

MARIO VARVARO

La compravendita di animali appartenenti alle *res mancipi*
in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza
fra Baviera, Pernice e Mommsen

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LVI
(2013)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI REDAZIONE

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

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

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

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

NOTE

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

VARIE

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

MARIO VARVARO

La compravendita di animali appartenenti alle *res Mancipi*
in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza
fra Baviera, Pernice e Mommsen

ABSTRACT

In the light of the unpublished correspondence between Giovanni Baviera, Theodor Mommsen and Alfred Pernice some aspects of the debate about the belonging of some animals to the category of the *res Mancipi* are reconstructed, the basis of interpretation being some passages of Varro's *De re rustica* compared with the Gaius' Institutions.

PAROLE CHIAVE

Giovanni Baviera; Theodor Mommsen; Alfred Pernice; Varrone; *emptio uenditio*; *res Mancipi* e *res nec Mancipi*.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La corrispondenza come materiale destinato alla circolazione nella comunità scientifica. 3. La questione relativa alla vendita di animali appartenenti al novero delle *res mancipi* in Varrone e in Gaio e il quesito posto per iscritto da Baviera a Mommsen. 4. La fortuna della soluzione proposta da Baviera circa l'interpretazione dei brani del *De re rustica* di Varrone nella storiografia successiva. 5. I testi delle lettere e delle cartoline.

1. Conclusi a Pisa gli studi giuridici cominciati a Palermo, nel 1898 Giovanni Baviera (1875-1963)¹ si recò per un biennio a Berlino, Strasburgo e Parigi grazie a una borsa di stu-

¹ Figlio di Ignazio Baviera, Consigliere alla Corte di Cassazione e poi Primo Presidente onorario di Corte di appello, Giovanni Baviera nacque a Modica nel 1875. Dopo due anni di studio a Palermo si trasferì a Pisa, dove si laureò in giurisprudenza nel 1897. Lì ebbe modo di conoscere Filippo Serafini (1831-1897) e Francesco Buonamici (1832-1921), ma anche Ettore Pais (1856-1939), Santi Romano (1875-1947) e Lodovico Mortara (1855-1937). L'anno dopo la laurea si recò in Germania e in Francia per perfezionare i propri studi. A Strasburgo entrò in contatto con Otto Lenel (1849-1935). In Italia si legò a Vittorio Scialoja (1856-1933), a Contardo Ferrini (1859-1902) e a Salvatore Riccobono (1864-1958), con i quali coltivò uno scambio epistolare che meriterebbe di essere integralmente pubblicato. Nel 1899 – a soli due anni dalla laurea – ottenne per titoli la libera docenza di Istituzioni di diritto romano a Pisa; nel 1901 quella di Storia del diritto romano a Modena e quella di Diritto romano a Roma. Sempre nel 1901 ottenne l'incarico di Storia del diritto romano all'università di Palermo. Già nel 1903 divenne titolare della cattedra per concorso, dapprima come professore straordinario e dal 1907 come professore ordinario. A Palermo tenne anche la cattedra di Diritto civile e dal 1907, su incarico della facoltà, quella di Scienza delle finanze e diritto finanziario. Nel 1912 fu chiamato all'università di Pisa e nel 1914 a Napoli, dove insegnò anche Diritto internazionale e Diritto musulmano in seguito alla conquista italiana della Libia, avvenuta nel 1912. In questa occasione tradusse e annotò il *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola Sciafeita* dell'olandese Theodoor Willem Jan Juynboll (1802-1861), pubblicandolo a Milano nel 1916. Pur iscritti nel 1906 all'Albo degli Avvocati della Corte di Cassazione di Napoli, non esercitò mai la professione forense. Con lo scoppio del primo conflitto mondiale ottenne di continuare a prestare servizio militare come ufficiale di complemento, pur avendo raggiunto i limiti di età, nel Settore costiero di Capo Granitola-Pantelleria-Marsala. Nel dicembre del 1915 tornò a insegnare a Napoli su richiesta dell'università al Ministero della Guerra. Durante gli anni del conflitto svolse anche attività di pubblicista, scrivendo numerosi articoli per *La Perseveranza* di Milano. Nel 1919 fu eletto deputato per la XXV legislatura nel collegio elettorale di Avellino, divenendo Presidente del gruppo parlamentare misto. Fu rieletto nel 1923 per la legislatura successiva, nei difficili anni in cui con la marcia su Roma il fascismo aveva già deciso in Italia la svolta politica che ne avrebbe segnato il destino per il ventennio successivo. Dopo aver assistito personalmente all'irruzione di un gruppo di squadristi fascisti a casa di Francesco Saverio Nitti (1868-1953) nel quartiere Prati della capitale, presentò un'interrogazione parlamentare alla Camera dei deputati (Tornata di venerdì 30 novembre 1923). Fu solidale nei confronti dei colleghi allontanati dall'insegnamento perché ebrei. Nei primi anni Trenta fece anche parte della Commissione Reale per la riforma del codice civile, nell'ambito della quale fu impegnato nei lavori della sottocommissione incaricata della revisione del primo libro. A Napoli si legò a Benedetto Croce (1866-1952). Con quest'ultimo, così come con Nitti, Filippo Turati (1857-1932) e Giovanni Amendola (1882-1926), condivise le posizioni antifasciste. Gli stessi ideali lo legarono al collega Vincenzo Arangio-Ruiz (1884-1964). Ebbe contatti anche con Luigi Einaudi (1874-1961), Enrico De Nicola (1877-1959) e Alcide De Gasperi (1881-1954). Perseguitato per le sue idee politiche, nel 1926 Baviera abbandonò Napoli per tornare a insegnare a Palermo, dapprima Diritto pubblico romano e dal 1932 Istituzioni di diritto romano. Anche nel capoluogo siciliano continuò a svolgere, seppur clandestinamente, la propria attività politica. Per non destare sospetti, organizzò a casa sua il «Circolo dello scopone», che dietro la facciata di riunioni per giocare a carte raccoglieva un cenacolo di liberali che esercitavano le «mormorazioni» contro il regime fascista. La circostanza di non essere iscritto al Partito Nazionale Fascista fu addotta come ragione per negargli ulteriori incarichi di insegnamento, anche se richiesti a titolo gratuito.

dio vinta in un concorso bandito fra i giovani laureati dal Ministero italiano della Pubblica Istruzione.

Nella capitale tedesca, dove si perfezionò negli studi romanistici sotto la guida di Alfred Pernice (1841-1901)² ed Ernst Eck (1838-1901),³ il giovane ebbe l'occasione di allacciare contatti anche con altri studiosi, fra cui Moritz Voigt (1826-1905)⁴ e Theodor Mommsen (1817-1903).⁵

Alla luce di alcune lettere e cartoline inedite è possibile ricostruire i rapporti che legarono lo studioso siciliano a Pernice e a Mommsen con particolare riguardo a uno scambio epistolare relativo all'interpretazione di alcuni brani del *De re rustica* di Varrone⁶ che riguardavano l'acquisto di taluni animali. Di questi brani, in realtà, Baviera aveva cominciato a occuparsi quando, studiando i contrasti fra Sabiniani e Proculiani, si era imbattuto nel noto passo delle Istituzioni di Gaio in cui si riferivano le diverse interpretazioni in ordine al momento in cui gli animali da tiro e da soma cominciavano a considerarsi appartenenti alle *res mancipi*. Per i Sabiniani, infatti, essi erano *res mancipi* già dalla nascita, mentre per i Proculiani divenivano

Durante l'occupazione degli Alleati in Sicilia il Governo militare (*Allied Military Government of Occupied*) lo nominò Rettore dell'ateneo palermitano. Pur con qualche riluttanza, su suggerimento del collega Andrea Guarneri Citati (1894-1944) decise di «inghiottire il rospo» e accettare l'incarico. Baviera continuò a impegnarsi in politica contro il movimento separatista che mirava a rendere l'Isola indipendente dallo stato italiano, che considerava «un movimento voluto da parecchi ambiziosi e da chi aspirerebbe (nel verificarsi) di pescarvi dentro per interessi personali.» In questa prospettiva scrisse un manifesto che firmò insieme a Enrico La Loggia (1872-1960) e Bernardo Mattarella (1905-1971). Nel 1945 fece parte della Consulta incaricata di stilare il testo dello Statuto siciliano. Rifiutò invece la proposta di ricoprire la carica di Alto Commissario per la Sicilia. Riconfermato dai colleghi nell'incarico di Rettore dell'ateneo palermitano, Baviera continuò a svolgerlo dedicandosi «alla ricostruzione degli edifici universitari e al riassetto degli istituti scientifici colpiti della guerra nonché la messa a punto, quando non la soluzione, degli altri problemi più rilevanti ed urgenti, connessi alla vita e allo sviluppo dello Studio palermitano.» (Einaudi a Baviera, Roma 16.12.1950, inedita, in Archivio Baviera, s.n.). Nel 1950, all'abbandono dell'insegnamento e del rettorato per raggiunti limiti di età seguì la nomina a professore emerito. Su incarico del collega Lauro Chiazzese (1903-1957), succedutogli nel rettorato, gli fu affidata la direzione della biblioteca universitaria dell'ateneo palermitano. Pur continuando a restare vicino al Partito Liberale Italiano, non fu attivamente occupato in politica. Ritiratosi a vita privata, si spense a Palermo nel 1963, circondato dall'affetto dei familiari, all'età di 88 anni. Sulla vita e sulle opere di Baviera v. B. ALBANESE, *Giovanni Baviera*, in Labeo 10, 1964, 311 s. [= *Scritti giuridici* 2 (a c. di M. Marrone), Palermo 1991, 1909-1910]; C. SANFILIPPO, *Giovanni Baviera*, in *Iura* 15, 1964, 188 s.; M. MARRONE, *Romanisti professori a Palermo*, in *Index* 25, 1997, 596 s. [= G. PURPURA (a cura di), *La Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo. Origini, vicende ed attuale assetto*, Palermo 2007, 176 ss.]; G. D'ANGELO, s.v. *Baviera*, *Giovanni*, in DBGI, I, Bologna 2013, 199.

² Su Pernice v. B. KÜBLER, *Alfred Pernice*. †, in DJZ 6, 1901, 451 s.

³ Su Eck v. R. LEONHARD, *Ernst Eck*. †, in DJZ 6, 1901, 61 s.

⁴ Su Voigt v. *Voigt, Moritz*, in DBE 10, München 1999, 238.

