiello, '*Actio de arboribus succisis*', in «NNDI.», I, Torino, 1957, p. 259 s.

41 Cfr. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, p. 1052; più in particolare si veda, fra i tanti, Wittmann, *Körperverletzung*, cit., p. 34 ss.

si dovette avere dunque, in conformità con quanto ritiene la prevalente dottrina[42], un allargamento della fattispecie sanzionata volta a garantire tutela a differenti ipotesi di taglio con la previsione all'interno dell'editto di ulteriori condotte delittuose[43]. Si dovettero inoltre rivedere le modalità di esecuzione della condotta, che peraltro, anziché per un dolo specifico, negato da Pedio e quindi da Ulpiano in D. 47.7.7.1, si dovette caratterizzare per la clandestinità del taglio. Il taglio *furtim* è piuttosto l'evoluzione del taglio non giustificato. Se è fatto di nascosto, vuol dire che non è autorizzato, vuol dire dunque che non se ne ha diritto, che è dunque *iniuria*. L'azione decemvirale sarebbe così caduta in desuetudine già nella prima epoca classica[44]. Proprio il fatto, che era stato previsto nella nuova azione pretoria l'avverbio '*furtim*', dovette dunque incentrare l'attenzione delle peraltro poche fonti in nostro possesso sulle modalità di compimento dell'illecito, piuttosto che sull'elemento psicologico. La sostituzione di '*furtim*' a '*iniuria*' spiega inoltre perché le fonti giuridiche commentino '*furtim*' e non più '*iniuria*'. A tutto questo va poi aggiunto, in favore della attendibilità della notizia di Plinio, che un processo analogo di superamento del riferimento ad '*iniuria*' si realizzò con il danno aquiliano, ove verso la fine della età repubblicana si assiste ad una sostituzione della espressione '*damnum culpa datum*' rispetto al più risalente '*damnum iniuria datum*', che tuttavia permane nella tradizione edittale. Ed è proprio questo il punto interessante: la sostituzione di '*iniuria*' con '*furtim*' lascia intendere che il termine decemvirale non era idoneo a esprimere l'elemento intenzionale di clandestinità che invece appare specificamente richiesto dalla disciplina pretoria, peraltro orientata più sulle modalità di esecuzione della condotta (*clam*, di nascosto) che su una precisa fissazione del grado di responsabilità. Non sfugge a questo punto la ben diversa disciplina prevista nella *lex Spoletina* a proposito del taglio del bosco sacro, e di cui parlerò fra breve, ove compare invece il riferimento a '*dolo sciens*' e dove l'elemento soggettivo apppare come elemento centrale della fattispecie[45].

Sembra dunque verosimile, da questa prima analisi del termine '*iniuria*', che il suo significato originario si riferisse alla antigiuridicità, vale a dire all'assenza del diritto a tenere un certo comportamento, e non coinvolgesse un riferimento a specifici criteri di responsabilità. Del resto, se così non fosse, sorprenderebbe semmai un esclusivo, originario riferimento, nel danno aquiliano, a ipotesi dolose di uccisione dello schiavo, quando già dall'epoca

42 Si veda De Santi, *op. cit.*, p. 148 s.

43 Cfr. De Santi, *op. cit.*, p. 164.

44 Cfr. E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin, 1922, p. 204.

45 Si veda *infra*, § 4.

regia era ben nota la distinzione fra omicidio commesso *dolo malo* ovvero *imprudens*.

'*Iniuria*' appare dunque come termine generico ampiamente utilizzato in età risalente per qualificare ogni comportamento non giustificato e come tale, laddove fosse fonte di pregiudizio, facoltizzante una reazione del privato offeso a tutela delle sue pretese vendicative/compensative.

4. È inoltre interessante osservare come per i casi di illecito privato – dove prima del sovrapporsi delle strutture cittadine vi doveva essere la reazione immediata, vendicativa, dell'offeso dall'illecito – siano essi il *damnum*, il *membrum ruptum*, l'*os fractum*, le *iniuriae*, ovvero il taglio di alberi, non si faccia riferimento ad una distinzione fra ipotesi di dolo o di colpa: la pena è infatti singolarmente sempre la stessa. Pure nel caso dell'antica fattispecie di *pauperies*, vale a dire il caso del danno provocato da animali imbizzarriti, non rilevava una indagine sulla colpevolezza del *dominus*. Si è tenuti sul semplice presupposto del verificarsi di un danno riconducibile, sotto il profilo causale, all'animale di cui si è proprietari. Per il furto l'impossibilità di una distinzione derivava dal carattere stesso (*invito domino*) della sottrazione.

Merita a questo punto ricordare quanto Aulo Gellio fa dire[46] a Cecilio Africano proprio con riguardo ad una ipotesi di '*rumpere*', certamente antesignana della disciplina aquiliana, quella del *membrum ruptum*, definito altrimenti '*iniuria atrocior*', e cioè *iniuria* più grave: '*Verum est, mi Favorine, talionem parissimam fieri difficillime. Sed decemviri minuere atque exstinguere volentes huiuscemodi violentiam pulsandi atque laedendi talione, eo quoque metu coercendos esse homines putaverunt neque eius, qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut, an prudens inprudensne rupisset, spectandum putarent aut talionem in eo vel ad amussim aequiperarent vel in librili perpenderent; sed potius eundem animum eundemque impetum in eadem parte corporis rumpenda, non eundem quoque casum exigi voluerunt, quoniam modus voluntatis praestari posset, casus ictus non posset*'; si sottolinea dunque come non si distinguesse volutamente fra un *rumpere* '*prudens*' o '*imprudens*', i decemviri decisero che non si dovesse indagare se la *ruptio* fosse stata provocata con o senza diligenza e dunque se essa fosse volontaria o involontaria. Si noti che qui l'alternativa non è fra dolo o colpa, bensì fra *prudens* o *imprudens*, il che presuppone l'affermazione di una responsabilità anche per danneggiamenti in cui manchi del tutto la volontà di cagionarli.

Perché questo? Perché, avrebbe risposto il giurista Africano, si doveva

46 Gell., *noct. Att.* 20.1.34.

usare eguale spirito ed eguale violenza nel reagire alla indebita aggressione subita. La originaria ammissione del taglione pure per il caso di *os fractum* – ulteriore precursore della norma aquiliana – così come sostenuto da Catone[47], sembra escludere, per analogia con quanto affermato in tema di *ruptio*, che anche per i casi rientranti in un *frangere* si facesse distinzione fra ipotesi dolose e colpose. Alla azione offensiva conseguiva, dalla notte dei tempi, la immediata reazione difensiva; l'intevento successivo della *civitas* mirava soltanto a sovrapporre procedure che non consentissero reazioni arbitrarie, esagerate e dunque socialmente inacettabili, soprattutto laddove l'offesa fosse giustificata. In questo contesto è normale che l'unico criterio di riferimento fosse la giustificatezza del comportamento ovverosia l'aver diritto a tenere quel comportamento lesivo. È di tutta evidenza che la presenza di una causa di giustificazione rendeva lecito il comportamento altrimenti sanzionato.

È per converso interessante osservare come in tutte le ipotesi di illecito pubblico compaia, ai fini della punibilità dell'atto, il riferimento all'elemento soggettivo: così per il caso di omicidio[48], così è anche per il caso di incendio[49], ma pure per il taglio di alberi nel bosco sacro a Giove, come si ricava dalla *lex Spoletina*[50]. Nella legge della colonia spoletina, a differenza di quanto si prevedeva a Roma per il taglio di alberi privati, si fa esplicito riferimento alla necessità di un *dolus malus* ('*scies … dolo malo*'), usando fra l'altro una espressione tipica del linguaggio giuridico romano arcaico ('*dolo sciens*' compare anche nel caso di omicidio secondo la ben nota legge di Numa)[51]. Qui l'accertamento del carattere doloso del comportamento era decisivo per comprendere se ci fosse o meno offesa alla divinità[52]. Una chiarificazione in questo senso ci viene da una *rogatio* '*de vere sacro vovendo*'

47 Si veda infatti Cato, *orig. fr.* 81 (*ap. Priscian. gramm.* 6.13.69, «Historicorum Romanorum reliquiae», *ed.* H. Peter, 1906-1914): '*si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*'.

48 Cfr. Fest. (Paul.), *verb. sign.*, sv. '*Parrici<di> quaestores*', 247 L.

49 Cfr. *Tab*. VIII.10, in «FIRA.», I, cit., p. 56 = D. 47.9.9.

50 Testo e relativa discussione in S. Panciera, *La lex luci Spoletina e la legislazione sui boschi sacri in età romana.*, in *Epigrafi, epigrafia, epigrafisti. Scritti vari editi e inediti (1956-2005) con note e complementi e indici*, I, Roma, 2006, p. 905 s.; si veda anche De Santi, *op. cit.*, p. 155 s. L'iscrizione è riportata, fra l'altro, in «CIL.», XI.2, 4766, p. 698 (cfr. p. 1374), e I.2, 366 p. 877 e 366.2872 p. 878 (cfr. p. 720 e 831).

51 Si veda infatti Fest. (Paul.), *verb. sign.*, sv. '*Parrici<di> quaestores*', 247 L.

52 Interessante quanto osserva J. Scheid, *Le délit religieux dans la Rome tardo-républicaine*, in «Le délit religieux dans la cité antique (Table ronde, Rome 6-7 avril 1978)», Rome, 1981, p. 140 s.: colui che avesse agito *dolo malo* veniva giudicato e sanzionato per aver violato regole di diritto pubblico.

del 217 a.C. testimoniataci da Livio[53]: se qualcuno avrà rotto (‘*rumpere*’) o ucciso (‘*occidere*’) ‘*insciens*’ un animale consacrato non vi sarà *scelus* e dunque non vi sarà pregiudizio.

L’intervento della *civitas* disciplina *ex novo* fattispecie che avevano un rilievo socialmente ampio: nei casi attratti nell’ambito pubblicistico non si tratta di limitarsi a contenere entro forme accettabili dalla comunità la reazione privata dell’offeso, originariamente avente natura di vendetta[54], ma di sanzionare con pene pubbliche assai severe un comportamento giudicato intollerabile per la intera comunità[55].

5. Con riguardo più specifico al danno aquiliano, mi sembra significativo che nella disciplina prevista dalla legge ai capi primo e terzo non si faccia riferimento a *dolus* o *culpa* – concetti già ben conosciuti (*dolus*), o quanto meno presupposti (*culpa*), proprio per il caso di omicidio e di incendio della casa – ma al più asettico ‘*iniuria*’; ed è altrettanto significativo che invece, a partire forse già da Labeone[56], al sintagma ‘*damnum iniuria datum*’ si sostituisse, nel linguaggio dei giuristi, ‘*damnum culpa datum*’, ove ‘*culpa*’ allude alla colpevolezza vale a dire alla riprovevolezza soggettiva, come requisito necessario, insieme con la sussistenza di un *damnum*, per l’esperibilità dell’azione aquiliana[57]. Questo è ancora più sorprendente se si pensa

53 Cfr. Liv., *urb. cond.* 22.10.5: ‘*Rogatus in haec verba populus: ‘Velitis iubeatisne haec sic fieri? Si res publica populi Romani Quiritium ad quinquennium proximum, sicut velim [vou]eamque, salva servata erit hisce duellis, quod duellum populo Romano cum Carthaginiensi est quaeque duella cum Gallis sunt qui cis Alpes sunt, tum donum duit populus Romanus Quiritium quod ver attulerit ex suillo ovillo caprino bovillo grege quaeque profana erunt Iovi fieri, ex qua die senatus populusque iusserit. Qui faciet, quando volet quaque lege volet facito; quo modo faxit probe factum esto. Si id moritur quod fieri oportebit, profanum esto, neque scelus esto. Si quis rumpet occidetve insciens, ne fraus esto. Si quis clepsit, ne populo scelus esto neve cui cleptum erit. Si atro die faxit insciens, probe factum esto. Si nocte sive luce, si servus sive liber faxit, probe factum esto. Si antidea senatus populusque iusserit fieri ac faxitur, eo populus solutus liber esto’*’.

54 Cfr. G. Valditara, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, p. 14 ss.

55 Non sembra dare invece rilievo alla differente disciplina di illeciti pubblici e privati con riguardo in specie alla diversa considerazione dell’elemento soggettivo, Corbino, *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, cit., p. 91 ss. che tratta alcuni casi di pubblica *occisio* e *ustio* in una con le ipotesi private disciplinate dalla *lex Aquilia*.

56 Labeone è quantomeno il più antico giurista citato che sembra usasse il sintagma ‘*damnum culpa datum*’: si veda Valditara, *Dalla iniuria alla culpa*, cit., p. 132.

57 Cfr. G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino, 2005, p. 36 s.

invece che nel secondo capo della legge, stando almeno a Gai., *inst.* 3.215, era espressamente previsto il riferimento alla *fraus* dell'adstipulante[58].

Vi è il sospetto che qualche variazione fosse nel frattempo intervenuta. Se la prospettiva fosse stata da subito quella della colpevolezza risulterebbe strano che non si sia parlato, già nella legge, di '*damnum culpa datum*'. Per converso, essendo già disciplinata fin da età regia l'ipotesi dell'omicidio *imprudens* dell'uomo libero, con la previsione di una sanzione sacrale a carico dell'omicida, dove l'uccisione dell'ariete sostituiva una originaria reazione vendicativa verso il colpevole, non è verosimile che nel caso di omicidio *imprudens* di uno schiavo nel III secolo a.C. non fosse prevista conseguenza alcuna per il responsabile.

Nella riflessione di Ulpiano contenuta in D. 9.2.5.1, '*culpa*' pare essere piuttosto un punto di arrivo. Nell'argomentare del giurista vi è invero una concatenazione logico-semantica che sembra tradurre l'evoluzione storica del concetto di '*iniuria*'; seguiamo invero i passaggi con cui Ulpiano esprime il significato di '*iniuria*': 1) '*damnum non iure datum*', ovvero danno cagionato senza averne diritto; 2) '*hoc est damnum contra ius*', cioè danno cagionato antigiuridicamente (è il profilo della antigiuridicità oggettiva); 3) '*id est culpa*', e pertanto colpevolmente (è infine il profilo della riprovevolezza del comportamento). '*Culpa*' appare non casualmente il punto di arrivo[59].

Una ulteriore notazione: sulla entità della pena non incide, nel *damnum iniuria datum*, come del resto in tutti i casi di illecito privato, e a singolare differenza di quanto avviene per tutti gli illeciti pubblici (omicidio, incendio della casa, taglio del bosco sacro), il carattere doloso o colposo del comportamento. Il che sembra già di per sé lasciar intendere che originariamente la distinzione fra intenzionalità della lesione e negligenza non rilevasse.

Per stabilire se il comportamento è stato tenuto *imprudens* o *dolo sciens* occorre inoltre un accertamento. È interessante notare che nel *damnum iniuria datum* si ha un caso di *manus iniectio pro iudicato*, vale a dire senza giudizio di accertamento della responsabilità, laddove non vi sia contestazione. Si punisce in via esecutiva senza procedersi all'accertamento del dolo o della colpa dell'autore del danno.

Ma cosa comportava la *manus iniectio* originariamente? Era la stilizzazione di una più antica reazione violenta, immediata e diretta, era dunque la stilizzazione del «mettere le mani addosso». Quindi a prescindere dall'ac-

58 Si rovescia dunque *a contrario* il ragionamento a favore di una risalenza originaria del criterio della *culpa* per il *damnum* contemplato nei capi primo e terzo della legge, fatto da Corbino, *op. ult. cit.*, p. 99.

59 P. Ziliotto, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova, 2000, 40, a proposito di D. 9.2.5.1, rileva giustamente «un salto logico tra la spiegazione del termine *iniuria* rispettivamente come *non iure* e come *culpa*».

certamento della intenzionalità, malvagità, ovvero *imprudentia*, originariamente si mettevano le mani addosso al responsabile. Ciò è ben testimoniato nelle fonti[60].

È significativa a questo punto la scelta dei *verba* qualificanti il danno aquiliano. I Romani già conoscevano il senso ampio di '*necare*'[61], eppure nella *lex Aquilia* usano '*occidere*'. Si tratta di atti che presuppongono un'azione violenta che di per sé implica una intromissione *non iure* nella sfera altrui e sembra prescindere dalla valutazione dell'elemento psicologico. Si tratta, come è stato ben sottolineato dallo Schipani, di comportamenti «a forma vincolata»[62]. Proprio il ricorso al criterio della materialità della lesione, ad un principio certamente rozzo di causalità immediata e diretta, presuppone la assenza di un ragionamento originario circa l'elemento psicologico. Come ebbi a notare[63], la giurisprudenza tende «a confondere la interpretazione del criterio della materialità della lesione con riferimenti alla esistenza o meno della *culpa*», dimostrando un legame stretto fra l'evoluzione nella individuazione di un nesso di causalità fra azione ed evento dannoso e la considerazione dell'elemento soggettivo. Questo legame è ben rappresentato nel commento di Ulpiano al lemma '*occisum*' contenuto nel libro XVIII *ad edictum* «dove la commistione fra i due concetti del *damnum corpore datum* e del *damnum culpa datum* è evidente»[64]. E Pernice[65], con grande lucidità, osservò come la *culpa*, quale criterio di responsabilità nel danno aquiliano, abbia come sua premessa il superamento del requisito della fisicità del danno (*damnum corpore datum*), poiché la violenza della condotta richiesta dalla legge sarebbe in contraddizione logica con l'indagine sulla colpevolezza.

L'irrilevanza che per danno aquiliano hanno gli atti omissivi[66] si spiega proprio con la necessità della evidenza immediata del nesso causale fra comportamento del danneggiante ed evento di danno per rendere certa e incontestabile la responsabilità. È evidente la incompatibilità di questa impostazione con un rilievo della colpevolezza ai fini della punibilità.

---

60 Esemplare in questo senso è Gai., *inst*. 4.21.

61 Cfr. Valditara, *op. ult. cit.*, p. 19 ss. e p. 20, in particolare.

62 Cfr. Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 46 ss.

63 Cfr. Valditara, *Dalla iniuria alla culpa*, cit., p. 137.

64 Cfr. Valditara, *Dalla iniuria alla culpa*, cit., p. 137.; si veda altresì P. Ziliotto, *op. cit.*, p. 42 ss. e 46 ss.

65 Cfr. A. Pernice, *Labeo*, II.2.1 (1ste Auflage 1873), Aalen, rist. 1963, p. 60 s.

66 Sulla irrilevanza degli atti omissivi per danno aquiliano si veda, recentemente, Corbino, *op. cit.*, p. 145 ss. Sul significato di tale irrilevanza si veda da ultimo Valditara, *Dalla iniuria alla culpa*, cit., p. 142.

Un criterio siffatto, che non richiede una valutazione dell'elemento psicologico, appare del resto ben in linea con un contesto, quale per esempio quello decemvirale, in cui si afferma il concetto di '*iniuria*', ove il formalismo rende irrilevante la *voluntas*. Come dalla pronuncia di *certa verba* e dal compimento di *certa gesta* derivavano conseguenze giuridiche, vincoli e responsabilità, così dal legame immediato e diretto fra atto del danneggiante ed evento dannoso nasce la soggezione alla pena. E parimenti non si dimentichi che fino all'epoca di Aquilio Gallo, vale a dire appena qualche decennio dopo Quinto Mucio, il dolo era del tutto irrilevante negli antichi negozi di *ius civile*. E non sfugge nemmeno che la diffusione di un concetto più ampio di uccisione, come '*causam mortis praestare*', svincolato dalla corporeità e dalla diretta e immediata causalità del danneggiamento, si afferma solo dopo l'acquisizione del concetto di '*culpa*'.

6. Nelle fonti appare invece *iure* il danno cagionato in presenza di una causa che giustifichi il danno, in particolare l'esercizio di un diritto rende *iure* il danno cagionato. *Iniuria* presuppone così la assenza di una causa di giustificazione.

Parimenti interessante è poi che la giurisprudenza nel commento del lemma *iniuria*, in ambito aquiliano, pensi alla ingiustificatezza del comportamento come esempio distinto rispetto al profilo della sussistenza della *culpa*. La presenza di una causa di giustificazione, nella specie la legittima difesa, come causa escludente la *iniuria*, è trattata da Ulpiano e verosimilmente già da Gaio[67] prima del problema della colpevolezza. Così non è invece oggi dove le cause di giustificazione sono rappresentate come cause di esclusione dell'elemento soggettivo ovverosia come cause di esclusione della colpa.

Che il punto di partenza fosse il profilo della antigiuridicità ('*non iure datum*') e non quello della colpevolezza ('*culpa datum*') è indicato non solo dal carattere più tardo che sembra avere l'espressione '*damnum culpa datum*', e dal fatto che nel commento al lemma '*iniuria*' il tema delle cause di giustificazione venisse trattato prima di quello della colpevolezza, ma anche dal fatto che gli esempi più antichi in tema di *iniuria* presuppongono sempre una discussione sulla giustificatezza del comportamento: così è per D. 9.2.31[68], che riporta un passo di Quinto Mucio, così ancora per D. 9.2.39.

67 Cfr. infatti O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, II, c. 522., n. 613, a proposito di Ulpiano, e I, c. 205-206, n. 183-187, a proposito di Gaio.

68 '*Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per*

pr.[69], sempre di Quinto Mucio, in tema di esercizio di un diritto; così in D. 9.2.52.1[70], con riguardo alla legittima difesa, e in D. 9.2.52.4[71], con riferimento all'attività sportive, di Alfeno; così pure in D. 43.24.7.4, relativo all'atto del magistrato e allo stato di necessità, come cause di giustificazione, dove sono citati i pareri di Aquilio Gallo e Servio[72].

La *culpa* sembra anzi affiorare proprio come riflessione sul malfunzionamento di una causa di giustificazione: l'esercizio di un diritto in D. 9.2.31 e D. 9.2.39.pr., la legittima difesa nel caso trattato da Alfeno Varo in D. 9.2.52.1, l'attività sportiva, che pure scrimina ove non vi sia *culpa*, in D. 9.2.52.4[73]. È interessante fra l'altro la precisazione di Paolo in D. 9.2.31 che

---

publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit'.

69 '*Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse*'.

70 '*Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri*'.

71 '*Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit: quaerebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest. Respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum*'.

72 '*Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: ' quod incendii defendendi causa factum non sit?' Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam: si pervenisset, absolvi eum oportere. idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus. quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere labeo ait*'.

73 Si veda anche D. 9.2.7.4: '*Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit,*

riferisce specificamente il parere di Quinto Mucio ad un caso di *occisio in privato*, vale a dire giusto ad un caso di azione conseguente all'esercizio di un diritto[74].

In questo contesto si può supporre che il ricorso alla indagine dell'elemento psicologico servisse proprio a riaffermare la responsabilità del danneggiante limitando l'applicazione della causa di giustificazione presupposta dal termine '*iniuria*', inteso nel senso di '*non iure*'.

Peraltro, è paradigmatico che l'intera materia dell'*iniuria* e, conseguenzialmente, della *culpa*, sia introdotta da Ulpiano[75] mediante l'esempio di una causa di giustificazione per eccellenza: la legittima difesa.

Proprio la possibilità di contestare la responsabilità, pur con il rischio di una condanna al *duplum*, dovette dare spazio nella disciplina aquiliana alle cause di giustificazione. Pertanto, le cause di giustificazione appaiono di fatto come lo strumento con cui negare la responsabilità nell'applicazione della *lex Aquilia.*

Se tutto questo è vero, significa che in origine si rispondeva senza una valutazione dell'elemento soggettivo, bastava la concretizzazione di un danno alla proprietà: dunque definiremmo oggi come «oggettivo» quel tipo di responsabilità. Ciò non deve stupire, appare anzi conforme con quanto avveniva per esempio nell'antico diritto germanico: nell'editto del longobardo Rotari[76], l'omicidio casuale comportava il pagamento del guidrigildo, ovverosia di una somma di carattere risarcitorio, anche se impediva la faida per

---

cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat'.

74 Sembra dunque confermarsi la genuinità del riferimento alla *culpa*, per la *occisio in privato*, già in Quinto Mucio, anche se la successiva definizione di '*culpa*' non appare riferibile al giurista repubblicano: sul punto si veda per tutti Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., 133 ss. e 148, in particolare; si veda più recentemente per le diverse opinioni sul punto L. Rodriguez-Ennes, *Contribucion a una nueva hipotesis interpretativa de D.9.2.31,* in «Estudios J. Iglesias», II, Madrid, 1988, 1055 ss.

75 '*Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur*'. Il caso era già trattato da Gaio in D. 9.2.4.pr.: '*Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*'; si veda anche D. 9.2.4.1: '*Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aeque cum clamore testificetur*'.

76 *Edict. Roth*. 387 (*ed.* F. Bluhme, Monumenta Germaniae Historica», Hannover, 1868).

la assenza di volontà; così pure nello *Speculum Saxone*[77] compaiono ipotesi di responsabilità oggettiva e fra l'altro proprio i casi della responsabilità del minore e dell'insano di mente.

7. Perché dunque nel *damnum iniuria datum* si rispondeva, in origine, ogniqualvolta non vi fosse una causa di giustificazione, a prescindere dalla valutazione dell'elemento soggettivo? La risposta si trova da una parte nel ragionamento di Cecilio Africano a proposito della assenza di riferimenti a valutazioni sull'elemento psicologico nel caso della *ruptio* (e della *fractio*) decemvirale, dall'altra nella esperibilità immediata della *manus iniectio pro iudicato*, vale a dire senza procedimento di accertamento: vi era stata una invasione ingiustificata della sfera del *dominus*, vi era stato un danno *sine iure* alla proprietà, elemento costitutivo del potere sovrano del *pater*[78], vero e proprio signore di una comunità sovrana, la *familia*[79]. La proprietà non poteva essere in alcun modo pregiudicata. Non si poteva tollerare qualsiasi interferenza *sine iure* nella sfera del proprietario. Dalla lesione ancorché incolpevole dei beni altrui sorgeva in via retributiva il potere di ristabilire l'equilibrio violato, in un'ottica che discende dalla *vindicta*, come regime originario dei conflitti fra privati[80], e che fuoriesce per sua stessa natura dalla valutazione dell'elemento psicologico. Affiora un'analogia con la reazione della comunità cittadina ad un'aggressione al suo territorio.

Con la tipizzazione delle cause di giustificazione, con l'emergere dell'elemento volontaristico, e il suo affermarsi sull'antico rigido formalismo, con lo svilupparsi dei commerci e l'inquadramento della proprietà in una logica di circolazione di beni e di scambi, con l'esigenza di sanzionare specificamente i comportamenti contro buona fede (l'*exceptio doli* è non di molto posteriore alle riflessioni di Quinto Mucio sull'abuso di una causa di giustificazione), con la considerazione del carattere penale dell'azione aquiliana (la *poena* richiede *culpa*), l'essere causa di un danno non giustificato non basta più, occorre verificare se ci sia anche volontà e/o negligenza.

Questo indirizzo in tema di danni aquiliani (non così nel caso di *effusum vel deiectum* dove prevalevano non irrilevanti valutazioni di carattere sociale), rimarrà ben fermo per 1700 anni per commentatori e trattatisti di

77 *Spec. Sax*. 2.65.3 (*ed*. C.R. Sachse, Heidelberg, 1848).

78 Sul particolare rilievo della proprietà nella società romana arcaica e sul ruolo del *dominus/erus*, si vedano le sempre attuali considerazioni di L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, p. 417 ss.

79 Sul ruolo politico del *pater* e sulla *familia* come comunità politica si veda G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, p. 3 ss.

80 Cfr. Valditara, *Riflessioni sulla pena*, cit., p. 9 ss.

diritto comune. Bene sintetizza il Rotondi[81]: fra i cultori del diritto comune, commentatori e trattatisti, «la colpa è requisito imprescindibile e la colpa va qui intesa come *culpa levissima*, nella nota antitesi con la *culpa lata* e con la *culpa levis*». Basti solo ricordare lo Stryk: «*amplissimus (usus tituli) est, cum omnium damnorum reparatio ex hoc petatur, si modo ulla alterius culpa doceri possit*»[82] o il Grotius: «*Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarciatur*»[83]. La centralità della *culpa* ispirerà innanzitutto il codice Napoleone[84], che sarà poi il modello dei codici ottocenteschi non di area germanica[85].

8. Nel 1700, tuttavia, un giurista e filosofo tedesco, il Thomasius, introdurrà nel dibattito scientifico un diverso orientamento. La sua opera principale, *Larva legis Aquiliae*, è stata recentemente ripubblicata, con traduzione in inglese, da Margaret Hewett[86], con un commento molto puntuale di Reinhard Zimmermann. Già Rotondi[87] aveva sottolineato il carattere rivoluzionario della prospettiva del Thomasius.

Quali sono i punti qualificanti? Per comprenderli meglio occorre partire intanto da alcune riflessioni di Pufendorf che ebbe una influenza decisiva sul pensiero del Thomasius[88]. Già il Pufendorf aveva posto l'accento sul princi-

81 Cfr. Rotondi, *op. cit.*, p. 245.

82 Così S. Stryk, *Usus modernus pandectarum*, in *Opera omnia*, Firenze, 1837, Lib. IX, Tit. II, § 1.

83 Cfr. H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amsterdami, 1631, Lib. II, Cap. XVII, I.

84 Cfr. art. 1382 – «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer» – e art. 1383: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence».

85 Si vedano per esempio gli art. 1131 e 1132 del codice civile italiano del 1865, che del modello francese sono una traduzione letterale; in senso simile si veda anche, per esempio, l'art.1902 del codigo civil spagnolo del 1889.

86 *Larva legis Aquiliae. The Mask of the Lex Aquilia torn off the Action for Damage done. A legal Treatise by Christian Thomasius (1655-1728)*, Edited and translated by M. Hewett, With an essay 'Christian Thomasius, the Reception of Roman Law and the History of the Lex Aquilia' by Reinhard Zimmermann, Oxford-Portland (Oregon), 2000.

87 Cfr. Rotondi, *op. cit.*, 261 ss.

88 Si veda F. Grunert, *The Reception of Hugo Grotius's De Jure belli ac pacis in the Early German Enlightenment*, in «Early Modern Natural Law Theories: Contexts and Strategies in the Early Enlightenment», Dordrecht, 2003, p. 96. Sui rapporti di Thomasius con Pufendorf, si veda già G. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato:*

pio generale del '*neminem laedere*' ulpianeo[89]. Centrale è la finalità ravvisata dal Pufendorf: «*Ut ne quis alterum laedat, utque si quod damnum alteri dederit, id reparet*»[90], che ha a fondamento anche una profonda esigenza morale: non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te[91]. Interessante è poi constatare come per il Pufendorf si affacci una responsabilità oggettiva laddove si sia tratto vantaggio dal danno ad altri cagionato[92]. La prospettiva da cui parte il Thomasius, già nella sua prima opera, le *Institutiones*, è dunque non casualmente il divieto generale del '*neminem laedere*'. Da ciò discende che il danno debba essere comunque risarcito[93]. Non rileva che il danno sia stato cagionato intenzionalmente, con negligenza ovvero per puro caso[94]. Sarebbe infatti equo, e anche giusto risarcire un danno che si è verificato per accidente, non solo dunque perché si ristabilisce così una posizione di equilibrio (*aequum*), ma anche perché è conforme a morale (*justum*)[95]. Per converso il Thomasius afferma che il danneggiato non deve avere in alcun modo contribuito alla causazione del danno[96].

A questo proposito il Thomasius fa un interessante richiamo[97] ad un più ampio dovere di solidarietà morale («*pium et humanum est*») che ci obbliga a venire in soccorso di coloro che, pur non essendo stati da noi danneggiati, abbiano subito perdite economiche, versino in sostanza in uno stato di miseria. Così a maggior ragione noi dovremmo dare un *solatium* (una consolazione) a coloro che per causa nostra abbiano subito un danno.

---

l'idea individuale, I Torino, 1911, p. 74 s. Si veda anche T. Kiefer, *Die Aquilische Haftung im «Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten» von 1794*, Pfaffenweiler, 1998, p. 106.

89 Cfr. D. 1.1.10.1.

90 Cfr. S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, editio nova, Frankfurt a.M., 1694, III, I, I. Si veda B. Kupisch, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, in «La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica», Torino, 1995, p. 125 ss., Kiefer, *Die Aquilische Haftung*, cit., p. 83 ss., e Cursi, *Iniuria cum damno*, cit., p. 52 s.

91 Si veda Zimmermann, *Christian Thomasius, the Reception of Roman law*, cit., p. 65.

92 Cfr. Pufendorf, *De jure*, cit., III, I, VI, su cui Kupisch, *op. cit.*, p. 130.

93 Cfr. C. Thomasius, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, Francofurti-Lipsiae, 1688, II, V, 6, 11, 20, 21, 34.

94 Così anche Thomasius, *Larva legis Aquiliae*, cit., IV.

95 Cfr. Thomasius, *op. ult. cit.*, IV.

96 Cfr. Thomasius, *ibid.*: «*Nam quicquid sit de imputatione ex dolo et negligentia, sufficit, quod ego damnum dederim, dominus vero ad illud nec physice nec moraliter concurrerit*».

97 Cfr. Thomasius, *ibid.*

Fa quindi il caso[98] di colui che tenga in mano un bicchiere altrui: improvvisamente succede qualcosa che spaventa non solo colui che regge il bicchiere, ma anche il proprietario di casa. Egli è così spaventato che il bicchiere gli cade di mano e si rompe. Di certo non aveva alcuna intenzione di rompere il bicchiere e nessuna negligenza gli può essere imputata, ma chi dovrebbe sopportare quella perdita? La riparazione dovrebbe essere divisa a metà? No, risponde Thomasius, deve provvedere colui che lo reggeva, dal momento che ha preso il bicchiere nelle sue mani, se non lo avesse preso non si sarebbe rotto. È lo stesso criterio che sta alla base del detto popolare «chi rompe paga», che si fa carico, nelle dinamiche del piccolo commercio, delle conseguenze, senza una valutazione della responsabilità. Il richiamo all'*aequitas* allude alla necessità di ristabilire un equilibrio alterato. Per lo stesso motivo è più equo che la mia negligenza danneggi me e non un altro. E d'altro canto, secondo il Thomasius[99], così come molti accadimenti vantaggiosi, senza alcun mio merito, mi favoriscono, è pure equo che io sopporti le disavventure che accadono senza mia colpa.

Il Thomasius aggiunge una ulteriore considerazione[100]: ho preso il bicchiere per una mia curiosità, l'ho preso per un mio piacere ovvero per un mio interesse, è giusto che io di questa innocente curiosità debba anche soffrire le conseguenze. La motivazione accolta richiama il principio del '*cuius commoda eius et incommoda*'. Da ciò si dovrebbe peraltro dedurre che, per esempio, il medico che abbia cagionato accidentalmente un pregiudizio ad un paziente non debba tuttavia rispondere, posto che si è introdotto nella sfera altrui nell'interesse del paziente.

A fondamento della impostazione del Thomasius si possono ravvisare, formulati esplicitamente o ricavabili implicitamente, quattro principi: 1) un generale criterio del '*neminem laedere*', che obbliga a risarcire chi abbia violato in qualunque modo i beni altrui; 2) un principio solidaristico che obbliga a farsi carico di chi versa in condizioni di bisogno; 3) un principio che porta ad una comparazione degli interessi in gioco e che risponde al criterio della ripartizione degli *incommoda* in funzione dei benefici coinvolti; 4) la necessità di rispettare il valore equità, ristabilendo l'equilibrio violato.

L'azione che Thomasius aveva in mente e che era in uso nei tribunali tedeschi deriverebbe dunque dallo *ius naturae* ovvero dallo *ius gentium*, e sarebbe soltanto risarcitoria, proprio perché non intende punire una condotta

98 Cfr. Thomasius, *op. ult. cit.*, IV.

99 Cfr. Thomasius, *op. ult. cit.*, III.

100 Cfr. Thomasius, *op. ult. cit.*, IV: «*Quam innocens igitur sit curiositas mea, mea tamen est, non domini vitri*».

moralmente disdicevole[101]. Solo i delitti commessi con intenzione richiedono una punizione, e in misura minore laddove vi sia solo una certa negligenza[102]. Questa azione discende dalla proprietà e così come quando qualcuno possiede un mio bene io non chiedo altro che una '*vindicatio substantiam rei eiusque fructus*', così pure se la sostanza del mio bene sia stata lesa ovvero se sia stato impedito un certo lucro, io non posso che chiedere il valore del bene e la stima del guadagno perso[103]. Nessuna somma corrispondente ad una punizione di un misfatto mi è dovuta, perché nessun misfatto ha da essere punito. In questo dunque è evidente la differenza fra siffatta azione di risarcimento che deriva dall'equità ed è conforme allo *ius gentium*, e l'azione aquiliana, che intende invece punire un *maleficium*[104]. La prima sarebbe una *actio ex aequitate*, la seconda è un'azione penale che non a caso consente la liquidazione di una somma superiore al danno effettivamente subito, grazie al '*plurimi*', laddove l'*actio ex aequitate* non consente alcuna altra liquidazione oltre a ciò che si sia effettivamente sofferto. Insomma l'azione *ex aequitate* sulla responsabilità extracontrattuale non impone pene per sanzionare condotte moralmente disdicevoli, ma è diretta ad una equa e giusta distribuzione della perdita prodottasi[105]. Ciò comporta la sostanziale irrilevanza dell'elemento soggettivo.

Da qui per il Thomasius discende che un indennizzo debba essere pagato anche laddove il danno sia stato cagionato da persona insana di mente ovvero da un minore che non abbia chi possa rispondere per lui[106]. Se è vero infatti che l'azione di danni è concessa *iure gentium* laddove il danno sia stato cagionato *iniuria*, proprio il termine '*iniuria*' giustifica siffatta estensione poiché significa '*quod non fit iure*', e cioé l'assenza di un diritto a cagionare il danno, e certamente una persona insana di mente o minore di età non ave-

101 Cfr. Thomasius, *op. ult. cit.*, XII.

102 Così Thomasius, *ibid.*: «*poenam vero sola delicta dolo data requirunt, certe negligentia minimi gradus, qualis tamen ab hac actione non excusat, omnem poenam respuit: qua ex ratione Dominus damnum patiens posset poenam ab altero exigere?*».

103 Cfr. Thomasius, *ibid.*

104 Si veda sul punto Kupisch, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, cit., p. 140 s. L'azione aquiliana sarebbe dunque una *larva*, una maschera che copre il vero volto dell'azione di risarcimento.

105 Cfr. Zimmermann, *Christian Thomasius*, cit., p. 67.

106 Cfr. Thomasius, *op. ult. cit.*, LXII. Sulla influenza decisiva di questa soluzione del Thomasius sulla legislazione austriaca si veda H.P. Benhör, *Ausservertragliche Schadensersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtslehren und kodifikationen*, in «ZSS.», LXLIII, p. 233 ss. e 237 ss.

va diritto a cagionare il danno[107].

L'ammissibilità dell'azione di danni contro persone irresponsabili sarà riconosciuta poi anche da Kant e da Zeiller[108]. Questo indirizzo sarebbe in qualche modo conforme all'antico diritto tedesco per cui se pazzi e impuberi sono esentati dalla pena, non lo sono dall'obbligo del risarcimento[109].

In questo contesto, Thomasius, prendendo tuttavia atto che nelle *leges gentium*, cioé nel diritto positivo, si concede un'azione di danno solo contro colui che si è comportato in modo colpevole, arriva ad affermare che il danneggiato debba solo provare il nesso di causalità fra l'azione del danneggiante e il danno: «*Porro Jure Gentium in actione de damno dato nihil probandum est ulterius, quam quod reus damnum dederit*»[110]. Ne deriva che spetta al convenuto provare di aver causato il danno in modo incolpevole[111]. È l'antesignano storico della presunzione di colpa operata da molti ordinamenti moderni per casi particolari[112].

9. Come è stato scritto[113], «Il grandioso movimento di codificazione che si inizia nella seconda metà del secolo XVIII e che culmina nei tre codici – Prussiano, Austriaco e Francese – ha le sue immediate radici nel giusnaturalismo che dominava allora in tutte le scuole e informava di sè tutta la elaborazione dogmatica e la applicazione pratica del diritto comune». Sennonché mentre la codificazione francese risente della influenza del Grotius[114], e rimane ben ancorata al criterio della responsabilità per colpa (esemplare è l'art. 1383 del *code Napoleon*), la codificazione prussiana ed austriaca sono in

107 Cfr. Thomasius, *op. ult. cit.*, IX. Si veda su questo punto G.P. Massetto, '*Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*', in «ED.», XXXIX, Milano, 1988, p. 1165.

108 Cfr. Rotondi, *op. cit.*, p. 264, e Massetto, *op. cit.*, p. 1165. F. von Zeiller, *Das natürliche Privatrecht*, Wien, 1819, § 179, in particolare, evidenzia il parallelismo con il diritto di difesa e di prevenzione contro coloro che agiscono involontariamente: siccome è legittimo difendersi anche contro le aggressioni dei folli e dei minori e siccome l'offesa alla mia proprietà dura finché non sia stata rimessa in pristino, così mi spetta il diritto al risarcimento. Si veda anche nota 119.

109 In questo senso già l'editto del re longobardo Rotari (c. 387) prevedeva l'obbligo del pagamento del guidrigildo pure nel caso di omicidio accidentale.

110 Cfr. Thomasius, *Larva legis Aquiliae*, cit., VIII.

111 Cfr. Kupisch, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, cit., p. 141.

112 Cfr., ad esempio, «BGB.», § 831, e Codice Civile art. 2048.3, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054.1, 2054.2.

113 Cfr. Rotondi, *op. cit.*, 267.

114 Cfr. Rotondi, *op. cit.*, p. 272, e Massetto, *op. cit.*, p. 1165 ss.

parte debitrici delle idee del Thomasius[115]. Basti dire del resto che la scienza giuridica prussiana si svolge intorno alla università di Halle dove dal 1694 aveva insegnato il Thomasius «esercitandovi una influenza profondissima e duratura»[116].

Non di meno lo Zeiller, che ebbe un ruolo decisivo nella redazione del codice austriaco[117], era un seguace della dottrina giusnaturalistica della responsabilità oggettiva («Erfolghaftung») per cui il diritto al risarcimento si fonda non sull'ingiustizia del comportamento del danneggiante, quanto sul diritto del danneggiato ad essere comunque ristorato[118], di veder cioè ristabilita, «riparata», la propria posizione.

Non casualmente, dunque, nel codice austriaco del 1811 il titolo del capo trentesimo fa riferimento al diritto al risarcimento del danno, laddove nel precedente progetto approvato da Maria Teresa si intitolava ancora «della colpevolezza». Parimenti, se la responsabilità per colpa è ancora il paradigma, tuttavia il paragrafo 1310 prevede il risarcimento del danno cagionato da incapaci[119] e la riforma del 1916, coerentemente con questo indirizzo, ha ulteriormente aggiunto il risarcimento pure per le ipotesi in cui il danno sia stato cagionato in stato di necessità[120]. È anche interessante osservare come

---

115 Cfr. Rotondi, *op. cit.*, p. 268 ss.; si veda ora, per tutti, M.J. Rainer, *Das römische Recht in Europa: Von Justinian zum BGB*, Wien, 2012, *passim*, in particolare 223 ss.

116 Così Rotondi, *op. cit.*, p. 268. L'«ALR.» prussiano fu concepito sotto l'influsso del diritto naturale, «Un monumento legislativo, frutto di quasi un secolo di lavoro» «iniziato nel 1713, prima sotto la direzione di Ch. Thomasius e, dal 1738, di Samuel Cocceius»: così Cannata, *Qui prior vindicaverat*, cit., p. 282.

117 Cfr. Zeiller, *Das natürliche Privatrecht*, cit., §§ 178-179. Si vedano sul punto Rotondi, *op. cit.*, p. 271, Massetto, *op. cit.*, p. 1165, e Rainer, *op. cit.*, p. 238 ss.

118 Si vedano anche F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano, 1980, p. 512 ss., T. Mayer Maly, *Zeiller, das ABGB und wir*, in «Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs und Wissenschafsgeschichte», a cura di W. Selb-H. Hofmeister, Wien-Graz-Köln, 1980, p. 8 s., Massetto, *op. cit.*, p. 1170 ss., e Valditara, *Dalla iniuria alla culpa*, cit., p. 143.

119 Si veda al riguardo l'interessante e articolato commento di F.X. Nippel von Weyerheim, *Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses*, Gratz, 1830-1839, trad. it. *Commento sul codice civile generale austriaco con ispeciale riguardo alla pratica*, Pavia, 1836, p. 130 ss.

120 Relativamente alla ipotesi della responsabilità dell'incapace lo Zeiller ne giustifica il carattere oggettivo sostenendo che, così come il diritto di difesa e di prevenzione sono legittimi anche contro chi agisce senza una volontà colpevole, come i fanciulli, i dementi, i sonnambuli, allo stesso modo, perdurando l'offesa alla proprietà del danneggiato e finché non sia reintegrata nel pristino stato, spetta al danneggiato il diritto di essere risarcito con i

il paragrafo 1306 dell'«ABGB.» sottolinei come «in der Regel» non si sia tenuti a risarcire il danno laddove lo si sia cagionato senza colpa. La espressione «in der Regel» lascia aperta la via alle eccezioni[121].

Analogamente il codice prussiano prevedeva la responsabilità di pazzi e minori purché non fosse possibile ottenere il risarcimento dalle persone tenute a provvedere a loro. Misure analoghe sono previste anche nel codice svizzero del 1911[122].

Non diversamente il «BGB.» prevede al paragrafo 829 un obbligo di risarcimento «per motivi di equità» laddove il danno sia stato cagionato da soggetti irresponsabili. È chiara l'influenza dell'*actio ex aequitate* risalente al Thomasius[123]. Peraltro nei lavori preparatori del codice tedesco si era manifestata l'intenzione di estendere la regola dell'obbligo di risarcimento a tutti i casi in cui si ravvisasse una responsabilità del danno cagionato pur in mancanza di colpa, responsabilità, dunque, di tipo oggettivo, che venne tuttavia alla fine scartata[124].

Giungendo a conseguenze potenzialmente ancora più profonde, anche se sviluppate all'interno della tradizione romanistica, il Venezian[125] arrivava a

---

beni del danneggiante: si veda Zeiller, *Das natürliche Privatrecht*, cit., § 179; sul punto si veda recentemente, Cursi, *op. ult. cit.* p. 173 nt. 33.

121 Si veda Cursi, *op. ult. cit.*, p. 172.

122 Cfr. *Legge federale di complemento del Codice civile svizzero. Libro quinto: Diritto delle obbligazioni*, Art. 52.2 (cito il testo italiano): «Chi mette mano alla cosa altrui per sottrarre sé od altri ad un danno o pericolo imminente, è obbligato a risarcire il danno secondo il prudente criterio del giudice»; Art. 54.1: «Per motivi di equità il giudice può condannare anche una persona incapace di discernimento al risarcimento parziale o totale del danno da essa cagionato».

123 Si veda recentemente sull'influenza del diritto naturale e del Thomasius sulla storia della codificazione tedesca I. Ebert, *Pönale Elemente in Deutschen Privatrecht. Von der Reinassance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tubingen, 2004, *passim* e p. 99 ss.

124 La Seconda Commissione per la redazione del «BGB.» avrebbe voluto estendere la regola prevista (si veda § 829) a proposito dell'obbligo risarcitorio a carico dell'incapace quando l'equità lo esiga, a tutti i casi di responsabilità per mancanza di colpa. La restrizione di questa responsabilità oggettiva al solo caso degli incapaci fu voluta dal Bundesrat; fu respinto il tentativo di sostituire al principio della colpa il cosiddetto «Veranlassungsprinzip», osservando che esso non sarebbe affatto una particolarità del diritto tedesco, come sostenuto da coloro che erano tributari di certa tradizione giusnaturalistica, ma un fenomeno proprio di tutti i diritti di civiltà inferiore: si veda sul punto Rotondi, *op. cit.*, p. 281 e nt. 4, con citazione degli opportuni riferimenti. È peraltro interessante osservare come il «BGB.» non abbia enunciato un principio generale di responsabilità per colpa, pur prevedendo una serie di disposizione speciali che si riconducono al principio della responsabilità per colpa.

125 Cfr. G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (1884-1886), in *Opere*

considerare «il punto di vista della responsabilità obbiettiva» non estraneo alle fonti romane[126]. Come è stato lucidamente osservato[127], in «un momento in cui il processo di industrializzazione si sviluppa in Italia, e si moltiplicano le occasioni di danno, si avvia un dibattito per il superamento del principio della responsabilità per colpa». Ed è proprio partendo da questi ragionamenti che il Coviello nel suo lavoro su *La responsabilità senza colpa* così scriveva[128]: «Qual meraviglia se per il prodigioso moltiplicarsi di ardite industrie, per l'impiego di macchine ognor crescente, per l'uso delle cieche ma possenti forze naturali, assoggettate all'uomo, sono oggi così frequenti i grandi danni», e proprio come nella prospettiva di certo giusnaturalismo tedesco anche per questa corrente giuridica italiana la tendenza era dunque quella che «nella società attuale» questi danni si ripartiscano «tra più»[129]. Accanto alla responsabilità per colpa deve dunque stare la responsabilità senza colpa «non in rapporto di subordinazione, come d'eccezione a regola, ma coordinate fra loro» e «indipendenti«»[130]. Semmai il problema era come conciliare il criterio generale espresso dall'art. 1151 del codice del 1865, senz'altro nel senso della responsabilità per colpa, con queste nuove esigenze, interpretando eventualmente nel senso della responsabilità oggettiva le varie ipotesi di responsabilità per «fatto non proprio» di cui agli articoli 1153 e 1154[131].

Il punto di vista del Venezian è ben riassunto in queste parole[132]: «le applicazioni della responsabilità nel diritto romano non sono solidamente appoggiate sul principio della responsabilità oggettiva. Ma tanto meno appariscono informate al principio della imputabilità» e ancora: «Il principio della

---

Giuridiche, I, Roma, 1919, p. 1 ss. e p. 76, in particolare.

126 Sul punto si veda Schipani, *Pluralità di prospettive e ruolo della culpa*, cit., p. 32 s.

127 Cfr. Schipani, *op. ult. cit.*, p. 32, e C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 276 ss. Sul punto si veda anche *infra*, § 10. Già la giurisprudenza romana si era peraltro indirizzata verso un criterio di attenuazione della responsabilità nel caso di colui che fosse stato inserito nell'ambito produttivo del danneggiato per una utilità di quest'ultimo: si veda D. 41.1.54.2, su cui G. Valditara, *Superamento della aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 414 s., e Id., *Damunum iniuria datum*, cit., p. 39 s.

128 Cfr. N. Coviello, *La responsabilità senza colpa*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», XXIII, 1897, p. 202 s.

129 Così Coviello, *op. cit.*, p. 202 s..

130 Cfr. Coviello, *op. cit.*, p. 206.

131 Cfr. L. Barassi, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio, in special modo a mezzo di animali*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche», XXIV, 1897, p. 175.

132 Cfr. Venezian, *op. cit.*, p. 93 s.

responsabilità oggettiva non ha avuto nel diritto romano tutto lo sviluppo di cui è capace, principalmente perché le condizioni economiche e politiche ne rendevano inutile o impossibile l'applicazione a tutti quei casi per i quali oggi importa di più affermarlo fortemente».

All'interno di una rilettura delle fonti romane e cercando una linea evolutiva in continuità con esse, il Venezian proponeva dunque un nuovo criterio di imputazione fondato sul principio del «nesso di causalità»[133].

10. Veniamo così alla disciplina codicistica italiana moderna. Per comprenderla appieno occorre aver presente il progetto di codice italo-francese delle obbligazioni del 1927[134]. Il principio della responsabilità per colpa[135] veniva attenuato mutuando espressamente dal «BGB.»[136] il risarcimento per

133 Cfr. Venezian, *op. cit.*, 86 ss.

134 Cfr. ora in: «Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della codificazione», cur. G. Alpa, G. Chiodi, Milano, 2007, p. 228 ss., la *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti, comune all'Italia ed alla Francia*, *ibid*., p. 364 ss., l'articolato.

135 La discussione sul criterio di responsabilità si risolse a favore del mantenimento del principio generale della colpa, come chiaramente testimonia R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, III, Messina, 1934, p. 65 s., p. 494, nt. 1 e p. 498: «… sebbene in casi particolari e in materie speciali la responsabilità oggettiva sia stata riconosciuta nel diritto civile nostro, questo resta tuttora assiso sul principio tradizionale, tramandato dal diritto romano, della imputabilità del fatto: un principio generale nuovo ed opposto non può dirsi ancora ad esso sostituito». A favore del mantenimento del principio generale della colpa giocavano l'impianto liberale della società, le esigenze di una economia capitalista, l'influenza del diritto romano.

136 Si veda infatti la *Relazione sul progetto* in «Il progetto italo francese», cit., p. 230 ove si legge: «Anche da noi però si è consentito a fare qualche strappo al rigido principio che non v'ha responsabilità senza colpa». E più oltre, con riguardo al caso della equa indennità a cui può essere tenuto colui che abbia causato danni ad altri per salvaguardare sé o un terzo da un danno imminente e molto più grave (art. 77.2), così si commenta: «E con questa un'altra disposizione nuova s'è pur introdotta, che come la precedente, si trova già nel codice germanico, il cui fondamento di equità sociale è innegabile». Interessante è la terminologia usata nella Relazione sul progetto di codice (in «Il progetto italo francese», cit., p. 230) che parla espressamente di «qualche strappo» al principio generale della colpa: in questo senso si veda anche A. Ascoli, *Istituzioni di diritto civile: corso dettato nella regia università di Roma*[3], Milano, 1934, p. 280, sottolineando l'influenza del «BGB.» sulla introduzione di questa responsabilità oggettiva. Di diverso avviso era invece ancora la Commissione del 1919 che nella Relazione considerava la responsabilità dell'incapace contraria all'equità: «Ma questa regola non sembra davvero preferibile all'opposta che è fondata su un principio di logica e di giustizia molto più saldo di questa *equità del tutto arbitraria*. Il danno causato da un pazzo o da un bambino, se non si può attribuire ad alcuna responsabilità per difetto di

il danno cagionato da persona incapace o senza discernimento[137], quando non fosse possibile ottenere il risarcimento dalle persone che ne avevano la sorveglianza e quando le rispettive condizioni economiche del danneggiante e del danneggiato avessero suggerito di attribuire un indennizzo per motivi di equità. Questa responsabilità dell'incapace era qualificata espressamente come oggettiva[138]. Il suo fondamento sta in una esigenza di solidarietà che porta a ripartire la perdita laddove essa sia frutto di un comportamento *sine iure*[139]. Anche la responsabilità dei padroni e committenti veniva attratta nell'ambito della responsabilità senza colpa e trattata separatamente da quella dei genitori, del tutore, dei precettori ed artigiani: l'art. 80 del progetto, dopo aver precisato che si tratta di responsabilità senza colpa la accomunava a quella che obbliga, a certe condizioni, le persone incapaci[140]. Sembra di cogliere qui l'eco lontano delle riflessioni del Thomasius: il danno è stato cagionato nell'esercizio di una attività intrapresa nell'interesse del danneggiante, che ha dunque introdotto per suo vantaggio oggettivi elementi di rischio. Sviluppando il ragionamento del Thomasius sembrano presupporsi considerazioni di questo tipo: il rischio è stato qui creato per un vantaggio economico, e in nome di quel vantaggio si introducono nella società potenziali costi, il rischio genera profitto. Delle conseguenze ancorché incolpevoli del rischio deve rispondere sempre colui che lo ha creato per un suo van-

---

sorveglianza, è un caso fortuito; e se si fa sopportare all'autore che manca di discernimento, non si applica un principio di equità, ma solo si trasporta il danno da uno all'altro». Il «BGB.», le novelle dell' «ABGB.», e il codice svizzero delle obbligazioni del 1911 erano modelli dichiarati del Progetto di codice delle obbligazioni del 1927: si veda la *Relazione*, in «Il progetto italo francese», cit., p. 186. Sul punto si veda G. Chiodi, *«Innovare senza distruggere»: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)*, in «Il progetto italo francese», cit., p. 61.

137 Cfr. art. 76 del Progetto italo francese.

138 Così «Il progetto italo francese», cit., p. 230-232, ove di parla di «responsabilità puramente oggettiva».

139 Così esplicitamente e in più occasioni la *Relazione sul progetto di codice* in «Il progetto italo francese», cit., p. 232: le deviazioni dal rigido principio di responsabilità per colpa sarebbero giustificate «da un alto principio di equità sociale».

140 Si veda infatti la *Relazione sul progetto di codice* in «Il progetto italo francese», cit., p. 230. R. Savatier, *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, in «Annuario di diritto comparato», III, 1930, p. 271 ss., individuava nel progetto tre ipotesi di responsabilità oggettiva: 1) la responsabilità di chi cagionava il danno in stato di necessità; 2) la responsabilità dell'incapace privo di discernimento, laddove il danneggiato non avesse potuto ottenere il risarcimento da chi era tenuto a sorvegliarlo; 3) la responsabilità di padroni e committenti per il fatto dei loro preposti.

taggio economico. Non sarebbe equo – proprio come riteneva il Thomasius richiamando l'*actio ex aequitate* – che del rischio debba portare le conseguenze chi lo ha solo subito senza trarre alcun utile[141].

11. Questo orientamento venne ripreso nel codice del 1942. È già significativo il mutamento del titolo della rubrica: da «atto illecito» a «fatto illecito». Come spiega la relazione al Re[142], la modifica si è resa necessaria perché «in altra parte» del codice con la voce atti si sono designati i negozi giuridici, ovverosia fatti caratterizzati dall'elemento volontaristico. Questa terminologia era stata peraltro già utilizzata dal «BGB.» (titolo XXV del libro II)[143] e dal Codice svizzero (capo II)[144].

Una seconda, decisiva variazione consiste nell'aggiunta dell'aggettivo «ingiusto» che viene qui riferito al danno e non più al fatto. Come si legge nella Relazione al Re[145]: «Si precisa così, conferendo maggior chiarezza alla norma dell'art. 1151 cod. civ. del 1865, che la *culpa* e l'*iniuria* sono concetti distinti». È la aperta rottura di una tradizione millenaria che aveva portato a identificare '*iniuria*' con '*culpa*'. Si chiarisce invece che '*iniuria*' è il comportamento antigiuridico, ovverosia la si identifica nella lesione della sfera giuridica altrui. Si ritorna, sotto questo aspetto, alla prospettiva originaria dell'*iniuria* aquiliana. Perfetta è dunque la sintesi fatta dalla celebre sentenza 500/1999 della Corte di Cassazione[146]: «Non può negarsi che nella disposizione in esame risulta netta la centralità del danno». Nella sentenza si legge ancora: «la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del danno ingiusto» ed è «ingiusto il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti».

La colpevolezza passa in qualche modo in secondo piano. Non è un caso che nella Relazione al Re[147] le ipotesi di responsabilità senza colpa vengano

141 Non è un caso che si richiamino qui esigenze di «equità sociale» che portano a ripartire le ripercussioni «dei casi fortuiti» fra coloro che siano «più vicini all'evento dannoso»: cfr. *Relazione sul progetto di codice* in «Il progetto italo francese», cit., p. 232-234.

142 Cfr. *Relazione Ministeriale al codice civile*, Roma, 1943, p. 179, § 793.

143 Si veda infatti «BGB.», titolo XXV del libro II.

144 Si veda la *Legge federale di complemento del codice civile svizzero*, libro V, capo II.

145 *Relazione Ministeriale al codice civile*, cit., p. 181, § 797.

146 Cfr. Cass. Sez. unite civili, 22 luglio 1999, n. 500, in «Foro it.», CXXIX-IX (sett. 1999), p. I, col. 2487 ss. Sulla sentenza 500/1999 si vedano, tra i molti, G. Visintini, *Danno ingiusto e lesione di interessi legittimi*, in «Contratto e impresa», XVII, 2001, parte I, p. 16 ss., e G. Alpa, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 598 ss.

147 Si veda infatti *Relazione Ministeriale al codice civile*, cit., 181, §§ 797, 798, 799.

trattate proprio subito dopo il paragrafo dedicato a spiegare l'innovazione costituita dal «danno ingiusto» e non invece, come sarebbe stato più logico e più coerente con la tradizione, in connessione con i paragrafi in cui veniva affrontato il problema della colpa. In questo si ripercorre la via iniziata dal Thomasius e dallo Zeiller ove la responsabilità degli incapaci e il conseguente diritto al risarcimento era collegata alla necessità che la posizione del danneggiato venisse comunque reintegrata. Non è nemmeno un caso che proprio sulla scia di questa tendenza verso una obbiettivizzazione della responsabilità fosse emersa la proposta di accogliere come principio generale il rovesciamento dell'onere della prova dal danneggiato al danneggiante[148].

Questa soluzione non venne accolta, ma il principio venne esteso ulteriormente rispetto ai casi di responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori ed artigiani dove il rovesciamento dell'onere della prova era già stato accolto nel codice del 1865 su influenza del Code Napoléon, in cui peraltro questa inversione era fondata sulla *culpa*, e sulla maggiore diligenza richiesta a chi avesse il dovere di vigilare. L'inversione dell'onere della prova è stato dunque esteso nel codice del 1942 alle ipotesi di chi è obbligato a sorvegliare un incapace (2047.1), di esercizio di attività pericolose (2050)[149], di danno cagionato da cose in custodia (2051), di danno cagionato da animali (2052), di rovina di edificio (2053), di circolazione di veicoli (2054.1)[150].

È significativo come nella Relazione al Re queste ipotesi di inversione dell'onere della prova siano considerate come una ipotesi intermedia rispetto a quella, estrema, di responsabilità oggettiva[151]. L'inversione dell'onere della prova è stata dunque concepita dal legislatore come un ponte fra responsabilità soggettiva e oggettiva[152], con la parziale eccezione[153] dell'art. 2054 dove opera

148 Cfr. *Relazione Ministeriale al codice civile*, cit., 180, § 794.

149 Chiarissima è al riguardo la Relazione con riferimento alla responsabilità di cui all'art. 2050 relativa ai casi di esercizio di attività pericolose: «Sulla materia non si è creduto di adottare alcuna delle soluzioni estreme: né quella che annetterebbe a tali attività una responsabilità oggettiva, né quella che vi ricollegherebbe l'ordinaria responsabilità per colpa. Si è adottata invece una soluzione intermedia per la quale, sempre mantenendo la colpa a base della responsabilità, non solo si è posta a carico del danneggiante la prova liberatoria, ma si è ampliato il dovere di diligenza che è posto a suo carico».

150 Con riguardo peraltro alla responsabilità per danni cagionati dalla circolazione di veicoli, ritengo che il legislatore pensasse ad un caso di sostanziale responsabilità oggettiva: così già S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 163.

151 Cfr., per tutti, F. Caringella, *Corso di diritto civile*, II. *La responsabilità extracontrattuale*, Roma, 2013, p. 4 s.

152 Si veda anche P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, p. 88.

153 Si veda G. Alpa, *La responsabilità oggettiva*, in «Contratto e impresa», XXI.2, 2005, p. 968 ss.

comunque una presunzione di colpa particolarmente stringente e dove è certamente un caso di responsabilità oggettiva quello della responsabilità in solido del proprietario o dell'usufruttario del veicolo[154]. Similmente, il caso di cui all'art. 2049, relativo alla responsabilità di padroni e committenti, più che una presunzione di responsabilità *iuris et de iure*, fondata su una *culpa in eligendo* e *in vigilando*, appare un'ipotesi di responsabilità oggettiva[155].

Insomma, come ha efficacemente riassunto Visintini[156], «la colpevolezza non è più l'unico criterio di imputazione della responsabilità»; già Busnelli affermava peraltro: «la convinzione del definitivo superamento del principio tradizionale 'nessuna responsabilità senza colpa' è incontrovertibile e perfino ovvia»[157]. Si è dunque giustamente osservato che «è lo sviluppo della responsabilità oggettiva a ridisegnare la responsabilità civile nei suoi profili strutturali»[158].

Si tratta per verità della evoluzione di un dibattito «mondiale» che ha coinvolto giuristi dei diversi sistemi[159].

---

154 Sul punto, si veda P.G. Monateri, *Illecito e responsabilità civile*, II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, X, Torino 2005, p. 173 ss.

155 Si veda G. Alpa, *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., p. 101 e p. 718 ss., e Id., *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 965 ss. In questa direzione va anche la giurisprudenza: si vedano Cass. civ. 5957/2000 e Cass. civ. 11241/2003.

156 Si veda infatti G. Visintini, *I fatti illeciti*, I, Padova, 2004, p. 28 e più in generale p. 2 ss.; e, inoltre, Id., *Il danno ingiusto*, in «Rivista critica del diritto privato», V, 1 marzo 1987, p. 177 ss. ove si sottolinea (p. 179) fra l'altro che «apparve manifesto, con la rivoluzione industriale e lo sviluppo dell'assicurazione contro la responsabilità civile, che la colpa non poteva più essere posta al centro del sistema della responsabilità civile», e dunque «si cominciò ad avvertire che la problematica in esame doveva essere scomposta a vari livelli e in particolare dovevano essere tenuti separati il discorso sulla valutazione degli interessi meritevoli di tutela (danno ingiusto) e il discorso sulla imputabilità della responsabilità (colpa e altro)». Sempre Visintini, *I fatti illeciti*, cit., p. 28, correttamente sottolinea: «Quando si comprende che il criterio di imputazione della responsabilità può essere diverso dalla colpa, la tecnica delle responsabilità civile viene studiata a due livelli e vengono tenuti separati il discorso sulla valutazione degli interessi meritevoli di tutela (danno ingiusto) e il discorso sulla imputabilità della responsabilità (colpa o altro criterio di imputazione)». Visintini così conclude: «Dunque la inserzione nell'art. 2043 della qualificazione in termini di ingiustizia del danno rivela l'opzione per una concezione non tipizzante del fatto illecito ma tale da lasciare libero il giudice di apprezzare le modalità delle fattispecie concrete e di svolgere un ruolo nella costruzione di una serie aperta di fatti illeciti».

157 Così F.D. Busnelli, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in «Ius», XXIII, 1976, p. 42.

158 Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 275. Più in generale riguardo lo sviluppo della responsabilità oggettiva, si veda Alpa, *La responsabilità civile*, cit., p. 305 ss, e Id., *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 959 ss.

159 Per un primo breve elenco si vedano Monateri, *La responsabilità civile*, p. 84, nt. 3, e

Si orienta la prospettiva verso il danneggiato e non verso il danneggiante, le norme pongono l'attenzione sulla vittima del danno piuttosto che sul suo autore[160]. Diventa dunque centrale il giudizio sulla meritevolezza del risarcimento più che sulla sanzionabilità della condotta. Perde di significato il fatto che sia stato violato un diritto assoluto. Anche la violazione da parte di un terzo di un diritto di credito, ovvero di un interesse legittimo, di legittime aspettative, di chances e persino dell'interesse alla detenzione di un bene apre la strada al risarcimento. Il 2043 c.c. diventa norma primaria che fissa «il divieto di ingerirsi senza autorizzazione nella sfera giuridica altrui e il conseguente obbligo di risarcire il danno derivante dalla eventuale interferenza»[161].

Se ben si osserva, questo era esattamente il senso, limitatamente alla interferenza nel *dominium*, della disciplina aquiliana originaria. Con qualche interessante analogia con l'ottica aquiliana originaria[162], ancorché per differenti motivazioni, nel codice italiano del 1942 si è posta a fondamento dell'azione di danno in primo luogo la lesione della posizione giuridica protetta piuttosto che la colpa del danneggiante.

Si intravvede il declino dell'era della *culpa*[163], funzionale ad un certo tipo di società che privilegiava la libertà e l'autonomia[164]. L'esplosione della

---

Alpa, *op. ult. cit.*, p. 959, con la bibliografia ivi inclusa.

160 Cfr. Caringella, *op. cit.*, p. 3. Sul punto si veda, più diffusamente, Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 278 ss.

161 Cfr. Caringella, *op. cit.*, p. 4.

162 Così già Valditara, *Dalla iniuria alla culpa*, cit. (nt. 9), p. 145. Diversamente, Cursi, *Danno e responsabilità*, cit., p. 47, che, a seguito di una lettura superficiale delle mie affermazioni, non sembra aver colto il senso di un raffronto che è una oggettiva presa d'atto della comune (fra ordinamento italiano attuale e significato originario della disciplina aquiliana in tema di *iniuria*) centralità della protezione della posizione giuridica lesa rispetto alla considerazione della colpevolezza.

163 Sul declino della *'culpa'* ovvero della colpevolezza si vedano, fra i tanti, P. Franceschetti, *La categoria della colpevolezza*, in «La colpa nella responsabilità civile, I, Il diritto civile nella giurisprudenza», cur. G. Sebastio, Torino, 2006, p. 76 ss., con citazione di ulteriore dottrina; Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 276 ss. Si veda, peraltro, M. Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2010, p. 179 che, dopo aver sottolineato come l'art. 2043 verta comunque sempre sul principio della colpa, ha osservato come non siano pertanto «da incoraggiare le opinioni formatesi soprattutto durante gli anni sessanta, secondo le quali la colpa come criterio per amministrare il costo del danno sarebbe superata o sarebbe sempre oggetto di una presunzione». Si dovrebbero piuttosto collocare «i diversi criteri di imputazione in ragione della funzione legislativamente loro attribuita», senza dunque oscurare il ruolo della colpa, così Franzoni, *op. cit.*, p. 180.

164 La centralità della colpa, come unico metro di valutazione della responsabilità, corri-

civiltà delle macchine, che nello stesso tempo diviene civiltà delle masse, è venuta gradualmente mettendo in evidenza l'insufficienza dell'idea di un individuo che nel bene e nel male sia l'unico centro di imputazione della propria vicenda esistenziale[165]. Furono soprattutto gli infortuni sul lavoro a provocare la reazione dei giuristi ai dogmi che il più delle volte si risolvevano nel creare vere e proprie aree di irresponsabilità[166].

Si mettono ora al centro valutazioni di tipo solidaristico in qualche modo già esplicitate nella Relazione al Re. Si prenda il punto 799 con riguardo proprio alla responsabilità di chi arreca danno per stato di necessità: si trasferisce «l'incidenza del danno da una sfera ad un'altra, indice evidente di un dovere di mutua comprensione fra i consociati. Questo dovere può essere posto perché l'ordinamento corporativo non isola l'interesse del singolo, distaccandolo dalla vita di relazione, ma pone l'utilità generale nel crogiuolo che fonde ogni egoismo, per comporne viva materia di sano equilibrio, di armonia e di coordinazione per gli interessi di tutti». Si proseguono e si rafforzano, nel segno di una più forte solidarietà sociale, peraltro nell'ottica di superiorità dell'interesse collettivo, quelle istanze già richiamate nel Progetto di codice italo francese, che erano motivate da un «alto principio di equità sociale», che a sua volta richiamava quella «equità naturale» che stava a fondamento del principio di responsabilità oggettiva accolto dal Thomasius.

Quattro spunti appaiono evidenziarsi: la novità dell'ordinamento corporativo che ha in qualche modo superato l'ordinamento liberale; la centralità dell'utilità generale; il rigetto dell'egoismo del singolo; l'equilibrio, la coordinazione, l'armonia dei diversi interessi.

La dottrina, indipendentemente dall'indirizzo contenuto nella intenzione del legislatore, ma in parziale coerenza con esso, ha evidenziato proprio il criterio della solidarietà a fondamento di un arretramento del principio della colpa, e della affermazione di una responsabilità civile sempre intesa in senso oggettivo. Esemplarmente riassuntivo è quanto scrive Franceschetti[167]: «si è rilevato che attualmente un posto sempre più importante nel diritto civile è assegnato all'uomo, allo sviluppo della sua personalità e alla rimozione delle disuguaglianze economiche e giuridiche. Se ciò è vero, non può disconoscersi che il principio della colpa, in determinati casi, è più immorale

spondeva all'idea «che ha posto al centro dell'ondata codificante di primo ottocento il soggetto di diritto, signore assoluto del proprio destino in quanto padrone della propria scienza e della propria volontà», così Castronovo, *op. cit.*, p. 276. Era in altre parole coerente con il trionfo della filosofia individualistica del liberalismo «e dell'idea soggettiva che ne sta alla base», così Castronovo, *ibid.*

165 Cfr. Castronovo, *op. cit.*, p. 276.

166 Cfr. Franzoni, *op. cit.*, p. 176.

167 Cfr. Franceschetti, *op. cit.*, p. 77.

di un principio di responsabilità che tenga conto di altri criteri: si deve ritenere moralmente accettabile che dei cittadini, danneggiati da un'industria chimica (o da una fabbrica che utilizza sostanze inquinanti), non vengano risarciti perché il proprietario non è il colpevole, oppure è più morale stabilire a priori che il proprietario dell'industria debba risarcire tutti i danni arrecati, cercando di evitarli e preventivando in anticipo il loro costo?»[168]. Nel diritto privato, un ruolo sempre più importante è attribuito alla persona. Perciò, in certi casi, il principio della colpa sembra, per Franceschetti, più immorale di un principio di responsabilità che tenga in conto le diverse condizioni economiche e sociali del danneggiante e del danneggiato.

Sullo sviluppo di una responsabilità oggettiva incide la teoria del «rischio-profitto»[169] per cui colui che introduce nella società rischi per un proprio profitto deve risponderne. L'incidenza sui criteri di responsabilità aquiliana di un principio che considerava rischio e profitto era già presente nelle fonti romane[170], anche se nel diverso caso della attenuazione di responsabilità di colui che fosse stato inserito per iniziativa del danneggiato e nel suo interesse nella propria organizzazione economica.

Come è stato lucidamente osservato, in virtù dell'affermato principio di responsabilità oggettiva, si rende responsabile il danneggiante «indipendentemente dal livello dei suoi investimenti in prevenzione»[171] e dunque «non vi è alcun livello di prevenzione che possa salvare il danneggiante dalla responsabilità»[172].

Alla luce di questo criterio, il fatto che si siano assunte tutte le misure

---

168 Va peraltro osservato che nel diritto positivo, se si esclude qualche legge speciale, la responsabilità senza colpa non sembra essere andata molto oltre le ipotesi messe in luce dalla dottrina del secolo scorso. Se si eccettua l'ordinamento tedesco in cui si contano una decina di leggi improntate al principio della responsabilità oggettiva, la legislazione degli ordinamenti di diritto continentale, in specie quella italiana, non ha raccolto gli stimoli già contenuti nel codice civile, cfr. Castronovo, *op. cit.*, p. 284. Essenzialmente la responsabilità oggettiva è stata prevista per ipotesi particolari come la legge sull'uso pacifico dell'energia nucleare (1860/1962), la legge sulla caduta di oggetti spaziali (23/1983). Più rilevanti sono i casi della legge sul danno da prodotti difettosi (206/2005) e della legge sui produttori di giocattoli e di cosmetici. Sui casi speciali di responsabilità oggettiva vedi anche, per una prima informazione, Alpa, *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 978 ss.

169 P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, e più in generale si veda ora Alpa, *La responsabilità civile*, cit., p. 293 ss.

170 Si veda D. 41.1.54.1, su cui G. Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 414 s. e più recentemente Id., *Damnum iniuria datum*, p. 39 s.

171 Si veda Monateri, *La responsabilità civile*, p. 40 e s.

172 Si veda Monateri, *op. ult. cit.*, p. 41.

idonee ad evitare il danno può dunque incidere solo sul tipo di responsabilità, escludendo una responsabilità penale, sempre, necessariamente da fondarsi sulla colpa[173], laddove nessun addebito di negligenza possa farsi al danneggiante.

Ovviamente non risponde chi abbia cagionato il danno nell'esercizio di una causa di giustificazione. Di particolare rilievo è l'art. 2044 cod. civ. che esclude ogni responsabilità laddove il danno sia stato cagionato per legittima difesa di sé o di altri. Come è stato sottolineato, «La legittima difesa è una norma di nuova introduzione: infatti, non esisteva nel c.c. del 1865 e neppure nel code Napoléon. Insieme allo stato di necessità, costituisce una causa di giustificazione nel sistema dell'illecito civile: esclude che il danno sia ingiusto, poiché la lesione prodotta, ancorché *contra ius*, è *iure*: manca cioè uno degli elementi dell'*iniuria*»[174]. Questa innovazione codicistica va di pari passo con la evoluzione del concetto di *iniuria*/ingiustizia del danno, sganciata ormai dalla colpevolezza. Si chiude il cerchio e si ritorna, almeno come linea di tendenza, al punto di partenza: si tende cioè a sanzionare ogni danno commesso senza giustificazione. Nel caso dello stato di necessità si prevede peraltro comunque un equo indennizzo[175]. Ritorna dunque l'idea di *iniuria* come '*contra ius*' ovvero '*sine iure*' ovvero senza giustificazione.

La visione esplicitamente solidaristica sviluppata dalla giurisprudenza e dalla dottrina degli ultimi decenni marca peraltro una differenza profonda rispetto allo schema aquiliano originario, dove al centro vi era invece la necessità di una protezione senza condizioni della proprietà e dove al contrario era l'interesse assoluto del *pater familias* alla integrità dei suoi beni ad essere considerato e tutelato. Proprio questa necessità di difesa incondizionata della proprietà aveva determinato il carattere penale dell'azione aquiliana, carattere penale che dovette a sua volta probabilmente favorire, in età più matura, l'emersione di valutazioni sull'elemento soggettivo.

Oggi alla centralità del valore proprietà si è sostituita la centralità del valore persona[176]: a ben vedere il ritorno alla *iniuria* come antigiuridicità,

---

173 In questa direzione, definitivamente, si veda l'art 27 della Costituzione. Sul punto, si veda F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in «Novissimo Digesto italiano», XIX, Torino, 1973, p. 53 e ss.

174 Si veda M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in «Commentario al codice civile», cur. A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1993, *sub* artt. 2043-2059, 289.

175 Si veda art. 2045 c.c.

176 Cfr. N. Rescigno, *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, 2001, p. 159 ove, sottolineandosi la differenza rispetto alla esperienza del precedente codice, si evidenzia la «accresciuta sfera di protezione del singolo, soprattutto con riguardo alle esplicazioni della persona, laddove nella passata esperienza la responsabilità aquiliana poteva esaurire quasi interamente la sua azione nella difesa dei beni e nella tutela dell'integrità fisica

ovverosia come violazione di interessi giuridicamente rilevanti, è funzionale alla concezione della azione di danni come azione posta a tutela della persona in tutte le sue possibili esplicazioni, contro qualunque lesione non giustificata alla sua sfera di interessi. Era questa la prospettiva a cui tendeva non casualmente il codice civile austriaco (§ 1293) e il «BGB.» (§ 823): nel primo si legge infatti che danno è ogni pregiudizio arrecato al patrimonio, ai diritti, o alla persona; nel secondo il danno può conseguire ad una violazione della vita, del corpo, della salute, della libertà, della proprietà o di un altro diritto. Non sfugge a questo punto la curiosa assonanza con il più antico diritto romano dove l'atto ingiustificato per eccellenza, l'*iniuria* delle Dodici Tavole, era quello diretto contro la persona[177]. Ma questa è un'altra storia.

dell'individuo».

177 Cfr. già G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, cit., p. 106.

Lucia Zandrino

Dalla «pecunia expensa lata» alla «transscriptio»: tracce di una evoluzione del contratto letterale

1. Premessa – 2. Cenni sulle origini del contratto letterale – 3. La '*pecunia expensa lata*' nella *pro Roscio comoedo*: il contesto – 4. La '*pecunia expensa lata*' nella *pro Roscio comoedo*: il delinearsi del contratto letterale – 5. La *transscriptio* in Gaio – 6. Conclusioni.

1. Premessa. Vorrei in primo luogo esprimere la mia gratitudine per essermi stato offerto di partecipare a questa raccolta di scritti in onore del Professor Zannini, che ho avuto il piacere e la fortuna di poter frequentare presso l'Università di Torino. Intenderei qui esprimere alcune prime considerazioni sul contratto letterale – confidando peraltro di poter ulteriormente approfondire il tema in futuro[1] –, soprattutto dirette alla ricostruzione di un percorso evolutivo dell'istituto dalla *pro Roscio comoedo* di Cicerone alle *institutiones* gaiane (3.128-134).

2. Cenni sulle origini del contratto letterale. Circa l'origine e la risalenza del contratto letterale ad epoche precedenti quella ciceroniana, in assenza di fonti conclusive in merito[2], quanto può dirsi deriva da valutazioni

1 Il presente contributo costituisce una tappa del mio attuale percorso di ricerca dedicato ai profili giuridici della contabilità romana, sui quali può vedersi il mio *Osservazioni sul codex accepti et expensi*, in corso di pubblicazione su «SDHI.» del 2017.

2 È discusso che siano riferibili all'*obligatio litteris* Liv., *urbe cond*. 35.7.2.3, Plaut., *Truc*. 70 ss., Cic., *Orat*. 47.158, e Vel. Long. *de orth.* 60.13 (ed. Keil): diffusamente *contra*, A. Watson, *The Law of Obligation in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 18 ss., e R.M. Thilo, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation*, Göttingen, 1980, p. 309 ss., 230 e 80 ss.; a favore, D. Stojčevič, *Les*

di insieme degli aspetti peculiari della contabilità romana e degli elementi storico-giuridici: il principale dei quali è costituito dalla inscindibile connessione (affermata proprio nella *pro Roscio comoedo*, come vedremo a breve) tra obbligazione letterale e *codex accepti et expensi*. Il notevolissimo valore probatorio ascritto a tale documento[3] deve essere, con ogni probabilità, interpretato quale riflesso della sua rilevanza pubblicistica all'interno del *census*, nella cui procedura la valutazione del patrimonio del singolo cittadino avrebbe infatti incluso non soltanto beni e somme contanti, ma altresì debiti e crediti, che appunto venivano annotati nel *codex* stesso[4].

La considerazione complessiva dei dati storici in nostro possesso induce a ritenere che la procedura censuaria (nella forma complessa intesa al dettagliato accertamento patrimoniale del singolo, al fine della sua attribuzione ad una delle cinque classi censuarie – o, se del caso, agli *infra classem* – con le conseguenze sul piano militare, fiscale e politico che tale attribuzione comportava) non possa ritenersi risalente a prima del IV-III secolo a.C.[5] Tale limite temporale vale, evidentemente, anche per l'obbligo di tenuta del *codex* e per l'emersione del contratto letterale. Riguardo a quest'ultimo, può più precisamente supporsi che esso sia successivo al comparire del *codex*, ma sia altresì precedente all'età ciceroniana, quando il suo riconoscimento appare ormai radicato.

Più specificamente, taluna dottrina ha ritenuto, a riguardo dell'effetto obbligante dell'annotazione contabile (ove effettuata nel *codex*), che un ruolo cardine sia da attribuirsi ai valori religioso-sacrali della procedura censuaria (si pensi al *lustrum*), che sembrerebbero riflettersi sul medesimo *codex*, come emerge dall'affermazione ciceroniana in *pro Rosc. com*. 2.5: '*illae* (*scil. tabulae accepti et expensi*) *perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur*'. In direzione analoga, si è altresì sostenuto che l'effetto obbligatorio riconosciuto alla registrazione, in un documento «sacralizzato»

---

tablettes d'Herculanum et l'expensilatio, in «Iura», XII, 1962, p. 56 e nt. 13, e I. Cremades, *El contrato literal*, in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1995, p. 526.

3 Valore che, secondo l'ipotesi di Cremades, *El contrato literal*, cit., p. 542, sarebbe stato pari a quello del *iusiurandum.*

4 Si vedano R.M. Thilo, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht*, cit., p. 188 ss., O. Behrends, *Das Litteralvertrag. Geldtruhe (arca) und Hausbuch (codex accepti et expensi) im römischen Privatrecht und Zensus*, in «Mélanges W. Wołodkiewicz», I, Varsovie, 2000, p. 57, e il mio *Osservazioni sul codex accepti et expensi* (si veda nt. 1). L'ipotesi della connessione tra *codex* e *census* è già adombrata in R. Beigel, *Rechnungswesen und Buchfuhrung der Römer*, Karlsruhe, 1904, p. 168.

5 Su questo punto, mi riferisco alle conclusioni già raggiunte nel mio *Osservazioni sul codex accepti et expensi* (si veda nt. 1).

quale il *codex*, del *nomen* di taluno quale debitore[6], costituisca uno degli esiti del valore «magico-performativo» attribuito alla parola (nel caso, segnatamente, alla parola scritta) nell'età arcaica[7].

Tale tesi suggestiva incontra però alcuni profili di difficoltà.

In primo luogo, essa crea un problema di ordine cronologico, implicando – diversamente da quanto poc'anzi sostenuto – che l'emersione dell'obbligazione letterale debba essere datata ad epoca remota (il VI-V secolo a.C.)[8]: infatti, anche ammessa l'ipotesi sulla originaria natura «magica» del diritto, appare difficile supporre che la percezione di tale profilo fosse, ancora nel III secolo a.C., così intensa da permeare di sé la creazione di una nuova fonte di obbligazione[9].

Ulteriori difficoltà emergono poi, come si vedrà meglio *infra*, rispetto al corollario della tesi in parola, cioè alla (presunta) irrilevanza del consenso del debitore.

Conclusivamente, deve presumersi che, con l'instaurazione dell'ordinamento timocratico su base censuaria in forma compiuta, con la contestuale diffusione della contabilità privata (nella forma del *codex accepti et expensi*) e con il crescere dei traffici economici, abbiano iniziato a diffondersi prassi contabili[10] finalizzate ad annotazioni di credito. In una prima fase, tali anno-

---

6 Da qui l'accezione di '*nomen*' appunto nel senso di «credito» e «debito»: si vedano Æ. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, Padova-Bologna, 1965 (2ª ripr. facs. della 4ª ed. 1864-1926, con le appendici aggiunte alla 1ª ripr. del 1940), III, sv. '*nomen*', p. 382 ss., A. Ernoux, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*[4], II, Paris, 1959, sv. '*nomen*', p. 443-444, e A. Walde, J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1965, sv. '*nomen*', p. 173-174.

7 Così P. Huvelin, *Les tablettes magiques et le droit romain*, Macôn, 1901, p. 5 ss., Id., *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, p. 239 ss., e Id., *Cours élementaire de droit romain*, II, Paris, 1929, p. 61. A favore, Stojčević, *Les tablettes d'Herculanum*, cit., p. 63 ss., e Cremades, *El contrato literal*, cit., p. 529. Sul valore magico-performativo della parola in ambito giuridico, si veda in generale A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig, 1927.

8 Così esplicitamente G. Appert, *Essai sur l'évolution du contrat litéral et sur la place qu'il à tenue chez les Romains*, in «RHDF.», 4° s., XI, 1932, p. 628-630.

9 Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, Das vorklassische und klassische Recht*[2], München, 1971, p. 544 nt. 10, che si pronuncia nel medesimo senso senza però esprimersi sull'epoca di risalenza del contratto letterale.

10 Così C.A. Cannata, *Qualche considerazione sui 'nomina transscripticia'*, in «Studi G. Nicosia», I, Milano, 2007, p. 179 ss., ora in Id., *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, p. 619 ss. (si citerà d'ora innanzi la seconda edizione). Cfr. Appert, *Essai sur l'évolution du contrat litéral*, cit., p. 630-631, che esclude il riconoscimento dell'*obligatio litteris* mediante legge o plebiscito (così implicitamente supponendo l'emersione del contratto letterale attraverso la prassi).

tazioni, verosimilmente, dovettero essere considerate come mere attestazioni, da parte del creditore, di somme che egli ritenesse essergli dovute, senza però che le attestazioni creassero una pretesa legittimamente azionabile.

Tuttavia, il fatto che l'annotazione venisse effettuata all'interno del *codex* dovette porre presto un problema di disparità di trattamento: non poteva infatti negarsi rilevanza privatistica a crediti fatti oggetto di valutazione nella procedura censuaria, e ai quali, dunque, veniva attribuita rilevanza pubblicistica. Dovette perciò essere inevitabile, in progresso di tempo, che tali annotazioni ottenessero riconoscimento giuridico, divenendo parte del *ius*[11].

Il processo di adattamento dell'obbligazione letterale al contesto socio-economico (in lento ma continuo mutamento) sembra essere proseguito per alcuni secoli. I segni di tale processo possono essere ricostruiti come segue.

3. La *'pecunia expensa lata'* nella *pro Roscio comoedo*: il contesto. Vediamo ora il contenuto della *pro Roscio comoedo*. La stesura dell'orazione, databile alla prima metà del I secolo a.C.[12], viene elaborata dall'Arpinate onde sostenere le ragioni di Roscio, celebre attore di teatro. Costui è chiamato in giudizio da Fannio, suo ex-socio in una impresa teatrale (appunto rivestita della forma contrattuale della *societas*) finalizzata allo sfruttamento delle doti di recitazione del giovane schiavo Panurgo (cioè alla ripartizione degli utili derivanti dalla *locatio* di Panurgo quale attore)[13]. Panurgo è stato assassinato da tale Flavio. L'evento dannoso ha dato luogo ad una complessa (quanto difficile a intendersi) vicenda giudiziaria[14], sfociata in un *arbitrium*. Tale *arbitrium* si

11 Cremades, *El contrato literal*, cit., p. 532.

12 La *pro Roscio comoedo* è stata variamente datata tra l'83 a.C. e il 66 a.C.: sul punto, si vedano le esposizioni riassuntive di W. Stroh, *Taxis und Taktik: Die advokatische Dispositionkunst in Ciceros Gerichtsreden*, Stuttgart, 1975, p. 149 ss., di J. Axer, *The Style and the Composition of Cicero's Speech Pro Q. Roscio comoedo: Origin and Function*, Warszawa, 1980, p. 54-56, nonché di A. Lintott, *Cicero as Evidence: a Historian's Companion*, Oxford - New York, 2008, p. 61-62.

13 Quanto ai conferimenti sociali, Fannio conferisce Panurgo e Roscio conferisce la propria opera di istruzione, grazie alla quale Panurgo diviene un attore di grande capacità: *pro Rosc. com*. 10.27-28.

14 Questo il dettaglio della vicenda in parola: Fannio agisce contro Flavio (verosimilmente con l'*actio legis Aquiliae*), quale *cognitor*, dietro incarico di Roscio: Roscio però, successivamente alla *litis contestatio* (*pro Rosc. com*. 11.32), sceglie di transigere con Fannio, ottenendone a tale titolo un fondo. Fannio reclama la sua parte della transazione (ancorchè Cicerone affermi che la transazione ha avuto ad oggetto non l'intera *societas*, ma la sola quota di Roscio: *pro Rosc. com*. 12.34-35): la questione viene dedotta in un *arbitrium ex compromissum* (si veda *infra*. nt. 5), di cui è *arbiter* Pisone (che è nuovamente giudice nella *condictio*). Non è chiaro se l'*arbitrium* si concluda con l'assoluzio-

ne formale di Roscio o con l'ordine di Pisone a Roscio di trasferire una certa somma di denaro (corrispondente alla metà del valore originario del fondo ricevuto in transazione), purché Fannio prometta a Roscio di trasferirgli la metà di quanto egli ottenga dall'esercizio di una nuova azione contro Flavio: sembra comunque che un accordo in tal senso venga raggiunto tra le parti. Nel contempo, però, Roscio, in ragione della rinuncia di Fannio, è stato assolto, non è chiaro se nel medesimo *arbitrium* o in altro giudizio (*pro Rosc. com*. 9.26) di cui si discute la natura (*actio furti*? *condictio furtiva*? *condictio causa data causa non secuta*?) e di cui è parimenti discusso in che modo esso sia correlato al precedente *arbitrium* (Fannio ha rinunciato al giudizio *ex delicto* in cambio della *promissio* di Roscio di sottoporsi all'*arbitrium*? Oppure vi ha rinunciato in cambio di una *promissio* avente ad oggetto sia il sottoporsi all'*arbitrium*, sia il pagamento della metà del valore del fondo?). È discusso altresì il numero di anni trascorso tra tali fatti e la *condictio* intentata da Fannio: sarebbero '*XV*', secondo *pro Rosc. com.* 12.37 (si veda in questo senso A. Lintott, *Cicero as Evidence*, cit., 63) ma il raffronto con *pro Rosc. com.* 3.8 potrebbe rendere opportuna una correzione in '*IV*': si veda l'*Introduzione* di V. Arangio-Ruiz alla sua stessa traduzione *L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio* in «Tutte le opere di Cicerone. Le orazioni», I, Milano, 1964, p. 307 nt. 16. Per una più dettagliata ricostruzione della vicenda giudiziaria di Roscio e dei numerosi problemi che essa pone – ricostruzione peraltro non immediata ad effettuarsi anche in ragione del fatto che il testo ci è pervenuto privo della sua parte iniziale – si vedano, con orientamenti assai diversi gli uni dagli altri: K.A.D. Unterholzner, *Über die Rede des Cicero für den Schauspieler Q. Roscio* in «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft», I, 1815, p. 248-269, G.F. Puchta, *Über den Rede pro Q. Rosc. com. zu Grunde liegenden Rechtsfall*, in «Rheinisches Museum für Jurisprudenz», V, 1833, p. 316-328 (anche in *Kleine civilistischen Schriften*, Leipzig, 1851, p. 272-284; ma qui si citerà la prima edizione), M.A. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, II, Bonn, 1865, p. 804-827, J. Baron, *Der Process gegen den Schauspieler Roscius*, in «ZSS.», I, 1880, p. 116-151, E. Ruhstrat, *Der Process gegen den Schauspieler Roscius*, in «ZSS.», III, 1882, p. 34-48, H.H. Pflüger, *Ciceros Rede pro Q. Roscio com. rechtlich beleuchtet und verwertet*, Leipzig, 1904, H.J. Roby, *Roman Private Law in the Time of Cicero and of the Antonines*, II, Cambridge, 1902, p. 486 ss., U. Robbe, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla condictio*, in «SDHI.», VII, 1941, p. 35 ss., V. Arangio-Ruiz, *Introduzione*, cit., p. 283 ss., F. Wieacker, *Cicero als Advokat*, Berlin, 1965, p. 8-15, Stroh, *Taxis und Taktik*, cit., p. 104 ss., Lintott, *Cicero as Evidence*, cit., p. 60 ss., e F. Cancelli, *Iudicia legitima, arbitria honoraria e advocatio di Pro Quinto Roscio Comoedo*, in «Res publica – Princeps di Cicerone e altri saggi», Torino, 2017, p. 129 ss. In particolare, sull'*arbitrium ex compromisso* nella *pro Roscio comoedo* si vedano G. Broggini, *Iudex Arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 201-210, K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, p. 18 ss., A.C. Scafuro, *The Forensic Stage: Settling Disputes in Graeco-Roman New Comedy*, Cambridge, 1997, p. 150 ss., e O. Behrends, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. Formulae in factum conceptae,* in «Diritto e giustizia nel processo: prospettive storiche costituzionali e comparatistiche» (cur. C. Cascione, C. Masi Doria), Napoli, 2002, p. 209 ss. Sulla storiografia della scoperta dell'orazione, si

sarebbe concluso con un accordo, forse trasfusosi in reciproche *stipulationes* (di Roscio verso Fannio e di Fannio verso Roscio)[15]: Roscio avrebbe dovuto trasferire a Fannio una certa somma di denaro; e parimenti Fannio avrebbe dovuto trasferire a Roscio la metà di quanto eventualmente ottenuto da una sua azione verso Flavio[16]. Roscio ha pagato una prima quota della somma al cui versamento si è impegnato[17]. L'azione di Fannio (si tratta verosimilmente

---

veda S. Pittia, *Vraies et fausses redécouvertes du plaidoyer cicéronien pro Roscio comoedo*, in «Revue de philologie, de litérature et d'histoire anciennes», LXXVIII.2, 2004, p. 265-288. Sulle difficoltà relative al non collimare delle cifre menzionate nell'orazione, si vedano Arangio-Ruiz, *Introduzione*, cit., p. 297 ss., e Stroh, *Taxis und Taktik*, cit., p. 104-109 e 112-113 (ma già in questo senso Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts*, II, cit., p. 808 ss.). Sui problemi stilistici della orazione si vedano le divergenti posizioni di Axer, *The Style and the Composition of Cicero's Speech*, cit., p. 5 ss., e di F. Klingner, *Ciceros Rede für den Schauspieler Roscius: Eine Episode in der Entwicklung seiner Kunstprosa*, in «Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse», München, 1953, Heft 4, ora in *Studien zur griechischen und römischen Literatur*, Zürich-Stuttgart, 1964, p. 547 ss.; cfr. le pur risalenti osservazioni di Puchta, *Über den Rede pro Q. Rosc. com.*, cit., p. 317-320.