⁵ Su Mommsen v., in breve, J. SCHRÖDER, *Theodor Mommsen*, in G. KLEINHEYER-J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*⁴, Heidelberg 1996, 286 ss., con ulteriore bibliografia.

⁶ Varr., *de re rust.* 2.6.3; 2.7.6; 2.8.3. Per la datazione di quest'opera di Varrone in un arco di tempo compreso fra il 37 e il 34 a.C. v. la bibliografia citata in S. VIARIO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova 2011, 22, nt. 2, e in S.A. CRISTALDI, «*Ut bonum pares pecus*». In tema di acquisto di *res mancipi*, secondo la testimonianza di Varrone, in TSDP 5, 2012, 2 s., nt. 6.

tali solamente a partire dal momento in cui venivano addestrati, e, nell'ipotesi in cui ciò non potesse avvenire '*propter nimiam feritatem*', una volta raggiunta l'età in cui solevano essere domati.⁷

Al contrasto fra le due *sectae* di giuristi romani Baviera aveva dedicato uno studio di respiro monografico, pubblicato a Palermo e a Firenze in due versioni e con due titoli differenti nello stesso anno in cui, vinta la borsa di studio per recarsi all'estero, era giunto a Berlino.⁸

Soltanto in una di queste due versioni il giovane autore accenna alla propria corrispondenza con Mommsen sulla questione relativa agli animali appartenenti alle *res Mancipi*. Ciò fornisce un elemento utile a stabilire che la versione fiorentina del libro è posteriore rispetto a quella palermitana e che essa fu data alle stampe in un momento successivo all'estate del 1898.⁹

Nell'ambito del suo studio Baviera aveva cominciato a riflettere sulle opinioni enunciate dalla storiografia precedente a proposito degli animali ricompresi nella categoria delle *res Mancipi*. Ne aveva discusso con Pernice,¹⁰ che alla fine del giugno del 1898 gli aveva inviato una cartolina in tedesco [Nr. 1], nella quale esprimeva la propria opinione sull'interpretazione suggerita da Voigt. Secondo quest'ultimo studioso, infatti, solamente in un'epoca successiva a Varrone vi sarebbe stato un mutamento nell'ordinamento giuridico vigente, compiutosi nel senso di includere nella categoria delle *res Mancipi* anche animali che non ne avrebbero originariamente fatto parte, come asini, cavalli, buoi e muli.¹¹ Una conclusione del genere non era ritenuta condivisibile da Pernice, il quale segnalava come essa fosse stata confutata ampiamente e con successo in uno studio dedicato da Pietro Bonfante (1864-1932)¹² alle *res Mancipi* e *nec Mancipi*.¹³

⁷ Gai 2.15.

⁸ G. BAVIERA, *Le due sette dei Giureconsulti Romani*, Palermo 1898; Id., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze 1898 (rist. anast. Roma 1970).

⁹ Alla lettera di Mommsen, infatti, non si allude nella versione dell'opera stampata a Palermo (G. BAVIERA, *Le due sette*, cit., 59 ss.): cfr. *infra*, nt. 20.

¹⁰ G. BAVIERA *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 70; Id., *Nota alla dottrina delle 'res Mancipi' e 'nec Mancipi'*, in RIGS 27, 1899, 177 ss. = *Scritti giuridici di Giovanni Baviera Professore ordinario nella R. Università di Palermo*, I. *Diritto romano*, Palermo 1909 (da cui si cita), 84.

¹¹ M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, IV: *Die gemeinsame Tendenz des jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, Leipzig 1875, 567 ss.. La stessa opinione è sostenuta e difesa dalle critiche mosse da Bonfante anche in M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1892, 439 s., nt. 36. In proposito è opportuno ricordare che un mutamento del catalogo delle *res Mancipi* è stato ipotizzato anche da altri studiosi, ora nel senso di un'oscillazione, ora nel senso di un restringimento, ora nel senso di un ampliamento: sul punto v. P. BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, II. *Proprietà e servitù*, Torino 1918, 109.

¹² Su Bonfante v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, s.v. *Bonfante, Pietro*, in DBGI, I, cit., 292 ss.

¹³ P. BONFANTE, «*Res Mancipi*» e «*nec Mancipi*», Roma 1888-1889, 111 (che conosciamo solamente grazie alla citazione di G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 81, nt. 3), poi ripubblicato in Id., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* («*Res Mancipi*» e «*res nec Mancipi*»), in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 1 ss., spec. 110 ss., dove contro la spiegazione di Voigt si rileva che «è troppo strano ammettere che l'insufficienza della *traditio* pel trasferimento della proprietà negli animali da tiro e da soma, e la necessità di tutte quelle garanzie d'ogni specie che circondano l'alienazione delle *res Mancipi*, siasi sentita in età in cui, da un lato per la profonda e rapida trasformazione nei costumi, nella vita e nell'economia romana, codesti oggetti,

A nemmeno un mese di distanza dal momento in cui ricevette la cartolina di Pernice Baviera si rivolse per iscritto a Mommsen con una lettera in italiano [Nr. 2], scritta dalla casa della *Zimmerstraße*, dove aveva preso alloggio a Berlino. In essa il giovane chiedeva un *responsum* relativo a quella che gli sembrava l'interpretazione più corretta dei passi di Varrone dei quali si era occupato.

Non si hanno notizie sulla genesi di questa iniziativa. Forse dietro di essa si nascondeva un suggerimento di Pernice o un incoraggiamento da parte di Ettore Pais (1856-1939),¹⁴ che di Mommsen era stato allievo a Berlino,¹⁵ e conosciuto da Baviera durante gli anni trascorsi a Pisa.¹⁶

Una settimana dopo Mommsen rispose con una lettera in italiano [Nr. 3; v. fig. 1], nella quale espresse il parere che gli era stato richiesto. Il giorno successivo inviò al giovane una cartolina postale [Nr. 4], sulla quale aveva appuntato un passo di Varrone che aveva dimenticato di menzionare nella lettera.

intimamente connessi con la vita rurale antica, erano decaduti dall'antica importanza, dall'altro lato anche la *traditio* di una *res m.* veniva ad essere garantita come un vero dominio» (*ibid.*, 111-112), aggiungendosi «che v'ha pure contro l'opinione del Voigt ragioni decisive di ordine positivo» (*ibid.*, 113), essendo inverosimile che Gaio non sapesse che «gli animali da tiro e da soma fossero stati aggiunti al catalogo delle *res Mancipi* soltanto in un periodo così recente», e che difficilmente il giurista «avrebbe potuto dire che questi soli animali erano stati annoverati tra le *res Mancipi*, e non già gli elefanti e i cammelli, perchè all'epoca non si conoscevano neppure di nome» (*ibid.*, 113). Bonfante conclude accogliendo, «con lievi modificazioni», l'opinione di Ballhorn-Rosen (per cui v. *infra*, § 3, e ivi nt. 45), ritenendo che non sarebbe assurdo «che nella pratica il costume generale fosse di trasferire questi animali, che, per la rapida ruina dell'agricoltura romana, già prima di Varrone erano decaduti dall'antico pregio, colla semplice tradizione, e codesto costume generale col tempo avesse quasi acquistato il valore e il rispetto di un costume giuridico» (*ibid.*, 112), spianando la strada alla formulazione della tesi proculiana secondo cui giovenchi e puledri sarebbero divenuti *res Mancipi* solamente una volta domati.

¹⁴ Dopo aver studiato a Lucca, nel 1878 Pais si laureò in lettere all'università di Firenze. Nel 1881 si perfezionò a Berlino sotto la guida di Mommsen. Fra il 1880 e il 1884 fu attivo in Sardegna, dove fondò il museo archeologico dell'università di Sassari e fu direttore del Museo di Cagliari. Dal 1886 tenne la cattedra di Storia antica nell'università di Palermo, passando nel 1888 a Pisa e poi a Napoli (1899-1904), dove dal 1910 al 1914 fu direttore del Museo archeologico. Dal 1906 insegnò all'università di Roma.

¹⁵ Del mantenimento dei rapporti fra i due si trova traccia nelle numerose lettere di Pais a Mommsen, custodite a Berlino in SPK, Nachlass Mommsen I, 92: Pais, Ettore; spesso esse cominciano con le parole «Illustre S. Maestro» o «Illustre e Venerato S.^t Maestro».

¹⁶ Cfr. *supra*, nt. 1. Che il contatto fra Mommsen e Baviera fosse stato favorito da Pais potrebbe forse dedursi da quanto si legge alla fine della lettera del 21.7.1898 [Nr. 2].

Egizio lingua,
 Li tratta di sei passi di Varrone relativi al ^{2o} acquisto
 dei sei generi di animali che servono al coltello:
 - oves 2, 2, 6
 - caprae 2, 3, 5
 - ovres puerari 2, 5, 11
 - asini 2, 6, 3
 - capri 2, 7, 6
 - muli 2, 8, 3
 Vengono tutti (comunque il nome dell'autore non si pone
 se non nel secondo, terzo e quinto) dal manuale del
 Manilio. Così si chiama ne tre passi suddetti e de p. c.
 7, 10^o nel testo di Cicerone de or. 1, 58, 246 (di cui
 si chiama Manilio o Manlio).

Fig. 1 – Mommsen a Baviera, Charlottenburg 28.7.1898, in Archivio Baviera, s.n., f. 1r (particolare).

Ricevuta la risposta, Baviera tornò a scrivere a Mommsen, questa volta in tedesco, per ringraziarlo della lettera ricevuta [Nr. 5; fig. 2].

Dopo aver riflettuto su quanto gli era stato comunicato, Baviera spedì a Mommsen un'ultima lettera scritta, come la prima, in italiano [Nr. 6]. In essa lo studioso siciliano sottopose la propria idea sulla interpretazione dei passi di Varrone, annunciando anche una propria visita, per continuare a discutere con Mommsen della questione. Non si sa come andò quell'incontro, né la lingua in cui i due decisero di parlarsi. Dagli scritti di Baviera si può ricavare che Mommsen confermò l'interpretazione dei passi suggerita dal giovane.

La riflessione su di essi avrebbe dato vita, oltre che a un articolo specifico dedicato alle *res Mancipi* e *nec Mancipi* apparso sulle pagine della *Rivista italiana di scienze giuridiche* nel 1899,¹⁷ anche a una parte di un altro contributo sui *monumenta* di Manilio pubblicato nel 1903.¹⁸ Tanto nella versione fiorentina del libro sul contrasto fra le due *sectae* di giuristi quanto nell'articolo, Baviera – mutando opinione rispetto alla convinzione espressa in

¹⁷ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit.