15 L'*arbitrium* (come si è accennato alla precedente nt. 9) si fondava su un *compromissum*, ossia su reciproche *promissiones* (di Roscio verso Fannio e di Fannio verso Roscio) ad accettare e dare esecuzione al giudizio dell'*arbiter* (*pro Rosc. com*. 4.12): se si ritiene che l'accordo tra le parti sia in realtà la necessaria attuazione della sentenza di Pisone, ci si può chiedere se nuove *stipulationes* sarebbero state assolutamente necessarie; diversamente, se Roscio fosse stato assolto, o se l'*arbitrium* avesse riguardato altro rispetto alla sua obbligazione verso Fannio, l'accordo tra le parti avrebbe dovuto essere riversato in una forma giuridica efficace: cfr. *infra*, nt. 11 del presente testo.

16 Secondo quanto affermato da Cicerone, Fannio avrebbe effettivamente esperito tale azione contro l'assassino di Panurgo con esito positivo, senza però versare a Roscio quanto dovutogli: l'Arpinate produce infatti in giudizio la dichiarazione dei Senatori T. Manilio e G. Luscio Ocrea, i quali affermano che il fatto è stato riferito loro da Cluvio, giudice nella causa di Fannio contro Flavio. Lintott, *Cicero as Evidence*, cit., p. 63, qualifica le dichiarazioni senatorie prodotte da Cicerone come «hearsay»; cfr. però Roby, *Roman Private Law* II, cit., p. 490, il quale ritiene che la modalità probatoria scelta dall'Arpinate fosse del tutto ammissibile nel caso di indisponibilità del teste. Qui però il teste indisponibile è l'assassino di Panurgo, Flavio, il quale è morto, e non Cluvio, di cui ci aspetteremmo una dichiarazione personale. Quali che siano le ragioni per cui una dichiarazione diretta di Cluvio non fosse possibile, è evidente che l'Arpinate avvertisse la difficoltà: egli si prodiga infatti nel dimostrare l'assoluta rispondenza delle dichiarazioni senatorie al vero (*pro Rosc. com.* 14.41-17.51). L'argomento relativo al positivo esperimento dell'azione contro Flavio era importante, poiché evidenziava la mala fede di Fannio; esso però – come osserva Arangio-Ruiz, *Introduzione*, cit., p. 299 s. – non era tecnicamente decisivo, non potendo all'epoca la contropretesa di Roscio verso Fannio essere opposta in compensazione.

17 *Pro Rosc. com*. 17.51.

della *condictio*, poiché Cicerone afferma che essa ha ad oggetto *pecunia certa*)[18] è dunque finalizzata al recupero del debito residuo.

4. La '*pecunia expensa lata*' nella *pro Roscio comoedo*: il delinearsi dell'*obligatio litteris*. Secondo quanto emerge dal testo ciceroniano, il (presunto) debito di Roscio è stato «menzionato» (si ritornerà a breve sul significato di tale menzione) in una annotazione contabile effettuata da Fannio nei propri *adversaria*[19], cioè nei brogliacci – riferibili a periodi di breve durata (solitamente di un mese)[20] e la cui tenuta non era vincolata da regole di sorta – destinati alle operazioni contabili giornaliere[21].

L'Arpinate, intendendo negare, nell'attuazione della sua strategia difensiva, l'esistenza di qualsivoglia fonte di obbligazione che legittimi l'azione di Fannio, contesta la rilevanza della menzione. Per poter costituire un valido fondamento processuale – dice Cicerone –, il credito di *pecunia certa* dovrebbe invece risultare o da una *datio rei* (la cui assenza è ammessa dallo stesso Fannio), o da una *stipulatio* (della quale non vi sono testimoni), o (ecco il punto di rilievo) da una annotazione contabile ('*pecunia expensa lata*'): annotazione effettuata non già negli *adversaria*, bensì nel *codex accepti et expensi* (s'intende, sempre di Fannio). Con ciò, Cicerone sostiene evidentemente che la sola annotazione contabile con effetto obbligatorio è quella entro il *codex*:

Pro Rosc. com. 5.14: Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur, expensa lata non esse codices Fanni

18 *Pro Rosc. com.* 4.10: '*Pecunia tibi debebatur certa*'; 5.14: '*Pecunia petita est certa*'.

19 *Pro Rosc. com*. 2.5.

20 Desumibile da *pro Rosc. com*. 2.7 ('*haec sunt menstrua*'), su cui *infra* nel testo.

21 Sugli *adversaria*, si vedano R.M. Thilo, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht*, cit., p. 163 ss., e G. Minaud, *La comptabilité a Rome. Essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde antique romain*, Lausanne, 2005, p. 51 ss. L'iscrizione negli *adversaria* da parte di Fannio risaliva peraltro a più di tre anni prima dell'azione intentata (*pro Rosc. com*. 3.8). Il fatto di non aver provveduto alla trascrizione del credito nel *codex* in un così lungo lasso di tempo andava evidentemente a detrimento della posizione di Fannio. Cicerone non manca di evidenziare il punto, dichiarando – con sottesa ironia – che il suo avversario appariva «diligentissimo» nella redazione del proprio *codex* (*pro Rosc. com*. 1.4: '*Non conficit tabulas? Immo diligentissime*'), e che pertanto stupiva la sua opposta negligenza nella trascrizione del credito (*pro Rosc. com*., *ibid.*: '*Quo modo tibi tanta pecunia extraordinaria iacet?*'). Della proclamata diligenza di Fannio, paradossalmente, Cicerone non poteva avere alcuna prova, poiché il *codex* in parola non era stato prodotto in giudizio (talché lo stesso Arpinate esordisce reclamandone la produzione: *pro Rosc. com*. 1.2-3).

confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.

Il punto diviene esplicito nel prosieguo dell'orazione, ove il valore del *codex accepti et expensi* viene esaltato retoricamente:

Pro Rosc. com. 2.7: Quid est quod neglegenter scribamus adversaria? Quid est quod diligenter conficiamus tabulas? Qua de causa? Quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sancte; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt disiecta, illae sunt in ordinem confectae. Itaque adversaria in iudicium protulit nemo; codicem protulit, tabulas recitavit.

Tornando ora al problema del rapporto tra l'annotazione negli *adversaria* e l'azione di Fannio, due ipotesi sembrano possibili.

Se si suppone che l'azione di Fannio si fondi sull'annotazione negli *adversaria* quale fonte di una obbligazione letterale, appare evidente che tale azione, a voler prestare fede assoluta alle affermazioni ciceroniane (che riconnettono l'effetto obbligatorio alla sola annotazione nel *codex*), risulterebbe del tutto velleitaria: il che sembrerebbe però improbabile, anche a fronte della complessità della pregressa vicenda giudiziaria a cui si è accennato (e il cui resoconto nell'orazione è, non a caso, certo non privo di zone di opacità)[22]. In questa prospettiva, alcuni autori hanno evidenziato come il continuo sottolinearsi, nella *pro Roscio comoedo*, della necessaria connessione tra efficacia dell'obbligazione letterale e annotazione nel *codex*, possa essere interpretato come spia di una difficoltà: può cioè supporsi che Fannio avesse agito sulla base di un mutamento giurisprudenziale in atto, tale per cui sarebbe stata riconosciuta, almeno da parte di alcuni giuristi, efficacia obbligatoria anche alle annotazioni effettuate negli *adversaria*[23].

22 Si veda *supra*, nt. 9.

23 Si vedano in questa direzione, seppure con posizioni certo non identiche, Thilo, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht*, cit., p. 287 ss., Cremades, *El contrato literal*, cit., p. 539 ss, e Cannata, *Qualche considerazione sui 'nomina transscripticia'*, cit., p. 635-636. Assai più radicale appare l'ipotesi di V. Arangio-Ruiz, *Le tavolette cerate ercolanensi e il contratto letterale*, in «Studi E. Redenti», I, Milano, 1951, p. 122-123, secondo cui l'obbligazione letterale di cui alla *pro Roscio Comoedo* sarebbe stata *tout court* efficace anche ove annotata negli *adversaria*. A favore, F. Bonifacio, *La novazione nel diritto romano*[2], Napoli, 1959, 57, 63; *contra*, si vedano G. Thielmann, *Die römische Privatauktion: zugleich ein Beitrag zum romischen Bankierrecht*, Berlin, 1961, p. 110 nt. 88 (ove anche bibliografia sulla risalenza dell'ipotesi), C. St. Tomulescu, *Der «contractus litteris» in den «tabulae herculanenses»*, in «Labeo», XV, 1969, p. 290 ss, D. Liebs, *Contrarius actus*, in «Sympotica F. Wieacker», Göttingen, 1970, p. 142 nt. 133, Thilo, *Der Codex accepti et*

L'insistenza di Cicerone sul punto costituirebbe dunque il ribadirsi di una regola senz'altro esistente, però antica e in via di superamento.

Se, diversamente, si presuppone che Fannio agisca *ex stipulatu* (cioè sulla base della *promissio* prestata da Roscio in conclusione del primo *arbitrium*)[24] e che, non disponendo di (altre) prove[25], abbia prodotto in giudizio, a dimostrazione di tale *promissio*, i propri *adversaria*, si deve diversamente concludere che la risposta dell'Arpinate costituisca un tentativo (capzioso, ma non certo privo di finezza) di confondere i termini giuridici della questione a proprio vantaggio: Cicerone, cioè, argomenterebbe non già riferendosi agli *adversaria* quale prova della *stipulatio*, bensì assumendo deliberatamente che l'annotazione negli *adversaria* venga prodotta quale fonte di obbligazione[26], e così negando implicitamente *a fortiori* (con un sillogismo per vero

---

expensi im römischen Recht, cit., p. 295 ss., Behrends, *Das Litteralvertrag*, cit., p. 85, e Cremades, *El contrato literal*, cit., p. 544.

24 Cfr. *pro Rosc. com.* 4.13 e 6.16. A favore di questa seconda ipotesi, Puchta, *Über den Rede pro Q. Rosc. com.*, cit., p. 323, P. Krüger, *Bemerkungen zu v. Bethmann-Hollweg's Civilproceß des gemeinen Rechts*, in «Zeitschrift für Rechtsgeschichte», VII, 1868, p. 239 ss., e Pflüger, *Ciceros Rede pro Q. Roscio com.*, cit., p. 101 ss.. nonché le più recenti rielaborazioni di Stroh, *Taxis und Taktik*, cit., p. 107 ss., di Behrends, *Das Litteralvertrag*, cit., p. 78 e nt. 46, e *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria*, cit., p. 211 ss., e di Lintott, *Cicero as Evidence*, cit., p. 63 ss. Il principale ostacolo al ritenere che l'azione di Fannio si fondi sulla *stipulatio* sta proprio nella difficoltà probatoria a cui Fannio sembra andare incontro: posto infatti che il giudizio si tiene avanti a Pisone, che aveva già rivestito il ruolo di *arbiter* e che dunque doveva essere perfettamente edotto riguardo ai termini della pregressa vicenda processuale, Fannio avrebbe dovuto avere «gioco facile» a far valere il proprio titolo. Wilfried Stroh (seguito da Axer, *The Style and The Composition of Cicero's Speech*, cit., 42) ipotizza in proposito che le reciproche *stipulationes* di Fannio e di Roscio nulla abbiano a che fare con l'*arbitrium* di Pisone, il quale avrebbe giudicato solo sul compenso dovuto a Fannio come *cognitor* e sull'obbligazione di Fannio a versare a Roscio la sua quota del risarcimento ottenibile dall'assassino di Panurgo: le *stipulationes*, invece, sarebbero da riferisi all'accordo mediante il quale Roscio avrebbe ottenuto che Fannio desistesse dall'*actio furti*. Lintott ritiene invece che, a seguito del primo pagamento di Roscio, Fannio abbia omesso di farsi prestare una seconda *promissio* per la somma residua, che si sarebbe limitato ad annotare quale debito nei propri *adversaria* (ma l'ipotesi non persuade, poiché il pagamento parziale non è causa di estinzione dell'obbligazione: sicchè la *promissio* originaria avrebbe ben potuto fondare l'azione di Fannio – beninteso nei limiti del debito residuo, a pena di incorrere in *pluris petitio* – senza alcuna necessità di una seconda *promissio* novativa della precedente). Cancelli, *Iudicia legitima, arbitria honoraria*, cit., p. 135, risolve infine la difficoltà supponendo che Roscio fosse stato formalmente assolto nell'*arbitrium*. Cfr *supra*, nt. 4 e 5.

25 Come Cicerone sottolinea: si vedano *pro Rosc. com.* 5.13-14.

26 Cfr. Puchta, *Über den Rede pro Q. Rosc. com.*, cit., p. 323, e Krüger, *Bemerkungen*

fallace)[27] il loro valore probatorio in riferimento alla *stipulatio*. Peraltro, neppure in questa seconda ipotesi di lettura può escludersi che il mutamento giurisprudenziale summenzionato fosse comunque in atto: nel qual caso, l'Arpinate starebbe contemporaneamente fronteggiando due difficoltà (sia la difficoltà relativa al valore degli *adversaria* sotto il profilo probatorio, in riferimento alla *stipulatio*, sia la difficoltà relativa al valore degli *adversaria* sotto il profilo sostanziale).

La scelta tra le due ipotesi non appare – per gli scopi della presente indagine – necessaria in termini assoluti[28], posto che la sostanza delle informazioni trasmesseci dalla *pro Roscio comoedo* sull'obbligazione letterale appare affidabile, a prescindere dalle strategie difensive in atto[29]. Un punto sembra infatti sicuro: per l'Arpinate, l'annotazione contabile ha efficacia obbligatoria solo ove essa venga registrata nel *codex accepti et expensi*.

In proposito, è stato sostenuto in dottrina che Cicerone si riferisca ad una annotazione creditoria avente di per sé sola effetto obbligatorio e non necessariamente novativa di obbligazioni precedenti (ipotesi che chiameremo, per brevità, della obbligazione letterale «assoluta»)[30]: ciò in riferimento alla

---

zu Bethmann-Hollweg's Civilprozess, cit., p. 239. In questa prospettiva, è interessante chiedersi come potesse essere formulata l'annotazione negli *adversaria* di Fannio. Può infatti osservarsi che, se tale annotazione fosse stata sommaria e non avesse menzionato la stipulazione precedente, essa non avrebbe potuto in alcun modo provare la stessa, sicché la strategia difensiva dell'Arpinate si sarebbe fondata su un terreno di per sé stesso solido.

27 Cfr. Lintott, *Cicero as evidence*, cit., p. 63. La confusione (deliberata o meno) tra i due piani (sostanziale e probatorio) può essere colta contrapponendo il passaggio di esordio in *pro Rosc. com*. 2.5, ove Cicerone sembra illustrare il solo valore probatorio del *codex* ('*Suum codicem testis loco adrogantiae est*'), ai testi di *pro Rosc. com*. 4.10 e 5.13, ove invece si esamina il problema dal punto di vista del fondamento dell'azione: cfr. Cremades, *El contrato literal*, cit., p. 536-537.

28 Tale scelta, peraltro, richiederebbe una analisi dettagliata degli snodi testuali della *pro Roscio comoedo*, analisi che esula dalle finalità del presente articolo. Può però dirsi che l'andamento dell'orazione, deliberatamente teso a confondere l'interlocutore e a sovrapporre i piani della questione, farebbe propendere per la seconda ipotesi (*stipulatio* provata da Fannio a mezzo di annotazione negli *adversaria*): un indizio in tal senso emergerà più avanti nel testo.

29 Infatti, se anche si ritiene che l'Arpinate, nel suo argomentare contro gli *adversaria* prodotti da Fannio, stia deliberatamente fraintendendo i termini della questione, discutendo del valore sostanziale dell'annotazione e non del valore probatorio di essa, resta il fatto che discutere dell'efficacia obbligatoria di un atto – a prescindere dal fatto che, nel caso, tale efficacia possa essere una «creazione» della capacità argomentativa ciceroniana – implica necessariamente l'esaminare i presupposti dell'atto stesso.

30 Si vedano Appert, *Essai sur l'évolution du contrat litéral*, cit., p. 639, p. 641, Thielmann, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 115 ss., p. 122 ss., e Cremades, *El contrato literal*, cit.,

tesi, già *supra* accennata, secondo la quale il valore giuridico e sacrale del *codex* sarebbe stato di tale intensità da legittimare l'effetto obbligatorio della semplice annotazione di taluno quale debitore[31].

Tale posizione sembrerebbe contraddetta da una coppia di testi pomponiani (D. 15.1.49.2 e D. 39.5.26)[32] che, provenendo dal commento all'opera

p. 531-532, p. 535, p. 539 ss. La maggioranza della dottrina ritiene, in ogni caso, che per la produzione dell'effetto obbligatorio sia sufficiente la sola annotazione creditoria: si veda *infra*, nt. 34. Corroborerebbe l'ipotesi il testo di Val. Max., *mem.* 8.2.2: '*Notum suis temporibus iudicium commemoravi, sed ne quod relatu<ru>s quidem sum obliteratum silentio. C. Visellius Varro gravi morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde ex illa tempestate adversus vota Otaciliae. Quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito destrictam feneratricem agere coepit, nummos petendo, quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. De qua re C. Aquilius vir magnae auctoritatis et scientia iuris civilis excellens iudex adductus adhibitis in consilium principibus civitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit. quod si eadem formula Varro et damnari et <ab> adversaria absolvi potuisset, eius quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc privatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni vindicandum reliquit*.': è però discusso che il caso in parola si riferisca effettivamente ad una *obligatio litteris* «assoluta»: si vedano esaurientemente A. Corbino, *Il caso di Visellio Varrone e Otacilia Laterense (Val. Max. 8, 2, 2)*, in «Iuris vincula. Studi M. Talamanca», Napoli, Jovene, 2002, p. 249 ss., D. Liebs, *Vor den Richtern Roms: berühmte Prozesse der Antike*, München, 2007, p. 65 ss., nonché L. Zandrino, *La delegatio nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie*, Napoli, 2010, p. 180 nt. 55, ove anche bibliografia.

31 In questa direzione, deve osservarsi che una siffatta concezione del contratto letterale implica che sia possibile, sotto il profilo contabile, distinguere il debito/credito che nasce dalla sola annotazione dal debito/credito che nasce *ex alia causa* (posto che, come si è accennato *supra*, nel *codex* andavano annotati tutti i debiti e crediti). Poiché da Cic. *in Verrem act. sec.* 4.6.12 e 1.23.61 (più dubbio 4.13.31) emerge che la causa fosse uno dei dati da registrare unitamente al credito (si veda *Osservazioni sul codex accepti et expensi*, di cui alla nota 1), la distinzione era forse possibile poiché l'*obligatio litteris* «assoluta» sarebbe stata la sola annotazione creditizia *sine causa*.

32 D. 15.1.49.2 (Pompon. 4 *ad Q. Muc.*): '*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*'; D. 39.5.26 (Pompon. 4 *ad Q. Muc.*): '*Nuda ratio non facit aliquem debitorem: ut puta quod donare libero homini volumus licet referamus in rationes nostras debere nos, tamen nulla donatio intellegitur*'. Su tali testi, si vedano Thielmann, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 114 ss., ove anche ricostruzione del testo che lo studioso suppone originale rispetto alle (da lui presunte) interpolazioni presenti, e

di Quinto Mucio, possono ritenersi, quanto al contenuto sostanziale, anteriori o coevi all'età ciceroniana. I testi in parola affermano il principio '*nuda ratio non facit aliquem debitorem*': tuttavia, è dubbio che l'affermazione abbia portata generale, poiché essa è riferita, in D. 15.1.49.2, al caso del *pater* che inserisca nelle proprie *rationes* poste contabili a proprio debito verso il peculio, e, in D. 39.5.26, al caso di chi, volendo donare a taluno, si dichiara debitore di questi (sempre nelle proprie *rationes*). Per altro verso, è evidente che entrambi i testi considerano il caso di chi si dichiari debitore nei propri libri e non il caso della '*pecunia expensa lata*', ove il titolare dei libri contabili si dichiara, all'opposto, creditore.

Più problematico appare il principale corollario della tesi sull'obbligazione letterale «assoluta»: corollario secondo il quale, nel caso il debitore contesti di avere acconsentito all'annotazione del creditore, l'assenza di prova del consenso del debitore stesso porrebbe semplicemente il creditore in cattiva luce e la questione verrebbe risolta solo in base ad un giudizio sulla reputazione più o meno onorevole di ciascuna delle parti[33].

L'ipotesi va incontro ad una insuperabile difficoltà. In linea generale, per il configurarsi del contratto è necessaria la volontà di tutte le parti. L'obbligazione può nascere dall'atto compiuto da una sola di esse – ed è anzi evidente, sotto questo profilo, come nel contratto letterale la volontà creditoria sia rappresentata come creatrice autonoma dell'obbligazione – ma la contestazione del consenso, formulata dalla parte estranea all'atto, comporta necessariamente che tale consenso vada provato dalla parte il cui atto è contestato: in caso contrario, mancherebbe un requisito contrattuale fondamentale. Sicché, se pure è ipotizzabile che, nella fase in cui alle annotazioni creditorie non erano attribuiti effetti giuridici privatistici, il consenso prestato dal debitore venisse trascurato (se non addirittura neppure richiesto, in ambiti nei quali il rapporto tra le parti si giocava in termini di superiorità sociale o economica), una volta avvenuto il riconoscimento degli effetti obbligatori della annotazione del creditore da parte del *ius*, non si poté prescindere dal dare rilievo alla volontà del debitore. In questa direzione, la maggioranza della dottrina, pur ritenendo che la sola annotazione del creditore sia sufficiente a produrre l'obbligazione, risolve la relazione tra tale annotazione e *iussum* del debitore nel senso che, ove il debitore avesse negato di essere tenuto, la prova del *iussum* avrebbe comunque dovuto essere fornita dal creditore[34] o mediante la simmetrica annotazione del debitore – tra gli *accepta*

Zandrino, *La delegatio, profili semantici*, cit., p. 182 ss., ove anche bibliografia.

33 Così Cremades, *El contrato literal*, cit., p. 537-538: cfr. Thielmann, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 122 ss., con posizione analoga ma meno radicale.

34 Così Appert, *Essai sur l'évolution du contrat litéral*, cit., p. 624; cfr. V. Arangio-Ruiz, *Les tablettes d'Herculanum*, in «RIDA.», 1, 1948, 16, Tomulescu, *Der «contractus lit-*

– nel proprio *codex*, o anche in altro modo (mediante testimoni o mediante una dichiarazione proveniente dal debitore, ad esempio); e di tali prove vi è testimonianza nelle fonti letterarie e archeologiche [35].

Sul tema del *iussum* del debitore, la *pro Roscio comoedo* si esprime in termini non privi di ambiguità:

1.1: Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius. Erit in illius tabulis hoc nomen, at in huius non erit. 1.2. Cur potius illius quam huius credetur? Scripsisset ille, si non iussu huius expensum tulisset? Non scripsisset hic quod sibi expensum ferre iussisset? Nam quem ad modum turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas. Aeque enim tabulae condemnantur eius qui verum non rettulit et eius qui falsum perscripsit.

Cicerone, a difesa del suo cliente, menziona il fatto che l'annotazione del debito è assente dal *codex* di Roscio. Il rilievo non è esposto in termini strettamente giuridici, bensì morali: ossia, l'Arpinate non afferma che l'assenza di prova del *iussum* di Roscio implichi l'inesistenza dell'obbligazione (argomento che, sulla lite, avrebbe avuto un impatto del tutto risolutivo), bensì che il comportamento di chi annota ciò che non gli è dovuto nei propri libri è '*turpe*'. Ciò, tuttavia, potrebbe essere dovuto al fatto che Cicerone valuti maggiore l'efficacia della comunicazione difensiva ove incentrata sull'etica anziché sul

---

teris», cit., p. 288, Thilo, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht*, cit., p. 287, Behrends, *Das Litteralvertrag*, cit., p. 77, Cannata, *Qualche considerazione sui 'nomina transscripticia'*, cit., p. 634, p. 638-639.

35 Discussi esempi di *iussum* alla *transscriptio* sono contenuti in Cic., *ep. ad Att.* 15.20.4 (su cui si veda L. Zandrino, *Linguaggio giuridico e linguaggio amicale: Cicerone, Ep. ad Att. 15.20*, in «Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti della Giornata di Studi in onore del Professor Lelio Lantella (Torino, 22 marzo 2013)», Napoli, 2014, p. 219 ss) ed *ep. ad fam*. 7.23.1 (su cui si veda Ead., *La delegatio, profili semantici*, cit., p. 179 nt. 154). Le tavolette di Ercolano n. III e X testimoniano la prassi di farsi rilasciare dal debitore un documento attestante il consenso prestato all'obbligazione: si vedano G. Pugliese Carratelli, *Tabulae herculanenses*, in «La parola del passato», I, 1946, p. 379 ss., Arangio-Ruiz, *Les tablettes d'Herculanum*, cit., p. 15 ss., Id., *Testi e documenti. II. Tavolette cerate ercolanesi*, in «BIDR.», LIII-LIV, 1948, p. 393 ss., Id., *Le tavolette cerate ercolanesi*, cit., p. 116; critico in merito Thielmann, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 124. Prova del consenso del debitore poteva altresì, secondo taluni, costituirsi mediante l'intervento dei *pararii*, soggetti che fungevano da intermediari o, forse, da semplici testimoni del contratto letterale, di cui attestavano il perfezionarsi nei propri libri contabili: si vedano in merito W. Erdmann, *Über das nomina facera per tabulas plurium sive interpositis parariis*, in «ZSS.», LXIII, 1943, p. 396 ss., Thilo, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht*, cit., p. 251 ss. (con ampio e diffuso esame dei testi e loro radicale contestazione), e Behrends, *Das Litteralvertrag*, cit., p. 80-81.

tecnicismo della legge[36]. Ci si chiede, dunque, se la strategia ciceroniana, riguardo al punto, sia intesa a negare le ragioni dell'avversario Fannio, o sia piuttosto intesa solo a denigrarlo (in maniera certamente non lieve).

Un punto appare risolutivo: nel caso (esposto in *pro Rosc. com.* 1.1) che il debitore fosse anch'egli tenuto alla redazione del *codex*[37], deve presumersi che la questione della prova del consenso del debitore fosse, per il creditore, particolarmente delicata. In tale ipotesi, infatti – seppure con la recezione nel *ius* del contratto letterale fosse stata conferita efficacia obbligatoria alla sola annotazione del creditore –, vi sarebbero stati due documenti aventi pari rilevanza pubblicistica (la cui redazione, da parte dei rispettivi titolari, avrebbe dovuto seguire le medesime regole rigorose) con un contenuto contradditorio. Alla luce di tale considerazione, quanto affermato poc'anzi potrebbe essere ripetuto con più forza: l'assenza di annotazione nel registro di Roscio costituiva un argomento di peso definitivo a favore dell'assistito di Cicerone, salvo – e v'è qui un indizio su quale delle ipotesi relative al quadro giuridico retrostante la difesa ciceroniana debba considerarsi più probabile – che l'Arpinate stesse deliberatamente proclamando l'inesistenza di una obbligazione letterale onde evitare di discutere l'esistenza di una *stipulatio*.

Complessivamente, il quadro che la *pro Roscio* offre della '*pecunia expensa lata*' è per un verso ambiguo – come peraltro ci si deve aspettare da un'orazione difensiva intesa a confondere le ragioni dell'avversario – e per altro verso rivelatore di un istituto evidentemente appieno radicato nella realtà romana, ma purtuttavia ancora in evoluzione quanto ai suoi presupposti: presupposti che, come si vedrà ora, appaiono mutare ulteriormente nella narrazione gaiana.

5. La *transscriptio* in Gaio. Il contenuto del testo gaiano in tema di contratto letterale (contratto che Gaio chiama *transscriptio*) si articola in una breve serie di paragrafi, che si riportano insieme per comodità di lettura:

3.128. Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.

36 Il tema dell'assenza di annotazione nel *codex* di Roscio rientra tra i primi argomenti difensivi proposti dall'Arpinate. Se ne potrebbe dunque desumere che esso rientri tra gli argomenti considerati più rilevanti (insieme agli ultimi), ma l'analisi della struttura retorica delle orazioni ciceroniane (e di questa in particolare) è assai discussa: si vedano Axer, *The Style and the Composition of Cicero's Speech*, cit., p. 5 sgg., e Stroh, *Taxis und Taktik*, cit., p. 7 ss.

37 Non tutti i cittadini romani lo erano: ad esempio, non lo erano i *familiares* (Cic. *Pro Cael*. 17).

129. A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. 130. A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te pro se delegaverit mihi. 131. Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. 132. Unde non proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est. 133. Transscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo iuris ciuilis est talis obligatio; quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transscripticium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari. 134. Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirografis et syngrafis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

Il contenuto della trattazione gaiana può essere riassunto come segue:

- non si fa cenno dell'*obligatio litteris* assoluta; in suo luogo, sono menzionate due forme specifiche di contratto letterale: la *transscriptio*[38] *a re in personam* e la *transscriptio a persona in personam*;
- non si fa cenno del fatto che tali *transscriptiones* debbano essere necessariamente annotate entro il *codex accepti et expensi*;
- non si fa cenno del fatto che le due forme di *transscriptio* diano luogo a *novatio*;
- sono menzionate, quale oggetto della *transscriptio a re in personam*, le sole obbligazioni da compravendita, da locazione e da società;
- la *transscriptio a re in personam* è oggetto di *ius controversum* – dice Gaio – riguardo alla sua fruibilità da parte dei *peregrini*: fruibilità ammessa dai Sabiniani, ma negata dai Proculiani.

Dalla rapida enunciazione appena effettuata, emerge che, tra il contratto letterale come descritto da Gaio e il quadro del medesimo istituto che emerge dalla lettura della *pro Roscio comoedo*, due sono i principali profili di differenza.

38 Come emerge dalla ricerca su «BIA/BTL», il termine '*transscriptio*' e il sintagma '*nomina transscripticia*' ricorrono esclusivamente nella narrazione gaiana: cfr. Cannata, *Qualche considerazione sui 'nomina transscripticia'*, cit., p. 613 nt. 2. Come osserva il medesimo autore, '*expensilatio*' ricorre solo in Gell., *noct. Att.* 14.2.7: cfr. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, cit., II, sv. '*expensilatio*', p. 366. Per una ricognizione dei testi della giurisprudenza classica in cui compare l'uso del verbo '*transscribere*', si veda T. Mayer-Maly, *Transscribere*, in «Ars iuris. Festschrift O. Behrends», Göttingen, 2009, p, 387.

In primo luogo, come si è osservato, nell'obbligazione letterale di età ciceroniana l'effetto obbligatorio della scrittura si produce in ragione della mera annotazione dell'*expensum* nel *codex*, annotazione svincolata dalla necessaria preesistenza di altra obbligazione e dalla finalità novativa. Nella narrazione gaiana, invece, il contratto letterale è esplicitamente ammesso nelle due sole forme della *transscriptio a re in personam* e *a persona in personam*, il che esclude che la mera annotazione contabile possa produrre obbligazione, ove non sostituisca altra obbligazione precedente[39] con effetto atipicamente novativo («atipicamente», poiché né Gaio né altra fonte menziona la *transscriptio* in relazione alla *novatio*, seppure la produzione di un effetto novativo appaia coerente con la struttura del negozio[40]).

In secondo luogo, Gaio tace sulla necessità che l'annotazione contabile debba essere effettuata all'interno del *codex accepti et expensi* a pena di inesistenza dell'obbligazione.

Tra Cicerone e Gaio, sembrano dunque essere intervenute rilevanti modifiche nella disciplina del contratto letterale: modifiche che, per un verso, hanno reso i presupposti dell'obbligazione meno rigidi (poiché non è più necessario che l'annotazione sia inserita nel *codex*) e che, per altro verso, hanno limitato il nascere dell'obbligazione stessa a due sole e specifiche ipotesi (*transscriptio a re in personam* e *a persona in personam*)[41].

Le ragioni di ciò debbono verosimilmente rinvenirsi nella scomparsa dell'obbligo di tenuta del *codex* da parte dei cittadini romani: scomparsa riguardo alla quale non abbiamo purtroppo precise notizie, ma sulla quale dovettero influire l'avvento del Principato, il superamento dell'ordinamento timocratico, il mutare del regime di tassazione[42]. La scomparsa va comun-

39 Nega il punto Appert, *Essai sur l'évolution du contrat litéral*, cit., p. 639 ss., in particolare p. 642 e nt. 1, secondo il quale anche in Gaio l'obbligazione letterale sarebbe «assoluta»: lo studioso (che traduce il '*veluti*' in Gai., *inst.* 3.128 come «per esempio») attribuisce infatti alla menzione delle due forme di *transscriptio* carattere meramente esemplificativo.

40 Sulle posizioni dottrinarie in merito, rinvio a Zandrino, *La delegatio, effetti giuridici*, cit., p. 74-76 nt. 121, p. 76-77 nt. 122 e p. 77-78 nr. 123; si veda anche Cremades, *El contracto literal*, cit., p.546-547, p. 547 nt. 92.

41 La testimonianza gaiana in *inst.* 3.129 consente, grazie alla menzione di Sabino e Cassio, di dire che le due forme di *transscriptiones* dovevano già essere compiutamente emerse quali *species* del contratto letterale nel I secolo d.C.: ma appare ragionevole retrodatare tale emersione, che probabilmente era già compiuta in età ciceroniana.

42 Peraltro, il *tributum* pagabile su base censitaria era stato fattualmente sospeso (ma non formalmente abrogato) a partire dal 167 a.C., e – salvi gli eventi eccezionali della guerra civile – non era mai più stato ristabilito, quantomeno non durante l'alto impero: così T.P. Wiseman, *The Census in the First Century B.C.*, in «Journal of Roman Studies», LIX, 1969, p. 60, e C. Nicolet, *Tributum. Recherches sur la fiscalité directe sous la republique romai-*

que intesa come segue: pur dovendosi presumere che continuassero ad essere tenute *rationes* contabili considerabili come «principali» (rispetto ad altre ausiliarie), e pur anche volendosi ritenere che tali scritture venissero tenute in maniera del tutto analoga a quella con cui era tenuto il *codex*, esse non erano più rivestite dell'originario valore pubblicistico del *codex* stesso[43].

Ciò non poteva non riflettersi sul regime dell'obbligazione letterale, il cui radicamento nel *ius* doveva però essere troppo profondo perché essa venisse semplicemente a scomparire. Tuttavia, la perdita di riconoscimento delle *rationes* da parte del diritto pubblico significò una diversa rilevanza dei libri contabili, la cui corretta redazione non era più, per i singoli, né essenziale ai fini politici, militari ecc. propri dell'ordinamento timocratico, né fatta oggetto di controlli nella procedura censuaria. Da ciò derivava inevitabilmente un complessivo allentamento delle difese a tutela dei possibili debitori e una maggiore possibilità di abusi.

In questa prospettiva, il fatto che Gaio menzioni, quali forme di contratto letterale, le sole *transscriptiones a re in personam* e *a persona in personam*, può spiegarsi nel senso che tali forme, presupponendo un'obbligazione ad esse preesistente (dunque una già intervenuta relazione tra creditore e debitore), rendevano meno probabile che taluno venisse iscritto quale debitore a sua insaputa, e fossero dunque quelle rimaste maggiormente in uso. Il punto è evidente nel caso della *transscriptio a re in personam*. Nel caso della *transscriptio a persona in personam* (ove chi fosse «uscito» debitore dalla fattispecie sarebbe stato soggetto diverso dal debitore originario), la maggiore tutela può ravvisarsi nella partecipazione al negozio del debitore

---

ne, Bonn, 1976, p. 1 ss. Le finanze dello Stato romano si reggevano perciò sulle imposte indirette e su quelle gravanti sulle provincie: si veda F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV-2, Napoli, 1975, p. 892 ss. (ma si veda anche p. 868 ss. sull'ordinamento del suolo). Sui mutamenti e l'evoluzione della procedura censuaria dalla fine della repubblica all'alto impero, si vedano C. Nicolet, *Centralisation d'état et problème du recensement dans le monde gréco-romain*, in «Culture et idéologie dans la genèse de l'état moderne: actes de la table ronde organisée par le Centre national de la recherche scientifique et l'École française de Rome: Rome, 15-17 octobre 1984», Rome, 1985, p. 1 ss., Id., *La table d'Hèraclée et les origines du cadastre romain*, in «L'Urbs. Espace urbain et histoire (Ier siècle av. J.-C. – IIIe siècle ap. J.-C.): actes du Colloque international organisé par le Centre national de la recherche scientifique et l'Ecole francaise de Rome: (Rome, 8-12 mai 1985)», Rome, 1987, p. 1 ss., E. Lo Cascio, *Le «professiones» della «Tabula Heracleensis» e le procedure del «census» in età cesariana*, in «Athenaeum», LXXVIII, 1990, p. 287 ss., e *Il «census» a Roma e la sua evoluzione dall'età «serviana» alla prima età imperiale*, in «MEFRA.», CXIII, 2001, p. 565 ss.

43 Così Thilo, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht*, cit., p. 268 ss., e Cremades, *El contracto literal*, cit., p. 546-547.

originario, il quale, designando il nuovo debitore quale suo delegato[44], lo poneva in relazione con il creditore, così operando, nei fatti, un controllo della vicenda giuridica.

Particolarmente interessante quanto all'evoluzione del contratto letterale appare poi, nella trattazione di Gaio, la disciplina illustrata quanto alla *transscriptio a re in persona*: essa – scrive il giurista – ha ad oggetto solo obbligazioni tipiche ('*ex emptionis causa aut conductionis aut societatis*': Gai. *inst*. 3.129)[45] ed è la sola forma di contratto letterale che sia considerata, seppure solo dalla scuola sabiniana, fruibile dai *peregrini* dal lato passivo (Gai. *inst*. 3.133: '*Transscripticiis vero nominibus an o b l i g e n t u r peregrini, merito quaeritur*').

Il perché della tipicità delle obbligazioni oggetto di *transscriptio a re in persona* può essere chiarito aderendo ad una delle più note ipotesi interpretative formulate in merito, secondo la quale la *transscriptio a re in personam* avrebbe avuto ad oggetto le sole *obligationes bonae fidei*[46] (come appunto sono quelle derivanti da compravendita, locazione e società)[47]: esse, per mezzo della *transscriptio*, sarebbero state sostituite da una *obligatio stricti iuris*, consentendosi così al creditore di evitare l'*actio bonae fidei* nascente dall'obbligazione originaria[48].

---

44 In questo senso, si potrebbe leggere Gai., *inst* 3.130 nel senso che il *iussum* delegatorio ivi menzionato costituisca un necessario presupposto negoziale e, dunque, una ulteriore garanzia per chi esce debitore dalla fattispecie (che non può divenire tale senza l'autorizzazione del debitore originario). Il punto appare però incerto se raffrontato con la disciplina della *stipulatio* novativa del rapporto di valuta, ove il *iussum* delegatorio è superfluo: si veda L. Zandrino, *La delegatio nel diritto romano. Effetti giuridici e profili di invalidità*, Napoli, 2014, p. 33-34 nt. 61.

45 Salvo leggere l'elenco gaiano in senso esemplificativo e non tassativo: si veda M. Kaser, *rec.* a G. Thielmann, *Die römische Privatauktion, zugleich ein Beitrag zum römischem Bankierrecht*, in «ZSS.», LXXIX, 1962, p. 445, secondo cui l'elencazione gaiana in *inst*. 3.129 non sarebbe esauriente, mancando da essa il mutuo e la *stipulatio*.

46 Così D. Daube, *Novation of Obligations Giving a bonae fidei iudicium*, in «ZSS.», LVI, 1948, p. 94, ora in *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt a.M., 1991, p. 237, per il quale, però, la *transscriptio a re in personam* avrebbe prodotto un'*obligatio stricti iuris* non sostitutiva ma alternativa rispetto a quella *bonae fidei* (consentendo così al creditore di agire alternativamente in base ad entrambi i titoli).

47 In questa prospettiva, merita precisare che, seppure l'elenco gaiano in *inst*. 3.129 sia evidentemente incompleto rispetto alla totalità delle fonti di *obligationes bonae fidei*, è tuttavia altrettanto evidente che i contenuti contrattuali (si pensi ad esempio al mandato) delle fonti escluse sono tali che la necessità di una novazione delle stesse si pone, nella prassi, in maniera minima.

48 In proposito, può immaginarsi che la (possibile) negoziazione tra creditore e debitore in merito alla *transscriptio a re in personam* andasse nel senso che il debitore ottenesse una

Collateralmente, il riconoscimento della fruibilità, da parte dei *peregrini*, della *transscriptio a re in personam* può essere posto in relazione proprio con la natura *iuris gentium* di compravendita, locazione e società[49].

Il contratto letterale, infatti, di per sé stesso appariva di stretto diritto: esso era stato ricompreso nel *ius* in quanto l'annotazione di credito da cui nasceva l'obbligazione era inserita nel *codex*, ossia in un documento contabile a valenza pubblicistica. L'obbligo di tenuta del *codex* gravava però (in quanto connesso alla procedura censuaria) sui soli cittadini romani, che conseguentemente erano i soli a poter fruire del contratto letterale.

Non doveva però essere infrequente il caso in cui il *peregrinus*, già precedentemente obbligatosi *bonae fidei* verso un cittadino romano, si accordasse per una dilazione nell'adempimento e da ciò nascesse la necessità di trasfondere l'obbligazione originaria in una nuova. La finalità avrebbe senz'altro potuto essere raggiunta attraverso una *stipulatio* novativa (e la *stipulatio* era fruibile dai *peregrini*): rispetto ad essa, però, la *transscriptio a re in personam* presentava il vantaggio di operare tra assenti (e l'assenza poteva essere un'ipotesi non improbabile, nel caso di uno straniero)[50]. In quest'ambito,

---

proroga del termine per l'adempimento in cambio del mutare dell'obbligazione da *bonae fidei* a *stricti iuris*.

49 Taluni autori sottolineano invece come la narrazione gaiana relativa alla fruibilità o meno della *transscriptio a re in personam* da parte dei *peregrini* si incentri non già sul concetto di *ius gentium*, bensì su quello di *ius civile*. Cremades, *El contrato literal*, cit., p. 532, interpreta il punto quale spia di una originaria difficoltà sistematico-giuridica a considerare la *transscriptio* quale fonte di obbligazione; in questo senso (p. 532 nt. 57), l'autore adombra un paragone tra l'*obligatio litteris* e le obbligazioni di buona fede, entrambe diffusesi nella prassi e solo successivamente riconosciute dal *ius civile*. Diversamente, Behrends, *Das Litteralvertrag*, cit., p. 98 ss, in particolare p. 100-101, ritiene di desumere dalla trattazione gaiana una originaria distinzione, in età preclassica, tra un *ius civile* riservato ai soli cittadini romani e un *ius civile* inteso quale «Zivilisationsrecht», esteso a tutti i *peregrini* presenti sul territorio della *civitas*: «Zivilisationsrecht» che si sarebbe poi trasfuso, in età classica, nel *ius gentium* (originariamente limitato al solo diritto naturale). Particolare la posizione di V. Marotta, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka», V.1, 1996, p. 129 sgg., secondo cui, alla base della fruibilità *iuris gentium* della *transscriptio a re in personam*, vi sarebbe ciò che lo studioso designa come «tutela *ex re tradita*», fondata sulla *datio rei*. Tale *datio* sarebbe stata riconosciuta quale causa obbligante *iuris gentium*: conseguentemente, l'autore individua in *emptio*, *conductio* e *societas* degli esempi di *dationes* con cause diverse.

50 V'erano peraltro ulteriori differenze tra i due negozi: la *transscriptio* non poteva essere sottoposta a condizione, al contrario della *stipulatio* (*Vat. frag*. 329 e D. 46, 4, 4: si veda anche Behrends, *Das Litteralvertrag*, cit., p. 85 nt. 63.); inoltre, la *transscriptio* estingueva il solo rapporto di valuta e la preesistenza del rapporto di valuta era presupposto formale affinchè il nuovo debitore potesse subentrare al primo (si vedano R.M. Thilo, *Der Codex*

dunque, la fruibilità del contratto letterale riservata ai cittadini creava un problema.

L'evoluzione successiva dovette essere determinata, ancora una volta, dalla scomparsa dell'obbligo di tenuta del *codex*, scomparsa con la quale le ragioni per cui il contratto letterale appariva fruibile solo dai cittadini furono verosimilmente percepite come meno stringenti. Il '*quodam modo*' con cui Gaio attenua la frase '*iuris ciuilis est talis obligatio*', sembra, in questo senso (e a prescindere da un possibile intento latamente denigratorio della posizione della scuola proculiana), esprimere una certa distanza rispetto ad una nozione senz'altro corretta ma, nel contempo, non più appieno rispondente alla realtà delle cose.

Ci si chiede peraltro se – sempre in ragione della scomparsa dell'obbligo di tenuta del *codex* – non vi fosse ormai, ben oltre il cauto approccio innovativo sabiniano, uno spazio argomentativo per consentire ai *peregrini* di accedere alla fruibilità del contratto letterale anche dal lato attivo: ma è ragionevole ritenere che non vi fosse alcuna spinta economico-sociale a che tale accesso venisse riconosciuto. Nel mondo degli stranieri (sia nelle comunità straniere sul suolo italico, sia, in particolar modo, nelle provincie) v'era già una forma di obbligazione letterale, il chirografo, pressoché ovunque conosciuto[51] e radicato nell'uso da epoca precedente la dominazione romana. La necessità di un altro strumento, peraltro culturalmente estraneo, non era probabilmente avvertita. Diverso era per i Romani, che potevano preferire avvalersi, anche nei rapporti con i *peregrini*, di un istituto a loro già noto; e che ottennero, seppure nei limiti di un *ius controversum*, una risposta in tal senso.

6. Conclusioni. L'analisi della *pro Roscio comoedo* e della testimonianza gaiana consente, tenuto debito conto dei dati storico-giuridici di ordine ge-

---

accepti et expensi im Römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation, Göttingen, 1980, 12 sgg., e L. Solidoro, *Tassi usurari e giurisdizione*, in «Diritto e storia», VII, 2008, pubblicato *on line*); mentre la *stipulatio*, al contrario, poteva estinguere anche il rapporto di provvista (novando attivamente previo *iussum* del delegante: si veda in Zandrino, *La delegatio,* cit., p. 33-34 nt. 61).