¹⁸ G. BAVIERA, *I "Monumenta", di Manilio e il «jus Papirianum»*, in AG 71, fasc. 2, 1903, 255 ss. [= *Scritti giuridici*, I, cit., 37 ss.].

acc. ms. 1933. 124.
Mommsen

Berlin 29 Juli 1898 5

I
 Hochzuverehrender Herr!

Gute Morgen es hat ich für mich sehr angenehmes Befunden
 bin mit dem respansum auf meine Frage.

In einigen Tagen werde ich mich die Ihre geben,
 Ihnen hierfür meinen herzlichsten Dank gegen-
 lich auszusprechen.

Ich bitte Ihnen vorüberstimmend die Hand und bin
 mit ausgezeichnetster Verehrung

Ihr dankbar ergebener
 D. j. Giovanni Baviera
 Zimmerstraße 3-4/II.

Fig. 2 – Baviera a Mommsen, Berlin 29.7.1898, in SPK, Nachlass Mommsen I, 5, f. 3r.

precedenza¹⁹ – riprodusse con alcune modifiche due passi della lettera di Mommsen del 28.7.1898,²⁰ e, come si è accennato, riferì di aver discusso della questione con Pernice oralmente e per iscritto.²¹

Le lettere di Baviera a Mommsen [Nrr. 2, 5 e 6] fanno parte, insieme a moltissime altre lettere, del *Nachlass Mommsen I* conservato nella *Handschriftenabteilung* della *Staatsbibliothek zu Berlin – Preussischer Kulturbesitz*.²² Le cartoline e le lettere di Pernice [Nr. 1] e di Mommsen [Nrr. 3 e 4], invece, si trovano oggi nell'archivio privato custodito nella casa di via Ariosto a Palermo dagli eredi di Baviera.²³

2. I testi della lettera e della cartolina di Mommsen [Nrr. 3 e 4] saranno editi prossimamente insieme a quello delle altre lettere di Mommsen agli italiani nell'ambito di un progetto diretto da Marco Buonocore.²⁴ Sembra opportuno, tuttavia, pubblicare l'intero carteggio

¹⁹ Cfr. *infra*, § 3, nt. 49.

²⁰ G. BAVIERA, *Le due scuole*, cit., 71, nt. 1: «Dal venerando 'Maestro di color che sanno' ho avuto la fortuna di un suo parere scritto in proposito, di cui riporto qui il brano corrispondente: «Perciò quanto al risultato sono perfettamente del suo avviso, che questi passi pur se non privi d'interesse non hanno nulla da fare colla controversia se i giovenchi entrino o non entrino nelle 'res mancipi': se vi avesse pensato, certo troveremmo un cenno della differenza che, peraltro, riferisce (2, 5, 11).» Allude il sommo Maestro alla differenza tra i 'boves domitos' e gli 'indomitos' che fa Varrone»; G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 82: «Evidentemente l'uomo pratico, da cui provengono questi passi, non ha punto pensato alla 'mancipatio', ma alla 'traditio', tanto più che questa si richiede anche fatta la mancipazione, mentre Varrone dell'asino, che è ben 'res mancipi', richiede la 'traditio'. Al mio avviso questi passi dimostrano che praticamente gli animali 'r.m.' quanto 'n.m.' si acquistavano mediante 'traditio', e che dell'atto solenne della 'mancipatio' nella vita comune se ne faceva a meno» (cfr. quanto si legge nei ff. 1u-2r della lettera di Mommsen a Baviera [Nr. 3]). G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 95: «Perciò, quanto al risultato, sono perfettamente del suo avviso che questi passi, pur se non privi d'interesse, non hanno nulla da fare con la controversia se i giovenchi entrino o non entrino nelle 'res mancipi': se Varrone vi avesse pensato, certo troveremmo un cenno della differenza, che, per altro, riferisce (2, 5, 11)» (cfr. quanto si legge nel f. 2r della lettera di Mommsen [Nr. 3]).

²¹ Cfr. *supra*, nel testo e nt. 10.

²² Del *Nachlass Mommsen I* custodito nella *Staatsbibliothek* di Berlino fanno parte quasi tutte le lettere inviate a Mommsen, a dispetto del desiderio espresso in una clausola del suo testamento secondo cui la maggior parte di queste lettere dovesse essere distrutta subito dopo la sua morte: v. A. WUCHER, *Theodor Mommsen. Geschichtschreibung und Politik*, Göttingen-Berlin-Frankfurt [a. M.] 1956, 218 s., qui 219: «Meine Briefschaften und sonstige Papiere sollen nach meinem Tode meinen Söhnen Karl und Ernst zur Sichtung übergeben werden, wobei sie meine Frau nach Ermessen hinzuziehen und ihre Wünsche berücksichtigen werden. Da ich nicht die Gewohnheit hatte, empfangene Briefe zu kassieren, so wird bei weitem das Meiste sofort zu vernichten sein.» Come ricordato da L. WICKERT, *Theodor Mommsen. Eine Biographie*, I. *Lehrjahre 1817-1844*, Frankfurt am Main 1959, 1, il *Nachlass* di Mommsen conservato a Berlino è diventato accessibile solamente nel 1933, dopo trent'anni dalla sua morte. Le lettere scritte da Mommsen sono conservate nel *Nachlass Mommsen II*. Le lettere di Mommsen ai suoi familiari sono invece custodite nel *Deutsches Literaturarchiv* di Marbach.

²³ Di esse si è potuto prendere visione grazie alla pronta disponibilità manifestata dagli eredi di Giovanni Baviera, e in particolare dalla Dott.ssa Cristina Baviera, che si ringrazia in modo particolare per la cortesia e la liberalità con cui ha voluto facilitare la consultazione dei documenti custoditi nell'archivio del nonno.

²⁴ I primi risultati di questo progetto sono già consultabili in rete al seguente indirizzo internet: www.mommsenlettere.org

fra Mommsen e Baviera, unitamente al testo della cartolina di Pernice sullo stesso tema [Nr. 1]. Tali testi, infatti, si comprendono meglio se letti nel contesto dello scambio epistolare.²⁵ Ciò consentirà di commemorare il romanista siciliano a cinquant'anni dalla sua scomparsa, richiamando un contributo che manifesta già nella prima produzione scientifica di un autore ancora giovanissimo la stessa indipendenza di pensiero in seguito costantemente professata anche nella vita pubblica, pur nel rispetto ossequioso nutrito nei confronti di chi avesse maturato maggiori esperienze.²⁶

In questo contesto, inoltre, sarà possibile ricostruire una fra le numerose vicende di confronto fra generazioni di studiosi che si manifesta con tutte le peculiarità del genere epistolare ancora sino alla fine dell'Ottocento. Oltre al carattere dialogico²⁷ che ne rappresenta un elemento costitutivo, infatti, lo scambio di lettere si situa su un terreno che sta a metà fra il pubblico e il privato, in prossimità della «giuntura fra sfera individuale e sfera collettiva» intorno alla quale si costituisce lo spazio discorsivo che dà vita alla costruzione del discorso scientifico.²⁸ Come avviene in casi non di certo isolati, fra cui anche quello del carteggio qui considerato, lettere e cartoline potevano essere pensate come uno strumento che non esauriva la propria funzione nell'ambito di un contatto necessariamente destinato a rimanere nella sfera privata del mittente e del destinatario.²⁹ Ancora fino ai primi del Novecento non sono isolati i casi nei quali le comunicazioni scritte potevano essere concepite come materiale destinato a una più ampia circolazione attuata mediante la loro pubblicazione totale o parziale,³⁰ allo scopo di richiamarne l'*auctoritas* e farne valere il contenuto come «argomento di verità, in quanto tale

²⁵ Sul punto v. quanto opportunamente osservato da A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica: i carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Milano 2001, 19: «Ogni lettera si pone ... come segmento di una sequenza, potenziale o realizzata che sia. Appartiene alla concatenazione di un carteggio il quale non è solo una somma di frammenti eterogenei, ma anche un campo di strategie discorsive e di interazioni collegate in un unico spazio, in una struttura che trascende il singolo «autore» e produce a sua volta un discorso proprio, generatore aggiuntivo di significati.»

²⁶ La devozione di Baviera nei confronti di Mommsen si mantenne anche dopo la morte di quest'ultimo, come può ricavarsi dalla recensione al primo volume delle *Gesammelte Schriften* pubblicata nel 1905: G. BAVIERA, Rec. a *Mommsen Theodor – Gesammelte Schriften. I. Abteilung: Juristische Schriften. Erster Band*, ne Il Circolo giuridico 36, 1905, 28 s.

²⁷ In proposito è stato rilevato che le lettere di un carteggio «simulano il dialogo in ciò che di fatto è un monologo, disciplinano con le metafore di una prossimità immaginaria il differimento effettivo dello scambio, mascherano con la retorica della spontaneità e dell'immediatezza l'artificio e lo scarto»: così A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 18.

²⁸ Al riguardo v. ancora A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 16.

²⁹ Cfr. A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 19, dove si nota che il contenuto delle lettere «per quanto confidenziale possa sembrare, è un resoconto rivelato documentalmente di situazioni e di accadimenti, che si presta pertanto senza difficoltà a trasformarsi in una comunicazione aperta a più destinatari, violando esso stesso il proprio segreto nella oscillazione ambigua tra visibilità e nascondimento, tra connessione e mistificazione.»

³⁰ Sul punto v. J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, 15-16; C. VANO, «Il nostro autentico Gaio». *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000, 58 e 61; A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 15 ss.; M. VARVARO, *Zwei wiederentdeckte Briefe Niebuhrs vom 23.9.1816 und ein anonymer Aufsatz in der 'Allgemeinen Literatur-Zeitung'*, in TRG 80, 2012, 191.

trasmissibile ed anzi spesso destinato intenzionalmente ad essere ulteriormente trasmesso».³¹

Alla luce di queste osservazioni non è difficile individuare le ragioni per le quali lettere e cartoline in entrata fossero sistematicamente conservate dal destinatario, talora provviste di appunti relativi alla data in cui si era risposto, in modo da consentire, unitamente alle minute di quelle in uscita, di ricostruire anche a distanza di tempo un dialogo avvenuto in forma epistolare.³²

Nello scrivere a Mommsen, l'intento di Baviera era quello, peraltro dichiarato, di provocare un *responsum* da allegare a conforto di una propria interpretazione. Da questo punto di vista egli si riallacciava a un uso ampiamente attestato già dai primi anni dell'Ottocento. Non è un caso che, ricevuta la lettera in cui Mommsen confermava l'ipotesi che si sentiva di poter proporre, lo studioso siciliano si preoccupasse di citarla per fondare il valore dell'opinione espressa su un *argumentum ex auctoritate*. L'idea che può scorgersi dietro questo modo di pensare è quella di un vero e proprio rafforzamento proveniente da parte di qualcuno che aveva saputo guadagnarsi un peso unanimemente riconosciuto nella comunità scientifica.