51 I limiti del chirografo (a cui veniva tradizionalmente riconosciuta, sotto il profilo del diritto romano, mera efficacia probatoria) sono stati recentemente riconsiderati da É. Jakab, *Chirographum in Theorie und Praxis*, in «Römische Jurisprudenz. Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift D. Liebs», Berlin, 2011 p. 275 ss., e da B. Sirks, *Chirographs: Negotiable Instruments?* in «ZSS.», CXXXIII, 2016, p. 265 ss. Da entrambi gli studi emerge come la cessione del documento contenente il chirografo implicasse la cessione dei diritti ad esso relativi, soprattutto quanto alle azioni esercitabili in merito al debito dichiarato.

nerale, di ricostruire il (probabile) andamento storico del contratto letterale.

Per l'epoca più risalente, tale contratto appare connesso al *codex accepti et expensi* ed è riservato ai cittadini romani. L'obbligazione che ne deriva è però astratta, sicché può essere posta in essere per più cause senza necessità di previa dazione di denaro (analogamente alla *stipulatio*). Diversamente, il contratto letterale descritto da Gaio si è oramai svincolato dal rapporto con il *codex*; ma nel contempo è ormai solo più in uso nelle forme della *transscriptio a re in personam* e *a persona in personam.*

Un campo particolare di innovazione è costituito dalla *transscriptio a re in personam*, la cui probabile finalità di sostituzione delle *obligationes bonae fidei* (da compravendita, locazione e società) con *obligationes stricti iuris* sembra aver fornito la chiave di volta per il riconoscimento della (sia pur limitata e controversa) fruibilità della *transscriptio* ai *peregrini*.

Nella rappresentazione del contratto, permane un modello incentrato sulla rilevanza dei soli atti del creditore: l'annotazione creditoria è infatti sufficiente a produrre l'obbligazione e la questione del consenso debitorio si pone, sotto il profilo probatorio, solo ove il debitore neghi di averlo prestato.

Le ragioni di tale squilibrio stanno verosimilmente nel fatto che – coerentemente con quanto affermato circa la connessione tra *codex* e *census* – né gli *infra classem* né i *filiifamilias* (Cic., *pro Cael.* 17) erano tenuti alla redazione del *codex accepti et expensi*. Ne derivava che i soggetti di condizione economica meno felice (che si può ritenere fossero altresì quelli che si indebitavano più frequentemente) non avessero modo di effettuare alcuna annotazione debitoria che fosse simmetrica rispetto a quella creditoria: il che, di fatto, enfatizzava formalmente la posizione dominante del creditore. Astrattamente, sarebbe stato possibile assumere anche la volontà debitoria, seppure espressa in modo diverso dall'annotazione nel *codex*, quale elemento perfezionatore del contratto; ma proprio la rilevanza pubblicistico-sacrale del *codex* doveva rendere tale soluzione impraticabile, poiché in tal modo si sarebbe attribuito, nel medesimo contratto, pari valore a manifestazioni di volontà aventi forme differenti (cosa che, anche prescindendo dal rilievo pubblicistico del *codex*, appare tendenzialmente estranea al pensiero giuridico romano).

Complessivamente, dal quadro del contratto letterale tra l'età ciceroniana e l'età di Gaio emerge un istituto per un verso rigido e per altro verso duttile, ove però gli aspetti di duttilità e rigidità appaiono mutare nel tempo, all'interno di una immagine contrattuale permanentemente incentrata sull'autonomia del creditore.

Ferdinando Zuccotti

Sulle origini e sulla struttura dell'usucapione romana*

1. Una congettura sul conformarsi dell'*usucapio* nella storia del diritto romano – 2. La mai raggiunta sicurezza dell'usucapione: riscontri nel diritto attuale – 3. Riprove logiche e testuali nelle fonti romane della prospettiva ricostruttiva già delineata – 4. La «revoca» dell'usucapione in Gaio: l'*usucapio pro herede* – 5. Prescrizione delle azioni ed usucapione – 6. Svantaggi del sistema della prescrizione acquisitiva rispetto a quella estintiva e soluzioni romane – 7. Gli istituti prescrittivi nel diritto comparato e il sorgere dell'usucapione in Grecia – 8. Ipotesi sul conformarsi dell'istituto prescrittivo nel diritto romano predecemvirale – 9. La riforma decemvirale degli effetti prescrittivi del tempo e la nascita dell'usucapione.

---

* Evitando in questo scritto puntuali note in ordine a fonti e a dottrina – dato che si vorrebbe che l'argomentazione qui si fondasse soltanto su normali dati istituzionali da tutti accettati, evitando il ricorso a più complesse teorie ricostruttive particolari, foriere di interminabili discussioni, per potere così pervenire circa i temi in esame ad una più proficua discussione fondata su premesse comuni alla generalità dei romanisti – mi limito ad indicare i riferimenti che vengono più o meno esplicitamente indicati nel testo e a fornire talune minime indicazioni bibliografiche per le notizie estranee al diritto romano: per i problemi di diritto processuale civile italiano, si veda E. D'Alessandro, *Giudizi di usucapione e problemi di identificazione del convenuto*, in «Rivista di diritto civile», LXII, 2016, p. 1361 ss., e, per il procedimento di jattanza, P.L. Falaschi, '*Giattanza (Giudizio di)*', in «NNDI.», VII, Torino, 1961, p 836 ss.; per la norma del cd. Codice di Hammurapi, cfr. C. Saporetti, *Antiche leggi. I «Codici» del Vicino Oriente Antico*, Milano, 1998, p. 165, per il diritto indiano R. Lingat, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, La Haye - Paris, 1967, trad. it. – *La tradizione giuridica dell'India* –, Milano, 2003, p. 226 ss., per il diritto germanico A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, III, Padova, 1872, p. 72 s., e per il cd. *Codice di Manu* «The Laws of Manu» (*cur.* W. Doniger e B.K Smith), London, 1991, trad. it. – «Le leggi di Manu» –, Milano, 1996, p. 252 s. (o «Il trattato di Manu sulla norma» – *cur.* F. Squarcini e D. Cuneo –, Torino, 2010, p. 178). Le opere cui si allude nel testo sono nell'ordine: M. Talamanca,

1. Una congettura sul conformarsi dell'usucapio nella storia del diritto romano

In una nota di una dozzina di anni or sono, muovendo dalle nozioni normalmente istituzionali, se non più elementari, circa l'usucapione romana, arrivai a sostenere una tesi un poco eterodossa – congetturale ma a sufficienza compiuta nella sua potenzialmente definitiva formulazione – in ordine alle coordinate costruttive di fondo di tale figura ed alle modalità per così dire evolutive che parrebbero avere caratterizzato la sua storia.

Le osservazioni in questione muovevano da una constatazione piuttosto empirica e banale, e a tal punto di mero buon senso da poter a prima vista risultare del tutto estranea al tecnicismo specialistico di consolidate architetture giuridiche: ossia dalla considerazione di come, nelle usuali trattazioni specie esagogiche ma non solo, si tenda in modo più o meno implicito a dare come per scontato che l'acquisto di un bene mediante usucapione si realizzi soltanto in presenza di tutti i requisiti previsti a tal fine dall'ordinamento, ossia quando consti la presenza – secondo il noto esametro medioevale – di *res habilis*, *titulus*, *fides*, *possessio*, *tempus*, mentre per altro verso è ovvio come la sussistenza di questi presupposti sia semmai entro certi limiti accertabile, ossia attestabile tramite un riscontro giudiziale, soltanto nel caso che il precedente titolare della *res* tenti di recuperarla intentando la relativa *reivindicatio*, arrivando per tal via ad una sentenza che dandogli torto dichiari definitivamente, nel caso, la loro esistenza e quindi l'avvenuto acquisto prescrittivo da parte del convenuto. Ed è altrettanto chiaro come, in questa prospettiva, qualora questa né normale né generalizzata condizione manchi, l'usucapione in assenza di qualsiasi accertamento dovrebbe considerarsi a rigore come non ancora certa e sicura e quindi come opinabile nella sua concreta ed effettiva realtà, ossia in ultima analisi come non ancora avvenuta, in

---

Istituzioni di diritto romano, Milano, 1990, p. 421, V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*[14], Napoli, 1993, p. 209 s., F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849, trad. it. – *Sistema del diritto romano attuale* –, IV, Torino, 1889, p. 360 ss. e nt. *a*, H.J. Wolff, *Verjährung von Ansprüchen nacht Attischen Recht*, in «Eranion G.S. Maridakis», I, Athens, 1963, p. 87 ss., trad. it. – *La prescrizione delle azioni in diritto attico* (*cur.* M. Valente) – in «Rivista di Diritto Ellenico», I, 2011, p. 330 ss., e G. Diósdi, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970, p. 144 ss. I due scritti dell'autore ricordati nel testo sono F. Zuccotti, *Per una storia dell'usucapione romana [Vivagni V]*, in «Rivista di Diritto Romano», V, 2005, p. 35 ss. (*estr.*), e *Per una storia della prothesmia prescrittiva*, in «Rivista di Diritto Ellenico», II, 2012, p. 287 ss. Su ordinamenti di tipo «possessorio» e ordinamenti di tipo «proprietario», cfr. F. Zuccotti, *I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario*, in «Rivista di Diritto Romano», III, 2003, p. 389 ss. e in particolare p. 412 ss. Dedico, con poche parole ma con molto affetto, a Pierluigi Zannini.

una situazione di incertezza che potrebbe agevolmente protrarsi all'infinito: una prospettiva di permanente indeterminatezza circa la proprietà della cosa che, innanzitutto, contrasterebbe nella maniera più stridente con i fini di certezza che, nelle fonti romane così come nell'attuale dottrina, sono appunto propri dell'istituto della prescrizione acquisitiva ed anzi suo specifico scopo.

Per non arrivare a tale risultato di per sé assurdo, l'unica via a disposizione al fine di postulare una normale operatività dell'usucapione risulta quella di ritenere che, come avveniva sino alla sua sistemazione duodecimtabulare, l'usucapione continuasse a compiersi in base a dati oggettivi quali appunto il possesso e il tempo, ossia in vista della disponibilità esclusiva della *res* protratta per un certo periodo, mentre la presenza di ulteriori difetti o «vizi» di questa situazione di fatto non avrebbero impedito il compiersi di tale acquisto del *dominium*, ma avrebbero più semplicemente legittimato il precedente proprietario ad agire con la *reivindicatio* nonostante l'avvenuto compimento della prescrizione, «invalidando», per così dire (ed il termine è volutamente generico), il pur già avvenuto acquisto della *res* in capo al possessore: fenomeno che già in antico sarebbe potuto avvenire nei casi in cui la legislazione decemvirale pose dei limiti particolari all'acquisto per *usus*, come avvenne – sembrerebbe – per il divieto di usucapire le *res furtivae* (*tab*. VIII.17), il sepolcro e il suo vestibolo ('*forum bustumve*': *tab*. X.10), il *limes* (*tab*. VII.4) nonché le *res mancipi* vendute dalla donna *sine tutoris auctoritate* (*tab*. V.2).

Per quanto certo piuttosto «strana» a fronte di ormai abituali ed anzi sedimentate prospettive dottrinali, l'idea che l'usucapione continuasse in ogni caso a compiersi in maniera immediata soltanto in base al protrarsi del possesso per il tempo necessario, così come risulterebbe avvenire nelle sue origini predecemvirali, appare in effetti l'unico modo per evitare di ritenere che agli occhi dell'ordinamento tale soluzione acquisitiva non si compisse se non quando fossero una volta per tutte definitivamente assodati tutti i suoi requisiti: ipotesi di per sé non certo normale ed al contrario possibile soltanto nel caso in cui un precedente titolare della *res* agisse con la *reivindicatio* contro l'attuale possessore della cosa (ovvero, al limite, se quest'ultimo, trascorso il tempo necessario e compiutasi l'usucapione, perdesse la disponibilità della cosa e agisse contro il terzo al fine di riottenerla dimostrando a tal fine l'acquisto prescrittivo), ottenendo così una sentenza che eventualmente, facendolo prevalere, avrebbe attestato l'avvenuta usucapione e quindi la sussistenza di tutti i suoi requisiti. Né è qui il caso di soffermarsi più di tanto a sottolineare come comunque una simile pronuncia giudiziale non avrebbe certo potuto assumere un valore assoluto e per ogni verso definitivo in ordine a tale acquisto giuridico, dato che essa avrebbe avuto come ovvio valore tra le parti, i loro eredi ed i loro aventi causa, senza pregiudicare per nulla la

possibilità di altri di contestare a loro volta la presenza di simili requisiti e quindi la effettività dell'avvenuto acquisto prescrittivo.

2. La mai raggiunta sicurezza dell'usucapione: riscontri nel diritto attuale

Non si tratta, del resto, di problemi esclusivamente propri dell'usucapione romana, ma di veri e propri «difetti» sistemici insiti *ab antiquo* in questa costruzione ed anzi intrinseci ad essa, che infatti non hanno mancato di condizionare a lungo il suo complessivo regime altresì negli ordinamenti che sotto tale aspetto ne discendono, per arrivare alle stesse impostazioni dei diritti attuali: anche se è chiaro come nel contesto romano classico l'assenza di un'azione di mero accertamento del dominio esperibile da parte del *dominus* possessore, conseguente al carattere di azione di condanna proprio della *reivindicatio* ed alla necessità che essa venga esperita dal proprietario che manchi del possesso, non poteva che rendere ulteriormente più complesse tali questioni.

Per limitarsi a pochi esempi tratti dagli ordinamenti attuali, ed in particolare da quello italiano, si può innanzitutto osservare come nel nostro diritto vigente, così come in altri, l'esperimento dell'azione di accertamento della proprietà da parte di colui che intenda far dichiarare l'avvenuta usucapione della cosa presenti il più delle volte il problema di individuare l'esatta controparte contro cui l'azione va mossa, e quindi alla quale va notificata la domanda, dato che – anche non considerando i casi, più rari, di errori o preterizioni nei registri catastali – il lungo tempo trascorso dalla presa di possesso fa sì che non poche volte l'intestatario sia da ritenere con tutta probabilità deceduto, mentre nulla è dato sapere, non avendo sovente essi provveduto a registrare la successione, circa l'identità nonché circa la stessa esistenza di eventuali eredi. E questo anche in quanto spesso l'interessato non si limita, per agire, ad attendere i vent'anni, o dieci in caso di usucapione abbreviata, richiesti dagli articoli 1158 e 1159 del codice civile, ma di regola si attiva solo quando ha effettiva necessità di un titolo, ossia di una risultanza catastale, per poter vendere la cosa ovvero, in particolare, per poter ottenere tramite essa ad esempio un mutuo ipotecario.

Poiché in base alle norme generali il giudizio andrebbe instaurato nei confronti dell'intestatario catastale ovvero nei riguardi dei suoi specifici eredi, la prassi viene incontro alle difficoltà dell'attore, ammettendo che qualora il titolare non risulti dai pubblici registri si dia soltanto atto nella domanda giudiziale della oggettiva impossibilità di identificare il convenuto, mentre nel caso della sua presumibile morte la citazione può di fatto essere notificata o collettivamente ed impersonalmente agli eredi (anziché nominativa-

mente a ciascuno di essi) ovvero allo stesso intestatario del bene, anche se esso sia con ogni verosimiglianza da ritenere deceduto: e di solito si ottiene dal tribunale l'autorizzazione alla notifica per pubblici proclami, ai sensi dell'articolo 150 del codice di procedura civile, per la evidente difficoltà di identificare i destinatari. Si tratta, tuttavia, di una certa forzatura delle norme vigenti dettata dalla impossibilità di fatto di adempiere alle loro più rigorose prescrizioni, ma di regola i tribunali evitano, in particolare, di rilevare la nullità della notifica per carenza di specifica identificazione delle generalità dei convenuti, accettando come sufficiente la loro designazione cumulativa quali eredi dell'intestatario catastale.

Il problema in esame, del resto, è in linea di massima comune ad ogni ordinamento, indipendentemente dal fatto che segua il sistema dell'usucapione acquisitiva ovvero della prescrizione estintiva, e ad esempio, tra gli ordinamenti di *common law*, nel diritto statunitense in caso di incertezza circa la controparte il problema viene generalmente risolto in vari Stati proponendo la domanda giudiziale nei confronti di un convenuto dal nome fittizio (tipo il famoso *John Doe*), in base al cosiddetto «suits involving fictitious parties». Si tratta del resto di una soluzione sovente finalizzata ad avvalersi di procedimenti peculiari a tale ordinamento e miranti a consentire all'attore di identificare il convenuto e di emendare quindi la lacuna della domanda giudiziale.

Più interessante, dal punto di vista delle coordinate di fondo dei diritti continentali, è la soluzione costituita nei diritti germanici dal cosiddetto «Aufgebotsverfahren», che prevede la possibilità di escludere dal suo diritto il proprietario di un immobile qualora esso risulti posseduto da altri da trent'anni: in altre parole, l'acquisto per usucapione non è automatico, come nel nostro ordinamento, ma occorre un provvedimento giudiziale di esclusione del titolare del diritto incompatibile con quello usucapito, seguito da una nuova iscrizione tavolare (che in tale sistema ha valore costitutivo e non semplicemente pubblicitario, come in Italia), e per questo chi vanti il periodo occorrente all'acquisto prescrittivo deve chiedere al giudice – per ragioni di certezza giuridica e non già per comporre una controversia a fronte di una contestazione altrui – di invitare chiunque accampi diritti sulla cosa a farli valere entro un determinato termine, pena la perdita del diritto stesso e conseguente riconoscimento del diritto dell'istante; all'invito a farsi avanti è data pubblicità in forma collettiva, mediante affissione all'albo del tribunale nonché attraverso ausili telematici, e qualora il soggetto così informato non reagisca, o se viceversa avanzi una pretesa che non venga accolta nel giudizio di cognizione che ne segue, il giudice pronuncerà un decreto di esclusione dei diritti del precedente proprietario a favore dell'istante, che vedrà quindi registrare a suo nome l'immobile.

Un sistema in qualche modo prossimo a quello tedesco, in cui appunto l'istante non ha l'onere di identificare la controparte, ossia l'attuale titolare dell'immobile usucapito, è stato in tempi non troppo lontani – ed invero piuttosto timidamente – introdotto anche in Italia, in una sorta di compromesso rappresentato dalla nuova legge sull'usucapione speciale della piccola proprietà rurale (legge 10 maggio 1976 n. 346, richiamata dal codice civile nell'art. 1159 bis): secondo tale disciplina, la notifica del ricorso introduttivo del giudizio risulta andare effettuata, stante la lettera della norma, al solo intestatario catastale, e quindi, nel caso esso sia da ritenere con ogni verosimiglianza defunto o irreperibile, soltanto attraverso modalità di notifica collettiva, secondo le forme di pubblicità di regola indicate dal tribunale stesso. Tuttavia, malgrado i quarant'anni ormai già trascorsi dalla sua introduzione e una pronuncia di legittimità costituzionale circa tali forme di pubblicità, questo particolare regime di usucapione non risulta a tutt'oggi del tutto delineato definitivamente dalla giurisprudenza e dalla dottrina in tutte le sue implicazioni costruttive e sistematiche, né tantomeno vi sono indizi di una qualche volontà legislativa di estendere tale regime alle forme normali di usucapione, nonostante esso rimedi almeno in parte alle ricordate difficoltà di notificazione.

In ogni caso, se questo sistema è nei suoi risultati pratici in pratica abbastanza prossimo al «Aufgebotsverfahren» germanico, anche se propriamente in esso non si ha nessuna *provocatio ad agendum*, è da notare come comunque il diritto italiano conobbe, nei primi codici preunitari di ispirazione austriaca, un procedimento in qualche modo simile a quello tedesco, rappresentato dalle cosiddette azioni di jattanza o preventive, che però scomparvero sin dal Codice del Regno di Sardegna del 1854-1859: questa forma di giudizio era appunto detto «provocatorio», in quanto, allo scopo di por fine ad uno stato di incertezza causato dal «vanto» di un diritto da parte di un terzo, si consentiva al soggetto di agire in giudizio affinché il giudice obbligasse l'autore di tale «vanto» ad esercitare in giudizio il diritto accampato, con la sanzione, in caso contrario, della perdita definitiva dell'azione (cosiddetta *impositio silentii*).

Le origini di tale forma di procedimento prendono le mosse da molto lontano, ossia dalla cosiddetta *lex 'diffamari*' di C.I. 7.14.5, ove si prevedeva, in caso di voci calunniose circa lo stato di ingenuità di taluno, che l'interessato potesse costringere il diffamante ad agire in un giudizio di stato sulla questione, pena la decadenza di qualsiasi diritto o titolo vantato e quindi il perpetuo silenzio su tale argomento. Nel contatto con la cultura germanica penetrata in Italia, un simile sistema venne esteso – altresì sul modello dei «giudizi di Dio» nonché delle cosiddette *purgationes*, ossia delle ordalie e dei giuramenti cui taluno poteva ricorrere per tutelare la propria dignità – ai

casi in cui l'onorabilità di una persona fosse messa in discussione da sospetti o dicerie che pur non si concretassero in una vera e propria accusa, consentendo al soggetto di invitare mediante pubblici proclami chiunque fosse a conoscenza di una sua colpa o menda a denunciarla, fornendone la prove, o a tacere per sempre. La giurisprudenza medioevale e poi glossatori e commentatori estesero gradualmente questo mezzo di tutela a tutte le ipotesi in cui le millanterie di taluno mettessero in serio pericolo la sicurezza dei diritti di un'altra, e ne nacque una sistema di azioni dette «preventive» (nel cui ambito iniziò ad enuclearsi altresì la categoria delle azioni di mero accertamento) che conobbe via via sempre più estese applicazioni, compreso il diritto di proprietà, ed il *remedium ex lege diffamari* venne esteso a pressoché ogni caso di «vanto» (*iactatio*), cui si reagiva appunto con la *provocatio ad agendum*, sotto pena della *impositio silentii*, mentre con la diffusione del diritto comune tale tipo di procedura venne recepito in particolare in Francia e in Germania. Tuttavia, come si è accennato, con la codificazione più matura detti giudizi scomparvero, in base della motivazione che si sarebbe trattato di espedienti della giurisprudenza medioevale per sopperire a difetti degli ordinamenti ormai superati (come si disse nei lavori preparatori al Codice di Procedura Civile italiano del 1865), ma in concreto soprattutto per la difficoltà di stabilire il grado di interesse necessario e sufficiente a legittimare l'esperimento di tali azioni: e fu soltanto merito della dottrina, guidata in particolare da Giuseppe Chiovenda, se insieme ad esse non scomparvero anche le azioni di mero accertamento, preservate di fatto alla genericità della norma con cui il codice escludeva la sopravvivenza dei giudizi di jattanza.

Se dunque la rinuncia da parte dell'ordinamento italiano a tale tipo di procedimento non ha certo facilitato l'accertamento dell'usucapione, si deve tra l'altro tenere altresì presente, nel rapporto tra i due diversi sistemi, che mentre nei giudizi di jattanza così come nell' «Aufgebotsverfahren» tedesco il provvedimento giurisdizionale che pone fine alla procedura ha di fatto efficacia *erga omnes*, nel sistema italiano la sentenza che chiude la controversia ha soltanto, com'è inevitabile, valore di giudicato esclusivamente tra le parti, i loro eredi ed i loro aventi causa, lasciando aperte, per quanto di fatto rare, ulteriori ragioni di incertezza circa la definitività del provvedimento ottenuto. E questo a tacere il fatto che il decreto con cui si conclude il procedimento ex art. 1159 bis, secondo la dottrina dominante, non può acquistare autorità di cosa giudicata, né precluderebbe al precedente titolare la possibilità di intentare in seguito la normale azione di rivendica (ad esempio, secondo una sentenza della Cassazione Civile – 18.10.1016 n. 21016 – il decreto di riconoscimento della proprietà rurale, inidoneo a passare in cosa giudicata, conferisce soltanto «una presunzione di appartenenza del bene a favore del suo beneficiario», interpretazione che non sembra affatto imposta

dal testo delle legge 10 maggio 1976 n. 346, che forse poteva a tale proposito venire letta in maniera alquanto più «innovativa», ma che in ogni caso risulta scontrarsi con radicati atteggiamenti mentali di tipo conservativo).

Nel complesso, tirando le fila di questo non brevissimo *excursus*, sembra di potersi osservare una certa riottosità, specie da parte del diritto italiano come di altri, a violare il principio secondo cui non si possono imporre obblighi o oneri al *dominus* affinché agisca in giudizio per la tutela della *res*, costringendolo ad un comportamento positivo che secondo i principii generali non rientrerebbe nelle coordinate di massima del diritto di proprietà (criterio che si fa in linea di principio risalire all'affermazione di Paolo – 71 *ad ed*. –, trasmessaci da D. 44.4.5.6, secondo cui il *dominus* ha in sua potestà se usare del proprio diritto e quindi quando agire: '*non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur*'). A tale principio, pur certo ben comprensibile nelle sue coordinate di massima, non si vuole derogare neppure, in particolare, quando viene a collidere con l'altrettanto – e forse ancor di più – fondamentale principio della certezza dei rapporti giuridici, senza che rilevi sotto questo aspetto neppure il fatto che il proprietario, o i suoi eredi, siano in ogni caso manchevoli rispetto ad elementari adempimenti di utilità e interesse generale riguardanti le forme di conoscenza fornite dai pubblici registri.

Ma se sotto tale specifico aspetto a impedire un normale funzionamento del meccanismo usucaptivo è la prevalenza della tutela del *dominus* sulla esigenza di certezza nei rapporti giuridici, impedendo la possibilità che nell'ordinamento italiano si ricorra a procedimenti come quello di jattanza o sul genere dell' «Aufgebotsverfahren» tedesco, che pur risolverebbero in maniera più semplice e lineare i problemi cennati, più in generale i problemi costruttivi connessi alla radice stessa delle architetture giuridiche su cui è nata l'usucapione sono ben più vasti e profondi, e riguardano la stessa concezione di fondo che essa rispecchia e su cui si è sviluppata nel corso dei secoli. Una concezione che – per quanto oggi si ammetta, com'è noto, l'usucapione altresì da parte del possessore di mala fede – si è in massima parte generata e per secoli radicata in una visione in ultima analisi moralistica dell'istituto, teso a premiare il possesso che, senza mala fede, non leda nelle convinzioni del soggetto un diritto altrui ed anzi risulti giustificato ad ogni effetto da una parvenza di titolo che, pur senza essere sufficiente a procurare il dominio, giustifichi in certo modo il conseguimento del diritto sulla *res*: prospettiva, questa, che si potrà anche in vario modo giustificare, in nome magari di una criterio virtuoso che vuole premiare il buon possessore e ostacolare quanto più possibile l'improbo *praedo* che non giustifichi

in altro modo la sua posizione se non con il proverbiale '*possideo quia possideo*', ma che in ogni caso risulta aver evidentemente ben poco a che fare con le pur ovvie esigenze di certezza giuridica che dovrebbero, sin dalle sue coordinate sistematiche di fondo, essere a base dell'istituto dell'usucapione, legittimando la sua esistenza nell'ambito dell'ordinamento e quindi, in ipotesi, fornendo i parametri generali per la sua costruzione dogmatica.

Le origine ultime di tale aporia risultano alquanto antiche, ed anzi appaiono porsi nei loro incunaboli agli stessi primordi della usucapione, che come si vedrà non dovette essere un istituto primigenio, ma semmai il verosimile frutto dell'evoluzione del precedente e più semplice e primitivo sistema della prescrizione delle azioni: un mutamento di regime che avvenne nel diritto romano, con ogni probabilità, in occasione della legislazione decemvirale, cui in effetti sembrano risalire altresì gli originari problemi costruttivi che ancora si riverberano ed anzi per taluni versi continuano pressoché inalterati negli ordinamenti attuali.

3. Riprove logiche e testuali nelle fonti romane della prospettiva ricostruttiva già delineata

Tornando dunque alla ipotesi di diritto romano qui proposta, secondo cui l'usucapione si compiva in base al solo possesso perdurato per il tempo necessario, mentre la presenza degli ulteriori requisiti avrebbe semplicemente consentito all'attore di intentare la rivendica al fine di «annullare» l'usucapione pur già perfezionatasi, è da notare come, per quanto riguarda il diritto romano, a ben vedere, l'iniziale «stranezza» di una simile ricostruzione del resto si stemperi alquanto se si vanno a vedere, spogli di ogni preconcetta idea ricostruttiva accettata a priori ed anzi ormai pressoché sclerotizzata, le effettive testimonianze testuali sotto questo aspetto offerte dalle fonti a disposizione in ordine all'usucapione, che tanto nel loro versante giuridico quanto in quello altresì letterario non risultano affatto mancare di offrire notevoli spunti, se non sufficientemente precisi indizi, in tal senso.

In primo luogo, è da notare come gli stessi giuristi romani, quando si tratta di dare una definizione generale della *usucapio*, si limitino a fare riferimento al possesso protrattosi per il tempo necessario, senza menomamente circoscrivere la sufficienza di tale elemento alla contemporanea presenza della *res habilis*, della *bona fides* e del *titulus* o *iusta causa*: così Gaio (*inst.* 2.44), trattando della figura e muovendo dalle *res mancipi* soltanto *traditae*, come spiegazione delle sue finalità complessive reca '*quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usuca-*

pionem possessori tributum est', ribadendo questa impostazione definitoria dell'istituto in D. 41.3.1, 21 *ad ed. prov.*: '*bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas [statuti temporis] <anni vel biennii> spatium*'; impostazione che si ritrova analogamente in Modestino (5 *pand.*, D. 41.3.3: '*usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis [temporis lege definiti] <anni vel biennii>*') ed ancora nell'*epitome Ulpiani* (19.8: '*usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii*'), secondo una modello che del resto nei suoi tratti essenziali compare ad esempio già in Nerazio, che in 5 *membr.*, D. 41.10.5, a proposito del titolo '*pro suo*', affermava '*usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset*'.

Se quindi l'automaticità dell'effetto acquisitivo connesso al mero possesso continuato appare legarsi in modo inscindibile, nella visione dei giuristi classici, all'intrinseco fine di certezza dei rapporti e di limitazione delle liti che è proprio dell'istituto, senza fare affatto riferimento ad ulteriori elementi (tanto che la dottrina moderna, quando non si limiti ad accettare questa impostazione per poi correggerla tacitamente trattando in seguito dei vari requisiti che dovrebbero accompagnarsi a tali primi presupposti, è sovente costretta ad integrarla – forzandola – parlando in modo dogmatico di un «possesso qualificato»), è soprattutto da notare come questa prospettiva costruttiva dell'istituto si adatti alquanto meglio ai metodi elaborativi della giurisprudenza romana, che di per sé non può intervenire sui requisiti di un istituto già posti su di un piano sostanziale dallo *ius civile*, ma che di norma si limita ad agire sul versante della tutela processuale ponendo nel caso nuovi limiti e restrizioni alle pretese delle parti, così da agire risolutivamente e tuttavia in maniera indiretta sulla conformazione della figura (si pensi, ad esempio, al limite della *vis maior* nella responsabilità per *custodia* nell'*actio commodati in factum*, di cui la formula propriamente tace, ovvero al requisito di '*iure se ducere putare*' – D. 43.20.1.10, 19 e 39 – negli *interdicta de aqua*, che limita la tutela decretale dell'*usus servitutis* al solo esercizio effettuato nella convinzione di agire secondo diritto, senza che del pari una simile restrizione venga esplicitata nelle parole del *decretum*).

Per tal verso, se i già ricordati limiti duodecimtabulari relativi alla *res habilis* vennero posti legislativamente dai decemviri (e in effetti, a proposito delle *res furtivae* e *vi possessae*, anche le ulteriori limitazioni costituite dalla *lex Atinia* e dalle *leges Plautia* e *Iulia de vi* seguirono appunto sempre tale modalità autoritativa di introduzione), i limiti costituiti dalla *fides* nonché dal *titulus* non risultano invece essere stati posti attraverso la via legislati-

va, ed appaiono quindi di introduzione giurisprudenziale: prospettiva in cui, dunque, non si può pensare ad una riduzione operata in modo diretto sul piano sostanziale del perimetro di applicabilità dell'*usucapio*, bensì, più propriamente, ad una limitazione appunto di ordine processuale, in cui si ammetteva l'esperibilità della *reivindicatio* e la conseguente vittoria dell'attore qualora si dimostrasse che il convenuto, pur avendo posseduto la cosa per il tempo necessario, non disponesse di un adeguato *titulus* o *iusta causa* ovvero non avesse ottenuto la disponibilità della *res* secondo un atteggiamento di *bona fides*. Non riconoscendo l'avvenuta usucapione della *res* qualora mancassero questi ulteriori requisiti, l'impostazione processualistica che si limitava a far prevalere in questi casi l'attore rivendicante reagiva com'è ovvio altresì sul piano concreto dei limiti sostanziali della figura, conformandola a tale nuova architettura costruttiva, ma risulta peraltro chiaro come ciò non intaccasse direttamente le coordinate di fondo su cui l'istituto della prescrizione acquisitiva si erigeva, limitandosi formalmente a escludere sul piano processuale la prevalenza del convenuto possessore ed usucapiente nel caso in cui difettasse appunto di *fides* e di *titulus* e facendolo così risultare sconfitto nella lite, ma senza, ancora una volta, interagire direttamente con i presupposti sostanziali dell'istituto: e quindi lasciando che l'*usus* acquisitivo continuasse a compiersi e a prodursi, in assenza di una reazione processuale del precedente titolare, sulla base degli originari requisiti del possesso e del tempo, così come, in mancanza di una *reivindicatio*, non poteva rilevare l'eventuale provenienza furtiva della *res*, elemento che, anche se invece di origine autoritativa e non giurisprudenziale, poteva sempre essere preso in considerazione e privare il convenuto della *res* soltanto in sede processuale, e quindi esclusivamente attraverso l'esperimento dell'azione da parte del precedente *dominus*.

In tale falsariga, si comprende altresì il motivo per cui alcune fonti retoriche e in particolare Cicerone (nelle cui opere peraltro compare in effetti, significativamente, altresì la forma verbale '*usus capi*' – *leg.* 2.24.61 e *ad Att.* 1.5.6 – nonché il sostantivo '*usus capio*' – *leg.* 1.21.55 –, secondo un uso pianamente attestato in età repubblicana) di norma facciano senza problema riferimento, trattando dell'usucapione, non alla coeva *usucapio*, ormai in concreto regolata in via legislativa nonché giurisprudenziale in riferimento alle limitazioni di cui si è detto, bensì ancora all'*usus*, come antico istituto civilistico regolato dalle XII Tavole, in cui l'acquisto si verificava in linea di massima in base al solo possesso protrattosi per il tempo necessario, al massimo con il limite sempre d'introduzione decemvirale relativo alla *res habilis*, peraltro operante anch'esso su di un piano non sostanziale bensì processuale: si vedano in tal senso ad esempio Cic., *Caec.* 19.54, *leg.* 1.21.55 e 2.46.61, *top.* 4.23, nonché tra l'altro *Rhet. Her.* 4.29.40. Una visuale, questa,

che potrebbe risultare assurdamente conservatrice e financo piuttosto tetragona nel non arrendersi all'evoluzione degli istituti, se l'antico *usus* acquisitivo fosse stato a quei tempi trasformato, come si usa dire, nella nuova figura dell'*usucapio*, caratterizzata in particolare dai requisiti della *bona fides* e della *iusta causa*, ma che viceversa appare alquanto meglio comprensibile se è da ritenere, come nella falsariga qui seguita, che in realtà tali recenziori elementi si limitassero appunto ad agire su di un mero piano processuale, arginando in via interpretativa l'operatività dell'acquisto prescrittivo, ma senza peraltro cancellarne l'antica architettura sostanziale, basata sui soli requisiti minimi del tempo e del possesso: cosicché, formalmente, l'antico istituto dell'*usus* era sempre e comunque vigente nella sua struttura originaria, così come delineato dallo *ius civile*, per quanto di fatto poi evolutosi, grazie all'attività giurisprudenziale, nella più moderna e restrittiva *usucapio*.

Tra l'altro, questa prospettiva chiarisce un ulteriore elemento che rimane, secondo le falsarighe della comune dottrina, invero alquanto problematico, ossia il fatto che, quand'anche privato della cosa da un terzo che in ipotesi non accampasse altra ragione che il proprio atto di forza e la situazione di fatto che ne derivava (il '*possideo quia possideo*' del cosiddetto *praedo*), egualmente colui che avesse usucapito la cosa e poi ne fosse stato spossessato, per dare la dimostrazione della proprietà nella *reivindicatio* esperita per riottenerla, avrebbe dovuto in ogni caso, anche a distanza di decenni, fornire la prova della *iusta causa*, nonché nel caso altresì della idoneità della *res* ad essere usucapita, oltre a quella del possesso protratto per il tempo necessario (la buona fede, come è noto, si presume infatti sino a prova contraria): e questa prova, estremamente difficile se non pressoché impossibile col passare di troppo tempo, sarebbe senza dubbio l'inevitabile conseguenza del voler costruire in particolare la *iusta causa*, per così dire, come un fattore «costitutivo» dell'usucapione. Se questa soluzione sarebbe palesemente assurda e in pratica priverebbe l'istituto di ogni utilità ai fini della certezza del diritto, appare chiaro come la ricostruzione qui tracciata eviti tale paradosso, dato che i soli presupposti dell'usucapione rimarrebbero in generale soltanto il possesso e il tempo, sufficienti, dunque, a far prevalere in generale colui che ha acquistato prescrittivamente la cosa contro qualsiasi terzo: qualora invece la controversia fosse sorta con il precedente proprietario della *res* (ovvero con il possessore che avesse venduto e consegnato, ma senza farne la *mancipatio*, la *res mancipi* all'attuale detentore, o altri soggetti analoghi) in questa ipotesi – e soltanto in tal caso – sarebbe stata rilevante il problema della *iusta causa*, e quindi colui che asseriva di avere usucapito la cosa avrebbe dovuto dimostrare tale elemento (ed in effetti simili liti dovevano in effetti sorgere normalmente in un tempo per così dire ragionevole, mentre la prova dell'usucapione nei confronti di un qualsiasi terzo risultava com'è evidente utile anche a distanza di un notevole lasso di tempo, ed anzi, potenzialmente, all'infinito).

4. La «revoca» dell'usucapione in Gaio: l'*usucapio pro herede*

Ma l'indizio più notevole e sembrerebbe risolutivo circa il compiersi ancora in età classica dell'usucapione in base al mero possesso annuale o biennale, mentre l'esperimento della *reivindicatio* da parte del precedente titolare non avrebbe che il fine di «annullare» o «revocare» tale acquisto facendo valere l'assenza di *res habilis*, *fides* o *titulus*, ci viene dalla trattazione gaiana relativa all'*usucapio pro herede*, ove il giurista, parlando dell'usucapione in riferimento ai casi in cui avviene '*ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat*' (*inst.* 2.52) – come accade altresì nell'*usureceptio* (§§ 59 ss.) –, afferma che, oltre che '*inproba*' (§ 55: '*Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri …*', in riferimento alla prosecuzione dei sacra e al pagamento dei debiti) l'*usucapio pro herede* risulta altresì '*lucrativa*' (§ 56: '*haec autem species possessionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrifacit*') e prosegue spiegando come tuttavia ai suoi tempi, in seguito a un senatoconsulto emanato sotto Adriano, tale problema fosse stato superato, perché l'erede ora poteva agire risolutivamente contro il possessore anche dopo che questi ha usucapito (§ 57: '*sed hoc tempore iam non est lucrativa: nam ex auctoritate Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset*').

La riforma introdotta dal senatoconsulto, quindi, non si realizza ponendo un ulteriore requisito pregiudiziale al verificarsi dell'usucapione, agendo cioè su di un piano sostanziale, ma nel consentire all'interessato, ossia all'erede, di esperire, appunto anche dopo che l'acquisto prescrittivo si è già compiuto ('*ab eo, qui rem usucepit*'), la *petitio hereditatis* come se l'acquisto non si fosse invece verificato ('*atque si usucapta non esset*'), in una visuale da cui risulta come, secondo Gaio, l'*usucapio pro herede*, sino allora da considerarsi '*lucrativa*' in quanto scientemente ci si arricchisce facendo propria una cosa altrui, non è più tale, semplicemente in quanto è data la facoltà all'erede di agire contro colui che ha usucapito: il che per vari versi appare piuttosto problematico nella sua logica, in quanto se l'erede in concreto agisce eviterà appunto questa conseguenza negativa, ma se invece non si attiva, come è ben possibile, la usucapione del possessore rimarrà non di meno sempre un fenomeno *improbus* e *lucrativus*, senza che dunque il problema sia risolto in via generale (ed analogo discorso vale altresì quando si afferma che introducendo il *crimen expilatae hereditatis* Marco Aurelio avrebbe in modo definitivo abolito la *usucapio pro herede*: cosa inesatta, a rigore, dato che in assenza della reazione giudiziaria del danneggiato, ancora

una volta, tale forma *improba* e *lucrativa* di usucapione continuava comunque pianamente a realizzarsi).

In ogni caso, risultano qui particolarmente interessanti le parole di Gaio (§ 57) quando, dopo aver affermato che in realtà l'usucapione si è già compiuta ('*ab eo, qui rem usucepit*'), spiega che in base all'azione esperita dall'erede tale acquisto viene appunto «revocato» ('*ut tales usucapiones revocarentur*'), come se l'usucapione non fosse avvenuta ('*atque si usucapta non esset*'). Si tratta dunque, come è stato notato, di un'azione avente natura rescissoria, in quanto, se essa non fosse stata esperita, l'acquisto sarebbe rimasto efficace, mentre d'altra parte il carattere relativo di questo rimedio processuale sembra ribadito dal fatto che tale «revoca» poteva essere ottenuta soltanto attraverso la *petitio hereditatis*, facendo valere la qualità di erede dell'attore, ma non attraverso altre azioni – e in particolare mediante la *rei-vindicatio* –, data appunto la piena efficacia sotto ogni altro aspetto dell'usucapione così compiutasi. Anche se in maniera più restrittiva per quanto riguarda le sue modalità operative, quindi, la stessa riforma adrianea dell'*usucapio pro herede* risulta limitarsi ad intervenire su di un piano meramente processuale, così come la giurisprudenza, nella tesi qui sostenuta, aveva deciso che pur essendosi già compiuta l'usucapione attraverso il possesso protrattosi nel tempo essa poteva lo stesso essere impugnata ed invalidata, per così dire, qualora difettassero i presupposti della *fides* e del *titulus*, ed allo stesso modo in cui, già a partire dalle XII Tavole, si poteva dopo il compiersi dell'acquisto prescrittivo far valere l'origine furtiva delle *res* per «rescindere» tale automatico effetto giuridico della *possessio* e del *tempus*: e in effetti risulterebbe in verità alquanto strana la cautela imperiale di intervenire sul mero aspetto processuale, senza agire direttamente sui presupposti sostanziali della *usucapio pro herede*, qualora già da secoli i requisiti della *res habilis*, della *fides* e della *iusta causa* avessero, nella loro mancanza, di per sé impedito il compiersi dell'usucapione, fornendo un esempio decisivo circa la possibilità di limitare in tal senso su di un piano sostanziale l'acquisto prescrittivo, mentre tale cautela si spiega in maniera agevole se invece si postula, come infatti si fa qui, che anche i requisiti posti legislativamente e poi in via giurisprudenziale all'usucapione si erano limitati ad agire appunto su di un piano di tipo processuale e mai di ordine sostanziale. Strada costruttiva che dunque il senatoconsulto in esame, evitando innovazioni difficilmente concepibili in tale contesto, preferì giocoforza seguire in modo pedissequo.

E in effetti tale forma di usucapione, sino ad Adriano, risulta riflettere la struttura originaria dell'*usus*, quando, al tempo delle XII Tavole e quindi prima che venissero posti i requisiti delle *res habilis*, della *fides* e del *titulus*, esso si compiva semplicemente mediante il possesso protratto per il tempo necessario: modalità conservatesi nell'*usucapio pro herede* al pari di quan-

to accadeva per l'*usureceptio*, che infatti viene anch'essa definita da Gaio '*lucrativa*' quantomeno nel caso in cui avvenga a danno del creditore *nondum soluta pecunia*, quando cioè il soggetto ritorna in possesso della cosa, purché non l'abbia ricevuta dalla controparte né in locazione né in precario, e quindi, pur senza aver soddisfatto il creditore, può appunto compiere l'*usureceptio* ('*si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio conpetit*').

Per quanto riguarda la quantificazione del periodo in cui si compivano tali forme arcaiche di *usus*, annuale anche per le *res soli*, è nota la giustificazione data da Gaio a proposito della prima, basata sul fatto che l'eredità non è una *res soli* (*inst*. 2.54: '… *ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est*'), soluzione che peraltro rimase ferma anche quando l'*interpretatio* escluse che l'*hereditas* potesse in quanto tale venire usucapita ('… *quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit*'): ma questa giustificazione, per quanto relativamente corretta, sembra dimenticare che il fenomeno della prescrizione annuale degli immobili è più vasto, e coinvolge nel loro complesso tali forme di acquisto, riguardando anche l'*usureceptio*, in cui una *res aliena* viene '*anno scilicet <etiam> soli si sit*' (*inst.* 2.60), soluzione di cui però Gaio non fornisce una spiegazione esplicita, al di là della intrinseca considerazione che di norma si trattava qui di far riottenere la cosa al fiduciante quando erano venute meno le ragioni – in particolare, *fiducia cum amico* o *cum creditore* – che avevano giustificato il trasferimento della cosa.

Risulta quindi verosimile che il termine breve sia semplicemente un retaggio della situazione precedente alle XII Tavole, in cui il tempo attraverso cui si compiva l'*usus* era sempre annuale, secondo un più arcaico e semplice regime che per tali forme di usucapione, in cui infatti si farà a meno altresì del requisito della *fides*, aveva continuato ad essere vigente nonostante la riforma decemvirale dell'istituto: una regolamentazione più antica fondata sul mero trascorrere del tempo che, per particolari ragioni, in questi due casi si era preferito non modificare e su cui d'altra parte si innestano poi spiegazioni a posteriori del fenomeno (come quella secondo cui l'eredità sarebbe stata da ricomprendere tra le *ceterae res*, che peraltro ignora il semplice fatto che, se si fosse davvero voluto legare gli immobili a una prescrizione acquisitiva in ogni caso sempre biennale, la soluzione avrebbe ben potuto essere opposta) e tentativi di aggiustamento volti a limitare tale ormai troppo liberale disciplina (come nel caso della *res* data in garanzia dal *praes* allo Stato, in cui in caso di immobili si preferì introdurre una *usureceptio* biennale, come

ricorda Gai., *inst.* 2.61: '*item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possiderit, concessa est usureceptio; sed hoc casu praedium biennio usurecipitur*').

Se la riforma adrianea fu più dunque contenuta, ammettendo la reazione dell'erede solo attraverso la *petitio hereditatis*, essa si pose in ogni caso nell'alveo degli interventi che a partire dalle XII Tavole si erano mossi ad arginare gli effetti dell'*usus* acquisitivo, in primo luogo sul versante del tempo necessario (a partire, ovviamente, dalla risolutiva riforma decemvirale, ma non senza successivi interventi marginali, operati con ogni probabilità in via interpretativa, come nel caso dell'*usureceptio* biennale *ex praediatura*), sia per quanto riguarda la *res habilis* (con gli interventi in questo caso autoritativi della legislazione duedecimtabulare, della *lex Atinia* e dalle *leges Plautia* e *Iulia de vi*), sia infine in ordine alla *fides* ed alla *iusta causa*, secondo limiti posti in linea di massima dai *prudentes* sempre in via interpretativa.