Benché negli ultimi anni del diciannovesimo secolo Julius Petersen (1878-1941) non avesse ancora elaborato il concetto di 'generazione' per spiegare l'essenza del Romanticismo come fenomeno letterario,³³ sembra che il giovane Baviera volesse impiegare il parere ottenuto da uno dei più autorevoli esponenti di una precedente generazione di studiosi come una sorta di spada di Brenno da gettare su uno dei due piatti della bilancia che raccoglievano le opinioni sino a quel momento espresse sulla questione che stava affrontando. Si comprende bene, in questa ottica, come nei propri scritti lo studioso siciliano si richiamasse esplicitamente alla «autorità» del «venerando 'Maestro di color che sanno'»³⁴ e alla «autorità» di Pernice.³⁵ Nella stessa ottica vanno considerate le parole con le quali il giovane si rivolgeva a Mommsen, pregandolo di volergli dare un parere «che tagliando come la spada d'Alessandro il nodo gordiano illumini e dissipi il dubbio» [Nr. 2, f. 2r]. Nella trama di rapporti così impostati si può scorgere chiaramente il filo che lega gli studiosi di una generazione a quelli che li hanno preceduti.

L'osservazione induce a confrontare questo approccio, da cui è ormai passato oltre un secolo, con quello ancor oggi adottato dagli studiosi delle discipline storico-giuridiche che fanno ricorso nei propri scritti all'*argumentum ex auctoritate*, talora senza impiegare ulteriori elementi, per corroborare le idee che si sentono di dover seguire.

Si spiega così come chi si sia guadagnato una posizione autorevole nella propria generazione continui a influenzare in modo decisivo il pensiero delle generazioni successive. Queste si sentono talora schiacciate dal peso dell'autorità di chi li ha preceduti e ad accettarne le interpretazioni come se fossero verità ormai definitivamente acquisite. Un esempio emblematico, in questo senso, è costituito proprio da Mommsen, le cui idee, per quanto superate o contraddette alla luce dei progressi compiuti dalla storiografia anche in base a fonti scoperte

³¹ Così A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 33.

³² Cfr. C. VANO, «*Il nostro autentico Gaio*», cit., 60.

³³ J. PETERSEN, *Die Wesenbestimmung der deutschen Romantik. Eine Einführung in die moderne Literaturwissenschaft*, Leipzig 1926.

³⁴ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 82 e 95. Cfr. ID., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 71.

³⁵ G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 70; ID., *Nota alla dottrina*, cit., 84.

successivamente alla sua morte, si tramandano tutt'oggi indisturbate «nei placidi anfratti»³⁶ della manualistica. Per fare un solo ma significativo esempio, può ricordarsi come la distinzione fra magistrature 'ordinarie' e 'straordinarie', concepita da Mommsen nel quadro di un'impostazione che si spingeva addirittura a qualificare il *rex* come magistrato unico e vitalizio, continui ancora a tenere il campo nelle trattazioni dedicate al diritto pubblico romano benché sia del tutto sprovvista di riscontri nelle testimonianze di cui disponiamo.

Può accadere in questo modo che un'idea o anche solo un'ipotesi formulata da uno studioso considerato come un'autorità finisca per radicarsi in un determinato settore di studi e si irrobustisca sempre più grazie ai consensi ottenuti da quanti ne abbiano condiviso, spesso senza discuterli adeguatamente, presupposti e conseguenze. Nel sistema di citazioni 'a cascata' l'*argumentum ex auctoritate* finisce per trasformarsi così in una sorta di *argumentum e quantitate* che acquista il valore di una certezza assoluta. È questo uno dei canali attraverso i quali tendono a formarsi alcuni dogmi, destinati a non essere messi più in discussione e che condizionano più o meno consapevolmente il modo stesso di impostare molte delle questioni che continuamente si presentano lungo i cammini della ricerca.

3. Come si accennava, il quesito posto da Baviera a Mommsen concerne la questione relativa al tipo di negozio giuridico necessario per l'acquisto della proprietà di alcuni animali che rientravano nel novero delle *res Mancipi*. Fino a quando nel 531 non fu formalmente abolita la distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*,³⁷ infatti, la rilevanza della *magna differentia* – come la chiama Gaio³⁸ – che nel diritto romano contrapponeva la prima categoria di *res* alla seconda si traduceva nelle diverse modalità richieste per il trasferimento *pleno iure* della loro proprietà. Secondo il regime descritto per l'età classica tanto nelle Istituzioni di Gaio quanto nei *Tituli ex corpore Vlpiani*, difatti, per i beni appartenenti alle *res Mancipi* la proprietà si sarebbe trasferita facendo ricorso alla *mancipatio* o alla *in iure cessio*, mentre per tutti gli altri beni sarebbe stata sufficiente la semplice *traditio*, purché si trattasse di *res corporales*.³⁹ Alle *res Mancipi* appartenevano alcuni animali da tiro e da soma, come buoi, cavalli, muli e asini,⁴⁰ che nell'economia agricolo-pastorale della Roma delle origini giustificavano la loro inclusione fra le *res pretiosiores*. Ciò varrebbe a spiegare come in relazione al trasferimento della loro proprietà – se di proprietà può parlarsi per l'epoca più antica – si richiedevano

³⁶ L'immagine è di G. ARICÒ ANSELMO, 'Ius publicum'-'ius privatum' in *Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in AUPA 37, 1983, 450.

³⁷ L'abolizione si ebbe con una delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* emessa dalla cancelleria giustiniana nel 531 (Cl. 7.31.1.5: *Cum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*).

³⁸ Gai 2.18: *Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi*.

³⁹ Cfr. Gai 2.18-22; Tit. Ulp. 19.1.3; 7.

⁴⁰ Un celebre elenco delle *res Mancipi* è riferito in un passo del secondo commentario delle Istituzioni di Gaio (Gai 2.14a-15) che, seppur tramandato in modo assai lacunoso nel f. 62r del palinsesto veronese, che è *bis rescriptum* (cfr. *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsiae 1874, 57), è stato ricostruito dagli editori con una certa sicurezza grazie ad alcuni passi paralleli, fra i quali quello dei *Tituli ex corpore Vlpiani* contenente un elenco delle *res Mancipi* (Tit. Ulp. 19.1.1).

forme giuridiche più gravose di una semplice consegna.⁴¹

Nei passi del *De re rustica* di Varrone considerati da Baviera, tuttavia, si discorre di *traditio* anche in relazione all'acquisto di buoi, cavalli, muli e asini, ossia di animali che, appartenendo alle *res Mancipi*, avrebbero dovuto essere alienati con *mancipatio* o *in iure cessio*. Ancor prima della scoperta del palinsesto veronese che tramandava le Istituzioni di Gaio, avvenuta nel 1816,⁴² già nel XVIII secolo era stata rilevata una presunta contraddizione fra le notizie che si leggono in Varrone e il regime descritto per l'età classica nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, e successivamente confermato dal testo delle Istituzioni di Gaio.

Per tentare di conciliare le notizie del *De re rustica* con quelle riferite nelle fonti giuridiche appena richiamate sono state formulate varie spiegazioni,⁴³ fra cui anche quelle che hanno ipotizzato un mutamento di regime giuridico o un ampliamento del novero delle *res Mancipi* intercorso fra l'epoca di Varrone e quella di Gaio.

Quest'ultima opinione, in particolare, era stata sostenuta da Voigt. Per sanare la presunta contraddizione fra i passi varroniani e le Istituzioni di Gaio, tale studioso – come si è ricordato – aveva fatto ricorso all'ipotesi di un mutamento nell'ordinamento giuridico vigente che solamente in un'età successiva a Varrone si sarebbe compiuto nel senso di includere nella categoria delle *res Mancipi* asini, cavalli, buoi e muli: questa soluzione sarebbe stata suggerita dalle leggi generali in materia di conoscenza storica.⁴⁴

Dopo attenta riflessione, invece, Baviera pensava che la migliore soluzione fosse quella suggerita da Friedrich Ernst Ballhorn (1774-1855)⁴⁵ e successivamente ripresa da Bonfante. Secondo tale interpretazione, Varrone non avrebbe avuto affatto l'intenzione di specificare con precisione giuridica il modo di acquistare la proprietà di beni appartenenti alla *res pecuaria* in modo da potersi tutelare verso qualunque terzo, bensì di indicare gli accordi da concludere con il venditore per cautelarsi nei suoi confronti, seguendo gli schemi delle *Manilianae actiones* ai quali esplicitamente o tacitamente rinviava.⁴⁶ A suo giudizio in età

⁴¹ Gai 2.16, dove si parla di animali '*quae collo dorsoue domari solent*'. In Tit. Ulp. 19.1.1 si discorre di '*quadrupes quae dorso colloue domantur*', mentre in Vat. Fragm. 259 (Pap. 12 resp.) si trova l'espressione '*pecora quae collo uel dorso domarentur*'.

⁴² Per un quadro di insieme delle varie opinioni sulla riscoperta del palinsesto e sulla questione della sua casualità v. da ultimo J.M. COMA FORT, '*Ein entdecktes juristisches ineditum*': a proposito del descubrimiento de las *Institutiones de Gayo*, in SDHI 79, 2013, 653 ss., con bibliografia, cui adde U. MANTHE, Rec. a M. Varvaro, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, in IAH 5, 2013, 193 ss.; S. MEDER, *Die Entdeckung der Institutionen des Gaius: Zufall oder Notwendigkeit? Zu Mario Varvaro, Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, G. Giappichelli, Torino 2012, 203 S., in *Annaeus* 10, 2013, 55 ss.