E se il senatoconsulto di età adrianea si limitò, come si è visto, a «revocare» l'usucapione, già pianamente attuatasi, attraverso l'esperimento della *petitio hereditatis*, lo stesso schema operativo dovette com'era inevitabile realizzarsi già prima, in ordine ai requisiti soggettivi dell'usucapione, poiché se sino a una certa epoca si poteva usucapire, poniamo, senza che fosse necessaria la *iusta causa* ed i *prudentes* stabilirono che invece un simile requisito dovesse ritenersi necessario e decisero di introdurlo in via interpretativa, essendo loro precluso un intervento sul regime sostanziale dell'istituto, essi dovettero giocoforza farlo sul piano processuale: e per tal verso, se prima di questo intervento giurisprudenziale l'usucapione si compiva senza *titulus*, sul piano sostanziale continuava inevitabilmente a realizzarsi senza tale requisito, mentre l'introduzione di esso poteva agire su di un livello soltanto processuale, togliendo appunto valore, previo esperimento della relativa azione, ad una usucapione realizzatasi senza la presenza di una *iusta causa*. Non potendo dichiarare *tout court* «non valida» un'usucapione realizzatasi secondo le vigenti norme dello *ius civile*, né potendo in generale considerare invalide tutte le usucapioni già sino allora verificatesi in assenza di questo requisito (né avrebbe avuto senso il farlo), la giurisprudenza romana non poté che negare il riconoscimento e la protezione giudiziali alle ipotesi in cui esso mancasse, agendo appunto in via interpretativa, ma senza intaccare il principio per cui, se non si agiva facendo valere processualmente tale «vizio», l'usucapione si era comunque a ogni effetto compiuta, com'era in effetti previsto dal precedente regime sostanziale dello *ius civile*.

E ciò spiega, ancora una volta, come il regime romano dell'usucapione evitò l'aberrazione di considerare compiuto l'acquisto prescrittivo soltanto quando fosse una volta per tutte definitivamente attestata la sussistenza di tutti i suoi requisiti – cosa del resto di per sé assurda stante la normale

impossibilità di tale accertamento –, agendo cioè in una falsariga di ordine appunto processuale, com'è naturale più consona ai metodi elaborativi della giurisprudenza romana, e non in una prospettiva invece di diritto sostanziale: falsariga ricostruttiva invece seguita dai moderni nel descrivere tali fenomeni, in cui paradossalmente si ha l'impressione che l'usucapione, dovendo attendere che fossero verificati non solo il possesso e il tempo ma anche la *res habilis*, la *fides* e la *iusta causa*, in realtà non potesse in concreto mai realizzarsi data appunto l'impraticabilità di una simile verifica processuale.

5. Prescrizione delle azioni ed usucapione

Recate tale premesse sulla struttura dell'usucapione romana ed in particolare sul suo continuare a compiersi secondo le coordinate dell'*usus* arcaico in base alla *possessio* e al *tempus*, mentre gli altri requisiti, a partire dalla *res habilis* introdotta dalla legislazione duodecimtabulare, avrebbero semplicemente consentito di «annullare» l'acquisto prescrittivo già avvenuto, si può a questo punto volgersi al problema delle origini dell'usucapione romana, tenendo presente che nell'ambito dei diritti antichi – come è stato osservato da Mario Talamanca – la soluzione romana, consistente nel costruire l'effetto sanante del tempo non come una mera prescrizione dell'azione, in una mera prospettiva processuale, bensì come un acquisto del diritto su di un piano sostanziale, appare costituire un caso pressoché unico, che risulta praticamente ignoto agli altri diritti di area mediterranea. E benché, come si vedrà, una simile affermazione vada in realtà un poco ridimensionata, risulta in ogni caso di notevole importanza, nello studio dei diritti antichi, tentare di comprendere le ragioni di tale fenomeno e quindi le origini di questa costruzione degli effetti giuridici del fattore temporale, anche in quanto appare di per sé verosimile che altresì a Roma, in uno stadio più arcaico di cui mancano testimonianze precise e dirette, si sia passati, prima di giungere all'acquisto del diritto in seguito al possesso protrattosi per un determinato periodo, attraverso una fase in cui la più semplice conseguenza dell'impossibilità di agire trascorso un certo tempo dovette essere la soluzione seguita: e comprendere i meccanismi mediante i quali dalla prescrizione dell'azione si giunse all'acquisto del diritto, ossia all'usucapione, costituisce un punto nodale nell'evoluzione del diritto antico, sia per quanto riguarda la storia specifica dell'istituto qui considerato, sia, in generale, per quanto riguarda le tecniche evolutive che condussero al conformarsi, in età arcaica ma non solo, del diritto romano e dei suoi più significativi istituti.

Che la prescrizione delle azioni sia istituto più antico, e rappresenti una tappa precedente nella storia del diritto arcaico rispetto all'usucapione, è non

solo mostrato dalla struttura più semplice e lineare della prescrizione, in cui ci si limita a respingere l'azione intentata per il troppo tempo trascorso senza procedere a più complesse costruzioni in ordine all'acquisto del diritto, e quindi si rifiuta semplicemente tutela alla pretesa attorea senza procedere ad una meno immediata combinazione e coordinamento tra piano sostanziale e processuale, ma è attestato altresì dalla circostanza per cui, se l'ordinamento arcaico reagisce alle minacce alla cosiddetta pace sociale e quindi dando innanzitutto contingente soluzione alle liti che vengono a turbarla, il considerare la pretesa sulla *res* tardiva e dunque priva di valore è la prima e più immediata risposta che il sistema giurisdizionale possa dare quando, secondo il comune sentire, un'azione venga appunto presentata troppo tardi e risulti quindi percepita come ingiusta in quanto la *res* è ormai considerata dalla cosiddetta coscienza sociale di fatto appartenente al nuovo possessore: l'usucapione invece appare rappresentare un ulteriore passo per così dire avanti in ordine a tale fenomeno, in cui ci si preoccupa appunto di definire quello che è implicato su un piano sostanziale da un simile rifiuto della pretesa tardiva e si arriva alla conclusione che, non essendo più esperibili azioni contro l'attuale possessore della *res* a causa del tempo trascorso, questi può essere in effetti considerato come il «proprietario» della cosa, inferendo cioè che il fattore diacronico, attraverso l'inazione della controparte, conduce appunto all'acquisto del diritto in capo a chi ha la disposizione della cosa.

Certo, spiegata in termini moderni la questione rischia di apparire più complicata, in quanto in un contesto arcaico e per così dire primitivo simili aspetti non dovevano essere così chiari né percepiti tanto analiticamente, ma come si vedrà vi è in ogni caso un virtuale momento nella storia di questi istituti in cui, per svariati motivi, la percezione meramente processuale del fenomeno, che si limita a considerare come da respingere la pretesa attorea perché presentata con troppo (e ingiustificato) ritardo, e si accontenta dunque di risolvere in tal modo la contesa processuale, sembra divenire insufficiente, e si sente così la necessità di guardare il fenomeno da un piano sostanziale, domandandosi in concreto che cosa sia avvenuto in seguito a tale vittoria processuale del possessore, e chiedendosi quindi quale sia la sua attuale posizione nei confronti della cosa stessa. Ne è prova, in particolare, il fatto che alcuni diritti più «semplici» e per così dire «primitivi» rispetto a quello romano, come quello germanico, risultino essersi «fermati» alla prescrizione delle azioni, nonché – sempre per ora limitandosi ad anticipare argomenti che verranno ripresi in seguito – la circostanza che nel diritto greco, che sembrerebbe limitarsi a considerare il mero effetto prescrittivo del tempo sulle azioni, soltanto in età relativamente tarda, ed in maniera in verità piuttosto oscura, si incomincino a scorgere dei pur contenuti indizi di un superamento di questa impostazione che permettono di intravvedere un

lento ed implicito pervenire ad un acquisto del diritto sul piano sostanziale, ossia all'usucapione.

Né è il caso, in questa sede, di sollevare l'ulteriore questione per cui negli ordinamenti di tipo «proprietario», come quello romano classico e i diritti moderni, che distinguono nettamente la proprietà dal possesso, è appunto possibile configurare l'effetto prescrittivo del tempo in termine acquisitivi, ossia come usucapione, mentre negli ordinamenti per così dire di tipo invece «possessorio» – ove non esistendo una simile differenziazione è più esatto parlare genericamente di «appartenenza» e quindi di un giudizio relativo ad eventuali controversie ove una delle due situazioni possessorie, considerata più giustificata, prevale semplicemente sull'altra, attraverso una sentenza che si limita a compararle senza attribuire al vincitore nessun diritto definitivo sulla cosa nei confronti di terzi – non ha senso né è propriamente possibile distinguere tra i due tipi di prescrizione, e ci si deve giocoforza avvalere della prescrizione delle azioni: e se molti ordinamenti risultano essere passati per una simile più semplice fase, è da notare come anche il diritto romano sia con ogni verosimiglianza transitato in una simile condizione, quando nei suoi primordi la pastorizia (patrizia) prevaleva ancora sull'agricoltura (plebea) e l'appartenenza della terra (l'*ager publicus* assegnato alle *gentes*) era ancora di tipo «possessorio», e dove quindi appare più che verosimile che l'ordinamento si fermasse alla prescrizione delle azioni e che l'usucapione fosse ancora di là da venire.

Sembra chiaro, ovviamente, come si stia qui in generale sollevando la domanda se il diritto romano abbia conosciuto una forma di prescrizione delle azioni in epoca antichissima, e più esattamente predecemvirale, questione che potrebbe forse apparire addirittura futile nella sua indimostrabilità di massima se non vi fossero, come si vedrà, relativamente solidi indizi, sia pur indiretti e in certo modo congetturali, che appunto, suggerendo quale sia stato il sorgere dell'usucapione e le modalità attraverso cui si pervenne a tale nuova forma degli effetti giuridici del tempo nell'ambito del diritto, portano a ritenere *e contrario* che in epoca precedente a Roma fosse conosciuta soltanto la più semplice forma della prescrizione delle azioni: e come dunque il passaggio da tale più arcaica fase all'*usus* quale forma di prescrizione acquisitiva risulti in linea di massima databile appunto nell'età decemvirale e sia verosimilmente dovuto alle riforme che le XII Tavole operarono nella disciplina di tali istituti e più in generale del *dominium ex iure Quiritium*.

Ma prima di affrontare tale argomento, è necessario sgombrare il campo da un ulteriore fattore che potrebbe intorbidare l'indagine, ossia dalla struttura e dalle caratteristiche che la prescrizione delle azioni assunse più tardi nel tardo diritto romano, quando venne introdotta, com'è noto, da alcuni rescritti di epoca severiana e quindi, più in generale, dalle riforme di

Costantino e soprattutto di Teodosio II: si tratta infatti, in questo caso, di una forma di prescrizione delle azioni più «evoluta» ma altresì alquanto peculiare nelle ragioni che portarono alla sua introduzione e soprattutto al suo progressivo assestamento, e che mossero da un sensibile compromesso tra le caratteristiche della prescrizione delle azioni per così dire «pura», in cui l'effetto del tempo produce in quanto tale il venir meno della pretesa, e le contingenti necessità, tipiche del periodo postclassico, di tutelare il possesso legittimo da atti di ingiustificata autotutela privata o peggio di vera e propria prevaricazione: esigenze che condussero, come è stato osservato, ad una riforma «ibrida» nelle stesse concezioni di fondo su cui poggia, come si nota soprattutto nella struttura data una volta per tutte all'istituto nella definitiva riforma giustinianea della *longi temporis praescriptio*. Ma un simile più complesso e non lineare istituto, frutto appunto di compromessi tra le opposte esigenze di porre una volta per tutte fine alle incertezze circa la situazione di diritto e di non consentire tuttavia in tal modo illegittime «espropriazioni» della *res*, è il risultato peculiare di un'epoca piuttosto tormentata nelle sue coordinate giuridiche di fondo, dove lo scarso controllo che lo Stato fatica a mantenere sul territorio e i conseguenti tentativi di approfittarne attraverso soperchierie volte, in particolare, a impadronirsi di cose altrui, rendendo nel caso complici di tali spossessamenti gli stessi istituti prescrittivi, conduce l'ordinamento a porre dei contingenti limiti a questi istituti, limiti che non hanno nulla a che fare con la linearità della figura della prescrizione delle azioni nella sua concezione originaria e tipica, la quale, ancora una volta, conduce senza problema al venir meno, in linea di massima, della pretesa una volta trascorso il tempo previsto: e questo a maggior ragione in riferimento ad epoche arcaiche, come quella decemvirale, in cui la relativa «semplicità» dell'ordinamento romano consentiva una ben più sensibile linearità di forme costruttive e dunque un'architettura della prescrizione dell'azione più coerente con le strutture di fondo dell'istituto, tale appunto da porre definitivamente fine alla pretesa e ad ogni incertezza conseguente con il mero spirare del termine concesso all'attore.

Se quindi, in antico, questo si può supporre fosse l'effetto risolutivo della prescrizione dell'azione, senza alcuna relazione con i più complessi fattori che molti secoli dopo contribuiranno a regolare e a limitare l'istituto, viene meno altresì una sorta di pregiudizio che ha segnato la prescrizione delle azioni nello studio del diritto romano, in cui, ancora una volta, la considerazione di tale figura è risultata legata alla versione postclassica in cui essa venne conosciuta e, quindi, alle costruzioni di un diritto alquanto più complesso nei suoi presupposti e nel reticolo di iterazioni sotteso anche a un simile istituto: ci si riferisce cioè a quella sorta di luogo comune secondo cui, rispetto all'usucapione, la prescrizione delle azioni avrebbe alla fine solo un

ruolo minore e per così dire ancillare, in quanto – come si legge ad esempio nel manuale istituzionale di Vincenzo Arangio-Ruiz – «la *praescriptio longi temporis* aveva effetti assai più modesti dell'*usucapio*», poiché, «mentre questa faceva acquistare la proprietà quiritaria, e dava all'acquirente la *rei vindicatio* contro ogni possessore, quella non faceva acquistare il diritto né legittimava all'azione *in rem*, ma solo difendeva, tramite un'*exceptio*, il possessore contro l'azione del proprietario».

Anche qui, si tratta in realtà di una caratterizzazione assunta dalla prescrizione delle azioni in un diritto, alquanto complesso, che da secoli era ormai abituato a ragionare in termini di *dominium* e quindi di fatti idonei a renderne titolare un soggetto, in cui dunque diveniva giocoforza escludere che un'eccezione processuale potesse dar luogo ad un acquisto della proprietà e così legittimare ai relativi mezzi di tutela. Ma se tali fenomeni dovevano atteggiarsi in maniera sensibilmente diversa in un contesto arcaico di minori pretese dogmatiche, in cui, in particolare, al venir meno della rivendicabilità delle cosa da parte di un soggetto doveva essere spontaneo il riferirne la «proprietà» al possessore, anche per quanto riguarda il diritto romano per così dire «adulto» tale impostazione va con ogni verosimiglianza alquanto smussata e soprattutto deprivata di ogni sua rigidità definitoria.

In effetti, se è vero che propriamente nel tardo diritto romano la prescrizione delle azioni tende a operare sul mero piano processuale, ciò non esclude che essa assumesse peraltro precisi riflessi sul piano oggettivo, né che tali precise implicazioni di ordine sostanziale, sia pure non sempre agevolmente inquadrabili in una prospettiva dogmatica ma tuttavia essenziali nella regolamentazione concreta degli interessi in gioco, possano senza problema venire trascurate nella considerazione complessiva dell'istituto. La circostanza che una situazione di fatto, se non ne viene dimostrata processualmente l'antigiuridicità o addirittura non sia più possibile farlo per la prescrizione della relativa azione, tenda giocoforza ad essere considerata conforme a diritto, è in effetti aspetto che sfugge per così dire alle categorie giuridiche e che anzi tende sovente a stupire la dottrina, non di rado schiacciata su di una rigida alternativa dogmatica tra elemento sostanziale ed aspetto processuale strumentale ad esso.

In particolare, sono in tale prospettiva sintomatiche le difficoltà che, già a partire da Friedrich Karl von Savigny, ha creato in dottrina una costituzione quale ad esempio C.I. 7.22.2 (*Diocl. et Max.*, a. 300): '*praestat firmam defensionem libertatis ex iusto initio longo tempore obtenta possessio. favor enim libertatibus debitus et salubris iam pridem ratio suasit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per viginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse deberet, ut et liberi et cives fiant Romani*'. Qui infatti, trattando di

colui che è rimasto libero, convinto in buona fede di esserlo, per vent'anni, si afferma che si è compiuta la prescrizione dell'azione di rivendica in servitù, per cui può per così dire «stare tranquillo»: '*praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse deberet*'; ma mentre queste parole conducono senza problema ad un'ipotesi appunto di prescrizione dell'azione, che risulta pacificamente esatta in una prospettiva dogmatica, la frase finale invece ha molto imbarazzato la dottrina, dato che adombra e neppure in maniera troppo generica una usucapione di *status*: '*ut et liberi et cives fiant Romani*'; dove anzi il conseguimento della libertà su di un piano sostanziale in seguito alla prescrizione dell'azione viene addirittura enfatizzato attraverso la conseguente attribuzione della stessa cittadinanza romana, in una prospettiva che, dunque, tende compiutamente a traslare su di un piano concreto i meri effetti processuali della *praescriptio*.

Tuttavia, in realtà, queste difficoltà sono con facilità superabili se si evita di porsi in una prospettiva in cui non si conosca obbiettivamente lo *status* del soggetto in questione, falsariga in cui il riconoscimento della libertà e della *civitas Romana* sembra acquistare il senso di un'usucapione di uno *status* prima non sussistente, e ci si ponga, invece, in concreto, nella visuale di una persona che da vent'anni vive come libero e quindi come *civis*, per cui, nella virtuale incertezza della sua condizione, se prima era anche legittimo dubitarne, quando col tempo viene meno una volta per tutte l'azione con cui era possibile un accertamento negativo ecco che giocoforza la libertà e la *civitas* di cui godeva di fatto diventano altresì un dato definitivo di cui in pratica non si può non tenere conto altresì sul piano del diritto, appunto in quanto negare tale condizione è divenuto impossibile essendo prescritta l'azione volta ad accertarla, e l'ordinamento giuridico è costretto a prenderne atto.

Certo, in casi come questo rimarrebbero in ogni caso da risolvere problemi in ordine alle possibili attestazioni di eventuali pubblici registri, che non è certo qui il caso di affrontare e che del resto non interessano più di tanto agli effetti di queste note: il punto è infatti che l'impossibilità giudiziale di arrivare a un accertamento della verità, conseguente alla prescrizione dell'azione, ha inevitabili effetti in ordine alla situazione di fatto esistente, che ne viene consolidata e resa in pratica definitiva in vista della sua inattaccabilità processuale, presentandosi quindi come relativamente certa e stabile di fronte all'ordinamento: discorso che, com'è ovvio, vale in primo luogo altresì per l'appartenenza dei beni, dato che, contrariamente a quanto si è usi pensare, è vero che la *longi temporis praescriptio*, come osservava Vincenzo Arangio-Ruiz, non dà la proprietà né la relativa azione, ma in realtà crea una situazione in cui, a causa del lungo tempo trascorso, il possessore si può agevolmente presentare come *dominus* della cosa senza tema di essere smentito, e nella normalità dei casi sarà in effetti impossibile dimostrare il

contrario, per cui di fatto egli sarà in linea di massima in realtà considerato a ogni effetto come suo proprietario (e questo anche a non considerare la minore importanza che nel tardo antico la *quaestio de iure* circa la proprietà tende ad assumere di fronte alla preponderante valenza risolutiva delle liti rappresentata dalla tutela possessoria). Né è certo un caso – anche se l'argomento richiederebbe ovviamente ben più lungo discorso – che la locuzione '*praescriptio longi temporis*', indicante in età postclassica appunto la prescrizione delle azioni, passi a denominare nel sistema giustinianeo senz'altro l'usucapione, e in maniera specifica quella degli immobili, diventando in linea di massima, se non sinonimo, termine parallelo ad '*usucapio*'.

Se questa era la situazione in un'epoca alquanto giuridicamente più «evoluta» quale il tardo impero, è chiaro come a maggior ragione tale impostazione dovesse valere in un diritto più semplice e «primitivo» quale l'ordinamento romano precedente l'epoca decemvirale, nel quale, in ipotesi, all'avvenuta prescrizione annuale dell'azione doveva senza problema corrispondere, come si vedrà, la parallela attribuzione del diritto alla controparte, in una perfetta simmetria e complementarità tra i due aspetti del fenomeno.

6. Svantaggi del sistema della prescrizione acquisitiva rispetto a quella estintiva e soluzioni romane

A questo punto, recate tali premesse, è possibile osservare, per quanto riguarda l'usucapione così come delineata dalla riforma decemvirale, che il reale problema che questa lasciava aperto è che in realtà l'istituto prescrittivo non costituiva più una conclusione definitiva circa le vicende del diritto e le relative incertezze, poiché in realtà, anche dopo l'acquisto del diritto in seguito al possesso protrattosi per il tempo necessario, rimaneva in ogni caso aperta la possibilità che, invocando appunto il carattere *non habilis* della *res*, il preteso titolare facesse causa al possessore, ormai astrattamente da considerare come *dominus*, accampando appunto tale «vizio» dell'usucapione e quindi sostenendo che essa andava considerata come se non fosse mai avvenuta ('*atque si usucapta non esset*', seguendo le parole di Gaio in *inst*. 2.57) e che la cosa non apparteneva dunque a colui che era da tutti accettato come suo attuale titolare. Sulla stessa linea, analogamente, si pose poi la giurisprudenza nella costruzione dei requisiti della *fides* e della *iusta causa*, che a loro volta determinarono una situazione in cui, pur essendosi compiuta l'usucapione nel tempo annale o biennale stabilito dalle XII Tavole, si permetteva in ogni caso di «revocare» tale acquisto della proprietà se compiuto in mala fede o senza titolo. E questa eventualità, a rigore, rimaneva aperta teoricamente all'infinito, dato che com'è ovvio non esisteva alcun termine

finale a tale possibilità di intentare la *reivindicatio* sulla base della carenza di tali requisiti, ma al contrario la loro mancanza gravava in eterno sull'acquisto prescrittivo: il che, com'è comprensibile, dovette creare non pochi problemi di coerenza costruttiva in un istituto avente lo specifico fine di dare finalmente certezza alle situazioni giuridiche ponendo una volta per tutte fine alle liti sull'appartenenza della *res* (‘*ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas […] <anni vel biennii> spatium*’, come si esprimerà Gaio nel già ricordato D. 41.3.1).

Da una parte, quindi, questa contraddittoria situazione mostra, in una estrema semplificazione, la maggior utilità presentata per tal verso dalla figura della prescrizione estintiva – ossia processuale – rispetto alla prescrizione acquisitiva di diritto sostanziale, quando l'estinzione dell'azione avvenga in maniera semplice ed una volta per tutte in base al mero trascorrere del tempo e senza ulteriori presupposti, come del resto è verosimile che avvenisse in maniera lineare in un diritto arcaico; e sotto tale aspetto, benché sia probabile che il fenomeno della rivendicazione tardiva non dovesse in tutta probabilità costituire certo un fenomeno statisticamente molto rilevante e quindi tale da creare effettivi problemi in ordine alla certezza dei rapporti giuridici, ci si potrebbe in ogni caso chiedere quale dovette essere, nel permettere una simile eterna rivendicabilità della cosa, in particolare furtiva, pur già usucapita, la visione che i decemviri ebbero dell'istituto, che con tale riforma rinunciava, sia pur in un determinato caso, a quella che appare la sua caratteristica precipua, ossia appunto il suo carattere sempiterno e definitivo: e a maggior ragione dovrebbe stupire il fatto che in seguito la giurisprudenza si mise decisamente sulla stessa strada, aggiungendo a quello della *res habilis* gli ulteriori requisiti della *fides* e del *titulus*, che sempre funzionavano nel senso di rendere rivendicabile le *res* pur una volta trascorso il tempo annuale o biennale della «sanatoria» prescrittiva.

Sembrerebbe quindi, a una prima considerazione, che al diritto romano non importasse soverchiamente dell'effetto definitivo che il trascorrere del tempo può assumere rispetto alla titolarità dei beni, e che anzi esso potesse senza problema ritenere che una sorte di eterna rivendicabilità – per quanto, come si è detto, limitata a casi tassativi e quindi statisticamente di non grande impatto – non ostasse più di tanto all'esigenza di certezza che è sottesa all'usucapione. Atteggiamento che, tra l'altro, parrebbe ben poco coerente con l'enfasi che le fonti mostrano nel magnificare il portato di certezza in ordine ai rapporti giuridici intrinseco dall'usucapione e la definitività dei suoi effetti per quanto riguarda le liti future, come ad esempio avviene in Gaio (*inst.* 2.44) – ‘*quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut*

biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est' – e in Cicerone, che com'è noto esalta il '*finis sollicitudinis ac periculi litium*' che, ancora più che del fatto che i beni ci siano lasciati dal padre, ci è dato innanzitutto dall'usucapione: '*mihi credite, maior hereditas uni cuique nostrum venit in isdem bonis a iure et a legibus quam ab iis a quibus illa ipsa bona nobis relicta sunt. nam ut perveniat ad me fundus testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum sit sine iure civili fieri non potest. fundus a patre relinqui potest, at usucapio[ne] fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus; aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*' (*Caec*. 26.74).

Tuttavia sarebbe erroneo fermarsi a tale prima impressione di massima e ritenere che, al di là di queste roboanti enunciazioni di principio, l'usucapione romana fosse sempre e comunque limitata a tutti gli effetti dalla possibilità di intentare in eterno la *reivindicatio* accampando la mancanza di *res habilis*, *fides* e *iusta causa*, poiché a ben vedere, nelle fonti a disposizione, vi sono più che sufficienti elementi per ritenere in realtà che in questo ordinamento fosse invece generalizzata una forma di prescrizione acquisitiva alquanto più definitiva e tale da non poter venire «revocata» dall'assenza dei requisiti in questione.

E se è a questo punto chiaro come si stia parlando qui dell'*usucapio pro herede*, è da notare come in dottrina sia perlopiù sfuggita tale valenza sanante della figura in quanto la dimensione precipua della usucapione è percepita tralaticiamente in maniera pressoché esclusiva nei termini di un modo di acquisto della proprietà, ossia come possesso da parte di un *non dominus* che attraverso il perdurare di tale situazione diviene il titolare della *res* altrui: enfasi che nella scuola italiana riguarda altresì lo stesso diritto vigente, mentre vi sono scuole dottrinali, e segnatamente ad esempio quella francese, che insistono invece sulla duplice natura – acquisitiva ma anche probatoria – dell'usucapione, e quindi sul carattere parimenti di presunzione legale del dominio proprio di tale istituto. Se quindi per un verso, in particolare, la *usucapio pro herede* è poi parsa essenzialmente un mezzo *improbus* e *lucrativus* per impadronirsi di altrui cose ereditarie (e questa è del resto, come si è visto, la falsariga in cui ne tratta Gaio), nondimeno è da chiedersi per quale motivo essa fosse sopravvissuta fino al II secolo d.C.: elemento che sembra implicitamente attestarne la piana utilità nella logica dell'ordinamento; e sotto tale aspetto è da tenere presente come essa potesse in effetti venire invocata dal normale erede, con ogni probabilità indipendentemente dal modo in cui aveva accettato la chiamata (*cretio* o *pro herede gestio*), nel caso venisse convocato con la *reivindicatio* in ordine alle *res* facenti parte dell'eredità, dimostrando appunto attraverso il possesso annale privo di ul-

teriori requisiti il proprio diritto. E risulta chiaro il carattere per più versi risolutivo di tale forma probatoria, che nei suoi presupposti minimi garantiva un'estrema facilità di tale prova e quindi riduceva drasticamente le liti circa l'appartenenza delle cose ricevute in eredità.

Per tal verso, la *usucapio pro herede* dovette a lungo svolgere una funzione essenziale nel quadro della certezza circa la titolarità dei diritti reali, ed è infatti significativo come essa iniziò verosimilmente a perdere di importanza con la introduzione della *bonorum possessio* pretoria e della relativa *agnitio*, attraverso cui il soggetto otteneva appunto un possesso *ad usucapionem* ove la stessa *datio* da parte del magistrato costituiva la *iusta causa* dell'acquisto prescrittivo, e dove d'altra parte questa origine qualificata della *possessio* implicava di per sé la buona fede e l'idoneità della cosa: in maniera tale che l'usucapione che ne conseguiva aveva in realtà un immediato effetto sanante non troppo diverso ed anzi per certi versi maggiore di quello in precedenza assunto dalla *usucapio pro herede*: fattore che plausibilmente causò, con la perdita di importanza della *usucapio pro herede* quale mezzo probatorio a vantaggio del *dominus*, il suo sopravvivere più che altro in ipotesi di illegittima apprensione di beni ereditari da parte di terzi senza titolo, ove l'agevole sanatoria da essa concessa doveva apparire appunto, come osserva Gaio, *improba* e *lucrativa*, conducendo così alla reazione dell'ordinamento mediante il sanatoconsulto adrianeo e poi attraverso l'introduzione del *crimen expilatae hereditatis*, che la limitarono fortemente ed in pratica finirono con il cancellarla di fatto se non con l'abolirla.

Quando dunque Cicerone (*Caec*. 26.74) afferma a proposito della sicurezza della proprietà dei beni aviti ricevuti in eredità che '*fundus a patre relinqui potest, at usucapio[ne] fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus*', egli si rifà evidentemente non alla funzione di acquisto della proprietà della cosa altrui propria dell'usucapione, bensì alla sua valenza probatoria nonché a quella sorta di presunzione *lato sensu* legale di legittimità del *dominium* che in tale prospettiva ne è l'effetto specifico: e non allude evidentemente all'acquisto prescrittivo ordinario, limitato dai requisiti della *res habilis*, della *fides* e della *iusta causa*, ma all'usucapione che si ha appunto in materia ereditaria, ossia all'*usucapio pro herede*, che nei sui tempi oltretutto sempre annali prescinde appunto da tali presupposti e che si rifà in via diretta all'*usus* predecemvirale, di cui del resto, come si è visto, egli esplicitamente in effetti parla, evitando la più recente nozione di '*usus capio*'.

Si può in altre parole ritenere che, grazie all'*usucapio pro herede*, ad ogni passaggio ereditario vi fosse una sorta di sanatoria consolidante le situazioni trasmesse agli eredi, che si perfezionava indipendentemente dai requisiti della *res habilis*, della *fides* e della *iusta causa* e che dunque dopo un solo

anno precludeva una volta per tutte ogni ulteriore indagine sull'origine delle modalità d'acquisto dei singoli beni: l'erede, una volta convocato in giudizio, avrebbe potuto far valere tale particolare modalità di acquisto e mettere così fine ad ogni controversia relativa alle cose che gli erano state trasmesse, evitando ogni ulteriore e gravoso onere probatorio e trovando appunto in tale sistema acquisitivo ma altresì probatorio quella certezza e sicurezza nell'appartenenza assicuratagli dal diritto quiritario ('*sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*').

Del resto, la lata prospettiva eminentemente processuale in cui si pone Cicerone in *Caec*. 26.74 è in particolare attestata dal finale del passo, dove egli appare a prima vista estendere la garanzia dell'acquisto prescrittivo altresì alle servitù, che com'è noto non erano ai suoi tempi più usucapibili: '*aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*'. Certo, più in generale Cicerone sta parlando qui della sicurezza che in generale è fornita ad ogni situazione giuridica dal diritto oggettivo in quanto tale e che è l'ovvio portato di quella funzione di certezza che è intrinseca allo stessa nozione di ordinamento giuridico: ma più specificamente è peraltro evidente come qui l'autore abbia presente la stabilità data dal tempo trascorso e dal permanere incontrastata di una situazione di fatto in ordine alla sua stessa legittimità, ed alla presunzione di conformità al diritto che è appunto fornita dalla *auctoritas* della sua incontestata risalenza nel tempo e della sua conseguente apparenza di corrispondenza ad una giusta situazione giuridica. Per tal verso, l'idea che aleggia e neppure in modo troppo nascosto nel richiamo alle servitù è naturalmente quella della *vetustas*, ossia la prova dell'immemorialità della situazione di fatto vantata che, nel processo, dispensa il convenuto dal fornire ogni altra prova del proprio diritto, costituendone di fatto il fondamento legittimante (e se è vero che la *vetustas*, propriamente, era applicabile alle sole servitù idriche, non deve peraltro stupire che, nell'enfasi del discorso, Cicerone vi aggiunga anche l'*iter*, in cui del resto, nelle concezioni comuni, doveva essere parimenti decisivo il lato valore probatorio che la risalenza della corrispondente situazione di fatto doveva in concreto fornire alla prova del diritto).

Non è quindi un caso che Cicerone giustapponga nel passo in esame della *pro Caecina* l'*usucapio pro herede* al più lato valore sanante della *vetustas* ed anzi del tempo in generale, scorgendo in essi due parallele ma fondamentalmente unitarie estrinsecazioni dell'ordinamento giuridico relative alla certezza dei diritti ed in genere delle situazioni giuridiche vantate, entrambe connesse all'*auctoritas* del fattore cronologico e parimenti imperniate sulla necessità di certezza da tributare a quanto si trasmetteva di generazione in generazione nell'ambito ereditario.

Il motivo della sopravvivenza nel diritto più recente della *usucapio pro*

herede non è certo rappresentato, come implica Gaio, dalla necessità che le eredità fossero accettate più prontamente, sotto la minaccia di un tale rischio, affinché in particolare i *sacra* trovassero un continuatore e i creditori una più veloce soddisfazione (*inst.* 2.55: '*quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur*'): tali fattori possono al massimo aver concorso a determinare il sopravvivere dell'antico *usus* acquisitivo in materia di eredità, sottraendolo alle riforme che, a partire della XII Tavole, cominciarono a prevedere dei casi specifici di imprescrittibilità della *reivindicatio*, ma l'effettivo motivo della sopravvivenza in tale materia di un'usucapione «predecemvirale», fondata sulla mera sufficienza di un possesso annale privo di ulteriori requisiti, dovette verosimilmente essere costituito dalla necessità di fornire alle appartenenze ereditarie, e quindi alla più parte delle proprietà, la sicurezza della possibilità di un'agevole prova consistente appunto nel mero *usus* di breve periodo senza ulteriori condizioni, atto a garantire, nelle liti, la prova e così la certezza dei dominii che si trasmettevano di padre in figlio, risparmiando loro il più lungo biennio di recente introduzione e senza che fosse possibile revocarle in dubbio, in seguito, accampando il carattere in ipotesi furtivo della *res* e gli altri divieti forse posti dalla legislazione duodecimtabulare, così come, in tempi più recenti, invocando l'assenza di buona fede ovvero la mancanza di una *iusta causa usucapionis*. La sicurezza di una prova del *dominium* imperniata sul semplice possesso annale, in effetti, doveva essere un elemento troppo generalizzato nelle sue conseguenze e di fondamentale importanza per l'ordinamento perché fosse possibile rinunciarvi.

E questo spiega anche la ragione per cui il diritto romano accettò senza troppi problemi di «mutilare», per così dire, nella parte restante delle sue estrinsecazioni, l'usucapione dei suoi immediati effetti in ordine alla certezza del diritto, ammettendo che, al di fuori del caso della *usucapio pro herede*, l'effetto acquisitivo fosse in non poca parte limitato dalla possibilità di invocare anche in seguito e teoricamente per sempre l'assenza di *res habilis*, *fides* e *titulus* appunto per «revocare» o comunque annullare gli effetti acquisitivi pur già compiutisi dell'acquisto prescrittivo, così che nell'usucapione venissero in non poca parte meno a quei fini di definitività delle situazioni esistenti che pur costituivano il precipuo fine dell'istituto ('*ne rerum dominia diutius in incerto essent*', secondo le parole di Gaio in *inst.* 2.44): infatti, nella normalità dei casi, e segnatamente al di fuori della *usucapio pro herede*, non si poteva ormai certo dire, sempre seguendo Gaio, '*cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est*', dato che, evidentemente,

tali parole parrebbero del tutto dimenticare la sempre aperta possibilità di far valere, intentando la *reivindicatio*, l'assenza dei requisiti in questione anche dopo questo periodo. Ma la verità è che un simile problema non riguardava la forma di usucapione che garantiva in generale tale sicurezza, ossia quella *pro herede*, di per sé sufficiente ad assicurare questo fine, e che in effetti era quella, si deduce, che effettivamente interessa, da un punto di vista storico, ad esempio Gaio e gli altri giuristi quando magnificano gli effetti dell'istituto sulla sicurezza delle proprietà e sulla conseguente impossibilità, in primo luogo da un punto di vista probatorio, di fare a meno dell'effetto sanante del tempo sulle situazioni giuridiche ('*bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent*', reca sempre Gaio in D. 41.3.1).

Se a questo essenziale scopo era dunque sufficiente la vigenza della *usucapio pro herede*, i restanti caso di usucapione ordinaria, via via sempre più limitata dai requisiti della *res habilis* e poi della *fides* ed infine della *iusta causa*, si riducevano quindi a ipotesi marginali in cui oggetto dell'acquisto prescrittivo era una cosa effettivamente altrui, e in cui perciò appariva legittimo confinare la corrispondente perdita del diritto da parte del precedente proprietario appunto ai casi in cui tale lesione dell'altrui diritto, quantomeno, non riguardasse cose a lui sottratte e venisse compiuto in buona fede dal soggetto nonché sulla base di un titolo che, per quanto in concreto inidoneo a questo fine, legittimasse in astratto la traslazione della proprietà, facendola acquistare *ex novo* all'usucapiente con il possesso protratto per il tempo necessario. Ma tale diverso istituto – o in ogni caso differente esplicazione dell'acquisto prescrittivo – non era certo la figura cui alludono da Cicerone a Gaio le fonti romane quanto parlano enfatizzandola della certezza circa il diritto di proprietà fornita appunto dall'usucapione, che ben diversamente doveva essere appunto assicurata, ad ogni passaggio ereditario, dalla sanatoria procurata dalla *usucapio pro herede* e dalla conseguente prova che il *dominus*, in un eventuale processo, poteva per tal via dare con facilità del proprio *dominium ex iure Quiritium*. Paradossalmente, la *usucapio* di cui parlano i romani quando ne magnificano gli effetti, non è l'usucapione in senso proprio, tenuta in maniera precipua se non esclusiva presente dai moderni e passata ad essere il normale alveo evolutivo dell'istituto, ma una figura sinora pressoché trascurata nella sua importanza ed anzi per lo più oggi vista come *improba* e *lucrativa*, ossia l'*usucapio pro herede*, di cui in dottrina si tengono presenti gli effetti acquisitivi sull'altrui eredità ma non il pur ovvio portato probatorio che essa assumeva nella dimostrazione della proprietà sulla cosa propria e pur in ipotesi ricevuta legittimamente in eredità.

Si tratta, come a questo punto dovrebbe essere chiaro, di due sistemi paralleli di acquisto prescrittivo, per così dire l'uno effettivo, trattandosi di

modo idoneo a far propria una cosa altrui, e l'altro soltanto a ben vedere virtuale, dato che consiste esclusivamente in una modalità di provare il *dominium* su una cosa che è di norma già propria, essendo stata ricevuta in eredità: ma si tratta in entrambi i casi di forme di usucapione in senso proprio, che soltanto il tramonto della seconda – sostituita in pratica dall'*agnitio* e limitata dal senatoconsulto adrianeo e poi dal *crimen expilatae hereditatis* – privò della loro complementarità nella tutela dei diritti reali. Mentre per un verso, infatti, l'*usucapio* più moderna – legandosi in maniera sempre più definitiva al problema della *res vendita et tradita* ma non mancipata – tendeva ad intrecciarsi sempre più strettamente con il sistema dell'*actio Publiciana* e quindi con la tutela anticipata data all'usucapione pur ancora non compiuta nel caso appunto di *res venditae et traditae*, rispondendo quindi nella sua evoluzione ad esigenze in linea di massima del tutto particolari ed in buona parte estranee al nucleo originario dell'acquisto prescrittivo, per altro verso il venir meno della diffusione dell'*usucapio pro herede*, verosimilmente estrema fino alla tarda repubblica e all'inizio del principato, fece perdere di vista la centrale valenza processuale assunta in tal caso dall'*usus* romano, e l'istituto, ormai visto soltanto come metodo piuttosto truffaldino per accaparrarsi parti di eredità altrui, poté tranquillamente venire dimenticato nei suoi precedenti effetti positivi.

7. Gli istituti prescrittivi nel diritto comparato e il sorgere dell'usucapione in Grecia

Posto quindi in luce come l'usucapione romana continuasse a compiersi mediante il possesso protrattosi per il tempo previsto, funzionando gli ulteriori requisiti rappresentati dalla *res habilis*, dalla *fides* e dalla *iusta causa* come meri fattori idonei ad «annullare» gli effetti dell'acquisto prescrittivo già compiutosi, e ribadito il ruolo centrale per secoli assunto dalla *usucapio pro herede* nel suo versante probatorio, ci si può finalmente volgere al problema che costituisce lo specifico oggetto di queste note, ossia all'ipotetico sorgere dell'*usus* acquisitivo nell'ordinamento romano come figura non primigenia e al suo iniziale differenziarsi da una precedente prescrizione delle azioni.

E per meglio comprendere l'atteggiarsi in generale di tale peculiare fenomeno e le modalità di massima attraverso cui esso si realizzò a Roma non risulta inutile soffermarsi pur brevemente sulle eventuali corrispondenze che tale sorta di scissione tra le due forme prescrittive conobbe in una prospettiva comparatistica, perlomeno in relazione alla contenute notizie che possiamo avere circa i diritti antichi.

Se infatti è noto come l'acquisto prescrittivo compaia già in una forma sufficientemente consapevole nel cosiddetto *Codice di Hammurapi* – § 30: «Se un militare … non se la sente di eseguire la *corvée* e abbandona le sue terre e la sua casa, ed un altro gli subentra per tre anni, non ha più diritto di riaverle. Terre e case siano concesse a chi gli è subentrato» –, suggerendo anzi come forse tale principio dovesse conoscere, nonostante la formulazione più che altro fattuale della norma, applicazioni magari più vaste nell'ambito dei diritti cuneiformi, è nondimeno il diritto indiano che nell'ambito dei diritti antichi ci offre la più vasta e complessa congerie di norme sulla prescrizione – estintiva e acquisitiva – di cui disponiamo per l'antichità, stabilendo, nei vari testi legislativi (databili in linea di massima dal II secolo a.C. al II secolo d.C.) e nei loro successivi commenti, via via i tempi della prescrizione dell'azione nonché l'usucapione ventennale per gli immobili e decennale per i mobili, oltre a periodi speciali per determinate categorie di beni come ad esempio quelli dei minori o del re, e quindi ulteriori istituti probatori simili alla *vetustas* o immemoriale (quantificata nel termine di tre generazioni) e persino figure simili al principio «possesso di buona fede vale titolo», con prevalenza del possessore sul primo acquirente, nonché ulteriori regole particolari, quali ad esempio quelle sulla imprescrittibilità dei beni dati in pegno o in deposito.

Tuttavia, per quanto interessanti, tali elementi appaiono troppo distanti dell'ambito romano per poter essere di diretta utilità ai fini di questa ricerca, e del resto la prospettiva comparatistica, al di là del più interessante caso del diritto greco, non fornisce specifici spunti di ambito mediterraneo o più latamente europeo, se non la pur diffusa idea, peraltro sempre in certa parte congetturale, secondo cui nei diritti germanici la prescrizione dell'azione – appunto «Verjährung», da «Jahr», «anno» – sarebbe in origine stata, in base a tale etimologia, appunto annale (o di un anno e un giorno): ipotesi che certo può costituire un notevole parallelo rispetto all'analogo periodo dell'*usus* predecemvirale, suggerendo la diffusione presso certi popoli nella loro età più arcaica di una veloce prescrizione rapportata alla più semplice e naturale scansione cronologica rappresentata dal normale ciclo terrestre, ma che per altro verso, com'è ovvio, non consente certo alcuna ipotesi di influenza tra i due ambiti giuridici né tantomeno di derivazione di un termine temporale dall'altro.

Per quanto riguarda finalmente il diritto greco, l'istituto della *prothesmia* – la parola indica in maniera più propria il termine di prescrizione piuttosto che quest'ultima in quanto tale – è in effetti stato un argomento alquanto dibattuto specie in riferimento al suo ambito di applicazione: infatti, la dottrina più antica, tesa a dimostrare l'esistenza nell'ambito ellenico delle stesse categorie dogmatiche e in linea di massima di gran parte degli istituti

conosciuti al diritto romano, visti come latamente universali, ne considerava in modo alquanto amplio i confini, estendendoli in pratica a tutte le azioni private e tendendo in ultima analisi altresì a parificarla nei suoi effetti all'usucapione vera e propria: ma studi più recenti e puntuali – imperniati sul diritto ateniese, l'unico diritto ellenico studiabile più in dettaglio per la maggior quantità di fonti a disposizione – hanno mostrato come in realtà in tale ordinamento i casi di prescrizione delle azioni positivamente previsti da *nomoi* statuali siano in realtà molto pochi – quattro in tutto – e di importanza altresì secondaria, non riguardando, in particolare, l'azione vertente sull'appartenenza dei beni (nella ricostruzione di Hans Julius Wolff, si tratterebbe infatti della prescrizione – quinquennale – dell'azione contro il tutore, di quella contro l'erede di colui al quale sia stata a sua volta assegnata un'eredità giudiziariamente e di azioni relative ad alcuni specifici contratti, oltre al limite – questa volta annale – previsto a favore del garante).

Questa ricostruzione «normativistica», peraltro, risulta dimenticare le frequenti invocazioni degli oratori attici alla valenza onnisanante del tempo e in particolare all'ingiustizia insita nel proporre le cause con ingiustificato ritardo, mettendo in difficoltà il convenuto a causa del troppo tempo trascorso: e in uno scritto sulla *prothesmia* prescrittiva di alcuni anni or sono avevo mostrato come in realtà non si tratti qui di un mero *topos* avvocatesco, cui gli oratori ricorrerebbero *ad abundantiam*, ma di una vera e propria norma consuetudinaria che, ad Atene come in Grecia, considerava appunto ingiuste le domande giudiziarie fatte valere dopo un notevole lasso di tempo e senza motivare in modo credibile le ragioni di tale attesa, per cui i tribunali – ed in particolare i *dikasteria* dell'Eliea ateniese, ove i giudici votavano ovviamente senza motivazione – dovevano in linea di massima respingere, per un principio di buon senso prima ancora che di equità, le azioni presentate tardivamente. Questa sorta di prassi giudiziale, che può appunto essere considerata una regola consuetudinaria, contenne di fatto, per così dire, il problema delle pretese fatte valere con eccessivo ritardo, che venivano così di regola respinte, e ciò fece sì che l'ordinamento ateniese non reputasse il problema così pressante da risolverlo con una norma generale, limitandosi ad intervenire soltanto in casi più specifici, che, come quelli sopra ricordati, richiedevano in particolare un termine più breve e tassativo.

Quello della prescrizione delle azioni in generale, per quanto non quantificata in un numero preciso di anni, non fu dunque un fenomeno sconosciuto al diritto ateniese, essendovi una norma di chiusura che di regola, nei processi, portava a respingere le domande tardive in via per così dire consuetudinaria ma in ogni caso in modo sufficientemente certo e generalizzato: e le fonti a disposizione, per quanto è dato conoscere in ordine agli altri diritti ellenici, consentono di considerare le concezioni a base di tale prassi un principio di

giustizia comune a tutta la Grecia.

Quanto invece all'usucapione, non vi sono negli oratori testimonianze sufficientemente precise per azzardare affermazioni circa la sua esistenza, anche se non mancano interessanti indizi in tal senso, come in particolare l'affermazione dell'*Archidamo* di Isocrate (6.26) secondo cui, in Grecia, «tutti ritengono che quando è passato molto tempo i possessi, sia privati che pubblici, siano legittimi e trasmissibili agli eredi»: ma si tratta, come risulta facile vedere, di affermazioni piuttosto generiche, che più che a una norma sembrano alludere ad una conseguenza pratica e concreta delle costruzioni giuridiche, non permettendo in effetti nessuna illazione circa la vera e propria esistenza dell'istituto della prescrizione acquisitiva.

Vi è tuttavia un passo platonico che risulta verosimilmente parlare di effettiva usucapione, e non del mero risvolto sostanziale della prescrizione delle azioni, ed è sovente stato invocato a sostegno dell'esistenza di tale figura in Grecia: ma è in via preliminare da osservare come queste affermazioni siano difficilmente valutabili in ordine al loro portato positivo, dato che si trovano nelle *Leggi*, ove il filosofo traccia l'ordinamento utopico di una città ideale e quindi senza che sia chiaro se le norme di volta in volta delineate derivino in realtà alla normazione di Atene o di altra città greca, come pur sovente accade, o siano semplicemente regole elaborate sulla base di non si sa quali spunti dall'autore o addirittura senz'altro frutto della sua immaginazione.

In ogni caso, il testo in questione sembra senz'altro riguardare l'usucapione delle cose mobili (quella degli immobili, nell'ordinamento di tale città ideale, risulta esclusa in quanto essi sono assegnati dallo Stato ed è vietati venderli e trasmetterli ad altri: *leg.* 739c-741e) e in effetti non si limita a prendere in considerazione la mera inattività del proprietario, ma si incentra sul comportamento positivo del possessore (*leg.* 954c-e): «Vi sarà un limite di tempo per le cose, di cui si contesta la proprietà, oltre il quale, perdurando il possesso, non sarà più possibile nessuna contestazione. In questo nostro Stato non può esserci contestazione per i campi e le case; per gli altri beni, se uno li possiede e se ne serve apertamente in città, nell'agorà, e nei templi e nessuno li rivendica, ma asserisce solo di averli cercati per tutto questo tempo, e risulta evidente che l'altro non li ha nascosti, se il possessore e il cercatore di un qualsiasi bene lasciano passare in questa condizione un anno, una volta che esso sia passato, non sia lecito ad alcuno rivendicarne la proprietà. Se poi se ne dovesse servire non in città, né nell'agorà, ma in campagna, apertamente, e in cinque anni non compare nessuno che lo rivendichi, passati questi cinque anni, non sarà lecito ad alcuno per un bene siffatto alcuna rivendicazione. Se poi uno se ne dovesse servire in casa e in città, la prescrizione avverrà alla fine del terzo anno, se invece se ne serve

in campagna, in maniera occulta, alla fine del decimo anno, se all'estero, in qualunque momento la cosa sia scoperta, non vi sarà nessuna prescrizione alla rivendicazione».

La norma in questione, è da notare, trova, nel criterio della pubblicità dell'uso fatto della cosa, una sufficientemente precisa corrispondenza, al di là della quantificazione del periodo necessario, nella letteratura giuridica indiana, e specificamente nel cosiddetto *Trattato di Manu sulla norma* (o *Leggi di Manu*), risalente ai secoli a cavallo tra l'evo antico e l'era volgare ma in ogni caso contenente una tradizione giuridica alquanto più antica, che nei §§ 145-149 dell'ottavo libro contiene una regolamentazione relativamente articolata e scrupolosa della figura della prescrizione della proprietà, in cui si precisa (8.147-148) che «Se un proprietario assiste in silenzio al fatto che una sua proprietà viene utilizzata da altri per dieci anni, allora perde il diritto su di essa. Se qualcosa viene usato sotto ai suoi occhi, ed egli non è né mentalmente menomato né minorenne, allora egli perde il diritto di proprietà. Chi ne fa uso acquisisce il diritto a possederla».

La corrispondenza di questa disciplina dell'usucapione, come misi in luce nello scritto sulla *prothesmia* di alcuni anni or sono, risulta abbastanza puntuale da permettere di superare l'idea una volta più o meno tacitamente diffusa secondo cui la norma platonica sarebbe stata o un'invenzione dell'autore o al massimo l'elaborazione di prospettive di recente diffusione nel mondo greco, facendo invece ritenere più probabile, quantomeno sino a prova del contrario, che si tratti di concezioni latamente diffuse nel mondo indoeuropeo e che anche in Grecia vi dovessero essere quindi spunti volti a regolare la prescrizione acquisitiva modellati su tale criterio, del resto piuttosto naturale e spontaneo, relativo al tipo di uso fatto della cosa da parte del possessore.

Rimane tuttavia com'è ovvio impossibile, allo stato delle fonti, individuare dalle consuetudini di quale regione dell'Ellade Platone ricavò la norma in questione: ma è nondimeno possibile escludere che tale tipo di regola si riferisse al diritto attico, e questo per precisi motivi di ordine processuale.

È infatti noto come nel diritto attico la discussione su determinate questioni preliminari venisse deciso in via preventiva attraverso l'istituto della *paragraphe*, una sorta di giudizio appunto preliminare che così separava tale tema dalla questione di merito (e non interessa qui se si trattasse – aspetto ampiamente dibattuta in dottrina – di due veri e propri processi distinti ovvero di un processo unitario ma con due decisioni separate): veniva cioè disgiunto dalla questione di merito il problema specifico relativo alla presenza nell'oggetto di causa di una intervenuta amnistia – ipotesi che forse diede luogo, con Archino (403-402 a.C.), a tale nuova forma procedurale – ovvero di una precedente composizione della questione a seguito di rinunzia, re-

missione, transazione o rito arbitrale, oppure di azioni già esperite di fronte ad un magistrato incompetente o ancora al fatto che la pretesa attrice fosse sfornita di azione o che la lite avesse ad oggetto una cosa confiscata e quindi venduta dal fisco al convenuto: oltre che, appunto, il caso della prescrizione (*prothesmia*).

Come è agevole riscontrare, si tratta quindi di questioni appunto preliminari in cui è facile distinguere e separare il problema da risolvere in via preventiva dal complessivo merito della causa, cui la prima rimane in certo modo estranea, mentre la decisione in ordine ad essa risulta agevolmente scindibile dalla materia del contendere per quanto riguarda la sua sussistenza: la causa principale rimarrà in ogni caso eguale che vi sia o meno una intervenuta prescrizione per il decorso di tempo annale o quinquennale o un'amnistia ovvero, ad esempio, una precedente composizione della lite, così come negli altri casi testé elencati.

Nel caso della norma platonica sull'usucapione, invece, il fattore cronologico – uno, tre, cinque o dieci anni – si intreccia strettamente ed anzi inestricabilmente con il comportamento del possessore, ossia al non aver nascosto la cosa ed averla utilizzata in casa o all'aperto, in città o in campagna: questioni che rientrano nella maniera più piana nel merito della causa e costituiscono, anzi, l'aspetto essenziale su cui il giudice è chiamato a decidere: una volta risolta tale questione, infatti, non rimarrebbe in pratica più nulla da decidere, né risulta per tal verso concepibile una scissione in due fasi del processo.

Se quindi si pone mente al fatto che la *paragraphe* risulta senza dubbio attestata da orazioni paragrafiche contenute in particolare nella parte privatistica del *corpus Demosthenicum* del IV secolo (di cui varie sono appunto in tema di *prothesmia*), appare dunque estremamente improbabile che un criterio per regolare gli effetti invece acquisitivi del tempo si fosse già diffuso ad Atene ai tempi di Platone, scardinando la questione della prescrizione dall'alveo della *paragraphe* in cui essa si era a lungo sviluppata e imponendo la necessità di mutare per la sua soluzione le forme procedurali stabilite per la normale prescrizione estintiva.

Tale impossibilità di inquadrare l'istituto platonico nei moduli procedurali della *paragraphe*, del resto, è frutto di un più generale problema, che distingue nettamente per tal verso la prescrizione delle azioni dall'usucapione per quanto riguarda lo specifico punto del loro accertamento da parte dell'ordinamento giuridico. Nella prescrizione dell'azione, infatti, la valutazione del tempo rimane un fatto puramente negativo, concretizzantesi in una inazione da parte dell'avente diritto ad agire, di cui la prescrizione dell'azione costituisce appunto la «sanzione», e come tale rimane un elemento obbiettivo con facilità accertabile dall'esterno – l'azione non è stata intentata per il periodo

previsto – nonché separabile da ogni altro elemento del contendere.

Quando invece si cambia prospettiva ed anziché alla condotta dell'attore si guarda al comportamento del convenuto, ossia al suo «tenere la cosa presso di sé» e quindi al «possederla», ci si volge com'è naturale ed inevitabile ad un contegno di tipo questa volta positivo, che come tale va valutato contenutisticamente in base alle sue concrete estrinsecazioni oggettive e alle modalità in cui si è svolto nel tempo, dato che com'è ovvio esse possono non essere costanti ed immutabile nell'arco diacronico astrattamente necessario al compiersi dell'usucapione. Occorrerà così valutare, nell'esempio platonico qui tenuto presente, il luogo in cui si è svolto l'impiego della cosa, il carattere pubblico o privato di esso, il non nascondere la cosa, nonché, in seconda istanza, il persistere o meno di tali caratteri dell'uso per tutto in periodo necessario all'acquisto prescrittivo della cosa.

Se per un verso tale differenza spiega l'impossibilità di risolvere per quanto riguarda l'usucapione ogni questione in sede di giudizio preliminare, molto di più essa è indice di un diverso atteggiamento dell'ordinamento giuridico a proposito degli effetti del trascorrere del tempo, che nella prescrizione delle azioni specie di epoca arcaica viene valutato in maniera oggettiva e quindi del tutto semplice e lineare, appunto come elemento fattuale e considerato dall'esterno, in termini negativi – si potrebbe dire secondo categorie moderne – di inadempimento di un onere sanzionato con la perdita della possibilità di agire, secondo prospettive che tra l'altro ben si inquadrano, nel diritto romano arcaico, ad esempio con la visione materialistica degli illeciti e la scarsa rilevanza in tale ambito assunta dagli elementi soggettivi del comportamento represso, o ancora con la più semplice valutazione della pena «risarcitoria» in termini di cifra fissa (*arbores succisas*, *pastus pecoris*) piuttosto che in riferimento all'effettivo danno approssimativamente provocato, nonché con una più generale tendenza a limitare il perimetro dei fatti presi in considerazione dal diritto alla mera realtà oggettiva di quanto accade, quasi evitando per quanto possibile ogni più problematico risvolto di tipo invece soggettivo (paradigmatico è ad esempio il caso dell'*endoploratio* nel furto, dove il grido d'aiuto dell'aggredito, quale estrinsecazione comportamentale concreta e valutabile obbiettivamente, tiene luogo e giocoforza rimanda ad una sottesa idea di verosimile legittima difesa, tenuta con tutta probabilità presente ma non esplicitata dai *mores* e poi dai decemviri in quanto appunto atteggiamento psicologico di più difficile valutazione ma prima ancora, sembrerebbe, soprattutto di malagevole formulazione nonché a maggior ragione di ardua gestione, in generale, da parte di un ordinamento arcaico).

La valutazione invece del possesso rappresenta a sua volta una fase che nel quadro storico si potrebbe dire più «evoluta» e di maggiori capacità de-

scrittive del mondo e della sua complessità da parte dell'ordinamento giuridico, successiva anche se non necessariamente sempre cronologicamente posteriore, in cui il diritto accetta di affrontare una più vasta porzione di realtà ontologica e quindi uno maggior spessore di concretezza fattuale, rinunciando almeno in certa misura a quella sorta di percezione semplificata o meglio «stilizzata» del mondo in cui prima si era più con prudenza trincerato: non si è ancora, beninteso, al superamento del formalismo arcaico, che del resto rimane un aspetto in buona parte diverso anche se non del tutto disgiunto dal fenomeno in questione, ma si rinuncia ad esempio al carattere monolitico dell'illecito, fondato su una visione oggettiva del comportamento vietato e su una sua percezione eminentemente religiosa, per diminuire ad esempio la pena dell'*impubes* rispetto a quella dell'adulto nel caso di distruzione delle messi ovvero per quanto riguarda il colpevole di condizione non servile nel furto non manifesto (*tab.* VIII.10 e 14), o ancora si distingue la volontarietà dal *casus* a proposito dell'incendio (*tab.* VIII.11), così come, su un piano diverso, si supera la considerazione dei fenomeni e in particolare della legge in termini asetticamente formali ponendo un divieto – '*privilegia ne inroganto*' (*tab.* IX.1-2) – che consente un sindacato di merito sul contenuto stesso della norma. In questa più avanzata e relativamente sofisticata fase giuridica, in cui l'ordinamento comincia ad avere gli strumenti per far propria appunto una più spessa e vasta porzione della realtà quotidiana, è quindi altresì possibile che il diritto rinunci a limitarsi a prendere in considerazione soltanto il mero fatto negativo dell'obbiettivo trascorrere inutilmente del tempo, come avviene nella prescrizione dell'azione, per spingersi invece a guardare un atto alquanto più complesso ed intrinsecamente problematico nella sua multiformità quale l'altro versante del trascorrere cronologico, cioè il possesso, considerando quindi il risvolto appunto positivo del fluire, in negativo, del tempo, ossia un elemento concretantesi in un comportamento attivo, con tutte le sue diverse possibilità di estrinsecazione e la sua implicita attitudine a variare nelle proprie caratteristiche via via che si attua nella realtà.

Ma se il non prendere più in considerazione solo l'aspetto negativo del trascorrere del tempo per considerare prescritta l'azione, ma un comportamento positivo quale il possesso, risulta di per sé sintomo di un'evoluzione giuridica, quantomeno agli occhi dell'ordinamento che la compie, vi è altresì da considerare la maggior giustizia sostanziale che tendenzialmente si vuole scorgere insita nel non limitarsi più a sanzionare l'inattività dell'avente diritto, ma nel valutare secondo criteri di merito e si potrebbe dire di virtuosità l'atto che porta all'acquisto della cosa, escludendo la rilevanza di atteggiamenti considerati latamente deplorevoli (il nascondere la cosa, il suo carattere furtivo, l'assenza di buona fede) o comunque insufficienti a tal fine (l'uso della cosa all'estero, la mancanza di una *iusta causa*), e vicever-

sa «premiando» un uso conforme ai criteri *lato sensu* etici prescelti altresì attraverso la graduazione dei tempi necessari a seconda del tipo di uso (pubblico o privato, in città o in campagna) che viene fatto della cosa. E in tale lata «meritocrazia» del tipo di possesso, e nella visione moralistica che vi è sottesa, inizia d'altronde ad emergere quel pregiudizio negativo verso l'usucapione in quanto appropriazione in ultima analisi '*lucrativa*' ed '*improba*' della cosa altrui, in cui l'ordinamento non si limita più, asetticamente, a considerare che per motivi di ovvia certezza del diritto dopo un certo tempo non si possono più mettere in discussione le situazioni di fatto esistenti, pena la virtuale instabilità di qualsiasi rapporto tra i soggetti umani e i loro beni, ma pretende appunto di valutare il carattere in qualche modo positivo o meno del comportamento di chi possiede, stringendolo in una sempre più serrata cerchia di requisiti volti ad arginare la «prevaricazione» che egli compie trattenendo una cosa che propriamente non gli appartiene e quindi facendo propria attraverso l'uso una *res* altrui.

Non interessano qui, com'è ovvio, i risvolti teorici di tale atteggiamento dell'ordinamento giuridico, né le considerazioni di ordine generale che se ne potrebbero trarre in una prospettiva storica ovvero latamente di filosofia del diritto: quello che infatti rileva, e in una più immediata prospettiva giuridico-costruttiva, sono le conseguenze che tale atteggiamento potrà assumere sulla concreta disciplina dell'acquisto prescrittivo nel diritto romano, influenzandone le architetture dogmatiche e complicandone gli effetti in cui si esplica nonché la valenza pratica così assunta, in una progressiva divaricazione via via sempre più sensibile tra i fini che l'istituto assume in astratto e i risultati cui in concreto perviene nella realtà del diritto. In pratica, si può osservare, l'usucapione tendenzialmente per tal via non sarà più idonea a porre veramente fine ad ogni possibilità di controversia circa la cosa e quindi a tutelare fino in fondo la cosiddetta certezza dei rapporti giuridici.

8. Ipotesi sul conformarsi dell'istituto prescrittivo nel diritto romano predecemvirale

In tale falsariga di più complessa valutazione del possesso si collocherà in seguito anche la fase decemvirale dell'usucapione, che rispetto al regime precedente dovette con ogni verosimiglianza segnare una svolta fondamentale nelle struttura romana degli istituti prescrittivi.

Sino alla legislazione delle XII Tavole, infatti, il tempo necessario all'usucapione risulta essere stato, come diffusamente si ritiene, quello di un anno, tanto per i mobili (*ceterae res*) che per gli immobili (*res soli*), mentre per i fondi agricoli – l'inclusione degli *aedia* urbani appare avvenire solo

in seguito – i decemviri portarono il periodo utile all'acquisto prescrittivo a due anni (*biennium*), probabilmente in relazione alla rotazione biennale delle colture e alla non coltivazione dei campi, lasciati a maggese, ad anni alterni. Inoltre questo più antico acquisto annuale si compiva automaticamente in virtù del mero trascorrere del tempo, senza che vi fossero ulteriori requisiti circa la *res* (*habilis*) e il tipo di possesso in una prospettiva, in particolare, soggettiva (*bona fides*). Infine, risulterebbe essere un'innovazione dei decemviri l'istituto della cosiddetta *usurpatio trinoctii*, che evitava alla donna, assentandosi dalla casa maritale appunto per tre notti, di cadere attraverso l'*usus* sotto la potestà del coniuge (o del padre di questi), conservando mediante tale evento interruttivo dell'usucapione il legame con la famiglia originaria ovvero la condizione di *sui iuris*.

A questo punto si deve considerare come la percezione del fenomeno prescrittivo, in questa più primitiva fase precedente quella duodecimtabulare, dovesse in effetti conglobare con ogni verosimiglianza in sé, in una visione complessiva e non soverchiamente articolata nei suoi diversi aspetti, tanto il tempo lasciato inutilmente trascorrere dall'attore quanto il possesso vantato per converso dal convenuto, secondo una visione unitaria che corrispondeva del resto ad una risalente considerazione fattuale degli eventi giuridici la quale, piuttosto che sussumerli in categorie dogmatiche, si fermava concretamente ai loro effetti empirici, e quindi in questo caso guardava innanzitutto al risultato pratico del consolidarsi della posizione del possessore appunto quale conseguenza dell'essere passato un anno senza che l'attore avesse reagito alla perdita della cosa. Del resto, se come si è visto l'attribuzione definitiva del diritto controverso al convenuto anche in seguito risulta sempre e comunque accompagnarsi di fatto, storicamente, al venir meno dell'azione dopo il periodo previsto, rendendo la percezione dei fenomeni prescrittivo e acquisitivo appunto per vari versi inscindibile, come a maggior ragione sembra verosimile avvenisse in un diritto primordiale e di scarsa se non nulla elaborazione sistematica, l'aspetto che peraltro appare più rilevare in tale contesto «protostorico» doveva essere innanzitutto quello della prescrizione dell'azione, in quanto elemento che si legava in maniera immediata al risvolto maggiormente vistoso del fenomeno, ossia alla controversia che sorgeva in ordine alla *res* e alla lite che dava una dimensione pubblica alla questione, portandola all'attenzione della comunità: in una causa che a sua volta veniva appunto persa o vinta per essere trascorso o meno un anno dalla perdita della cosa: fattore determinante che, in tale visione semplice e fattuale degli eventi giuridici, doveva innanzitutto tradursi in una percezione della norma innanzitutto in più lineari termini negativi e dunque prescrittivi piuttosto che nella più complessa costruzione dell'usucapione acquisitiva.

Né in generale appare logico e congruente pensare che i romani degli

esordi – come pur si potrebbe ritenere limitandosi alle notizie di età successiva – avessero del tutto ignorato la dimensione prescrittiva del trascorrere del tempo per guardare subito alla sua valenza acquisitiva, giungendo a quest'ultima sin dalle origini del loro diritto e «saltando», per così dire, il precedente gradino prescrittivo: prospettiva che innanzitutto si scontra con le visuali comparatistiche del fenomeno, che come si è visto mostrano la verosimile precedenza della più semplice prescrizione dell'azione sulla più complessa usucapione, cui del resto non tutti i popoli pervengono, ma che soprattutto non si accorda con i precisi indizi in questo senso che, come si avrà modo di osservare, le fonti medesime, una volta accettata come possibile tale precedente fase prescrittiva, lasciano pur con sufficiente chiarezza intravvedere nel loro impianto di fondo, pur ormai in certo modo improntato alla dimensione acquisitiva del trascorrere del tempo poi prevalsa. E come si vedrà non mancano in effetti forti e puntuali riprove di una simile precedente situazione nello stesso diritto di età decemvirale.

In una simile situazione, dunque, in cui il tempo sarebbe stato considerato fattore oggettivo e di per sé risolutivo, non è dunque improbabile, se si vuole seguire tale ipotesi sull'origine degli istituti connessi al fattore diacronico, che il suo trascorrere, prima ancora che quale elemento utile all'acquisto del diritto, venisse considerato innanzitutto nella sua valenza negativa di fattore prescrivente l'azione, in una indistinzione di fondo dei due fenomeni o forse meglio in una percezione in ultima analisi unitaria dei loro risultati che naturalmente era portata ad enfatizzare l'aspetto processuale su quello sostanziale. Se infatti si è visto il carattere in generale più semplice ed immediato che, in una prospettiva comparatistica, la forma prescrittiva assume rispetto alla più difficile e in linea di massima più tarda usucapione, e come quest'ultima, pur già latamente presente di fatto quale risultato pratico della prima, inizi di norma ad affermarsi in maniera positiva in un'ulteriore e più evoluta fase in cui si dà rilevanza alla svariate modalità oggettive e subbiettive in cui si realizza il possesso, non appare inverosimile che in un suo primo stadio anche il diritto romano più arcaico si sia limitato a dare rilevanza in primo luogo a questa più immediata modalità di considerare le conseguenze dell'elemento cronologico, guardando al fenomeno soprattutto dal punto di vista negativo dell'attore che con la sua inazione perde la possibilità di agire e facendo dunque prevalere l'aspetto della perdita del possesso da parte di questi sulla parallela disponibilità della cosa conseguita dal convenuto.

Inoltre, anche se qui non ci si vuole certo addentrare in tale non facile argomento – su cui peraltro chi scrive vorrebbe forse tornare in seguito – sono da tenere altresì presenti i problemi destati dal significato del termine '*auctoritas*' nel linguaggio decemvirale, che viene normalmente interpretato dai giusantichisti – peraltro alla luce di fonti alquanto posteriori – nel senso

di «garanzia per evizione», come in particolare nell'affermazione ciceroniana (*off.* 1.12.37, *tab.* VI.4) '*adversus hostem aeterna auctoritas*', che gli studiosi di diritto romano intendono pressoché compatti come affermazione dell'obbligo di prestare in eterno detta garanzia in quanto lo straniero non può usucapire, ma che d'altra parte viene di regola tradotta dai vocabolari latini e dagli studiosi di letteratura, in base ad argomenti più strettamente filologici, nel senso di un'eterna «rivendicabilità» della *res* nei confronti dello straniero, che appunto non può usucapire (così come, ancora a maggior ragione, la parole di Aulo Gellio relative alla *lex Atinia – noct. Att.* 17.7.1: '*quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*' – sembrano più agevolmente interpretabili intendendo '*auctoritas*' nel senso di «rivendicabilità» piuttosto che di «obbligo di garanzia per evizione», posto che il fine precipuo della legge era evidentemente quello di non consentire la usucapione delle *res furtivae*, non certo quello di assicurare innanzitutto, in caso di vendita di esse, un eterno obbligo di garanzia dell'alienante): prospettiva in cui, sembrerebbe, altresì l'affermazione decemvirale '*usus auctoritas fundi biennium est, … ceterarum rerum omnium anuus usus est*' (Cic., *top.* 4.23, *tab.* VI.3) parrebbe poter venire forse intesa, nel doppio nominativo iniziale, nel senso di una originaria equivalenza temporale tra il periodo necessario all'usucapione ed il periodo di prescrizione – «rivendicabilità» – dell'azione. Ma anche senza volere insistere, dilungandovisi, su tale più arduo né breve argomento, del resto in massima parte pressoché ancora tutto da indagare, quello di una primigenia rilevanza nel diritto romano arcaico altresì del tempo necessario alla prescrizione dell'azione resta in ogni caso, sia nella logica intrinseca dell'ordinamento arcaico che in una più generale prospettiva comparatistica, una congettura del tutto plausibile ed anzi relativamente probabile.

Se si tiene in effetti conto, come si è accennato, del fatto che in un contesto per così dire primitivo la «giuridizzazione» di un fatto, ossia la sua percezione in chiari termini di diritto, doveva avvenire in particolare nel momento in cui in ordine a tale fattispecie sorgessero contestazioni, mostrando così le opposte pretese in gioco e quindi il conflitto di interessi che ne derivava, sembra inevitabile ritenere che nella considerazione del fenomeno l'accento dovesse battere appunto, come si è in parte visto, sulla rivendica della cosa da parte del supposto precedente proprietario, cioè sul momento in cui sorgeva una controversia in ordine ad essa e la questione, nella sua dimensione ormai litigiosa, assumeva dunque una risonanza contenziosa davanti a tutta la comunità arcaica: e in effetti l'evento in cui si manifestava risolutivamente tutta la vicenda ponendo fine alla lite, e che finiva col rappresentarla nella maniera più sintetica, era appunto la sconfitta processuale dell'attore, che doveva di per sé apparire il diretto portato del fatto che l'azione non era

stata presentata in tempo utile (e questo sia in un contesto improntato alla prescrizione delle azioni sia, egualmente, in un ambito giuridico già pervenuto alla figura dell'usucapione, dove parimenti l'azione, in origine, non è più proficuamente esperibile quando si è compiuto l'acquisto prescrittivo). Per converso, il corrispettivo fenomeno del far propria la cosa da parte del possessore attraverso lo scorrere del tempo, finché non vi erano contestazioni, rimaneva per così dire una questione secondaria e pressoché privata, senza alcuna eco pubblica, il cui il momento conclusivo del periodo annale tendeva a scomparire in un possesso prolungato senza soluzione di continuità dal suo sorgere sino al suo protrarsi per un periodo in ipotesi alquanto più lungo, in una percezione del fattore cronologico piuttosto indistinta ove il tempo trascorso anche oltre i dodici mesi veniva percepito globalmente in una visione in cui l'*auctoritas* data dalla situazione di fatto da lungo tempo esistente si consolidava via via in una sempre più forte posizione del possessore incontrastato: e anche in una lite, d'altra parte, esso assumeva una rilevanza intrinsecamente secondaria rispetto all'elemento del tempo fatto passare inutilmente dall'attore prima di presentare la domanda, che appunto diventava invece tutt'uno con l'aspetto centrale e onnirisolutivo della sua sconfitta processuale.

Del resto, come si vedrà, sembra alquanto probabile che l'attenzione verso le caratteristiche di tale situazione possessoria, ed in particolare riguardo alla sua continuità ininterrotta, inizi a manifestarsi in maniera sensibile solo a partire dalle XII Tavole, che come già ricordato pongono in primo piano la fattispecie dell'interruzione dell'*usus* attraverso il *trinoctium* quale condizione perché la donna non cada dopo un anno sotto la potestà del marito, lasciando intravvedere una precedente fase in cui la perdita momentanea del possesso da parte di colui che aveva la cosa non rilevava giuridicamente: e il «possesso», dunque, in mancanza di simili requisiti, doveva prima ridursi alla mera necessità che trascorresse il periodo previsto dal momento in cui l'altro soggetto aveva perso la disponibilità della cosa, senza soverchia attenzione al suo momento iniziale e soprattutto alle sue vicissitudini e senza quindi differenziarsi più di tanto dall'attesa del tempo necessario alla prescrizione dell'azione, mentre non è inverosimile che fu proprio l'articolato intervento decemvirale, che enfatizzò il fattore del possesso ponendovi dei limiti (quantomeno il carattere *habilis* della *res*) e ulteriori requisiti di continuità (a partire dall'*usurpatio trinoctii*), a porlo così con ogni plausibilità come fattore centrale del fenomeno prescrittivo, traslando in tal modo quest'ultimo in una dimensione compiutamente acquisitiva (non interessano ovviamente qui le non brevi né facili questioni relative al termine '*usurpatio*' – di cui i testi giuridici parlano solo in D. 41.3.2, Paul. 54 *ad ed*., proprio per escluderne la valenza giuridica di «interruzione» dell'*usucapio* e riferir-

ne invece il ricorso al lessico oratorio, mentre Gai., *inst.* 1.111, usa infatti, forse più propriamente, la locuzione '*trinoctio abesse*' – né il problema, su cui insiste la dottrina, che qui il fatto interruttivo dell'usucapione è posto in essere non come di norma da parte colui contro il quale la prescrizione si compie, ossia il *pater* della donna, ma dalla *nupta* stessa, che dell'*usus* costituisce invece l'oggetto: è sufficiente notare come in ogni caso il ricordato paragrafo di Gaio si chiuda con le parole '*atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumperet*', che nella loro ovvietà non avrebbero senso se il diritto duodecimtabulare avesse conosciuto in generale la figura dell'interruzione dell'usucapione, ed anzi aggiunge '*sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*', quasi evitando di porre il '*trinoctio abesse*' in relazione con l'istituto della *usurpatio* o in ogni caso con l'interruzione dell'usucapione, ai suoi tempi normalmente vigente).

In effetti, se l'*usurpatio trinoctii* risulta essere una innovazione decemvirale, è verosimile che in precedenza non si tributasse comunque soverchia importanza all'interruzione del possesso, dato che altrimenti non vi sarebbe stata necessità alcuna di una nuova specifica regola in ordine all'interruzione dell'*usus* matrimoniale (ed oltretutto lo strano periodo appunto del *trinoctium* si differenza sensibilmente da tutta la successiva evoluzione dell'*usurpatio*, che sarà poi visto come un evento istantaneo ed anzi verrà simboleggiato, com'è noto, attraverso la rottura da parte del proprietario del ramo di un albero del fondo posseduto dal terzo).

Seguendo questa ipotesi, quindi, se infatti sorgeva una controversia in ordine all'appartenenza della *res*, il convenuto poteva dimostrare di avere la disposizione di essa a partire da almeno un anno, e che quindi l'azione non era più esperibile in quanto inutile ossia, in termini moderni, appunto prescrittasi, ma probabilmente doveva altresì essere sufficiente la prova che in ogni caso l'attore aveva perso la disponibilità della cosa da oltre dodici mesi senza attivarsi, attesa la percezione piuttosto indistinta e complessiva che si doveva avere di tali due conseguenze – prescrittiva e acquisitiva – del fattore temporale: il possesso, in effetti, doveva valere, più che in quanto tale, come mezzo per dimostrare in negativo l'inazione della controparte, e quindi il compiersi dell'aspetto prescrittivo del trascorrere del tempo, piuttosto che come prova dell'avvenuto compiersi, in positivo, dell'acquisto della cosa da parte del convenuto. Sembrerebbe cioè alquanto improbabile che il convenuto dovesse dare prove più precise in ordine al proprio possesso e in particolare al suo carattere ininterrotto e continuativo (requisiti che parrebbero appunto essere stati invece introdotti dalla legislazione duodecimtabulare), dato che gli doveva essere sufficiente far constatare che la controparte aveva lasciato trascorrere un anno senza procedere alla rivendica.

Certo, si tratta qui in ogni caso di una posizione in certo modo inevita-

bilmente sussunta secondo categorie moderne, ma nella verosimile giustapposizione piuttosto indistinta degli argomenti circa l'inattività dell'attore e il possesso del convenuto, l'aspetto relativamente più certo ed con facilità quantificabile doveva senz'altro risultare il troppo attendere ad agire dell'attore dopo la perdita della cosa, ossia la prima e fondamentale obbiezione che, nella maniera più logica e naturale, l'interessato avrebbe levato in un contesto arcaico contro la pretesa della controparte, vertendo innanzitutto la lite appunto sul trascorrere di un sufficiente tempo, considerato in maniera per così dire indistinta, e quindi secondo prospettive più agevolmente ed in maniera spontanea pronte a focalizzarsi sul realizzarsi del fenomeno prescrittivo piuttosto che su quello, considerato solo indirettamente, acquisitivo: e l'inazione dell'attore per un anno era un fatto di alquanto più facile prova, essendo un mero problema di calcolo cronologico, mentre la presa di possesso del convenuto era un elemento che, nella sua maggiore complessità, poteva certo venire in considerazione ma in qualche modo in subordine e solo in modo suppletivo, non essendo del resto ancora stato compiutamente disciplinato dall'ordinamento (evento che inizierà a delinearsi appunto solo con la legislazione duodecimtabulare).

Non si tratta, beninteso, di ritornare a superate teorie, avanzate del resto in una prospettiva piuttosto dogmatizzante e nella falsariga di teorie sulla proprietà un poco datate, come la congettura, rimasta alquanto isolata, di György Diósdi, secondo cui soltanto in epoca relativamente tarda l'*usus* sarebbe stato concepito dal diritto romano come un modo di acquisto della proprietà, avendo prima assunto la sola funzione di liberare il convenuto, nell'azione di rivendica, dall'onere della prova del titolo: al contrario, si vuole qui tentare di ricondurre i termini della lite, per quanto possibile spogliati da categorie dogmatiche moderne e da troppo nette distinzioni concettuali, alle verosimili modalità in cui doveva svolgersi tale controversia «protostorica», in cui le parti sostenevano caoticamente e senza alcuna precisa sussunzione giuridica le proprie ragioni, appoggiate dai propri vocianti sostenitori (*advocati*) nella spontaneità della lite, ed in cui dunque era la logica quotidiana delle cose e il buon senso comune, e non necessariamente la stretta logica giuridica, a dare una scala di rilevanza agli argomenti. E sembra appunto plausibile che in tale contesto il punto principale della discussione vertesse sul trascorrere dell'anno agli effetti della prescrizione dell'azione, perché se esso era inutilmente passato, l'azione per ciò solo era da respingere e quindi l'attore era sconfitto, e anche se il convenuto magari non avesse compiuto l'anno di possesso, egli in ogni caso non era comunque in grado di fare più nulla, non avendo a disposizione alcuna possibilità di rivendicare la cosa, cosicché questa doveva inevitabilmente venire lasciata alla controparte, anche se non l'aveva ancora «usucapita», come avverrà in seguito, in quanto

in ultima analisi la pretesa dell'attore risultava sfornita di ogni azionabilità.

Del resto, che l'elemento essenziale rimanesse il trascorrere dell'anno agli effetti della prescrizione dell'azione, e non il compimento di un possesso di eguale durata, risulta indirettamente ma in modo piuttosto univoco dimostrato da almeno due ulteriori elementi, che si aggiungono in maniera risolutiva a quello, già di per sé non certo trascurabile, dell'assenza prima della legislazione decemvirale di un rudimento di previsione normativa circa la continuità del possesso e gli effetti della sua interruzione.

Innanzitutto vi è il fatto che, anche dopo la riforma duodecimtabulare in ordine ai tempi dell'usucapione, la norma '*usus auctoritas fundi biennium est, … ceterarum rerum omnium annus usus est*' (*tab.* VI.3) appare implicare – ovviamente, sempre che sia da accettare la dominante dottrina secondo cui qui '*auctoritas*' indichi qui la «garanzia per evizione» – che tale parificazione e corrispondenza tra il tempo in cui deve essere prestata detta garanzia e quello necessario ad usucapire (*usus*) sia in realtà illusoria e non assoluta, come è stato infatti rilevato dalla dottrina, dato che in pratica poteva ben accadere che l'usucapiente perdesse per un determinato periodo il possesso della cosa e, interrompendosi così l'*usus*, l'acquisto prescrittivo dovesse ripartire e si compisse quindi in tempi più lunghi. Invece il tempo sufficiente a decadere dalla garanzia per evizione risulterebbe evidentemente più congruo se, in una fase precedente, esso fosse stato direttamente commisurato al periodo che il terzo aveva di agire in via di rivendica evitando la prescrizione dell'azione, in una equivalenza perfetta che riporta a una dimensione lineare e logica la scelta normativa, prima che la nuova valenza acquisitiva assunta dall'*usus* intervenisse poi ad intorbidarla: un anno per l'esperimento della *reivindicatio* e quindi un anno per la chiamata in garanzia del venditore. Altro forte indizio, questo, nel senso di una precedente fase in cui, non ancora compiutamente messa a fuoco dal diritto romano il fenomeno dell'usucapione, vigeva ancora il regime della prescrizione dell'azione. Anche qui il fattore considerato in via principale rimaneva dunque quello processuale di chiamare in causa il venditore, che in origine si consumava inesorabilmente in un anno dopo l'acquisto, com'era naturale in parallelo al prescriversi dell'azione di rivendica, e quindi non rilevava in via principale, né ce n'era bisogno, che in tale periodo si fosse compiuto un anno di possesso e che dunque il compratore fosse effettivamente riuscito ad usucapire la *res*, come sarebbe invece avvenuto in seguito. In maniera analoga, l'aspetto rilevante, prima della riforma duodecimtabulare, doveva in generale rimanere il prescriversi dell'azione intentata dall'attore dopo un anno di inazione, con conseguente sua perdita del diritto e corrispettiva inattaccabilità della posizione del possessore, contro cui appunto il precedente proprietario non poteva a questo punto più fare nulla, perché anche qualora propriamente la

controparte, mancando un compiuto *usus* annuale, non avesse ancora «usucapito», come farà in seguito, in ogni caso egli come si è visto non aveva più alcun mezzo giudiziario a disposizione e doveva giocoforza lasciare la cosa all'attuale possessore (ed in effetti il rischio di «premiare» un possesso troppo breve, iniziato magari pochissimo tempo prima che l'azione si prescriva, come si vedrà rimane storicamente una implicazione presentata in generale dagli ordinamenti che applichino tale istituto in una forma «pura» e per così dire automatica).

Potrebbe del resto rintracciarsi un ulteriore lacerto di tale più antica concezione anche nella regola secondo cui le eredità si usucapivano in un anno, prima che si affermasse il principio per cui si potevano usucapire le singole cose ma non le eredità nel loro complesso (Gai., *inst.* 2.54: '*quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessiones ut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim xii tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est. et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit*'): qui in effetti l'unicità del tempo necessario all'usucapione potrebbe far agevolmente pensare all'unicità dell'azione con cui si poteva reagire a tale comportamento, e che appunto in origine doveva prescriversi in un anno, secondo una regola generale che sopravvisse alla riforma decemvirale di tali istituti, verosimilmente in quanto ormai consolidata e non facile da mutare e d'altronde, come si è visto, in assoluto utile all'ordinamento nella periodica sanatoria delle proprietà così ottenuta. Mentre invece, se si fosse per converso guardato sin dalle origini al possesso dell'usucapiente, sarebbe può darsi stato più agevole, nella ormai vigente riforma decemvirale dell'elemento diacronico, prevedere un tempo invece biennale, essendo il fondo avito di norma la parte più consistente dell'eredità, anche in quanto sarebbe stato per più versi naturale, prolungando il tempo necessario ad usucapire i fondi, allungare del pari il tempo necessario ad usucapire le eredità che lo ricomprendevano: ma si dovette comunque preferire lasciare sopravvivere il più antico termine ormai tradizionale, retaggio di un'epoca in cui non vi era l'usucapione e l'azione si prescriveva in ogni caso dopo un anno, anche in quanto frutto di una diversa concezione di simili istituti incommensurabile per tal verso con la nuova situazione e quindi per così dire cristallizzato nella sua precedente misura temporale.

E questa conclusione viene ulteriormente rafforzata dal fatto che la spiegazione fornita da Gaio (*inst.* 2.55) in ordine al termine più breve previsto per l'*usucapio pro herede* – e cioè che i *veteres* lo posero in quanto vollero che '*maturius hereditates adiri*', in relazione alla prosecuzione dei sacra e al

pagamento dei debiti, appunto per il timore dell'usucapione da parte di un terzo – non è né molto convincente né logicamente congrua: per un verso, infatti, essa si colloca in una visuale in cui l'*usucapio pro herede* ha già perduto la sua funzione pratica accettata dall'ordinamento come utile ed è ormai diventata una figura marginale *improba* e *lucrativa*, senza dare quindi contezza delle ragioni del suo perpetuarsi per tutta l'epoca repubblicana nonché altresì a lungo in epoca imperiale; inoltre essa appare intrinsecamente poco convincente in quanto, per ottenere un fine pratico non primario ed in ultima analisi meramente di fatto, del tutto estraneo alla sistematica delle architetture giuridiche, si sarebbe ammesso nell'ordinamento un istituto che, nella logica di una simile spiegazione, risultava già dal suo sorgere in tale ipotesi del tutto esecrabile, favorendo un possessore senza titolo a danno del legittimo erede ed anzi rendendogli addirittura estremamente più agevole l'usucapione (*inst.* 2.55: '*Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri* …'); ma soprattutto essa non tiene conto del fatto che un simile periodo annuale si applica altresì a ipotesi che non hanno nulla a che fare con l'eredità, per la quale potrebbe in ipotesi avere un senso questa spiegazione, ossia appunto i casi di *usureceptio*, ove le ragioni di tale scelta temporale non potevano che avere una logica del tutto diversa dall'esigenza che *hereditates maturius adiri*.

Appare dunque estremamente plausibile, anche qui, che in tale analogo trattamento tanto dell'*usucapio pro herede* quanto dell'*usureceptio* prevalga ancora una volta l'esigenza di non mutare un consolidato termine annuale, già praticato nel precedente stadio di prescrizione dell'azione e conservato nella nuova fase in cui si afferma l'usucapione: ancora una volta, dunque, una regola che trova la sua logica nel verosimile periodo in cui, essendo unica l'azione relativa alla rivendica dell'eredità, era perfettamente congruo che essa si prescrivesse in un anno, e che viene mantenuta anche quando i fondi si usucapiscono ormai in due anni e non era più tanto scontato che il termine annuale potesse ancora valere per i terreni agricoli, preferendosi con ogni probabilità non mutare, sia pur nel nuovo contesto giuridico, regole ormai tradizionali, cosicché tanto l'*usucapio pro herede* quanto le *usureceptiones*, anche se relative ad immobili, continueranno a compiersi in un solo anno.

In ogni caso, al di là di queste relative riprove che tale congettura incontra nel diritto decemvirale, e che comunque convergono nel fare intravvedere una originaria contesto in cui la prescrizione estintiva dell'azione doveva prevalere su quella acquisitiva dell'usucapione, resta il fatto che, in una situazione di indifferenziato compiersi del fenomeno in un solo anno, non dovesse venire attribuito al possesso una soverchia rilevanza, quale sarà invece tributata ad esso disciplinandone il carattere ininterrotto ed introducendo i

requisiti della *res habilis* e poi della *bona fides* iniziale, e che l'aspetto più rilevante della prescrizione dovesse risolversi nell'impossibilità di intentare l'azione oltre l'anno, come in effetti mostra in particolare la discrasia poi esistente tra il periodo in cui il compratore è esposto all'azione di rivendica del terzo, che in origine corrispondeva perfettamente alla durata dell'obbligo di prestare la garanzia per evizione, e il tempo in cui si compie l'usucapione, che in pratica, in seguito ad una interruzione del possesso, può risultare alquanto più lungo del lasso in cui egli è protetto da tale garanzia, e che quindi non è più congruo nel nuovo regime dell'usucapione: così come del pari avviene nella parallela scelta di conservare anche dopo la riforma decemvirale il termine prescrittivo di un anno tanto nella *usucapio pro herede* quanto nella *usureceptio*, mentre del pari la mancata regolamentazione dell'interruzione del possesso tendenzialmente denuncia di per sé la precedente irrilevanza giuridica di una simile figura.

Si tratta, in effetti, di almeno tre argomenti convergenti e di non trascurabile impatto probatorio: il che, nella estrema lacunosità delle notizie relative a tali istituti in età predecemvirale, non è certamente poco. E a tali riprove si aggiunge del resto anche la circostanza, come si è accennato, che nei suoi primordi Roma dovette essere una società di genere essenzialmente pastorale, e quindi una civiltà di ordine in linea di massima «possessorio» piuttosto che «proprietario», nella quale dunque la prescrizione delle azioni doveva di per sé essere la soluzione naturale, mentre, non essendosi ancora affermata la proprietà in tutta la sua importanza, quella dell'usucapione rimaneva una soluzione in linea di massima ancora inconfigurabile: ma non si è voluto far leva su tale ulteriore argomento in quando si tratta in linea di massima di una ipotesi ricostruttiva di tipo interpretativo ed eminentemente congetturale, e perciò possibile oggetto di discussioni, mentre in questa sede si è in generale preferito avvalersi di elementi semplici ed elementari, di tipo «istituzionale», e come tali da tutti condivisibili.

9. La riforma decemvirale degli effetti prescrittivi del tempo e la nascita dell'usucapione

Certo, si tratta, ed è bene ribadirlo, di un fenomeno complessivo da non intendere strettamente in termini di categorie giuridiche moderne, in cui anzi con ogni verosimiglianza il prescriversi dell'azione veniva visto in maniera piuttosto indistinta anche come un consolidarsi del diritto del possessore, in una «appartenenza» non ancora sussunta propriamente in termini di *dominium ex iure Quiritium*, nel corso di un periodo storico di cui, nella sua antecedenza alla legislazione decemvirale, non si possono avere com'è ovvio

notizie troppo precise, ma solo un reticolo di verosimiglianze.

Tuttavia, in ogni caso, la normazione duodecimtabulare in ordine all'istituto dovette segnare una completa rivoluzione nella concezione degli effetti del tempo in ambito giuridico e delle loro coordinate di massima, travolgendo l'originaria dimensione prescrittiva del fenomeno ed aprendo una volta per tutte la strada alla nascita appunto dell'usucapione in senso proprio.

In effetti, premesso che l'istituto della *usurpatio trinoctii* appare una prima formulazione fattuale e contingente – essendo relativa ad un singola fattispecie – di una figura che solo in seguito acquisterà caratteri generali, venendo applicata al possesso in quanto tale appunto come fattore interruttivo – *usurpatio* – del periodo di tempo necessario affinché l'usucapione si compia, per cui si può plausibilmente ritenere che prima delle XII Tavole non si richiedesse alcun possesso ininterrotto, è da sottolineare come, ponendo quantomeno il requisito della *res habilis* e d'altra parte richiedendo un *usus* continuato della durata in linea di massima ininterrotta di uno o due anni compiuti (come appunto si deduce dalla *usurpatio trinoctii*), i decemviri scardinarono completamente ogni possibile rilevanza del periodo di tempo in cui l'azione poteva nel caso venire intentata: per un verso, infatti, occorrendo l'*usus* ininterrotto, non era più vero che al venir meno della possibilità di agire dell'attore, in ipotesi, corrispondesse pianamente il consolidarsi del diritto in capo alla controparte, che ben poteva non aver ancora compiuto il prescritto periodo di possesso (e si è visto come per tal verso di ciò rimase precisa traccia nella mancata corrispondenza con il periodo in cui l'acquirente era coperto dalla garanzia per evizione); ma soprattutto non era ormai più vero che l'azione non era più utilmente intentabile dopo il tempo previsto, poiché al contrario essa risultava ancora senza problema sempre esperibile, quantomeno nel caso si fosse invocato il carattere non idoneo della cosa ad essere usucapita, e quindi non si poteva assolutamente più pensare ad un consumarsi dell'azione ad ogni effetto in un anno o nel caso due, ma anzi essa diventava potenzialmente, nei casi previsti, eterna ed imprescrittibile. Ed il diritto successivo avrebbe sempre più con convinzione proseguito per questa nuova strada, aggiungendo al requisito della *res habilis* l'elemento della *bona fides* e più tardi quello della *iusta causa*, rendendo sempre possibile agire con la *reivindicatio* al fine di fare accertare la non validità – per usare volutamente un termine generico – dell'usucapione pur come si è visto già compiutasi in base al possesso protrattosi per il tempo necessario di uno o due anni.