⁴³ Un quadro sintetico delle opinioni più rilevanti sino al periodo in cui se ne occupò Baviera si legge in G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 79 ss., spec. 79: «Diese Thatsache steht nun mit der Lehre von *Gai.* und *Ulp.* in einem Widerspruche, der nach den Gesetzen unserer Erkenntniß in historischen Dingen nicht anders gelöst werden kann, als durch die Annahme, daß zwischen *Varr.* und *Gai.* eine Veränderung der geltenden Rechtsordnung sich vollzogen habe in der Weise, daß erst nach *Varr. asinus, equus, bos* und so nun auch *mulus* in die Classe der *res Manc.* gestellt worden sind.»

⁴⁴ Cfr. *supra*, § 1, nt. 11.

⁴⁵ F. BALLHORN genannt ROSEN, *Ueber Dominium. Ein Titel aus Ulpian's Fragmenten, als Versuch einer Bearbeitung juristischer Classiker für Schulmänner*, Lemgo 1822, 93 ss.

⁴⁶ F. BALLHORN, *Ueber Dominium*, cit., 94: «Inzwischen ist Varros Absicht gar nicht einaml, bei den *pe-*

varroniana ci si sarebbe accontentati abitualmente di effettuare il trasferimento dei beni acquistati con semplice *traditio*, anche quando essi appartenessero al novero delle *res Mancipi*, evidentemente perché contro una eventuale *rei vindicatio* del venditore rimasto proprietario *ex iure Quiritium*⁴⁷ dei beni venduti il venditore sarebbe stato in ogni caso tutelato con l'*exceptio rei uenditae ac traditae*.⁴⁸ Il confronto fra i passi di Varrone e quelli di Gaio, quindi, non avrebbe rivelato alcuna contraddizione né andava ricondotto a un contrasto fra Sabini e Proculiani.⁴⁹

4. In occasione della ripubblicazione dello studio sulle *res Mancipi* e *nec Mancipi* nel secondo volume dei suoi *Scritti giuridici vari*, Bonfante discusse in una postilla l'interpretazione dei passi di Varrone suggerita da Baviera «e sancita dall'autorità di Teodoro Mommsen», rivedendo parzialmente l'opinione espressa in precedenza.⁵⁰ Dopo aver giudicato «acuta e ricca di notizie» la nota dello studioso siciliano, Bonfante concordava sull'impossibilità di accettare la tesi di Voigt, pur mostrandosi scettico circa la possibilità di intendere la *traditio* di cui parlava Varrone come semplice consegna materiale,⁵¹ e non come negozio giuridico idoneo a trasferire la proprietà dei beni che ne costituivano oggetto. Contro questa idea, a suo giudizio, si sarebbe potuto obiettare che nei brani varroniani ricorrono espressioni

cudes mit juristischer Bestimmtheit anzugeben, wie man ein gegen jeden Dritten verfolgbares – Römisches – Eigentum an ihnen erhalte, sondern welche Verabredungen man mit dem Verkäufer zu treffen, und wie man sich im Verhältnis zu diesem vorzusehen habe, wobei er aber immer, entweder ausdrücklich oder stillschweigend auf Mamilius Formularbuch – *Actiones Mamilianae* – verweist.» Sulle *actiones Manilianae* come formulari può vedersi R. SANTORO, *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del ius*, in AUPA 47, 2002, spec. 356 [= *Scritti minori*, II (a cura di M. VARVARO), Torino 2009, 618], e ivi nt. 199, con fonti e bibliografia.

⁴⁷ Sulle ragioni che inducono a preferire la grafia 'quirites' a 'Quirites' v. G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino 2012, 18, nt. 7, e 266 ss.

⁴⁸ F. BALLHORN, *Ueber Dominium*, cit., 96 s.: «... Aus dieser Uebersicht und Zusammenstellung desjenigen, was sich bei Varro über den Ankauf der zur *res pecuaria* gehörigen Dinge findet, geht unter andern hervor,

1) Daß Varro nicht grade lehren wollen, wie man das *dominium ex jure Quiritium* an Jedem derselben bekomme; sondern nur mit welchen Cautelen man sich dabei zu begnügen pflege; ...

3) Daß man sich bei diesen letztgenannten Sachen, die nach Gajus und Ulpian zu den *Mancipi res* gehören, gewöhnlich mit einer einfachen Tradition begnügt habe (offenbar weil man sich gegen die *vindicatio* des Verkäufers, der allerdings Eigentümer *ex jure Quiritium* blieb, mit der *exceptio rei uenditae et traditae* decken konnte), auch dessen *autoritas* [!] ja nur noch ein einziges Jahr dauerte».

⁴⁹ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 94 s.; in questo senso v. già ID., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 70 s. Prima di ricevere il *responsum* di Mommsen, Baviera aveva invece espresso una diversa opinione: cfr. G. BAVIERA, *Le due sette*, cit., 59 ss., dove, respinta l'interpretazione suggerita da Ballhorn-Rosen e accettata da Bonfante, aveva sostenuto che «l'opinione del Voigt non è tanto strana.»

⁵⁰ P. BONFANTE, *Postilla*, in *Scritti giuridici vari*, II, cit., 114 ss.

⁵¹ Cfr. G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 90: «La parola 'traditionibus' ha qui lo stesso significato che in Gaio, Paolo II. cc. e Varrone medesimo (II, 2, 6: 'nec non emptor potest ex empto vendito illum damnare, si non tradet cet.'). cioè consegna materiale della cosa con la quale si perfezionava il contratto di compravendita.»

che alluderebbero in modo inequivocabile al passaggio della proprietà.⁵² Dopo aver svolto altre considerazioni sull'interpretazione suggerita da Baviera, Bonfante concludeva nel senso di ritenere più attendibile delle altre la tesi formulata da Theodor Maximilian Zachariae (1781-1847). Nella prima parte della sua opera *De rebus Mancipi et nec Mancipi conjecturae*, pubblicata a Lipsia nel 1807, quest'ultimo autore aveva espresso l'opinione che il contrasto fra il passo dei *Tituli ex corpore Vlpiani* e quello del *De re rustica* andava spiegato ipotizzando che mentre nel primo testo si alludeva agli animali già domati, nel secondo Varrone si riferiva a quelli non domati. Per Bonfante la tesi poi difesa dai Proculiani andava considerata dunque «un residuo dell'antico sistema e delle antiche idee», in quanto la categoria delle *res Mancipi* avrebbe in origine ricompreso solamente gli animali impiegati per la coltivazione dei campi: solo quelli domati, da questo punto di vista, avrebbero fatto parte dell'*instrumentum fundi*.⁵³

In realtà, tutta la debolezza dell'idea suggerita da Zachariae era stata messa in luce da Baviera sulla base dell'osservazione che «la spiegazione è del tutto infondata, poichè Varrone fa la differenza dei bovi 'domiti' e 'indomiti' nell'acquisto di essi (II, 5, 11).»⁵⁴ Quanto tale osservazione sia risolutiva, già di per sé, al fine di escludere la possibilità di concordare con le conclusioni proposte da Bonfante è stato rilevato anche da Giovanni Nicosia,⁵⁵ che ha anzi addotto un'altra serie di passi del *De re rustica* da cui risulta senza oscillazioni come la portata del discorso varroniano non fosse ristretta agli animali non domati, ma si riferiva all'acquisto di animali già addestrati.

Nel loro complesso questi ulteriori brani – relativi all'acquisto di buoi, asini cavalli e muli – corroborano l'idea prospettata da Baviera, secondo cui i passi di Varrone non possono essere ricondotti alla nota controversia fra Sabiniani e Proculiani che ci è nota grazie alle Istituzioni di Gaio.⁵⁶ Né, per altro verso, può accettarsi il collegamento fra animali ricompresi nella categoria delle *res Mancipi* e *instrumentum fundi*, già ipotizzato da Friedrich Esaias von

⁵² P. BONFANTE, *Postilla*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 114 s.: «Certo, contro di essa potrei notare alcune espressioni: «emptionibus et traditionibus dominum mutant; fit alterius, cum traditus est [sic, non corsivo], etc.», che sembrano parlar chiaramente di passaggio del dominio mediante tradizione.» L'obiezione, nondimeno, non appare insuperabile alla luce di un'intuizione dello stesso Bonfante recentemente valorizzata da S. CRISTALDI, «*Ut bonum pares pecus*», cit., 35 ss., il quale ha rilevato che in età varroniana l'editto del pretore contemplava già l'*exceptio rei uenditae ac traditae* e l'*actio Publiciana*: questi strumenti avrebbero accordato al compratore sul piano pretorio una tutela *erga omnes* in relazione alla quale si possono ben comprendere le espressioni impiegate nel *De re rustica* per indicare l'acquisto in capo al compratore di una situazione dominicale qualificata semplicemente in termini di 'dominium', distinguibile dalla proprietà civile acquistata in seguito a *mancipatio* o *in iure cessio*, e in relazione alla quale lo stesso Varrone parla di 'legitimum dominium'.

⁵³ P. BONFANTE, *Postilla*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 116: «Finalmente a me sembra ora più attendibile che per lo innanzi la tesi di T. M. Zachariae che Varrone intenda parlare di animali non domati, i quali, conforme alla teoria proculiana, non sarebbero *res Mancipi*.» Nello stesso senso v. ID., *Corso di Diritto romano*, II.1, Roma 1926, 172 s. [= rist. corretta, Milano 1966, 203 ss.].

⁵⁴ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 80 e 85.

⁵⁵ G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania 1998, 223.

⁵⁶ G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, cit., 223 ss.