La scelta decemvirale di vietare l'acquisto prescrittivo di determinate cose, di cui si voleva forse più semplicemente evitare l'usucapibilità ma senza dedurne di per sé generali implicazioni sistematiche, e il requisito di porre come condizione la continuità del possesso avevano in effetti, con

ogni probabilità ben al di là delle forse più contenute intenzioni fattuali dei legislatori, causato un completo sommovimento negli istituti prescrittivi, cancellando inevitabilmente ogni più antica ed abituale dimensione del fenomeno e, nel caso, privando di ogni rilevanza l'elemento del venir meno dell'azione dopo un anno, dato che anzi essa continuava, quantomeno in alcuni circoscritti casi, ad essere per sempre esperibile: e dunque, sembrerebbe, ponendo in generale il problema degli effetti del trascorrere del tempo nel quadro dell'ordinamento giuridico in termini del tutto nuovi, in cui, soprattutto, era anzi impossibile chiedere aiuto alla vecchia disciplina e ai lati e pur semplici meccanismi concettuali ad essa sottesi per arrivare ad una soluzione soddisfacente.

Più o meno come si è visto avvenire nelle *Leggi* di Platone, la cui disciplina dell'acquisto prescrittivo, ponendo dei requisiti circa il possesso, era incompatibile con il precedente regime della *paragraphe* ed anzi avrebbe in ipotesi reso intrinsecamente non più idoneo tale sistema processuale per la soluzione delle controversie relative alla prescrizione, in maniera analoga la riforma decemvirale cancellò d'un tratto quello che doveva costituire con ogni plausibilità l'aduso e consuetudinario sistema precedente relativo agli effetti del tempo sulle situazioni giuridiche, con tutti i suoi lati ed impliciti schemi costruttivi, e pose inevitabilmente un problema di fondo: se infatti l'azione dopo il periodo previsto era ancora utilmente esperibile in determinati casi, per converso anche la posizione del possessore non si consolidava più in maniera definitiva dopo tale lasso temporale, né si poteva dire che la cosa potesse essere considerata ad ogni effetto sua, poiché anche in seguito – e potenzialmente per sempre – la sua appartenenza poteva venire contestata e rimessa in gioco invocando la non idoneità della cosa ad essere usucapita.

Questo problema – che, si badi, si presenterebbe inalterato anche qualora si preferisse rifiutare la congettura di una precedente fase di prescrizione dell'azione nel diritto romano arcaico – dovette inevitabilmente creare complessi problemi nella logica complessiva dell'istituto: poteva sembrare infatti che l'acquisto della *res* non si potesse ormai verificare più in maniera definitiva, in attesa di una contestazione che in pratica poteva non avvenire mai, cosicché si poteva temere che l'istituto, che prima assicurava con il tempo un'assoluta certezza agli acquisti prescrittivi, in realtà con la riforma decemvirale avesse cessato di fornirla. E, in contesto abituato da lungo tempo a considerare – in un modo o nell'altro – definitivamente proprie le cose trascorso un anno, con la riforma decemvirale il permanere della rivendicabilità della cosa dopo tale periodo – o dopo il biennio ora previsto per le *res soli* – poteva in effetti far ritenere a ragione che ora l'acquisto non si verificasse più e che quindi l'istituto prescrittivo fosse quindi in qualche modo abrogato o quantomeno riformato in senso fortemente limitativo, lasciando

la situazione della *res* in uno stato di eterna provvisorietà.

Ad evitare tale assurda conseguenza pratica, si dovette far leva sull'elemento del possesso, considerandone gli effetti in una nuova prospettiva. Qualora si accetti la teoria di una precedente fase di prescrizione dell'azione, in tal caso si diede una rilevanza esclusiva all'*usus*, prima di per sé non dirimente, costruendo finalmente il trascorrere del tempo non più come elemento consumante l'azione ma *tout court* come fattore acquisitivo: mentre, se non si accettasse questa congettura, nondimeno sarebbe necessario postulare che si dovette riformulare la natura dell'*usus*, non vedendolo più come un fenomeno meramente cronologico in cui il trascorrere del tempo assicurava automaticamente una volta per tutte e per sempre l'acquisto della *res*, bensì come un acquisto che poteva essere definitivo secondo l'*id quod plerumque accidit*, ma che in ogni caso era sempre revocabile in dubbio invocando, con la rivendica, il carattere *non habilis* della *res*, ed annullando quindi, in pratica, la pur già avvenuta usucapione. Via interpretativa, questa, che avrebbe appunto consentito alla giurisprudenza romana di proseguire per tale strada già aperta aggiungendo al requisito dell'idoneità della cosa gli ulteriori elementi della *bona fides* e in seguito della *iusta causa*, senza provocare sensibili sommovimenti nella nuova costruzione dell'istituto.

Del resto, in concreto si deve altresì e soprattutto tenere presente come questa nuova architettura dell'istituto prescrittivo, in cui l'azione continuava ad essere sempre esperibile, non valeva per tutti i casi di usucapione, ma soltanto in quelli in cui effettivamente un terzo si impossessava di una cosa altrui o in ogni caso pretendeva di farla propria attraverso il possesso: ne restava escluso, infatti, quello che doveva costituire il precipuo impiego abituale dell'usucapione, ossia quell'*usus* che verrà poi detto *pro herede* in cui appunto l'usucapione serviva non tanto ad impadronirsi di un bene altrui, ma per agevolare la prova del *dominium* circa la situazione di *res* ereditarie su cui sorgessero contestazioni. Per l'*usucapio pro herede*, infatti, rimase fermo il termine di un solo anno – del resto così come in linea di massima avvenne del pari per l'*usureceptio* –, e se in ogni caso si iniziò a richiedere anche per essa un possesso ininterrotto (sul recente modello dell'*usus* matrimoniale), egualmente essa rimase comunque immune dal requisito della *res habilis* (così come, poi, da quelli della *fides* e del *titulus*), e quindi a tali effetti l'esperibilità dell'azione continuò di fatto ad essere limitata al periodo necessario per usucapire (anche se esso, potendo subire interruzioni, non coincise più come prima necessariamente con un anno esatto).

In questa situazione, dunque, in cui l'effetto socialmente più apprezzabile della prescrizione continuava ad essere garantito secondo modalità semplici e lineari dalla forma per così dire abbreviata della *usucapio pro herede*, il togliere l'assolutezza del carattere definitivo agli altri casi di usucapione, in

fondo marginali, nei quali si conseguiva la proprietà di un bene altrui, non dovette quindi apparire problema eccessivo né in pratica soverchiamente preoccupante, ed anzi la giurisprudenza poté senz'altro incamminarsi sulla strada già tracciata dai decemviri con il requisito della *res habilis* ponendo gli ulteriori presupposti della *fides* e della *iusta causa*, che sempre rendevano vittoriosamente esperibile l'azione pur di fronte ad una usucapione già compiutasi (aggiungendovi poi nuovi casi, sempre in tale falsariga, come nell'ipotesi del sanatoconsulto adrianeo sull'*usucapio pro herede*). Pur di fronte a questa non lieve innovazione, infatti, la funzione sociale più rilevante dell'istituto prescrittivo continuava ad essere soddisfatta, in maniera diversa ma sostanzialmente inalterata, dall'*usucapio pro herede*, e tale soluzione pratica risolse ogni questione concreta circa i beni cosiddetti aviti per tutta l'età repubblicana ed i primi tempi del principato.

Del resto, come si è già accennato, tale permanenza dell'antica figura faceva sì che non creasse, in generale, soverchi problemi il fatto che l'acquisto prescrittivo della cosa altrui, disciplinato dai requisiti della *res habilis*, della *fides* e della *iusta causa*, andasse sempre più coniugandosi con la tutela offerta dall'*actio Publiciana* e la tutela anticipata fornita dalla *fictio usucapionis*, cosicché quella che può essere considerata l'usucapione propriamente detta (almeno da un punto di vista moderno) veniva disciplinata per altre vie e in base a tutt'altre coordinate, alquanto limitative, e su tali falsarighe si svolgeva appunto lo sviluppo sistematico dell'istituto, come in particolare mostrano – anche se ciò richiederebbe un più articolato né breve discorso – le trattazioni dei giuristi delle singole *iustae causae usucapionis* in D. 41.4-10. Né il venir meno dell'*usucapio pro herede*, valvola di sfogo processuale e probatoria di tale rigido sistema dell'acquisto prescrittivo, e il suo essere sostituita da diversi metodi di tutela delle proprietà avite ed in particolare dall'*agnitio* pretoria, sembrerebbe poter dare certo origine a questioni irrisolvibili nel quadro del diritto classico, stante soprattutto la persistente presenza di una adeguata amministrazione della giustizia e di uno Stato relativamente ordinato e ben funzionate.

I problemi sorsero invece, in epoca successiva, quando per un verso l'ordinamento giuridico fu costretto, specie per sovvenire alle esigenze provinciali, dove mancando sul suolo il *dominium ex iure Quiritium* non era applicabile l'usucapione, ad introdurre la *longi temporis praescritio* delle azioni, del resto verosimilmente già diffusa a livello di consuetudini locali, ma d'altra parte dovette farlo proprio in un periodo, quale quello tardoimperiale, caratterizzato da spossessamenti violenti e prevaricazioni di ogni tipo, in cui quindi ogni mutamento dello stato di fatto esistente tendeva ad essere visto con diffidenza ed ogni situazione possessoria, per essere fatta valere giudizialmente, tendeva a dover subire un severo esame circa la sua legitti-

mità: se quindi le prime aperture verso la prescrizione delle azioni, a partire dall'età severiana sino alle costituzioni di Teodosio II e di Costantino, dovettero giocoforza rinunciare del tutto ai presupposti della *fides* e della *iusta causa*, accettando come produttiva di effetti estintivi la mera inazione del titolare dell'azione, la riconsiderazione giustinianea di tali istituti vi ritorna in una architettura che lascia alquanto perplessi, specie per quanto riguarda, al di là della normale *longi temporis praescriptio*, la disciplina della *longissimi temporis praescriptio* contenuta in C.I. 7.39.8, che non solo richiedeva un possesso ininterrotto di trenta o quarant'anni – ad evitare che potesse avvantaggiarsene chi avesse ottenuto la cosa solo in tempi recenti – ma distingueva altresì il possessore di buona fede da quello di mala fede in una costruzione di per sé piuttosto farraginosa e fondata su presupposti alquanto ibridi che contaminavano profondamente il regime della prescrizione delle azioni con quello della usucapione acquisitiva. Infatti, come si ricostruisce, chi avesse conservato in modo continuativo il possesso poteva, se in buona fede o in ogni caso se avesse subito uno spossessamento violento, agire con la *reivindicatio*, e la prescrizione avrebbe quindi assunto un carattere acquisitivo, che la dottrina chiama appunto «usucapione straordinaria»; ma se era invece di mala fede, mentre finché rimaneva possessore poteva opporre la prescrizione alla *reivindicatio* del proprietario, qualora perdesse il possesso senza subire un'azione violenta non poteva, in quanto di mala fede, rivendicare la cosa: cosicché, se il nuovo possessore era il (precedente) proprietario, egli poteva rimanere indisturbato nel possesso della cosa, ma se viceversa era un terzo, per un verso egli non poteva essere convenuto con alcuna azione da parte del precedente possessore, ma era tuttavia soggetto alla *reivindicatio* del proprietario senza potere invocare la precedente inerzia da parte di costui, perché non poteva giovarsi della già avvenuta prescrizione in quanto non vantava egli stesso un possesso ininterrotto di trenta o quarant'anni, e non poteva quindi essere al sicuro sinché tale periodo non fosse nuovamente trascorso. Come si è detto, la costruzione della *longissimi temporis praescriptio* appare dunque in effetti una contaminazione o un compromesso tra la prescrizione delle azioni e l'usucapione acquisitiva: una prescrizione estintiva che tuttavia, insieme all'inazione dell'attore, richiedeva la *longa possessio* del convenuto, e che d'altronde si trasformava in prescrizione acquisitiva in presenza della buona fede del possessore ovvero se interveniva uno spossessamento violento, mentre lasciava del tutto indifeso il possessore di mala fede se privato della cosa in modo non violento per quanto fossero passati trenta o quarant'anni dall'ottenimento della cosa.

Certamente, anche qui, doveva trattarsi in quest'ultimo caso di ipotesi perlopiù teoriche e di non comune realizzazione, dato che com'è noto la buona fede si presume e a distanza di veri decenni doveva risultare non

facile né normale riuscire a provare la mala fede del soggetto: tuttavia è sintomatico come la volontà di «punire» lo spossessamento ingiustificato e quindi la mala fede anche a distanza di tanti anni, pur tipica del tardo antico, sia esigenza che giunge a prevalere sull'ovvio fine degli istituti prescrittivi, ossia quello della certezza del diritto e della sicurezza delle situazioni di fatto da lungo tempo esistenti, rendendo accettabile che, nel caso di un precedente possesso di mala fede, chi si è impadronito della cosa pur senza violenza, per un verso sia ancora soggetto alla *reivindicatio* del proprietario, pur inattivo da oltre trenta o quarant'anni, ma d'altra parte possa trattenere la cosa nei confronti del precedente possessore, che come si è visto non dispone di alcuna azione per contrastare lo spossessamento subito: una soluzione, dunque, di estrema incertezza giuridica.

Se quindi questa costruzione fa d'altra parte indubbia violenza alle architetture proprie degli istituti prescrittivi, è peraltro da notare come essa si inserisca in maniera meno innaturale in un ordinamento in cui da tanti secoli, di fronte ad un'usucapione pur già compiutasi, la *reivindicatio* rimaneva in eterno esperibile per l'assenza di *res habilis*, *fides* e *iusta causa*, e dove dunque non doveva apparire così strana la arzigogolata soluzione prevista agli effetti della *longissimi temporis praescriptio* per il possessore di mala fede: quando anzi si rimprovera a Giustiniano, come pur è stato fatto, di essere stato incapace di pervenire ad una più semplice soluzione analoga a quella dei moderni codici civili, consistente in linea di massima nel dichiarare imprescrittibile la *reivindicatio* salvi gli effetti dell'avvenuta usucapione, regolando poi nell'ambito di questa figura, in modo graduato, i tempi ed i requisiti della prescrizione acquisitiva, si dimentica in effetti la diversa impostazione, qui messa in luce, del diritto romano rispetto ai diritti moderni, poiché mentre ora si deve dimostrare, agli effetti della trascrizione, che l'usucapione si è regolarmente compiuta rispetto a tutti i suoi requisiti, viceversa nel diritto romano essa si compiva in base al solo possesso protrattosi per il tempo necessario, salva la possibilità, teoricamente in eterno, di far valere attraverso la *reivindicatio* l'assenza di tali tre presupposti, invalidando o se si vuole rescindendo una prescrizione acquisitiva già verificatasi. Una prospettiva processuale, questa, che consentiva altresì di regolare il ricorso alle *reivindicatio*, o meglio il suo vittorioso esperimento, in base ad ulteriori condizioni, quali appunto la buona o mala fede dell'attore che intendeva far valere il suo precedente possesso trentennale o quarantennale.

In ogni caso, in conclusione, è un fatto che nella storia dell'istituto la logica delle due forme di prescrizione e soprattutto dell'usucapione si scontri e si contamini, nell'architettura data dai vari ordinamenti alla loro costruzione, con esigenze piuttosto eterogenee, che per vari versi antepongono alla necessità di certezza perseguita dagli istituti prescrittivi, e quindi alla esigenza

di fornire sicurezza alla situazioni da lungo tempo esistenti, l'ulteriore fine di non consentire comportamenti censurabili in ordine all'impossessamento delle cose, che nel diritto romano si traducono appunto in una sorta di «annullamento» dell'usucapione qualora si dimostri, pur dopo molto tempo e in teoria in eterno, che mancavano i requisiti della *res habilis*, della *fides* della *iusta causa*, anche se – si potrebbe dire con una certa saggezza – il diritto romano, sino ai primi secoli del principato, assicurò egualmente la certezza dei domini quantomeno aviti attraverso una forma particolare di prescrizione acquisitiva, ossia l'*usucapio pro herede*, consentendo che in tale ipotesi si potesse dimostrare la proprietà con la semplice prova del mero possesso annale. Una forma di certezza dello stato di fatto esistente che tuttavia, come si è visto, scomparve nel tardo antico ed in epoca giustinianea: mentre nel diritto intermedio, mercé le decretali papali, dal diritto canonico si diffuse altresì nel diritto civile il principio per cui '*qui prescriberet in nulla temporis parte rei haberet conscientiam alienam*', cancellando quindi a lungo, con la previsione della necessità di una buona fede perdurante per tutto il periodo della prescrizione, la regola romana '*mala fides superveniens non nocet*', ritornata tuttavia poi in auge negli ordinamenti moderni in quanto dopo molte discussioni prevalsa nel *code civil* francese (anche se in ogni caso vari codici preunitari seguirono il diritto canonico stabilendo la necessità un atteggiamento costante di buona fede per tutto il tempo necessario alla prescrizione).

A sua volta, il diritto moderno, se ha superato gli aspetti più problematici della costruzione giustinianea, dalla quale pur discende, non sembra peraltro riuscito a isolare con chiarezza l'esigenza di certezza che è a base degli istituti prescrittivi tutelandola quale precipuo principio generale dell'ordinamento, e consentendo invece ulteriori interazioni da parte di differenti esigenze generali che vengono a collidere con esso e finiscono col prevalere, più che per una ben soppesata valutazione comparativa, per una meccanica applicazione di regole generali di diverso genere, in un automatismo che lascia ben poco spazio al valore della sicurezza giuridica delle situazioni da lungo tempo esistenti. Così, ad esempio, se il diritto italiano ha reso assoluta, con l'articolo 1158 del codice civile, la sicurezza dell'usucapione ventennale, d'altra parte la mina di fatto tutelando, senza alcun soddisfacente tentativo di mediazione tra i due principii, il diritto del precedente proprietario ad essere informato dell'azione intrapresa dell'usucapiente per far valere il proprio acquisto, pretendendo una regolare notifica della domanda anche quando ciò diventi in pratica impossibile, e quindi non consentendo neppure in tal caso una lieve menomazione dei diritti della difesa: e ciò persino quando, come si è visto, questa pretesa violazione dipenda in realtà da sostanziali mancanze del convenuto, che non si è curato di registrare la propria posizione nei pubblici registri. Sembrerebbe anzi trattarsi, come si diceva, piuttosto

che di una cosciente scelta tra i due principii della certezza del diritto e dei diritti della difesa, di un'applicazione cieca di regole generali che non tiene alla fine in alcun conto il primo di tali parametri. E per di più senza alcun successivo tentativo, una volta constatato questo paradossale risultato, di porvi effettivamente rimedio.

In ogni caso, il nucleo problematico che sta ad incunabolo di questa non lineare situazione degli istituti prescrittivi è la scelta, alquanto risalente nella storia, di premiare il cosiddetto possesso qualificato, e quindi «virtuoso», a vantaggio degli automatismi del trascorrere del tempo, secondo una svolta costruttiva che come si è visto in effetti tende a coincidere nell'antichità con il superamento del neutro meccanicismo temporale della prescrizione delle azioni e quindi con la nascita della sua versione acquisitiva, ossia dell'usucapione, le cui prime tracce risalgono alle *leggi* di Platone e che si realizza compiutamente, in ambito romano, con la codificazione duodecimtabulare: un'esigenza che porta a considerare per così dire troppo semplice e primitiva un'applicazione lineare della figura della prescrizione dell'azione, e che, se certo appare per vari versi giustificata, nel suo mirare ad evitare di tutelare indirettamente illegittimi spossessamenti e indebite intromissioni nella cosa altrui – più che comprensibili in un ordinamento come quello romano che alla sicurezza della circolazione dei beni e alla tutela del possesso di buona fede antepone com'è noto il limite assoluto della non usucapibilità in eterno della *res furtiva* –, finisce in ogni caso per proteggere oltre misura esigenze che nulla hanno a che fare con la necessità della sicurezza delle situazioni da lungo tempo esistenti e dunque con il principio – che alla fine, trascorso un lungo lasso di tempo, dovrebbe forse essere considerato di per sé preponderante – delle certezza del diritto. Un'esigenza che in effetti, oggi come allora, non sembra venire considerata in tutta la sua importanza.

Indice delle fonti

CODICE DI HAMMURABI
§ 30 411.

LEGGI DI MANU
8.147-148 414.
8.145-149 414.

* * *

CODEX THEODOSIANUS
2.19.5 133 nt. 82.
3.5.11.3-4 131 nt. 76.
3.5.12 132 nt. 76.
3.7.1 126 nt. 51; 131 nt. 75.
3.7.1.pr. 132 nt. 77.
3.8.2 204 nt. 34.
3.17.4.pr. 136 nt. 92.
5.1.1 117 nt. 21.
8.13.1 130 nt. 74.
8.13.2 130 nt. 74.
8.13.4 130 nt. 74.
8.13.6 130 nt. 74.
9.3.1.pr. 315 nt. 8.
9.3.3 316 nt. 10.
9.3.6 316 nt. 12.
9.3.7 313 nt. 1; 317 nt. 14.
9.11.1 315 nt. 7.
9.12.1 315 nt. 7.
9.13.1 131 nt. 75; 132.
9.38.3 319 nt. 21.
9.38.8 319 nt. 21.
9.40.5 318 nt. 17.
16.2.27 204 nt. 34.
16.8.28 133 nt. 82.

CODICIS GREGORIANI EPITOME VISIGOTHICA
3.10.1.1 122 nt. 37.

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM
3.3.1-6 22 e nt. 21.
3.3.4 36 nt. 61.

CONSTITUTIONES SIRMONDIANAE
7 319 nt. 21.
13 317 nt. 14; 319 nt. 20.

EDICTA PRAEFECTORUM PRAETORIO
30 318 nt. 16.

EPITOME GAI
1.3.1 24 nt. 27.

GAII INSTITUTIONES
1.8 15 nt. 5.
1.9 14 nt. 3.
1.12 15 nt. 5.
1.48-50 25.
1.50 15 nt. 5.
1.51 25.
1.52 17; 23; 24; 24 nt. 6; 25; 36 nt. 61; 43; 45.
1.52-54 14; 16; 40; 41; 44; 45.
1.53 13; 18; 24 nt. 26; 30; 33; 34 nt. 54; 36; 36 nt. 61; 40; 41 e nt. 75; 43; 45.
1.54 23; 30; 41 e nt. 76; 42; 43; 45.
1.55 17 nt. 9; 116 nt. 16.
1.93 116 nt. 16.
1.111 114 nt. 4; 423.
1.119 200 e nt. 27.

1.124 15 nt. 5.
1.142 15 nt. 5.
2.11 296 nt. 6; 305 nt. 43; 306 nt. 47.
2.44 389; 404; 408.
2.52 393.
2.54 395; 426.
2.55 393; 408; 426; 427.
2.56 393.
2.57 393; 394; 403.
2.59 ss. 393.
2.60 395.
2.61 396.
2.99 15 nt. 5.
2.123-134 113 nt. 2.
2.135a 116 nt. 16.
2.185-186 232 e nt. 84.
2.193 230 nt. 80.
2.195 44.
2.200 44.
2.201 213 nt. 18.
2.224-228 40 nt. 74.
2.235 237 nt. 102.
2.246 15 nt. 5.
3.20 116 nt. 16.
3.88 15 nt. 5.
3.90 161; 163; 170; 171; 172.
3.113 32 nt. 46.
3.126 32 nt. 46.
3.128 372; 374 nt. 39.
3.128-134 359.
3.129 374 nt. 41; 376; 376 nt. 45 e 47; 373.
3.130 376 nt. 44; 373.
3.131 373.
3.132 373.
3.133 373; 376.
3.134 373.
3.154-154.a 43 nt. 79.
3.215 334.
4.10 15 nt. 5.
4.16 32 nt. 46; 326 e nt. 28; 326 nt. 29.
4.21 335 nt. 60.
4.24 32 nt. 46.
4.30-31 251 nt. 145.
4.31 253 nt. 150.
4.182 284; 286 nt. 13; 287; 294.

LEX XII TABULARUM
5.2 383.
5.7a 122 nt. 37.
6.3 421; 425.
6.4 421.
7.4 383.
8.4 325 nt. 24.
8.10 332 nt. 49; 417.
8.11 329 nt. 38; 417.
8.12 326.
8.14 417.
8.17 383.
9.1-2 417.
10.10 383.

NOVELLAE MAIORIANI
6 131 nt. 74.
6.1-3 133 nt. 82.

NOVELLAE THEODOSII
11.2 136 nt. 92.

PAULI SENTENTIAE
1.4.4 128 nt. 60.
2.11.2 128 nt. 58.
2.14.3 182.
3.4.a.7 35 nt. 56.
4.5.1 118 nt. 22.
5.6.15 116 nt. 17; 123 nt. 41.

SENTENTIAE SYRIACAE
17 123 nt. 41.
87 126 nt. 49.

TITULI EX CORPORE ULPIANI
2.4 204 nt. 34.
19.8 390.

VATICANA FRAGMENTA
43 94 e nt. 85; 95 nt. 88.
96 259 nt. 170.
248 130 nt. 74.
321 115 nt. 12.
329 377 nt. 50.

* * *

CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS
const. Summa rei publicae 4 310 nt. 61.
const. Cordi 1 10.
1.3.45(46).1b 238 nt. 103.

1.4.9 317 nt. 14.
1.4.22.pr. 315 nt. 7.
1.4.22.1 317 nt. 15.
1.4.23 315 nt. 7.
1.23.7.2 309.
2.3.19 143 nt. 111.
2.12.18 114 nt. 5.
2.18.1 127 nt. 54.
2.18(19).11 128 nt. 60.
2.58(59).2.5 310.
3.24.2 117 nt. 18.
3.28.3.1 118 nt. 22 e 25.
3.28.18 126 nt. 49; 116 nt. 17.
3.28.20 126 nt. 49-50.
3.28.34.1 117 nt. 18.
3.33.5 129 nt. 70.
3.33.11 93; 94.
3.33.12 129 nt. 70.
3.33.13 73; 75; 81; 91 nt. 75.
3.33.13.pr. 72; 82.
3.33.13.1 80.
3.33.13.2 80.
3.33.13.3 81; 92.
3.41.1 309 nt. 60.
4.20.6 140 nt. 103.
4.28.5 122 nt. 37.
4.29.6 128 nt. 58.
4.32.26.2 183.
4.32.28 158; 176; 178.
5.1.4 132 nt. 76.
5.1.5 132 nt. 76.
5.4.1 132 nt. 78; 133.
5.4.2 133.
5.4.5 133.
5.4.7 133.
5.4.8 132 nt. 79.
5.4.11 125 nt. 48.
5.4.12 133.
5.4.18 126 nt. 51; 131 nt. 75; 132 nt. 77.
5.4.18.pr. 133.
5.4.18.1 133.
5.4.20 133.
5.4.20.pr. 126 nt. 51; 132; 133.
5.4.25.pr. 133.
5.10.1 129 nt. 71.
5.17.4 125 nt. 49.
5.17.5 116 nt. 17; 125 nt. 49.
5.17.5.pr. 126 nt. 50.
5.17.12 135 nt. 88.
5.24.1 123 nt. 41.
5.25.3 120 nt. 31; 123 nt. 41.
5.28.4 129 nt. 63.
5.31.6 128 nt. 62.
5.31.9 127 nt. 52.
5.34.11 117 nt. 18.
5.35.2 136 nt. 92.
5.35.3 136 nt. 93.
5.37.22.5 136 nt. 92.
5.43.6.pr.-1 127 nt. 54.
5.43.6.3 127 nt. 54.
5.45.1 128 nt. 59.
5.46.2 128 nt. 58.
5.49.1 124 nt. 45; 137 nt. 95.
5.51.9 128 nt. 58.
5.65.18.2 129 nt. 71.
6.23.4 242 nt. 111.
6.25.5 126 nt. 49.
6.43.1 230 nt. 80.
6.54.4 129 nt. 69.
6.61.6.2-2[a] 42.
6.61.8.3 142.
7.14.5 386.
7.22.2 401.
7.39.8 433.
8.4.4 125 nt. 48.
8.8.2 119 e nt. 31; 125 e nt. 47.
8.8.3 125 e nt. 48.
8.11.13 117 nt. 18.
8.46.1 124 e nt. 43.
8.46.4.1 120 nt. 33.
8.55.7 130 nt. 74.
8.55.9 130 nt. 74.
8.58.2 117 nt. 21.
9.4.1.2 315 nt. 8.
9.4.1.3 315 nt. 8.
9.4.5 316 nt. 12.
9.4.6.1 317 nt. 15.
9.4.6.2-5 318 nt. 16.
9.5.1 315 nt. 7.
9.5.2 315 nt. 7.
9.13.1 133; 134.
9.13.1.2 133.
9.14.1.1 18 nt. 12.
9.15.1 131 nt. 75.
12.7.1 117 nt. 18.

DIGESTA

const. Deo Auctore 7 9.
const. Omnem 11 9 nt. 1; 11 nt. 8.

const. Tanta 1 10.
const. Tanta 10 10.
const. Tanta 11 9.
const. Tanta 19 9 nt. 1.
1.1.10.1 341 nt. 89.
1.1.11 259 nt. 170.
1.2.2.25-26 300 nt. 20.
1.2.2.45 221 nt. 36.
1.3.3 164.
1.3.17 261 nt. 177.
1.3.24 213 nt. 18.
1.5.4.1 17 nt. 9.
1.5.5.1 17 nt. 9.
1.6.1.1 25 nt. 28.
1.6.1.2 30 nt. 37.
1.6.2 22 e nt. 20; 36 nt. 61.
1.8.6.1 296 nt. 6.
2.1.15 242 nt. 111.
2.4.4.2 120 nt. 32.
2.4.10.4 306.
2.14.28.1 13 nt. 1.
3.2 283; 294.
3.2.1 283; 284; 285; 286 e nt. 16; 287; 288; 289 e nt. 26; 294.
3.2.6.5 284; 288; 289 e nt. 26; 292.
3.2.6.6 289 nt. 25.
3.2.6.7 284; 288; 289 e nt. 26; 290; 291; 293; 294.
3.4.1.pr. 301 nt. 27; 304 nt. 40.
3.4.1.pr.-2 309 nt. 58; 311 nt. 65.
3.4.1.pr.-3 301; 302.
3.5.20(21).pr. 264 nt. 188.
3.5.30.6 127 nt. 56.
3.5.32(33) 128 nt. 60.
3.6.5.1 268 nt. 6-7.
4.2.20 301 nt. 24.
4.5.8 91 e nt. 72.
4.5.10 89 e nt. 62.
4.6.42 243 nt. 114.
4.7.8.5 204.
5.1.2.pr. 242 nt. 111.
5.1.80 240 nt. 111; 241 nt. 111; 242 nt. 111; 264 nt. 188.
5.2.2 118 nt. 22.
5.2.5 118 nt. 26.
5.2.15.pr. 118 nt. 22.
5.3.50.1 237 nt. 103.
6.1.23.pr. 259 nt. 170.
7.1.32 76.
7.8.10.pr. 74; 75 e nt. 11; 78; 79 nt. 33.
7.8.10.2 74; 75; 76; 78; 79 e nt. 30 e 33.
7.8.10.3 84.
8.1.1 90 e nt. 66.
9.2.4.pr. 338 nt. 75.
9.2.4.1 327 nt. 31; 338 nt. 75.
9.2.5.1 334 e nt. 59; 324.
9.2.7.4 337 nt. 73.
9.2.27.22 324 nt. 23.
9.2.31 258 nt. 169; 336 nt. 68; 337.
9.2.33.pr. 257 nt. 165.
9.2.39.pr. 324 nt. 23; 328 nt. 35; 337.
9.2.52.1 337 nt. 70.
9.2.52.4 337 nt. 71.
9.3.5.12 264 nt. 188.
10.3.14.1 204 nt. 34.
10.3.26 229 nt. 72.
10.4.3.1 261 nt. 178; 262 nt. 180.
10.4.3.3 263 nt. 186.
10.4.3.9-11 260 nt. 173.
10.4.3.14 261 nt. 178.
10.4.7.7 260 nt. 173.
10.4.9.8 260 nt. 173.
10.4.19 222 nt. 41; 233 nt. 87; 257; 258 nt. 168; 259.
11.3.16 231 nt. 82.
12.1.2.pr. 163.
12.1.2.4 170.
12.1.3 173.
12.1.7 171.
12.1.8 172.
12.1.11.1 172.
12.1.14 169.
12.1.15.pr. 164.
12.1.18 170.
12.1.25 166.
12.1.27 166.
12.1.33 169.
12.1.34 169.
12.3.5.pr. 292 e nt. 36.
12.5 267.
12.5.1.pr. 267 nt. 1.
12.5.1.2 268 nt. 7.
12.5.2 272.
12.5.2.pr. 268 nt. 8.
12.5.2.1 269 nt. 10.
12.5.2.2 268 nt. 3.
12.5.3 268 nt. 3.
12.5.4 272.
12.5.4.pr. 268 nt. 4; 273 nt. 27.
12.5.4.1 268 nt. 5.

12.5.4.2 268 nt. 9; 273 nt. 27.
12.5.4.3 269 e nt. 12; 273 e nt. 30; 277 nt. 46; 279; 281; 282 nt. 60.
12.5.8 268 nt. 6.
12.5.9.pr. 296 nt. 11.
12.6.26 178.
12.6.26.1 176.
12.6.47 17 nt. 9.
13.4.10 300 nt. 22.
13.6.1.pr. 86 nt. 52; 291 nt. 33.
13.6.1.1 86 nt. 52.
13.6.3.2 292 nt. 37.
13.6.5.8 290 nt. 29.
13.6.17.3 290 nt. 29.
13.6.18.3 290 nt. 29.
13.6.22 290 nt. 29.
13.7.30 226 nt. 54.
13.7.31 290 nt. 29.
14.1.5.1 259 nt. 170.
14.2.2.pr. 264 nt. 188.
14.2.2.3 264 nt. 188.
14.6.1.pr. 156; 159.
14.6.3.2 169.
15.1.17 264 nt. 188.
15.1.49.2 369 e nt. 32; 370.
16.3.5.pr. 290; 292; 293.
17.1.12.11 272 nt. 25.
17.1.29.4 261 nt. 177.
17.2.52.18 264 nt. 188.
18.1.9.1 241 nt. 111.
18.1.80.2 264 nt. 188.
18.6.12(11) 222 nt. 38; 223 e nt. 43; 224 nt. 50; 225 nt. 51; 225 nt. 52; 229 nt. 73.
18.6.13(12) 224 nt. 51; 225 nt. 51.
18.6.15(14) 224 nt. 51; 225 nt. 51.
19.2.5 87 e nt. 56.
19.2.13.4 19 nt. 12.
19.2.19.6 86 nt. 53.
19.2.25.1 86 nt. 53.
19.2.27 252 nt. 146-147.
19.2.28.pr.-1 86 nt. 53.
19.2.30.4 227 nt. 63.
19.2.31 258 nt. 169.
19.5.17.pr. 85 nt. 51.
20.1.34.2 300 nt. 23.
21.1.1.10 19 nt. 14.
21.1.17.3 19 nt. 12.
22.1.9.pr. 159; 176; 178.
22.1.12.pr. 176.
22.1.29 159; 178.
22.1.33 170.
22.1.41.2 175.
22.2.1 180; 181.
22.2.3 184.
22.2.6.pr. 181.
22.5.9 140 nt. 103.
23.2.16.1 133 nt. 80; 134 nt. 83.
23.3.79.1 264 nt. 188.
23.4.5.1 259 nt. 170.
24.1.26.pr. 259 nt. 170.
24.1.32.19 116 nt. 17.
24.3.17.1 259 nt. 170.
24.3.24.5 19 nt. 12.
25.3.5.1-4 119 nt. 29.
25.3.5.2 119 nt. 30.
25.3.5.14 120 nt. 31.
25.3.5.17 119 nt. 29.
25.4.1.10 124 nt. 46.
26.1.1.pr. 259 nt. 170.
26.1.16.pr. 114 nt. 5.
26.2.26.pr. 114 nt. 5; 127 nt. 55.
26.6.1 127 nt. 52.
26.6.2.2 127 nt. 52.
26.7.5.8 127 nt. 57.
26.10.1.7 127 nt. 54.
27.2.1.pr.-1 124 nt. 46.
27.2.5 124 nt. 46.
27.3.1.2 119 nt. 28.
27.3.1.4 119 nt. 28.
27.10.pr.-1 35 nt. 56.
27.10.4 119 nt. 28.
27.10.13 13 nt. 1.
28.1.21.1 241 nt. 111.
28.1.25 264 nt. 188.
28.2.18 129 nt. 66.
28.5.9.14 232 nt. 84.
28.5.46(45) 244 nt. 117; 264 nt. 188.
28.5.67(66) 234 nt. 91.
28.6.38.3 259 nt. 170.
28.6.43.pr. 259 nt. 170.
28.7.1 235 nt. 98.
28.7.28 264 nt. 188.
30.20 244 nt. 116.
30.34.4 300 nt. 24.
31.77.12 129 nt. 69.
32.60.2 240 nt. 109.
32.62 264 nt. 188.
33.2.15.pr. 84 e nt. 46.
33.2.22 129 nt. 71.

33.2.37 129 nt. 70.
33.2.38 129 nt. 71.
33.4.6.pr. 264 nt. 188.
33.5.20 214 nt. 18.
33.7.12.pr. 264 nt. 188.
33.7.12.6 264 nt. 188.
33.7.15.pr. 264 nt. 188.
33.7.16.1 221 nt. 36; 222 nt. 36; 264 nt. 188.
33.7.16.1-2 264 nt. 188.
33.8.14 222 nt. 38; 230; 233 nt. 87; 234 nt. 91; 243 nt. 113.
33.8.15 230 nt. 77; 233 nt. 91.
34.2.4 264 nt. 188.
34.2.28 210 nt. 11.
34.2.39.2 264 nt. 188.
34.3.18 84 nt. 46.
34.5.20 303 nt. 36.
34.5.26(27) 261 nt. 177.
34.8.1 242 nt. 112.
34.8.2 242 nt. 112; 24 nt. 113; 244; 245 nt. 118; 246.
35.1.6.pr. 237 nt. 102.
35.1.6.1 264 nt. 188.
35.1.17.1 241 nt. 111.
35.1.27 213 nt. 18; 214 nt. 19; 222 nt. 38; 235 ss.; 237 nt. 101; 238 nt. 104; 240 nt. 111; 241 nt. 111; 242 nt. 112; 243 nt. 113; 244 nt. 117; 247 nt. 128.
35.1.34 241 nt. 111.
35.1.40.3 264 nt. 188.
35.1.62.2 130 nt. 73.
35.1.77.3 129 nt. 66.
35.15.7.pr.-3 120 nt. 32.
35.2.63.pr. 257 nt. 165.
36.1.41(40).pr. 259 nt. 170.
36.1.59(57).2 129 nt. 69.
36.1.76(74).1 129 nt. 66 e 68.
36.1.80(78).14 129 nt. 69.
36.2.26.2 130 nt. 72.
37.1.6.1 259 nt. 170.
37.11.8.2 241 nt. 111.
37.12.3.pr. 273 nt. 28.
37.12.5 116 nt. 14.
37.15.1.2 120 nt. 33.
37.15.5.1 120 nt. 32.
38.1.26 226 nt. 56.
38.3.1 308 nt. 55.
38.10.3.2 115 nt. 12.
38.16.3 308 nt. 55.
38.17.2.46 129 nt. 67.
39.2.3 256.
39.2.24.4-5 256 nt. 158.
39.2.28 252 nt. 146.
39.2.43 256 nt. 159; 254 nt. 154.
39.2.43.1 222 nt. 40; 250 s.; 251 nt. 143; 254 nt. 151.
39.2.43.2 221 nt. 25; 222 nt. 39; 228 nt. 67; 252 nt. 148; 255.
39.4.15 263 nt. 187.
39.5.26 369 e nt. 32; 370.
39.5.27 83 nt. 44.
39.5.32 83 nt. 44.
40.3.1-2 303 nt. 36; 307 nt. 53.
40.4.48 264 nt. 188; 230 nt. 79.
40.5.54 241 nt. 111.
40.4.54.pr. 241 nt. 111.
40.7.39.3 264 nt. 188.
41.1.54.1 355 nt. 170.
41.1.54.2 347 nt. 127.
41.2.34.pr. 241 nt. 111.
41.3.1 390; 404; 409.
41.3.2 422.
41.3.3 390.
41.3.30.pr. 297 nt. 8.
41.4-10 432.
41.10.5 390.
43.20.1.10 390.
43.20.1.19 390.
43.20.1.39 390.
43.24.7.4 337.
43.30.1.pr. 125 nt. 48; 120 nt. 31.
43.30.1.3 124 nt. 42.
43.30.1.5 116 nt. 17.
43.30.2 125 nt. 48.
43.30.3.5 123 nt. 41; 124 nt. 42.
44.4.5.6 388.
44.7.1.pr. 163.
44.7.35.pr. 259 nt. 170.
44.7.43 259 nt. 170.
45.1.32 242 nt. 111.
46.2.34.1 13 nt. 1.
46.3.67 264 nt. 188.
46.3.73 300 nt. 22.
46.3.88 126 nt. 50: 128 nt. 58.
46.4.4 377 nt. 50.
47.2.52.28 30 nt. 36.
47.2.65.5 290 nt. 29.
47.9.11 227 nt. 63.

47.10.1.pr. 324.
47.22.1.1 304 nt. 40.
48.9.1 120 nt. 34.
48.9.5 116 nt. 15.
48.9.6 115 nt. 12.
48.9.9.1-2 120 nt. 34.
48.18.1 308 nt. 55.
48.18.1.7 308.
48.19.8.9 314 nt. 2.
48.20.7.pr. 259 nt. 170.
49.15.12.5 126 nt. 50; 143 nt. 110.
50.16.51 115 nt. 12; 133 nt. 82.
50.16.70 259 nt. 170.
50.16.77 311 nt. 67.
50.16.203 210 nt. 11.
50.16.239.8 300 nt. 21.
50.17.73.pr. 114 nt. 5.
50.17.73.3 243 nt. 114; 244 nt. 117.
50.17.151 324.

IUSTINIANI INSTITUTIONES
1.8.1 9 nt. 1; 11 nt. 8.
1.8.2 25 nt. 28.
1.10.pr. 21 nt. 17.
1.26.3 127 nt. 54.
2.5.5 81 s.
2.18.pr. 118 nt. 22.
2.20.2 230 nt. 80.
2.20.29 242 nt. 111.
3.3.1 117 nt. 19.
3.3.4 117 nt. 21.
3.14.pr. 157; 163; 173.
4.16.2 284 nt. 6; 286 nt. 17; 294.

NOVELLAE
18.3 130 nt. 71.
22.19 135 e nt. 88.
22.38 124 nt. 45; 137.
22.40 136 nt. 93.
72.pr.-4 136 nt. 93.
89.14 136 nt. 93.
94.2 136 nt. 93.
98.2.2 118 nt. 18.
115.3 139 nt. 101; 135.
115.3.11 135 nt. 89.
117.1 136 nt. 91.
117.3 139 nt. 102.
117.7 137.
117.8.pr. 137.
118.2 139.
118.5 137 e nt. 94.
134.10.1 314 nt. 3.
143 134.
143.1 134.
150 134.
150.1 134.
155 136 nt. 92.

* * *

BASILICORUM LIBRI LX
8.2.101 311 nt. 65.
16.8.34 95.
19.6.5 225 nt. 51.
19.6.9(8) 225 nt. 51.
24.2.4.3 273 nt. 30.
28.4.35 132 nt. 79.
60.58.5 134.

BASILICORUM SCHOLIA
*ad Bas.*16.8.10 n. 1 77.
ad Bas. 21.2.1 n. 2 287 nt. 20; 293 nt. 40.
ad Bas. 21.2.1 n. 20 290 nt. 30.
ad Bas. 21.2.6 n. 23 293 nt. 40.
ad Bas. 21.2.6 n. 29 293 nt. 40.
ad Bas. 22.6.5 n. 2 291 nt. 35.
ad Bas. 24.2.4 n. 2 273 nt. 30.

CODICIS IUSTINIANI SUMMA QUAE DICITUR PERUSINA
8.8.3 125 e nt. 48.

ECLOGA LEONIS III ET CONSTANTINI V
1.1 138.
1.4.1 138 nt. 97.
2.1 138.
2.6 138.
2.5.1 139 e nt. 98; 140 s.; 141 nt. 105; 142 nt. 108; 143 nt. 111; 142.
2.5.2 139 nt. 99; 142 nt. 107.
2.5.3 139; 142 nt. 109.
3.1 139.
5.1 139 nt. 100.
5.5 139.
5.6 139.
6.2 139.
6.7 139.
7.1 140.
8.1.4 140 nt. 104.

10.2 140 nt. 104.
14.2.1 140.
16.1 140 nt. 104.
16.3 140 nt. 104.
16.4 140 nt. 104.
16.5.1 140 nt. 104.
16.5.2 142.
17.29 139 nt. 98.

EDICTUM ROTHARIS
387 344 nt. 109; 338 e nt. 76.

NOVELLARUM IUSTINIANI EPITOME CODICIS PATMIACI
205
143 134 e nt. 87.

NOVELLARUM IUSTINIANI SUMMA THEODORI HERMOPOLITANI
143.5 134.

SPECULUM SAXONUM
2.65.3 339 e nt. 77.

THEOPHILI PARAPHRASIS
1.8.2 21 nt. 18.
2.20.2 230 nt. 80.

* * *

ALLGEMEINES BÜRGERLICHES GESETZBUCH (1811)
139 145 nt. 116.
141 144 nt. 115.
143 145 nt. 116.
144 145 nt. 116.
145 145 nt. 116.
147 144 nt. 115.
152 144 nt. 115.
172 114 nt. 115.
174 144 nt. 115.
Capo XXX 345.
1293 357.
1306 346.
1310 345.

BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB.)
Tit. XXV l. II 350 nt. 143.
823 357.
829 346 e nt. 124.
831 344 nt. 112.
1626 144; 145 nt. 116.

CASSAZIONE CIVILE ITALIANA
S.U. 500/1999 350 e nt. 146.
5957/2000 352 nt. 155.
11241/2003 352 nt. 155.
21016/2016 387.

CODE CIVIL DES FRANÇAIS (1804)
372 144 nt. 113 e 116.
373 144 nt. 113.
1382 340 nt. 84.
1383 340 nt. 84; 344.

CODICE CIVILE ITALIANO (1865)
320 c. 2-4 144 nt. 116.
1131 340 nt. 85.
1132 340 nt. 85.
1151 347; 350.
1153 347.
1154 347.

CODICE CIVILE ITALIANO (1942)
316 145 nt. 116.
625 246 nt. 124.
628 246 nt. 124.
1022-1026 73 nt. 5.
1158 384; 435.
1159 384.
1159 bis 386; 387.
1343 275 nt. 36; 276 nt. 40; 280.
1418, c. 2 275.
1813 165.
2035 275; 276 nt. 40; 277; 278; 280; 281.
2043 353 e nt. 163.
2044 356.
2045 356 nt. 175.
2047 c. 1 351.
2048 c. 3 344 nt. 112.
2050 344 nt. 112; 351 e nt. 149.
2051 344 nt. 112; 351.
2052 344 nt. 112; 351.
2053 344 nt. 112; 351.
2054 c. 1 344 nt. 112; 351.
2054 c. 2 344 nt. 112.
2054 351.

CODICE CIVILE SVIZZERO (1907)
274 c. 1 145 nt. 116.
Libro I, titolo 7, c. 5 144.

Codice Penale Italiano (1930)
610 280 nt. 55.
628 275 nt. 39.
629 275 nt. 39.

Codice di Procedura Civile Italiano (1940)
150 385.

Codigo Civil Español (1889)
1902 340 nt. 85.

Costituzione della Repubblica Italiana (1948)
2 279 nt. 52.
27 356 nt. 173.