Pufendorf (1707-1785)⁵⁷ e dato per presupposto da Bonfante.⁵⁸

In ogni caso, la convinzione tenuta ferma da Bonfante secondo cui in età varroniana fosse divenuto abituale ricorrere alla *traditio* in relazione alla compravendita di animali rientranti nel novero delle *res Mancipi*,⁵⁹ non implica che per il pieno trasferimento del *dominium ex iure quiritium* si potesse fare a meno della *mancipatio*. In proposito Baviera, sulla scia di Paul Frédéric Girard (1852-1926), aveva osservato che Varrone parlava delle clausole relative all'evizione solamente per la vendita di *res nec Mancipi*, mentre per la *res Mancipi* ometteva tali riferimenti, consapevole che tale garanzia discendeva direttamente dalla conclusione della *mancipatio*.⁶⁰

Questa lettura è confermata dall'analisi del passo in cui si parla dell'acquisto degli schiavi pastore, che erano *res Mancipi*.⁶¹ In questo brano, difatti, si ricorda che oltre alla garanzia per i vizi si era soliti ricorrere alla *stipulatio* per un importo pari alla *dupla* oppure, se appositamente pattuito, alla *simplici*, nel caso in cui alla vendita non fosse seguita la *mancipatio*. Ciò, evidentemente, perché in questa ipotesi (*si Mancipio non detur*) la garanzia per evizione non si sarebbe prodotta come effetto naturale della *mancipatio* sanzionato dall'*actio auctoritatis*, sicché doveva essere oggetto di un apposito accordo rivestito delle forme della *stipulatio*. In conclusione, come è stato recentemente rilevato, i passi varroniani sembrano confermare che nel corso dell'ultima età repubblicana era già diffusa la compravendita consensuale di *res Mancipi* alla quale si faceva seguire la semplice *traditio* come atto di esecuzione delle obbligazioni nate in capo al venditore, con la conseguenza che la tutela connessa agli effetti giuridici propri della *mancipatio* – pieno trasferimento del *dominium ex iure quiritium* e garanzia riconnessa alla *auctoritas* – doveva farsi valere con altri strumenti.⁶²

5. A prescindere dalle considerazioni sulla fortuna ottenuta nella storiografia successiva dall'interpretazione suggerita da Baviera in ordine all'interpretazione dei passi di Varrone, il modo in cui la sua opinione si andò formando anche grazie al confronto con Pernice e

⁵⁷ Su Pufendorf v. T. REPGEN, *Pufendorf, Friedrich Esaias Philipp von*, in NDB 21, Berlin 2003, 5 s., con bibliografia. Muovendo da un'osservazione di Gerard Meerman (1722-1771) diretta a escludere *sues, caprae et oves* dal novero delle *res Mancipi*, il collegamento fra *res Mancipi* e *instrumentum fundi* era stato sostenuto da F.E. PUFENDORF, *Observationes juris universi quibus praecipue res judicatae summi tribunalis regii et electoralis continentur. Adiecta est variorum statutorum et jurium*, II, Hannoverae 1748, 300 (*Obs. LXXIX. De rebus Mancipi et nec Mancipi, item de Mancipationibus*, §. XII.) sulla base di quanto si legge in D. 33.7.9 (Paul. 4 *ad Sab.*), a suo avviso confermato da Varr. *de re rust.* 2.6.2.

⁵⁸ In questo senso v. G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, cit., 225 ss., con richiamo alla precedente letteratura e discussione critica della tesi suggerita da Filippo Gallo e fondata tra l'altro anche sulle conclusioni a suo tempo proposte da Bonfante (*ibid.* 250 ss.).

⁵⁹ P. BONFANTE, *Postilla*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 115: «Ed anche la tesi da me difesa, che la *traditio* fosse già entrata nelle consuetudini per gli animali *Mancipi* è pur sempre verosimile. Lo stesso Baviera riconosce che è la più seria e riferisce una comunicazione privata, nella quale essa appare sancita dall'autorità di Teodoro Mommsen.»

⁶⁰ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 94.

⁶¹ Varr., *De re rust.* 2.10.5: *In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum: aut, si Mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simplici.*

⁶² Cfr. S. CRISTALDI, «*Ut bonum pares pecus*», cit., 25 ss. e 32s., nt. 64, con richiami alla precedente bibliografia; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nelle compravendite romane*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni in diritto romano*, II, Padova 2007, 295.

Mommsen e al conforto della loro autorità risulta chiaramente dai testi delle lettere e delle cartoline qui pubblicati. Il loro esame consente di ricostruire, al di là delle tesi ricavabili da un testo consegnato alle stampe per essere destinato al pubblico dei lettori, i punti di intersezione fra i riferimenti culturali e dottrinari che segnano i punti di fuga della produzione del discorso in cui tali tesi sono state elaborate.⁶³

Le trascrizioni, presentate in ordine cronologico e con indicazione delle rispettive segnature, riproducono fedelmente l'ortografia, la punteggiatura, le sottolineature⁶⁴ e i capoversi presenti negli autografi.⁶⁵ Per la lettera di Baviera a Mommsen del 29.7.1898 [Nr. 5], scritta quasi interamente in *deutsche Kurrentschrift* (fig. 2), si è fatto ricorso al corsivo per rendere le parole che sull'originale sono scritte in *Antiqua*.

Le abbreviazioni, compresa quella del raddoppiamento della nasale segnata con un trattino sovrascritto ('m̄' o 'n̄'), sono state sciolte fra parentesi quadre. Nella lettera di Mommsen del 28.7.1898 [Nr. 3] è stato trascritto il *Briefkopf*.⁶⁶ Si è ritenuto opportuno, inoltre, riprodurre lo stacco tra la formula di esordio e il primo rigo del testo, che secondo un uso proprio della corrispondenza in lingua tedesca è un segno di rispetto in considerazione della distanza avvertita fra mittente e destinatario.

Il cambio di facciata e quello di pagina sono segnalati rispettivamente dal segno | e dal segno ||, seguiti fra parentesi quadre dal numero della pagina con indicazione del *recto*^[r] o del *verso*^[v] di ciascun foglio. I segni ⌈ ⌋ racchiudono le parole che sono state aggiunte sopra il rigo o sul margine del foglio. Fra parentesi a uncino < > sono indicati i caratteri o segni di interpunzione la cui assenza negli autografi è imputabile a un'evidente dimenticanza. Si è preferito mantenere, invece, le altre piccole sviste ortografiche presenti negli originali, anche quando esse siano evidenti in base al senso generale del discorso: in questi casi parole o numeri che andrebbero letti in luogo di quelli scritti sull'autografo sono proposti nell'apparato delle note a piè di pagina.⁶⁷

⁶³ In tal senso cfr. A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 17, da considerare alla luce delle altre osservazioni (*ibid.* 16) che conviene riferire testualmente: «Le dottrine e le discipline non si generano dalle «verità» contenute in una sequenza del «pensiero» che si trasmette da mente a mente, da libro a libro, con la creazione di un'idea consegnata ad un testo e di qui ad un lettore, ma dall'incrocio degli enunciati nei punti nevralgici di un circuito comunicativo che ne governa la produzione e la ricezione. Esse si formano dalle elaborazioni a diversi livelli dell'esperienza: manuali, scritti teorici, divulgazioni, contributi applicativi e istruzioni pratiche, illustrazioni orali, conversazioni. Ciascuno di questi testi – le loro affermazioni e le loro intenzioni – diviene effettivo nella appropriazione che ne compie il lettore, l'ascoltatore, il pubblico, rendendone così attuali le potenzialità. L'elaborazione, l'appropriazione e la costruzione di senso, che si opera all'intersezione tra il «mondo del testo» e il «mondo del lettore», dipendono tutte da categorie, criteri di classificazione, credenze e miti propri della sfera pubblica di un luogo e di un'epoca; sono internamente connesse con l'universo simbolico di una «cultura» determinata.»

⁶⁴ Non sono invece indicate le sottolineature segnate a matita dal destinatario, come quelle presenti sulla lettera di Mommsen a Baviera del 28.7.1898 [Nr. 3].

⁶⁵ Per la conferma della lettura di alcune parole presenti nella lettera di Mommsen del 28.7.1898 [Nr. 3] si ringrazia il Dott. Marco Buonocore.

⁶⁶ Sulle varianti dei *Briefköpfe* delle lettere di Mommsen scritte dal suo indirizzo di Charlottenburg v. S. REBENICH-G. FRANKE (a cura di), *Theodor Mommsen und Friedrich Althoff. Briefwechsel 1882—1903*, München 2012, 57.

⁶⁷ Non si è neppure provveduto a normalizzare l'ortografia anche nei casi in cui una stessa parola sia

Tali scelte sono ispirate al canone editoriale che mira a riprodurre il più fedelmente possibile, seppur privato della sua ‘materialità’, il testo tramandato dall’originale.⁶⁸ Al riguardo è opportuno ricordare che il documento inteso quale oggetto ‘materiale’ riferisce insieme al testo una serie di dati – anche di natura non verbale – che rinviano al contesto originario in cui è stato prodotto come veicolo per la trasmissione di parole e informazioni fissate sulla carta dalla corporeità di chi li ha scritti, e che sono espressione della sua specifica individualità.⁶⁹ Si è pertanto scelto di dar conto anche di eventuali cancellature⁷⁰ e correzioni,⁷¹ che costituiscono indizi del modo in cui il pensiero dell’autore si è andato formato mentre veniva consegnato al foglio.

Va ricordato, peraltro, che in quanto oggetto ‘materiale’ il documento contiene oltre al testo ulteriori tracce delle quali può tenersi conto per risolvere taluni problemi concernenti l’esattezza della ricostruzione storiografica in cui esso è di volta in volta impiegato, come per esempio quelli che possono nascere nel caso di lettere che non indicano il luogo e la data in cui sono state scritte. Analogamente, nel caso di cartoline prive di data, preziose informazioni possono ricavarsi dai timbri di annullamento dei francobolli o di ricezione.⁷²

Prospetto cronologico dei testi pubblicati

- Nr. 1: cartolina postale di Pernice a Baviera, [Berlin] 25.6.[18]98;
 Nr. 2: lettera di Baviera a Mommsen, Berlino 21.7.1898;
 Nr. 3: lettera di Mommsen a Baviera, Ch[arlottenburg] 28.7.[18]98;
 Nr. 4: cartolina postale di Mommsen a Baviera, [Charlottenburg 29.7.1898];
 Nr. 5: lettera di Baviera a Mommsen, Berlin 29.7.1898;
 Nr. 6: lettera di Baviera a Mommsen, [Berlin] s.d. (ma 1898).

scritta dal medesimo autore in modi diversi, come per esempio nel caso di ‘contradizione’ [Nr. 2, f. 1u] e ‘contraddizione’ [Nr. 6, f. 5r], o ‘res mancipii’ [Nr. 3, f. 2r] e ‘res mancipi’ [Nr. 3, f. 2r].

⁶⁸ Per un quadro d’insieme sul tema della ‘materialità’ nella filologia contemporanea e nella *Editionswissenschaft* v. M. SCHUBERT, *Einleitung*, in M. SCHUBERT (a cura di), *Materialität in der Editionswissenschaft*, Berlin-New York 2010, 1 ss., con bibliografia.

⁶⁹ Cfr. A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 18 s.; L. HAY, *Materialität und Immaterialität der Handschrift*, in *Editio* 22, 2008, 1 ss.; J. STROBEL, *Zur Ökonomie des Briefs – und ihren materialen Spuren*, in SCHUBERT, *Materialität in der Editionswissenschaft*, cit., 63 ss.

⁷⁰ Cfr. *infra*, ntt. 79, 83, 84, 90 e 110.

⁷¹ Cfr. *infra*, ntt. 85 e 100.

⁷² Come nel caso della cartolina di Pernice a Baviera del 25.6.1898 [Nr. 1] e in quello della cartolina di Mommsen a Baviera del 29.7.1898 [Nr. 4].

Nr. 1

A. Pernice a G. Baviera, [Berlin]⁷³ 25.6.[18]98

Palermo, Archivio Baviera, s.n.

S[ehr] g[eehrter] H[err] Dr.! Dr. Assisi⁷⁴ ist mir gegenüber nochmals auf die *res mancipi* u[nd] die Stelle Varros d[er] "R[es] R[ustica]" zurückgekom[m]en. Da muß ich zunächst feststellen, daß die Ansicht vom späten Aufkommen der *res mancipi* (d[as] h[eißt] von der Aufstellung eines Verzeichnisses) von M[oritz] Voigt vertreten wird, u[nd] daß sie Bonfante (2 p. 109 ss.) ausführlich u[nd] mit vollem Erfolge widerlegt. Die Varro Stelle bezeichnet „als uno dei punti più scabrosi (p. 110),“⁷⁵ weiß nichts rechts mit ihr anzufangen. Mir scheint, daß die Stellen gar nichts beweisen. Varro versteht anscheinend 2, 6.3 unter *emptio* die Mancipation: den[n] er kan[n] unmöglich sagen: beim Verhandeln wird verkauft; ihm kom[m]t es dabei auch wesentlich auf die Stipulation *sanum esse an.* 2, 8.3 am Ende hat gar keine Bedeut[un]g; 2, 7.6 (nicht 8) verweist auf Manilius. An den rostigen Haken 2, 6.3 eine absurde Theorie zu hängen, das kriegt nur M[oritz] V[oigt] fertig. ^{25/} 98 Ihr

Pernice

Nr. 2

G. Baviera a Th. Mommsen, Berlino 21.7.1898

SPK, Nachlass Mommsen I, 5: Baviera, Giovanni, ff. 1-2

Venerando Maestro!

Perdoni l'audacia colla quale oso rivolgermi alla S[ignoria] V[ostre] Ill[ustrissi]ma per avere un responso.

Da alcuni scrittori di cose romane quali il Voigt (*ius naturale* vol. IV pag. 567 ed altri) sono stati interpretati alcuni passi <di> Varrone (*Rer. Rust.*) in modo che mi sembra non giusto.

La Sig[noria] Vostra Ill[ustrissi]ma non deve fare altro che leggerli qui sotto trascritti.

Varro, R. R. II.6.3: "in mercato (scilicet asino asini) item ut caeterae pecudes emptio-nibus et traditionibus dominum mutant.,"

II.8.3. "quos (sc[ilicet] asinos) emimus item ut equos stipulamurque in emendo ac facinus in accipiendo | ^[1u] idem quod dictum est in equis.,"

⁷³ Il luogo di spedizione si ricava con assoluta sicurezza dal timbro della cartolina postale.

⁷⁴ Potrebbe trattarsi di Armando Assisi, nato a Casalnuovo di Napoli nel 1873, divenuto magistrato nel 1901, e poi impiegato al Ministero di Giustizia come addetto all'ufficio di studi legislativi e di pubblicazione delle leggi. In seguito Assisi fu rappresentante italiano per l'esecuzione della *Abstimmung in Ostpreußen* nel 1920 e prese parte al congresso del Comitato per le relazioni giuridiche italo-germanico tenutosi a Roma nel 1938. La carriera di magistrato lo vide prima Consigliere e poi Presidente onorario della Corte di Cassazione.

⁷⁵ Cfr. P. BONEANTE, *Forme primitive*, cit., 112: «ma dobbiamo confessare che è questo uno dei punti esegeticamente più scabrosi della nostra materia.»

II.7.6.: “emptio equina similis fere ac boum et asinorum, quod eisdem rebus in emptione dominum mutant, ut in Manilii actionibus sunt praescripta,,.

questi⁷⁶ passi sono stati interpretati nel senso che vi si parli del trasferimento della proprietà dei cavalli degli asini e dei buoi mediante semplice ‘traditio’ e non per ‘mancipatio’ e vi si vuol trovare una contraddizione col corrispondente passo di Gaio, istit. II, 14, 15 e relazione colla controversia tra i Proculiani e Sabiniani sul proposito.

A me sembra però che Varrone non dica ciò ma che parli solo delle prescrizioni Maniliane comuni all’acquisto fatto dei buoi, cavalli asini ecc<.> ecc<.> sia per ‘traditio’ che per ‘mancipatio’. || ^[2r]

La S[ignoria] V[ostra] Ill[ustrissi]ma è con profonda riverenza pregata di un suo parere che tagliando come la spada d’Alessandro il nodo gordiano illumini e dissipi il dubbio.

Il prof. Pais mi incarica di ossequargli il “venerato suo Maestro”. Ed io ho l’onore di porgerle i suoi saluti insieme a quelli del senatore Buonamici⁷⁷ di Pisa.

Colla devozione di ammiratore le bacio umilmente le mani<.>

Devotissimo servo

Doctor juris Giovanni Baviera

Zimmerstrasse 3-4 II Tr[eppa]

Berlin 21 luglio 98

Nr. 3

Th. Mommsen a G. Baviera, Charlottenburg 28.7.[18]98

Palermo, Archivio Baviera, s.n.

THEODOR MOMMSEN

CHARLOTTENBURG

bei Berlin

MARCHSTRASSE. 8.

Egregio Signore,

Si tratta di sei passi di Varrone relativi all’acquisto dei sei generi di animali che servono al contadino:

- oves 2, 2, 6
- caprae 2, 3, 5
- boves, iuveni 2, 5, 11
- asini 2, 6, 3
- equi 2, 7, 6
- muli 2, 8, 3<.>⁷⁸

⁷⁶ Sic, per ‘Questi’.

⁷⁷ Su Francesco Buonamici (1832-1921) v. S. SPADA, s.v. *Buonamici, Francesco*, in DBI 15, Roma 1972, 128 s., con bibliografia; E. SPAGNESI, s.v. *Buonamici, Francesco*, in DBGI, I, cit., 360 s.

⁷⁸ Il riferimento alle *sues*, dimenticate in questo elenco, è contenuto nella cartolina postale inviata da Mommsen a Baviera il giorno successivo [Nr. 4].

Vengono tutti (comunque il nome dell'autore non si pone se non nel secondo, terzo e quinto) dal manuale del Mamilio⁷⁹. Così si chiama ne' tre passi suddetti e di l. l. 7, 105⁸⁰; nel testo di Cicerone de or. 1, 58, 246⁸¹ (di cui il testo è pur averato) si chiama Manilio o Massilio.

Certamente Massilius è errore, nè so perchè⁸² lo credono il console di ^{605/}₁₄₉.

Il titolo del libro era secondo Cicerone venalium vendendorum leges⁸³; Varrone lo chiama actiones 2, 5, 11 「2, 7, 6」, altrove antiqua formula 2, 2, 6, dove aggiunge, che alle volte⁸⁴ alle formule Mamiliane si aggiungono certe leggi secondo la |^[1u] volontà de' contraenti: iure utimur eo, quo(d?) lex (cioè del contratto in questione) praescripsit, in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt. 「Similmente 2, 3, 5: paucis exceptis verbis」. Una altra volta aggiunge scherzando, che prescrive cioè che nessun uomo sano farà: aliter dico atque fiet (non fit), perchè capras sanas sanus nemo promittit. Ecco le scritture delle satire.

Tutti quei passi parlano su due cose, il contratto e l'acquisto della proprietà.

Il contratto è la stipulatio: (2, 2, 6, 2, 5, 11. 2, 8, 3), una volta l'emptio (2, 6, 3)<.>

L'acquisto vien indicato per dominum⁸⁵ mutare 2, 2, 6, 2, 7, 6 – traditio 2, 6, 3, – accipere 2, 8, 3, nelle pecore colla parola ad esse conveniente adnumerare 2, 2, 6.

Evidentemente l'uomo pratico, da cui provengono queste formole, non ha punto pensato alla mancipatio, tanto più che questa si ||^[2r] richiede anche fatta la mancipazione⁸⁶ (Gai 2, 204)⁸⁷, mentre che Varrone o piuttosto Mamilio nell'asino che è ben res mancipii, richiede la traditio. Al mio avviso queste formole dimostrano che praticamente si acquistavano gli animali tanto mancipii quanto nec mancipii per la tradizione; chi voleva poteva aggiungervi questo atto formale, ma nella vita comune se ne faceva senza.

Perciò quanto al risultato sono perfettamente del suo avviso, che queste formole per se⁸⁸ non prive d'interesse non hanno nulla da fare colla controversia, se i iuvenci entrino o non entrino nelle res mancipi; se vi avesse pensato, certo ne troveremmo un cenno nella differen-

⁷⁹ Segue una parentesi aperta cancellata.

⁸⁰ Varr., l. l. 7.105: <Nexum> *Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia* rell. Si tratta del celebre passo contenente la definizione di *nexum*.

⁸¹ Cic., de orat. 1.58.246: *Nec quisquam est eorum, qui, si iam sit ediscendum sibi aliquid, non Teucrum Pacuuii malit, quem Manilianas uenaliuum uendendorum leges ediscere.*

⁸² Sic, per 'perchè'.

⁸³ Segue cancellato: 'secondo'.

⁸⁴ Segue cancellato: 'a queste'.

⁸⁵ Corregge: 'dominium'.

⁸⁶ Sic, per 'tradizione'.

⁸⁷ Gai 2.204: *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per uindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est. Et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere; et tum heres, si <res> mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit. Nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipauerit, usucapione pleno iure fit legatarii; completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobiliuum quidem rerum anno, earum uero quae solo tenentur biennio.*

⁸⁸ Sic, per 'sé'.

za ben⁸⁹ altro⁹⁰ che riferisce 2, 5, 11.