Legge federale di complemento del Codice Civile Svizzero (1911)
Libro V, capo II 350 e nt. 144.
52 c. 2 346 nt. 122.
54 c. 1 346 nt. 122.

legislazione italiana
D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 355 nt. 168.
L. 20 febbraio 1958, n. 75 277.
L. 31 dicembre 1962, n. 1860 355 nt. 168.
L. 10 maggio 1976, n. 346 386; 388.
L. 25 gennaio 1983, n. 23 355 nt. 168.
L. 21 febbraio 2014, n. 10 319 nt. 19

Progetto italo-francese delle obbligazioni (1927)
76 349 nt. 137.
77.2 348 nt. 136.

Relazione ministeriale al codice civile (1942)
793 350 nt. 142.
794 351 nt. 148.
797 350 nt. 145 e 147.
798 350 nt. 147.
799 350 nt. 147; 354.

***

Risoluzione del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014, sullo sfruttamento sessuale, la prostituzione e il relativo impatto sull'uguaglianza di genere 278.

Convenzione CEDAW dell'ONU (1979), sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne 277.

Regole minime ONU per il trattamento dei detenuti (1955), art. 8 316.

Regole Penitenziarie Europee (2006), art. 18.8b 316.

* * *

Aeschines
in Timarchum (I)
91 65 nt. 36.

Andocides
de mysteriis (I)
33 65 nt. 37.

Apuleius
metamorphoseon libri
9.42 261 nt. 177.

Aristoteles
Athenaion politeia
52.1 65 nt. 36.

rhetorica
1374.a 64 nt. 35.

Auctor ad Herennium
rhetorica
1.12.20 211 nt. 16.
2.11.16 212 nt. 16.
2.13.19 115.
4.29.40 391.

Augustinus
epistulae
254 126 nt. 50.
262.11 122 nt. 38.

Beda Venerabilis
de orthographia
280.9 236 nt. 98.
280.13 236 nt. 98.

Biblia sacra vulgata
exodus
20.12 143.

deuteronomium
5.16 143.

Boethius
in Ciceronis topica commentarium
3D 200 nt. 27.

liber de diffinitione
3.20 197 nt. 21.

Cato
origines (ed. H. Peter)
fr. 81 332 nt. 47.

Censorinus
de die natali
22 115 nt. 12.

Charisius
ars grammatica
91-92 236 nt. 98.

Cicero
academici libri
2 216 nt. 22.

Brutus
39.144 217 nt. 26.
39.145 217 nt. 26.
40.150 217 nt. 24; 207 nt. 1.
40.150–42.156 207 nt. 1.
41.151 217; 263 nt. 185.
41.152 208 e nt. 5; 216 nt. 22 e 23; 228 nt. 68; 229 nt. 72; 243 nt. 113; 246 nt. 125.
53.197 240 nt. 109.

pro Caecina
4.11 129 nt. 71.
19.54 391.
26.74 405; 406; 407.

pro Caelio
17 372 nt. 37; 379.
48 272 nt. 25.

pro Cluentio
15.45 118 nt. 24.

epistulae ad Atticum
1.5.6 391.
2.7.5 236 nt. 98.
13.23.2 236 nt. 98.
14.22.2 236 nt. 98.
15.20.4 371 nt. 35.

epistulae ad familiares
6.7.1 236 nt. 98.
7.23.1 371 nt. 35.
11.28.2 31 nt. 39.

Philippicae
9.5.10 246 nt. 122.

de inventione
1.6.8 236 nt. 98.
1.8.11 209 nt. 8.
1.13.17 210 nt. 13.
2.22.65 115 nt. 8.
2.40.116 247 nt. 127; 209 nt. 10; 210.
2.40.117 212 nt. 18.
2.40.118 212 nt. 18.
2.41.119 212 nt. 18.
2.41.120 212 nt. 18.
2.41.121 212 nt. 18; 210 nt. 11; 212 nt. 17.
2.53.161 115 nt. 8.

Laelius de amicitia
3.11 115 nt. 10.

de lege agraria
24.64 194 nt. 19.

de legibus
1.21.55 391.
2.24.61 391.
2.46.61 391.
3.41 103 nt. 13.

pro Murena
51 300 nt. 18.

de natura deorum
2.164 299 nt. 16.

de officiis
1.12.37 421.
3.29.107-108 241 nt. 111.

orator ad M. Brutum
34.121 211 nt. 13.
47.158 359 nt. 2.

de oratore
1.75 207 nt. 2.
3.115 208 nt. 7.

partitiones oratoriae
22.78 115 nt. 9.

pro Plancio
32.80 115 nt. 11.

de republica
6.16.16 115 nt. 11.

pro Roscio comoedo
1.1 972; 371.
1.1-2 371.
1.2-3 365 nt. 21.
1.4 365 nt. 21.
2.5 360; 365 nt. 19; 368 nt. 27.
2.7 365 nt. 20; 366.
3.8 363 nt. 14; 365 nt. 21.
4.10 365 nt. 18; 368 nt. 27.
4.12 364 nt. 15.
4.13 367 nt. 24.
5.13 368 nt. 27.
5.13-14 367 nt. 25.
5.14 365 s.; 365 nt. 18.
6.16 367 nt. 24.
9.26 363 nt. 14.
10.27-28 362 nt. 13.
11.32 362 nt. 14.
12.34-35 362 nt. 14.
12.37 363 nt. 14.
14.41-17.51 364 nt. 16.
17.51 364 nt. 17.

Timaeus
2.6 299 nt. 16.
12.42 299 nt. 16.
14.52 299 nt. 16.

topica
2.9 246 nt. 122.
2.14 197 nt. 22.
4.23 391; 421.
5.25 196; 199 nt. 23.
5.28 190; 191 nt. 12; 195; 196; 202 nt. 29; 205.
8.33 209 nt. 7.
25.96 211 nt. 13.

pro Tullio
5.10 328 nt. 36.
5.10 ss. 327 nt. 33.
5.12 327 nt. 34.
5.13 327 nt. 32.

in Verrem
1.23.61 369 nt. 31.
2.4.45 211 nt. 16.
2.42.104 236 nt. 98.
II,1.42.107 118 nt. 23.
3.50.119 194 nt. 19.
4.6.12 369 nt. 31.
4.13.31 369 nt. 31.
4.40.134 194 nt. 19.

COLUMELLA
de re rustica
3.3[8] 222 nt. 36.

DEMOSTHENES
in Aristogitonem II (XXVI)
9 65 nt. 37.

in Cononem (LIV)
1 64.

in Midiam (XXI)
47 65 nt. 37.

in Timocratem (XXIV)
7 65 nt. 37.

in Stephanum I (XLV)
81 65 nt. 36.

in Theocrinem(LVIII)
6 65 nt. 37.

DIO CASSIUS
historiae Romanae
43.25.2 112 nt. 37.
52.1.1 106 nt. 16.
53.18.3 117 nt. 18.
59.28.8 270 nt. 19.

Dionysius Halicarnassensis
antiquitates Romanae
20.13.2-3 113 nt. 3.

Eutyches
ars de verbo
473 236 nt. 98.

Festus grammaticus
de verborum significatu cum Pauli epitome
sv. '*abalienatus*' 195; 201; 205; 206.
sv. '*parens*' 115 nt. 12.
sv. '*parrici<di> quaestores*' 332 nt. 48 e 51.

Flavius Caper
de verbis dubiis
110 236 nt. 98.

Gellius
noctes Atticae
1.7 *capit.* 236 nt. 98.
1.7.3 236 nt. 98.
1.7.5 236 nt. 98.
3.2.12-13 114 nt. 4.
4.2.12 264 nt. 188.
4.4.1-4 24 nt. 25.
4.4.2 226 nt. 57.
5.4.1 236 nt. 98.
5.4.2 236 nt. 98.
6.3 18 nt. 9.
14.2.7 373 nt. 38.
17.7.1 421.
18.9.4 236 nt. 98.
20.1.31 325.
20.1.34 325 nt. 27; 331 nt. 46.

Harpocration
lexicon in decem oratores Atticos
sv. ᾽Αγορανόμοι 55 nt. 15.
sv. ᾽Αγραφίου 55 nt. 15.
sv. ᾽Αδικίου 55 nt. 15.
sv. ᾽Αδοκίμαστος 55 nt. 15.
sv. ᾽Αειλογία 55 nt. 15.
sv. ᾽Αζήτητον 55 nt. 15.
sv. Αἰδέσασθαι 55 nt. 15.
sv. Αἰκίας 55 nt. 15.
sv. ᾽Αμφισβητεῖν καὶ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Αμφοτερόπλουν 55 nt. 15.
sv. ᾽Ανάγειν 55 nt. 15.
sv. ᾽Αναγκαῖον 55 nt. 15.
sv. ᾽Αναδικάσασθαι 55 nt. 15.
sv. ᾽Ανάκρισις 55 nt. 15.
sv. ᾽Ανδροληψία 55 nt. 15.
sv. ᾽Ανελοῦσα γὰρ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Ανθυπώμοσαν 55 nt. 15.
sv. ᾽Αντιγραφεύς 55 nt. 15.
sv. ᾽Αντιγραφή 55 nt. 15.
sv. ᾽Αντωμοσία 55 nt. 15.
sv. ῎Απαγε 55 nt. 15; 66.
sv. ᾽Απεσχοινισμένος 55 nt. 15.
sv. ᾽Απογραφή 58 nt. 17.
sv. ᾽Αποδέκται 58 nt. 17.
sv. ᾽Αποικία 57.
sv. ᾽Αποκηρύττοντες 55 nt. 15.
sv. ᾽Απόκρισις 55 nt. 15.
sv. ᾽Απονομή 55 nt. 15.
sv. ᾽Απόρρητα 55 nt. 15.
sv. ᾽Αποστασίου 58 nt. 17.
sv. ᾽Απόταξις 55 nt. 15.
sv. ᾽Αποτιμηταί καὶ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Απόφασις 55 nt. 15.
sv. ᾽Αποψηφίζονται 55 nt. 15.
sv. ᾽Απροβούλευτον 55 nt. 15.
sv. ᾽Απρόσκλητον 55 nt. 15.
sv. ᾽Απροστασίου 58 nt. 17.
sv. ῾Αρμοσταί 58 nt. 17.
sv. ᾽Αρχαιρεσιάζειν 58 nt. 17.
sv. ῎Αστικτον ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Αστυνόμος 55 nt. 15.
sv. ᾽Ατίμητος ... 55 nt. 15.
sv. ῎Ατιμος 58 nt. 17.
sv. Αὐτοδικεῖν 57.
sv. Αὐτομαχεῖν 55 nt. 15.
sv. ᾽Αφαίρεσις 55 nt. 15.
sv. ᾽Αφανὴς ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Αφεὶς καὶ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Αφορμή 55 nt. 15.
sv. Βάραθρον 55 nt. 15.
sv. Βεβαιώσεως 55 nt. 15.
sv. Βιαίων 55 nt. 15.
sv. Βουλεία 55 nt. 15.
sv. Βουλεύσεως 55 nt. 15.
sv. Βοώνης 58 nt. 17.
sv. Γεννῆται 55 nt. 15.
sv. Γνῶσις 57.
sv. Γραμματεύς 55 nt. 15.
sv. Γραφή 55 nt. 15; 66.
sv. Δατεῖσθαι 55 nt. 15.
sv. Δεκάζων 55 nt. 15.
sv. Δέκα καὶ ... 55 nt. 15.

sv. Δεκαδαρχία 55 nt. 15.
sv. Δεκατεύειν 55 nt. 15.
sv. Δεκατευτάς 55 nt. 15.
sv. Δεκατηλόγους 55 nt. 15.
sv. Δήμαρχος 55 nt. 15.
sv. Δημόκοινος 55 nt. 15.
sv. Δημοποίητος 55 nt. 15.
sv. Δημόσιος 55 nt. 15.
sv. Δημοτευόμενος 55 nt. 15.
sv. Διάγραμμα 55 nt. 15.
sv. Διαγράψασθαι 58 nt. 17.
sv. Διαδόσεις 57.
sv. Διακεχρημένον 55 nt. 15.
sv. Διάθεσις 55 nt. 15.
sv. Διάληξις 55 nt. 15.
sv. Διαχειροτονία 55 nt. 15.
sv. Διαμεμετρημένη ... 55 nt. 15.
sv. Διαψήφισις 55 nt. 15.
sv. Διαμαρτυρία καὶ ... 55 nt. 15; 68.
sv. Διαιτηταί 55 nt. 15.
sv. Διεγγύησιν 55 nt. 15.
sv. Δικαίωσις 55 nt. 15.
sv. Δίκη 55 nt. 15; 66.
sv. Δοκιμασθείς 55 nt. 15.
sv. Δόσις 55 nt. 15.
sv. Δωροξενία 55 nt. 15.
sv. Δῶρον ... 55 nt. 15.
sv. Ἔθνος 55 nt. 15.
sv. Εἰλωτεύειν 58 nt. 17.
sv. Εἰσαγγελία 55 nt. 15.
sv. Εἰς ἐμφανῶν ... 58 nt. 17.
sv. Ἐκδικάσασθαι 55 nt. 15.
sv. Ἔκδοσις 55 nt. 15.
sv. Ἐκκλητεύειν 55 nt. 15.
sv. Ἐκλογεῖς 55 nt. 15.
sv. Ἐκμαρτυρία 55 nt. 15.
sv. Ἐκφυλλοφορῆσαι 55 nt. 15.
sv. Ἑλληνοταμίαι 55 nt. 15.
sv. Ἔμμηνοι ... 55 nt. 15.
sv. Ἔνδειξις 58 nt. 17.
sv. Ἐνεπίσκημμα καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Ἐνετιμᾶτο 55 nt. 15.
sv. Ἐν Φρεαττοῖ 55 nt. 15.
sv. Ἐξαιρέσεως ... 55 nt. 15.
sv. Ἐξεγγύησις 55 nt. 15.
sv. Ἐξηγητής 55 nt. 15.
sv. Ἐξούλης 55 nt. 15.
sv. Ἐξωμοσία 55 nt. 15.
sv. Ἐπαγγελία 55 nt. 15.
sv. Ἐπακτὸς ... 55 nt. 15.
sv. Ἐπεδίκασε καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Ἐπεσκήψατο 55 nt. 15.
sv. Ἐπιβολή 55 nt. 15.
sv. Ἐπιγνώμονας 55 nt. 15.
sv. Ἐπὶ Δελφινίωι 55 nt. 15.
sv. Ἐπιδιατίθεσθαι 55 nt. 15.
sv. Ἐπιδιετὲς ... 55 nt. 15.
sv. Ἐπίδικος ... 55 nt. 15.
sv. Ἐπικεκηρυχέναι 55 nt. 15.
sv. Ἐπικηρυκεία 55 nt. 15.
sv. Ἐπιλαχών 55 nt. 15.
sv. Ἐπιμελητὴς τῶν ... 55 nt. 15.
sv. Ἐπιμελητὴς ἐμπορίου 55 nt. 15.
sv. Ἐπιορκήσαντα 55 nt. 15.
sv. Ἐπίπεμπτον 55 nt. 15.
sv. Ἐπὶ Πρυτανείωι 55 nt. 15.
sv. Ἐπίσκοπος 55 nt. 15.
sv. Ἐπιστάτης 55 nt. 15.
sv. Ἐπιτρέπειν 55 nt. 15.
sv. Ἐπιχειροτονία 55 nt. 15.
sv. Ἐπιψηφίζων 55 nt. 15.
sv. Ἐπόγδοον 55 nt. 15.
sv. Ἐπωβελία 55 nt. 15.
sv. Ἐρανίζοντες 55 nt. 15.
sv. Εὔθυνοι 55 nt. 15.
sv. Ἔφεσις 55 nt. 15.
sv. Ἔφεκτος ... 55 nt. 15.
sv. Ἐφέται 55 nt. 15.
sv. Ἐχῖνος 55 nt. 15; 68.
sv. Ζητητής 55 nt. 15.
sv. Ἡγεμονία ... 55 nt. 15.
sv. Ἡγεμὼν συμμορίας 55 nt. 15.
sv. Ἡλιαία καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Θέσθαι 55 nt. 15.
sv. Θεσμός 55 nt. 15.
sv. Θεσμοθέται 55 nt. 15.
sv. Θέτης 55 nt. 15.
sv. Θεωρικά 55 nt. 15.
sv. Θῆτες καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Θίασος 55 nt. 15.
sv. Ἰδίαν 55 nt. 15; 67.
sv. Ἱερομνήμονες 55 nt. 15.
sv. Ἵππαρχος 55 nt. 15.
sv. Ἱππάς 55 nt. 15.
sv. Ἴσαι ψῆφοι 55 nt. 15.
sv. Ἰσοτελὴς καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Καδίσκος 55 nt. 15.
sv. Καθάρσιον 55 nt. 15.
sv. Καθελών 55 nt. 15.
sv. Καὶ γὰρ τὸ μηδένα ... 57.

sv. Κακοτεχνιῶν 55 nt. 15.
sv. Κακώσεως 55 nt. 15.
sv. Καρποῦ ... 55 nt. 15.
sv. Καταβολή 55 nt. 15.
sv. Κατὰ δήμους ... 55 nt. 15.
sv. Καταδικασάμενος 55 nt. 15.
sv. Κατάστασις 55 nt. 15.
sv. Κατὰ τὴν ἀγοράν ... 55 nt. 15.
sv. Καταχειροτονία 58 nt. 17.
sv. Καταψευδομαρτυρησάμενος 55 nt. 15.
sv. Κιγκλίς 55 nt. 15.
sv. Κληροῦχοι 55 nt. 15.
sv. Κλῆσις 57.
sv. Κλητῆρες καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Κοινὸν γραμματεῖον καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Κοινωνικῶν 55 nt. 15.
sv. Κύρβεις 55 nt. 15.
sv. Κυρία ... 55 nt. 15.
sv. Ληξιαρχικὸν ... 55 nt. 15.
sv. Λῆξις 58 nt. 17.
sv. Λίθος 55 nt. 15.
sv. Λογισταὶ καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Μεσεγγύημα 58 nt. 17.
sv. Μετοίκιον 55 nt. 15.
sv. Μετρονόμοι 55 nt. 15.
sv. Μητρῶιον 55 nt. 15.
sv. Μύριοι ἐν ... 55 nt. 15.
sv. Ναυκραρικά 55 nt. 15.
sv. Ναυκραρία 55 nt. 15.
sv. Ναυτοδίκαι 55 nt. 15.
sv. Νοθεῖα 55 nt. 15.
sv. Νομοφύλακες 55 nt. 15.
sv. ᾽Οβολοστατοῖ 55 nt. 15.
sv. ῾Ο κάτωθεν ... 55 nt. 15.
sv. ῾Ομηρεύοντας 55 nt. 15.
sv. ᾽Οργεῶνας 55 nt. 15.
sv. ῞Ορος 55 nt. 15.
sv. ῞Ορυγμα 55 nt. 15.
sv. ῞Οσιον 55 nt. 15.
sv. ῞Οτι νόμος ... 55 nt. 15.
sv. ῞Οτι οἱ ἁλόντες ... 55 nt. 15.
sv. ῞Οτι οἱ ποιητοὶ ... 55 nt. 15.
sv. ῞Οτι πρὸς ... 55 nt. 15.
sv. ῞Οτι παιδὶ ... 55 nt. 15.
sv. ῞Οτι χιλίας ... 55 nt. 15.
sv. Οὐσίας ... 55 nt. 15.
sv. Παλιναίρετος 55 nt. 15.
sv. Παλαμναῖος 55 nt. 15.
sv. Παραγραφή 55 nt. 15; 67.
sv. Παραγγελία 55 nt. 15.
sv. Παράβυστον 55 nt. 15.
sv. Παρακαταβολή καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Πάρεδρος 55 nt. 15.
sv. Παράστασις 55 nt. 15.
sv. Παρεγγύησεν καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Πεντακοσιομέδιμνον 55 nt. 15.
sv. Πενέσται 55 nt. 15.
sv. Πεντηκόνταρχος 55 nt. 15.
sv. Πεντηκοστή καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Πινάκια 55 nt. 15.
sv. Πληρωτής 55 nt. 15.
sv. Ποδοκάκκη 55 nt. 15.
sv. Πολιτεία 55 nt. 15.
sv. Πολέμαρχος 55 nt. 15.
sv. Προβολάς 55 nt. 15.
sv. Προβούλευμα 55 nt. 15.
sv. Πρόεδροι 55 nt. 15.
sv. Πρόκλησις 55 nt. 15.
sv. Πρόπεμπτα 55 nt. 15.
sv. Πρόσκλησις[2] 55 nt. 15.
sv. Προστάτης 55 nt. 15.
sv. Προστιμήματα 55 nt. 15.
sv. Προχειροτονία 55 nt. 15.
sv. Πρυτανεῖα 55 nt. 15.
sv. Πρυτανείας 55 nt. 15.
sv. Πρυτανεύοντα 55 nt. 15.
sv. Πρυτάνεις 55 nt. 15.
sv. Πυκνί 55 nt. 15.
sv. Πωληταὶ καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Πωλάς 55 nt. 15.
sv. ῾Ρητορικὴ ... 55 nt. 15.
sv. Σῖτος 55 nt. 15.
sv. Σιτοφύλακες 55 nt. 15.
sv. Στρατηγο 55 nt. 15.
sv. Σύλας 55 nt. 15.
sv. Συλλογῆς 55 nt. 15.
sv. Σύμβολα 55 nt. 15.
sv. Συμμορία 55 nt. 15.
sv. Συγγραφεῖς 55 nt. 15.
sv. Σύνδικοι 55 nt. 15.
sv. Συνήγοροι 55 nt. 15.
sv. Σύγκλητος ... 55 nt. 15.
sv. Ταμίαι 55 nt. 15.
sv. Τετρακόσιοι 55 nt. 15.
sv. Τετραρχία 55 nt. 15.
sv. Τετρυπημένη 55 nt. 15.
sv. Τίμημα 55 nt. 15.
sv. Τοὺς χωρὶς ... 55 nt. 15.
sv. Τρίγωνον ... 55 nt. 15.

sv. Τριττύς 55 nt. 15.
sv. Ὑπερήμεροι 55 nt. 15.
sv. Ὑποφόνια 55 nt. 15.
sv. Ὑπωμοσία 55 nt. 15.
sv. Φάσις 55 nt. 15.
sv. Φρατέρες 55 nt. 15.
sv. Φύλαρχος 55 nt. 15.

Horatius
sermones
1.2.31-35 272 nt. 25.

Hyginus gromaticus
de constitutione limitum
197.20 195 nt. 19.

Isaeus
de Nicostrati hereditate
28 65 nt. 36.

Isocrates
Archidamus
6.26 413.

Livius
ab Urbe condita libri
1.8.1 300 nt. 19.
3.15.16 20 nt. 15.
4.9.4 300 nt. 20.
22.10.5 333 nt. 53.
22.60.5 195 nt. 19.
38.55.8 236 nt. 98.
39.26.7 31 nt. 39.
35.7.2.3 359 nt. 2.

Lysias
in Agoratum(XXIII)
85 65 nt. 36.
86 65 nt. 36.

Nicetas David Paphlago
vita Ignatii
509.a-b 59 nt. 21.

Ovidius
amores
1.5.17 236 nt. 98.

ars amatoria
3.777 236 nt. 98.

epistulae ex Ponto
4.1.13 236 nt. 98.

remedia amoris
413 236 nt. 98.

Pausanias Periegetes
Graeciae descriptio
1.28.8 58 nt. 17.

Photius
Amphilochiae quaestiones
21 60.

bibliotheca
epistula praefatoria 53 ss.
cod. 145 51 nt. 7.
cod. 145-158 52; 69 nt. 39.
cod. 149 51 nt. 7.
cod. 167 52 nt. 11.
epistula postfatoria 52 ss.

lexicon
epistula praefatoria 48 ss.
sv. Ἀγορανόμοι 55 nt. 15.
sv. Ἀγραφίου 55 nt. 15.
sv. Ἀδικίου 55 nt. 15.
sv. Ἀδοκίμαστος 55 nt. 15.
sv. Ἀειλογία 55 nt. 15.
sv. Ἀζήτητον 55 nt. 15.
sv. Αἰδέσασθαι 55 nt. 15.
sv. Αἰκίας 55 nt. 15.
sv. Ἀμφισβητεῖν καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Ἀμφοτερόπλουν 55 nt. 15.
sv. Ἀνάγειν 55 nt. 15.
sv. Ἀναγκαῖον 55 nt. 15.
sv. Ἀναδικάσασθαι 55 nt. 15.
sv. Ἀνάκρισις 55 nt. 15.
sv. Ἀνδροληψία 55 nt. 15.
sv. Ἀνελοῦσα γὰρ ... 55 nt. 15.
sv. Ἀνθυπωμοσία 55 nt. 15.
sv. Ἀντιγραφεύς 55 nt. 15.
sv. Ἀντιγραφή 55 nt. 15.
sv. Ἀντωμοσία 55 nt. 15.
sv. Ἄπαγε[2] 55 nt. 15.
sv. Ἀπεσχοινισμένος 55 nt. 15.
sv. Ἀπογραφή 58 nt. 17.
sv. Ἀποδέκται 58 nt. 17.
sv. Ἀποκηρύττοντες 55 nt. 15.
sv. Ἀπόκρισις 55 nt. 15.

sv. ᾽Απονομή 55 nt. 15.
sv. ᾽Απόρρητα 55 nt. 15.
sv. ᾽Αποστασίου καὶ ... 58 nt. 17.
sv. ᾽Απόταξις 55 nt. 15.
sv. ᾽Αποτιμηταί καὶ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Απόφασις 55 nt. 15.
sv. ᾽Αποψηφίζονται 55 nt. 15.
sv. ᾽Απροβούλευτον 55 nt. 15.
sv. ᾽Απρόσκλητον 55 nt. 15.
sv. ῾Αρμοσταί 58 nt. 17.
sv. ᾽Αρχαιρεσιάζειν 58 nt. 17.
sv. ᾽Αστικτον 55 nt. 15.
sv. ᾽Αστυνόμος 55 nt. 15.
sv. ᾽Ατίμητος ... 55 nt. 15.
sv. ῎Ατιμος 58 nt. 17.
sv. Αὐτομαχεῖν 55 nt. 15.
sv. ᾽Αφαίρεσις 55 nt. 15.
sv. ᾽Αφανὴς 55 nt. 15.
sv. ᾽Αφεὶς καὶ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Αφορμή 55 nt. 15.
sv. Βάραθρον[2] 55 nt. 15; 58 nt.19.
sv. Βεβαιώσεως 55 nt. 15.
sv. Βιαίων 55 nt. 15.
sv. Βουλαία 55 nt. 15.
sv. Βουλεύσεως[2] 55 nt. 15.
sv. Βοώνης 58 nt. 17.
sv. Γεννῆται[2] 55 nt. 15; 58 nt.19.
sv. Γραμματεύς[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Γραφή[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19
sv. Δατεῖσθαι καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Δεκάζων 55 nt. 15.
sv. Δέκα καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Δεκαδαρχίαι 55 nt. 15.
sv. Δεκατεύειν 55 nt. 15.
sv. Δεκατευτάς 55 nt. 15.
sv. Δεκατηλόγον 55 nt. 15.
sv. Δήμαρχος 55 nt. 15.
sv. Δημόκοινος 55 nt. 15.
sv. Δημοποίητος 55 nt. 15.
sv. Δημόσιος[1] 55 nt. 15.
sv. Δημοτευόμενος[2] 55 nt. 15.
sv. Διάγραμμα[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Διαγράψαι 58 nt. 17.
sv. Διακεχρημένον 55 nt. 15.
sv. Διάθεσις 55 nt. 15.
sv. Διάληξις 55 nt. 15.
sv. Διαχειροτονία 55 nt. 15.
sv. Διαμεμετρημένη ... 55 nt. 15.
sv. Διαψήφισις 55 nt. 15; p.58 nt. 19.
sv. Διαμαρτυρία καὶ ... 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Διαιτηταί 55 nt. 15.
sv. Διεγγύησιν 55 nt. 15.
sv. Δικαιώσεις 55 nt. 15.
sv. Δίκη[3] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Διωμοσία 58 nt. 17.
sv. Δοκιμασθείς 55 nt. 15.
sv. Δόσις 55 nt. 15.
sv. Δωροξενία 55 nt. 15.
sv. Δωρογραφή 55 nt. 15.
sv. ῎Εθνος 55 nt. 15.
sv. Εἰλωτεύειν 58 nt. 17.
sv. Εἰσαγγελία[3] 55 nt. 15.
sv. Εἰς ἐμφανῶν ... 58 nt. 17.
sv. ᾽Εκδικάσασθαι 55 nt. 15.
sv. ῎Εκδοσις 55 nt. 15.
sv. ᾽Εκκλητεύειν 55 nt. 15.
sv. ᾽Εκλογεῖς 55 nt. 15.
sv. ᾽Εκμαρτυρία 55 nt. 15.
sv. ᾽Εκφυλλοφορῆσαι 55 nt. 15; 58 n.19.
sv. Ἑλληνοταμίαι[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ῎Εμμηνοι ... 55 nt. 15.
sv. ῎Ενδειξις 58 nt. 17.
sv. ᾽Ενεπίσκημμα καὶ ...[2] 55 nt. 15; 58 nt.19.
sv. ᾽Ενετιμᾶτο 55 nt. 15.
sv. ᾽Εν Φρεαττοῖ[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Εξαιρέσεως ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Εξεγγύησις 55 nt. 15.
sv. ᾽Εξηγητής 55 nt. 15.
sv. ᾽Εξούλης[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Εξωμοσία 55 nt. 15.
sv. ᾽Επαγγελία καὶ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Επακτὸς ...[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Επεδίκασε καὶ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Επεσκήψατο 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιβολή 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιγνώμονας 55 nt. 15.
sv. ᾽Επὶ Δελφινίῳ[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Επιδιατίθεσθαι 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιδιετὲς ...[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Επίδικος καὶ ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Επικεκηρυχέναι[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Επικηρυκεία 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιλαχών 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιμελητὴς τῶν ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιμελητὰς ἐμπορίου 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιορκήσαντα 55 nt. 15.

sv. ᾽Επὶ Παλλαδίωι 55 nt. 15.
sv. ᾽Επίπεμπτον 55 nt. 15.
55 nt. 15.
sv. ᾽Επὶ Πρυτανείωι 55 nt. 15.
sv. ᾽Επίσκοποι 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιστάτης 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιτρέπειν ... 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιχειροτονία 55 nt. 15.
sv. ᾽Επιψηφίζων 55 nt. 15.
sv. ᾽Επόγδοον 55 nt. 15.
sv. ᾽Επωβελία[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Ερανίσας 55 nt. 15.
sv. Ἑτερόφθαλμος 55 nt. 15.
sv. Ευθύναι 55 nt. 15.
sv. Ἔφεσις[3] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Ἔφεκτος ... 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Εφέται[3] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Εχῖνος 55 nt. 15.
sv. Ζητητής 55 nt. 15.
sv. Ἡγεμονία ...[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Ἡγεμὼν συμμορίας 55 nt. 15.
sv. Ἡλιαία καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Θέσθαι 55 nt. 15.
sv. Θεσμός 55 nt. 15.
sv. Θεσμοθέται 55 nt. 15.
sv. Θέτης 55 nt. 15.
sv. Θεωρικά[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Θητεὺς καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Θίασος 55 nt. 15.
sv. ᾽Ιδίαν 55 nt. 15.
sv. Ἱερομνήμονες[2] 55 nt. 15; 58 nt.19.
sv. Ἵππαρχος[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Ἱππάς[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Ἴσαι ψῆφοι[3] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. ᾽Ισοτελὴς καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Καδίσκος[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Καθάρσιον[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Καθελών 55 nt. 15.
sv. Κακοτεχνιῶν[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Κακώσεως[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Καρποῦ δίκη[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Καταβολή[3] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Κατὰ δήμους ... 55 nt. 15.
sv. Καταδικασάμενος 55 nt. 15.
sv. Κατάστασις 55 nt. 15.
sv. Κατὰ τὴν ἀγορὰν ... 55 nt. 15.
sv. Καταχειροτονία 58 nt. 17.
sv. Καταψευδομαρτυρησάμενος
55 nt. 15.
sv. Κιγκλίδες 55 nt. 15.
sv. Κληροῦχοι[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Κλητῆρες καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Κοινὸν γραμματεῖον καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Κοινωνικῶν 55 nt. 15.
sv. Κύρβεις[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Κυρία ...[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Ληξιαρχικὸν ...[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Λῆξις 58 nt. 17.
sv. Λίθος 55 nt. 15.
sv. Λογισταὶ καὶ ... 55 nt. 15.
sv. *Μ*εσεγγύημα 55 nt. 15.
sv. Μετοίκιον 55 nt. 15.
sv. Μετρονόμοι 55 nt. 15.
sv. Μητρῶιον 55 nt. 15.
sv. Μύριοι ἐν ... 55 nt. 15.
sv. Ναυκραρία[1] 55 nt. 15; 58 n. 19.
sv. Ναυτοδίκαι 55 nt. 15.
sv. Νοθεῖα 55 nt. 15.
sv. Νομοφύλακες 55 nt. 15.
sv. ᾽Οβολοστατοῖ 55 nt. 15.
sv. Ὁ κάτωθεν ... 55 nt. 15.
sv. Ὁμηρεύοντας 55 nt. 15.
sv. ᾽Οργεῶνας 55 nt. 15.
sv. Ὅρος 55 nt. 15.
sv. Ὄρυγμα 55 nt. 15.
sv. Ὅσιον 55 nt. 15.
sv. Ὅτι νόμος ... 55 nt. 15.
sv. Ὅτι οἱ ἁλόντες 55 nt. 15.
sv. Ὅτι οἱ ποιητοὶ ... 55 nt. 15.
sv. Ὅτι πρὸς ... 55 nt. 15.
sv. Ὅτι παιδὶ καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Ὅτι χιλίας ... 55 nt. 15.
sv. Οὐσίας δίκη[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Παλιναίρετος 55 nt. 15.
sv. Παλαμναῖος[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Παραγραφή[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Παραγγελία 55 nt. 15.
sv. Παράβυστον 55 nt. 15.
sv. Παρακαταβολή καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Πάρεδρος 55 nt. 15.
sv. Παράστασις 55 nt. 15.
sv. Παρεγγύησεν καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Πεντακοσιομέδιμνον 55 nt. 15.
sv. Πενέσται[1] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Πεντηκόνταρχος[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Πεντηκοστὴ καὶ ... 55 nt. 15.
sv. Περὶ τῶν ἕνδεκα 65 nt. 36.
sv. Πινάκια 55 nt. 15.
sv. Πληρωτής 55 nt. 15.
sv. Ποδοκάκη[2] 55 nt. 15; 58 nt. 19.

sv. Πολιτεία	55 nt. 15.
sv. Πολέμαρχος[1]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Προβολάς	55 nt. 15.
sv. Προβούλευμα	55 nt. 15.
sv. Πρόεδροι[2]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Προθεσμίας ...	58 nt. 19.
sv. Πρόκλησις	55 nt. 15.
sv. Πρόπεμπτα	55 nt. 15.
sv. Πρόσκλησις[2]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Προστάτης	55 nt. 15.
sv. Προστιμήματα	55 nt. 15.
sv. Προχειροτονία	55 nt. 15.
sv. Πρυτανεῖα[2]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Πρυτανείας	55 nt. 15.
sv. Πρυτανεύοντα	55 nt. 15.
sv. Πρυτάνεις	55 nt. 15.
sv. Πυκνή[1]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Πωληταὶ καὶ ...	55 nt. 15.
sv. Πωλάς	55 nt. 15.
sv. Ῥητορικὴ γραφή[1]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Σῖτος[1]	55 nt. 15; 58 nt.19.
sv. Σιτοφύλακες	55 nt. 15.
sv. Στρατηγοί	55 nt. 15.
sv. Σύλας	55 nt. 15.
sv. Συλλογῆς	55 nt. 15.
sv. Σύμβολα	55 nt. 15.
sv. Συμμορία[2]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Συγγραφεῖς[2]	55 nt. 15; 58 nt.19.
sv. Σύνδικοι	55 nt. 15.
sv. Συνήγοροι[2]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Σύγκλητος ...	55 nt. 15.
sv. Σύνταξις[2]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Συντελεῖς[2]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Ταμίαι[2]	55 nt. 15; 58 n.19.
sv. Τετρακόσιοι	55 nt. 15.
sv. Τετραρχία	55 nt. 15.
sv. Τετρυπημένη	55 nt. 15.
sv. Τίμημα	55 nt. 15.
sv. Τοὺς χωρὶς ...	55 nt. 15.
sv. Τρίγωνον ...	55 nt. 15.
sv. Τριττύς[3]	55 nt. 15; 58nt.19.
sv. Ὑπερήμερος[2]	55 nt. 15; 58nt. 19.
sv. Ὑποφόνια	55 nt. 15.
sv. Ὑπωμοσία[3]	55 nt. 15; 58 nt. 19.
sv. Φάσις[2]	55 nt. 15; 58 nt.19.
sv. Φράτορες[2]	55 nt. 15; 58 nt.19.
sv. Φύλαρχος	55 nt. 15.

PLATO

leges

739c-741e	413.
954c-e	413.

PLAUTUS

Asinaria

505-509	114 nt. 6.
763-766	192 nt. 14.
831	114 nt. 6.

Curculio

173	192 nt. 14.
174	192 nt. 14.

Mercator

456-457	192 nt. 14 e 16.

Miles gloriosus

1321	192 nt. 14.

Pseudolus

94	192 nt. 14.
95	192 nt. 14.

Rudens

192	114 nt. 6.

Trinummus

280	114 nt. 6.
513-514	192 nt. 14.
557-559	192 nt. 14.

Truculentus

70 ss.	359 nt. 2.

PLINIUS SENIOR

naturalis historia

7.198	215 nt. 21.
36.172	215 nt. 21.
7.128	231 nt. 82.
17.1.7	329 nt. 38.

PLINIUS IUNIOR

panegyricus

37.6-7	117 nt. 20.

epistulae

1.8.3	299 nt. 16.
4.9	197 nt. 21.

5.1 118 nt. 26.
6.33 118 nt. 26.

POLLUX
onomasticon
8.102 65 nt. 36.

PRISCIANUS
institutiones grammaticae
6.13.69 332 nt. 47.

QUINTILIANUS
institutio oratoria
4.2.5 118 nt. 26.
7.2.22 299 nt. 17.
7.7.1 197 nt. 21.
7.9.8 210 nt. 11.
7.9.11 210 nt. 11.

PS. QUINTILIANUS
declamationes maiores
6.15 121 nt. 35.
8.7 121 nt. 36; 122 nt. 38.
19.5 121 nt. 36.

declamationes minores
306.4 31 nt. 39.

SCHOLIA IN ARISTOPHANEM
vespae
1108 65 nt. 36.

SCRIPTORES HISTORIAE AUGUSTAE
vita Alexandri Severi
24.3 271 nt. 21.

SENECA PHILOSOPHUS
ad Lucilium epistulae morales
8.17.15 195 nt. 19.

de clementia
1.14.2 117 nt. 18.

SUETONIUS
de grammaticis et rhetoribus
3.5 231 nt. 82.

de vita Caesarum
divus Iulius 81-82 264 nt. 187.
Caligula 40 270 nt. 19.

SUIDAS
lexicon
sv. ᾽Απαγωγή 65 nt. 36.
sv. Βάραθρον 58 nt. 19.
sv. Γεννῆται 58 nt. 19.
sv. Γραμματεύς 58 nt. 19.
sv. Γραφή 58 nt. 19.
sv. Διάγραμμα 58 nt. 19.
sv. Διαμαρτυρία καὶ ... 58 nt. 19.
sv. Διαψήφισις 58 nt. 19.
sv. Δίδυμος[2] 69 nt. 39.
sv. Δίκη 58 nt. 19.
sv. Διογενειανός[1] 51 nt. 8.
sv. Διογενειανός[2] 58 nt. 19.
sv. ᾽Εκφυλλοφορῆσαι 58 nt. 19.
sv. Ἑλληνοταμίαι[2] 58 nt. 19.
sv. ᾽Ενεπίσκημμα καὶ ... 58 nt. 19.
sv. ᾽Εν Φρεαττοῖ 58 nt. 19.
sv. ᾽Εξούλης 58 nt. 19.
sv. ᾽Επακτὸς ... 58 nt. 19.
sv. ᾽Επὶ Δελφινίῳ 58 nt. 19.
sv. ᾽Επιδιετὲς ... 58 nt. 19.
sv. ᾽Επικεκηρυχέναι 58 nt. 19.
sv. ᾽Επωβελία 58 nt. 19.
sv. ῎Εφεσις 58 nt. 19.
sv. ῎Εφεκτος ... 58 nt. 19.
sv. ᾽Εφέται 58 nt. 19.
sv. Ἡγεμονία ... 58 nt. 19.
sv. Θεωρικά 58 nt. 19.
sv. Ἱερομνήμονες 58 nt. 19.
sv. ῎Ιπparχος 58 nt. 19.
sv. Ἱππάς 58 nt. 19.
sv. ῎Ισαι ψῆφοι 58 nt. 19.
sv. Καδίσκος 58 nt. 19.
sv. Καθάρσιον 58 nt. 19.
sv. Κακοτεχνιῶν 58 nt. 19.
sv. Κακώσεως 58 nt. 19.
sv. Καρποῦ ... 58 nt. 19.
sv. Καταβολή 58 nt. 19.
sv. Κληροῦχοι 58 nt. 19.
sv. Κύρβεις 58 nt. 19.
sv. Κυρία ... 58 nt. 19.
sv. Ληξιαρχικὸν ... 58 nt. 19.
sv. Ναυκραρία 58 nt. 19.
sv. Οὐσίας ... 58 nt. 19.
sv. Παλαμναῖος 58 nt. 19.
sv. Πάμφιλος[2] 52 nt. 9.
sv. Παραγραφή 58 nt. 19.
sv. Πενέσται 58 nt. 19.
sv. Πεντηκόνταρχος 58 nt. 19.

sv. Ποδοκάκη 58 nt. 19.
sv. Πολέμαρχος 58 nt. 19.
sv. Πρόεδροι 58 nt. 19.
sv. Προθεσμίας ... 58 nt. 19.
sv. Πρόσκλησις 58 nt. 19.
sv. Πρυτανεῖα 58 nt. 19.
sv. Πυκνί 58 nt. 19.
sv. Ῥητορικὴ ... 58 nt. 19.
sv. Σῖτος 58 nt. 19.
sv. Συμμορία 58 nt. 19.
sv. Συγγραφεῖς 58 nt. 19.
sv. Συνήγοροι 58 nt. 19.
sv. Σύνταξις 58 nt. 19.
sv. Συντελεῖς 58 nt. 19.
sv. Ταμίαι 58 nt. 19.
sv. Τριττύς 58 nt. 19.
sv. Ὑπερήμερος 58 nt. 19.
sv. Ὑπωμοσία 58 nt. 19.
sv. Φάσις 58 nt. 19.
sv. Φράτορες 58 nt. 19.

SUNAGOGE (*Codex Coislin*)
345 62.

TERENTIUS
Hecyra
122 114 nt. 6.
301 114 nt. 6.
447 114 nt. 6.
481 114 nt. 6.
584 114 nt. 6.

THOMAS DE AQUINO
summa theologiae
2.2 (*quaest.* 32, *art.* 7) 274 nt. 31.

VELIUS LONGUS
de orthographia (ed. Keil)
60.13 359 nt. 2.

VALERIUS MAXIMUS
facta et dicta memorabilia
7.7.4 118 nt. 25.
8.2.2 369 nt. 30.

VARRO
de re rustica
1.17.1 14 nt. 3.

de lingua Latina
9.61.106 236 nt. 98.

VITRUVIUS
de architectura
1.1.4 215 nt. 21.
1.1.6 215 nt. 21.
1.1.17 215 nt. 21.
1.2.2 215 nt. 21.
1.6.6 215 nt. 21.
3.1.3 215 nt. 21.
3.5.13-14 215 nt. 21.
4.3.4-5 215 nt. 21.
4.3.5 215 nt. 21.
5.10.3 215 nt. 21.
6.2.2 215 nt. 21.
7.1.3-4 215 nt. 21.
7.3.5 215 nt. 21.
7.4.5 215 nt. 21.
8.5.1 215 nt. 21.
8.5.3 215 nt. 21.
9 *praef.* 6 215 nt. 21.
9.7.2 215 nt. 21.
9.8.5-6 215 nt. 21.
10.2.8 215 nt. 21.
10.6.2 215 nt. 21.
10.8.1, 3-4 215 nt. 21.
10.8.1, 6 215 nt. 21.
10.10.3 215 nt. 21.
10.11.5-6 215 nt. 21.
10.11.8 215 nt. 21.

* * *

«CIL.»
III, 684 238 nt. 103.
III, 2107 238 nt. 103.
III, 2654 238 nt. 103.
III, 2704 238 nt. 103.
III, 6399 238 nt. 103.
III, 14250 238 nt. 103.
IV, 26609 238 nt. 103.
V, 952 238 nt. 103.
V, 8305 238 nt. 103.
VI, 1425 238 nt. 103.
VI, 5175 238 nt. 103.
VI, 7788 238 nt. 103.
VI, 8518 238 nt. 103.
VI, 9042 238 nt. 103.
VI, 10219 238 nt. 103.

VI, 10848 238 nt. 103.
VI, 13028 238 nt. 103.
VI, 13152 238 nt. 103.
VI, 13312 238 nt. 103.
VI, 13618 238 nt. 103.
VI, 14672 238 nt. 103.
VI, 15405 238 nt. 103.
VI, 17965a 238 nt. 103.
IX, 5860 238 nt. 103.
X, 2015 238 nt. 103.
X, 6706 238 nt. 103.
XIII, 5708 237 nt. 102.
XIV, 166 238 nt. 103.
XIV, 850 238 nt. 103.
XIV, 1153 238 nt. 103.

FRAGMENTUM ATESTINUM
ll. 1-9 284; 285 nt. 9 e nt. 11.

«ILLRP.» (*Degrassi*)
973 v. 2 115 nt. 12.
974 v. 3 115 nt. 12.

INSCRIPTIONUM LATINARUM SELECTARUM AMPLISSIMA COLLECTIO (*Orelli*)
4424 238 nt. 103.

LEX AGRARIA (BAEBIA?)
15 203 nt. 30.

LEX ANTONIA DE TERMESSIBUS
c. I, 27-35 203 nt. 30.
c. II, 25-27 203 nt. 30.

LEX IRNITANA
cap. LXXXIV, ll. 6-15 285 nt. 11.
cap. LXXXIV, l. 10 286 nt. 12.

P.LOND.
5.1727 143 nt. 111.

P.OXY.
II,237 116 nt. 17.
VI,907 128 nt. 61.

TABULA HERACLEENSIS
ll. 108-111 285 nt. 8.
ll. 108-125 284; 285 nt. 8.

TABULAE HERCULANENSES
III 371 nt. 35.
X 371 nt. 35.

RES GESTAE DIVI AUGUSTI
8.3-5 110.
8.4 110 nt. 34.

TESTAMENTUM CIVIS ROMANI GALLICAE NATIONIS
FIRA. III, n. 49, p. 142-146 238 nt. 103.

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

1. Michele Rosboch, *Fra angustie di coscienza e ordine politico,* 2017
2. Daniela Ronco, Giovanni Torrente, *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva,* 2017
3. *Limiti e diritto*, a cura di Alessandra Rossi, Alice Cauduro, Emanuele Zanalda, 2017
4. *Le responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali*, a cura di Andrea Spagnolo e Stefano Saluzzo, 2017
5. *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*. A cura di Paolo Gallo, Geo Magri, Margherita Salvadori, 2017
6. *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici.* A cura di Ferdinando Zuccotti e Marco A. Fenocchio, 2018