Mi creda, Signore

suo obbl[igatissi]mo

Mommsen

Ch[arlottenburg]^{28/7} 98

Nr. 4

Th. Mommsen a G. Baviera, [Charlottenburg 29.7.1898]⁹¹

Palermo, Archivio Baviera, s.n.

Ho dimenticato le sues 2, 4, 5.

Mommsen | ^[u]

An

Herrn *Dr.* Baviera

in Berlin SW

Wohnung Zimmerstraße 3/4 II

Nr. 5

G. Baviera a Th. Mommsen, Berlin 29.7.1898

SPK, Nachlass Mommsen I, 5: Baviera, Giovanni, f. 3

Berlin 29 Juli 1898

Hochzuverehrender Meister!

Heute Morgen erhielt ich Ihr mir sehr wertvolles⁹² Schreiben mit dem responsum auf meine Frage.

In einigen Tagen werde ich mir die Ehre geben, Ihnen hierfür meine tiefgefühltesten⁹³ Dank persönlich⁹⁴ auszusprechen.

Ich küsse Ihnen erfürchtswoll⁹⁵ die Hand und bin mit ausgezeichneter Hochachtung

Ihr dankbar ergebenster

D[ocor] j[uris] Giovanni Baviera

Zimmerstrasse 3-4/II.

⁸⁹ *Sic*, per 'per'. Cfr. G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 95.

⁹⁰ Segue una lettera cancellata.

⁹¹ Il luogo e la data di spedizione si ricavano dal timbro della cartolina postale.

⁹² *Sic*, per: 'wertvolles'.

⁹³ *Sic*, per: 'tiefgefühltesten'.

⁹⁴ *Sic*, per: 'persönlich'.

⁹⁵ *Sic*, per 'erfürchtswoll'.

Nr. 6

G. Baviera a Th. Mommsen, [Berlin] s.d.

SPK, Nachlass Mommsen I, 5: Baviera, Giovanni, ff. 4-6

Venerando Maestro!

Ho profondamente meditato sulla sua preziosissima lettera, a me più cara di un diploma feudale, ho riletto tutti i passi che la S[ignoria] V[ostra] in due riprese⁹⁶ mi ha accennato, ed altri che mi sono capitati spingendo in là le mie ricerche, e mi azzardo a scriverle di nuovo, sottomettendole umilmente una mia modesta idea in proposito, che la V[ostra] S[ignoria] postra⁹⁷ lasciar senz'altro cadere trovandola ridicola.

Tutti i passi citati riguardano la sezione in cui Varro parla 'de in iure parando quemadmodum quomque pecudem emi oporteat civili iure'< (II.1.15)>. Egli scrive da uomo pratico per la gente che vuole acquistare buoni animali privi di difetti. Per raggiungere questo scopo Varro |^[4u] si dilunga su quattro argomenti, di cui uno ci riguarda: l'età, la cognitio formae unucuiusque⁹⁸ pecudis' (II.1.12) (II.1.14) 'quo sit seminio quaerendum' e de in iure parando (II.1.15).

su⁹⁹ quest'ultimo punto egli avverte quanto segue (2.1.15) "quod enim alterius fit id est ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere, neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini. In emptione alias stipulandum sanum esse, alias a pecore sano, alias neutrum,,

Da questo passo mi sembrerebbe, se non erro, che egli prescinde dal diritto materiale dell'acquisto ma bada piuttosto a insegnare il modo per guardarsi dalla mala fede altrui. Ogni dubbio io bandirei considerando il modo con cui egli cita Manilius e le sue formule, il quale si rese celebre, per le sue¹⁰⁰ venalium venundorum leges che fanno parte della giurisprudenza cautelare e lasciò, se bisogna credere a Pomponio (Dig. II.2,¹⁰¹ fr. 2 § 39)¹⁰², alcuni volumina di monumenta¹⁰³. Per ogni genere d'animali infatti Varro dice cosa bisogna stipulare e il modo ||^[5r] con cui deve essere espressa la lex mancipii<.>

Egli – come la S[ignoria] V[ostra] insegna – parla del contratto, che è la stipulatio e l'emptio, e dell'acquisto della proprietà che viene indicato con le parole dominum mutare,

⁹⁶ Si tratta della lettera del 28.7.1898 [Nr. 3] e della cartolina del 29.7.1898 [Nr. 4].

⁹⁷ *Sic*, per 'potrà'.

⁹⁸ *Sic*, per: 'uniuscuiusque'.

⁹⁹ *Sic*, per: 'Su'.

¹⁰⁰ Corregge: 'la sua'.

¹⁰¹ *Sic*, per: 'I.2'.

¹⁰² D. 1.2.39.2 (Pomp. l. s. ench.): *Post hos fuerunt PUBLIUS MUCIUS, et BRUTUS, et MANILIUS, qui fundaverunt ius civile. ex his Publius Mucius etiam decem libellos reliquit, Brutus septem, Manilius tres: et extant volumina scripta Manilii monumenta. illi duo consulares fuerunt, Brutus praetorius, Publius autem Mucius etiam pontifex maximus.*

¹⁰³ Sul punto v. quanto ricordato dallo stesso G. BAVIERA, I "*Monumenta*,, cit., 40 s.

accipere, adnumerare per le pecore, e di traditio una sola volta o meglio due volte (2.6.3<); (2.9.7) riguardo agli asini e i cani.

Sorge per alcuni il dubbio che contraddizioni vi fossero tra Gaio (I,120 e II,14) e Ulpiano (XIX,7) e Varrone. I primi dicevano mancipabili i cavalli i muli e gli asini il secondo tradibili?

Ora a me sembra che tale contraddizione non debba esistere e che la parola traditionibus (2.6.3) che in questo senso vien presa possa diversamente spiegarsi.

Eccole, venerando Maestro, l'idea che sommessamente sottopondo¹⁰⁴ al suo giudizio.

Io interpreterei quelle due parole (2.6.3) emptioibus et traditionibus così¹⁰⁵:

“Nel mercato gli asini parimenti come il resto del bestiame ‘cambiano di padrone’ con la compera e la consequente tradi- | ^[5u] tio (o consegna),, (2.7.6) “La compera dei cavalli e¹⁰⁶ quasi simile a quella dei bovi e dei muli, perchè questi mutano padrone nella vendita ‘eisdem rebus ut in Manilii actionibus sunt praescripta,,<.>

A me, forse erratamente, pare che la parola traditionibus che dà quel sospetto, sia usata in questo senso materiale di consegna senza allusione diretta alla giuridica traditio. Essa infatti è uguale al ‘si non tradet’ del § 6 II 6, ‘e’ allo stesso § 204 del libro II delle Ist[ituzioni] di Gaio dove si parla di tradere possessionem anche quando la res è stata ‘in iure cessa’ o mancipata.

Un'altra considerazione storica mi spingerebbe a questa conclusione.

Varrone alla fine del § 6, II.2 dice: “Nec non emptor pote¹⁰⁷ ex empto vendito illum damnare si non tradet, ecc. Qui si parla del contratto di compra vendita evidentemente. Ma la figura che esso assume in quest'epoca è diversa, come Ella mi insegna, da quella posteriori¹⁰⁸: ai tempi di Varrone esso trovavasi per così¹⁰⁹ dire nello stadio reale, cioè || ^[6r] si perfezionava colla consegna effettiva della cosa e del prezzo: l'elemento consensuale venne dopo.

Ora a me sembra che nel § 3 II 6 il traditionibus incriminato significhi e alluda appunto a questa figura della vendita che allora era completa quando all'emptio già fatta corrispondeva la relativa traditio<.>

In quanto al secondo punto che le parole di Varrone non hanno da fare con la controversia fra le due scuole la S[ignoria] V[ostra] ha sancito col peso della sua autorità la mia idea che non avesse nulla da fare e fosse cosa divisa.

Ma mi sorge un dubbio.

Se praticamente ai tempi di Varrone si usava tradere e non mancipare le res mancipii – traslazione questa di proprietà che doveva essere tutelata – quale azione poteva accordare il pretore? Come mai¹¹⁰ ai tempi di Nerva, epoca in cui sorse la controversia (Gaio II.14), circa 50 anni dopo, quel costume giuridico non si era fatto consuetudo | ^[6u] e i Proculiani – innovatori secondo l'opinione dominante – venivano a negarlo e restringerlo agendo da

¹⁰⁴ Sic, per: ‘sottopongo’.

¹⁰⁵ Sic, per: ‘così’.

¹⁰⁶ Sic, per ‘è’.

¹⁰⁷ Sic, per: ‘potest’.

¹⁰⁸ Sic, per: ‘posteriore’.

¹⁰⁹ Sic, per: ‘così’.

¹¹⁰ Segue cancellato: ‘che’.

retrogradi – perdoni Maestro la frase – ammettendo che i¹¹¹ solo i bovi e i cavalli domati dovevano essere mancipati e i giovenchi e i polledri solo traditi, quando 50 anni prima e bovi e cavalli e polledri e giovenchi venivano alienati tutti per tradizione?

Un ultimo dubbio: in che relazione si trova l'errato passo di Isidoro.¹¹² (Bruns⁶ pag. 86 p[ars] post[erior]¹¹³ IX.4.45)¹¹⁴ con la controversia scolastica e le parole di Varrone, se si ammette che questo di traditio avesse parlato?

Maestro perdoni l'impudente che tanto ha osato. Se crede che le abbia mancato di rispetto strappi la lettera e non mi riceva quando verrò ad ossequiarla umilmente.

Con devozione profonda le bacio devotamente le mani

Di V[ostra] S[ignoria] Ill[ustrissi]ma

servo

Dr. Giovanni Baviera

Zimmerstrasse 3-4 II^e Tr[e]ppe]

¹¹¹ Sic.

¹¹² Sic, per 'Isidoro'.

¹¹³ *Fontes iuris Romani antiqui edidit Carolus Georgius Bruns. Scriptores. Editio sexta cura Theodori Mommsen et Ottonis Gradenwitz*, Friburgi in Brisgavia et Lipsiae 1893.

¹¹⁴ Isid., orig. 9.4.45: *Mancipium est quidquid manu capi subdique potest, ut homo, equus, ovis. Haec enim animalia statim ut nata sunt, mancipium esse putantur. Nam et ea, quae in bestiarum numero sunt, tunc uidentur in mancipium esse, quando capi siue domari coeperint.* Cfr. G. BAVIERA, *Le due sette*, cit., 60, nt. 1.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di dicembre 2013
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

