

GIANFRANCO PURPURA

Presentazione
degli *Scritti minori* di Raimondo Santoro

L'iniziativa di raccogliere gli *Scritti minori* di Raimondo Santoro - forse per mole, ma non certo per contenuti - è stata coralmemente presa dal Dipartimento di Storia del Diritto e generosamente sostenuta dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, sia per onorare tanti anni di ammirevole e assidua attività di autentica ricerca svolta con impegno quotidiano negli ambienti pur essenziali del Dipartimento, ma ricchi di fonti e di preziose opere, rifuggendo da ogni clamore, sia per rendere unitaria e, se possibile, ancora più nota una produzione importante ed estremamente coerente sin dagli esordi fino ad ora, e che tende ancor più ad accrescersi, non tanto in numero, ma soprattutto per le implicazioni che suscita e le suggestioni che determina, non solo per il romanista, ma per il giurista in genere.

La Sua e la nostra convinzione che non possa esservi conoscenza scientifica in ogni settore disciplinare - non solo il giuridico - se essa non sia calata nella storia, intesa come ricostruzione della cultura dell'uomo, lo ha portato dagli inizi della Sua carriera di studioso e ricercatore a scrivere un'opera di svolta come "*Potere ed Azione*" - ripresa negli *Scritti minori* con il lavoro del 1984 sull'"*Actio in diritto antico*" - che ha finito per incidere profondamente, soprattutto adesso, sul pensiero giuridico delle nuove generazioni. Quanto sia restio l'ambiente accademico a mutare radicate e consolidate opinioni è ben noto, come sono altrettanto note l'estrema onesta, rigore e vena dialettica dello Studioso che onoriamo. Vena dialettica che, lo confessiamo, ci ha talvolta indotto ad attribuirgli il pesante fardello di farsi latore di istanze specifiche del nostro settore disciplinare. In qualità di Direttore *pro tempore* del Dipartimento di Storia del Diritto - si approssima infatti la scadenza del mio mandato - ho l'opportunità pertanto di esprimere a Lui, in modo non occasionale ed effimero, la gratitudine del nostro Dipartimento e più in generale del mondo scientifico italiano, non solo per le Sue idee, ma anche per la passione e l'umanità che sempre le hanno accompagnate; per il contributo alla tradizione della nostra Università, alla tradizione che è stata quella di Riccobono, Baviera, Chiazzese, Albanese, Marrone e di tanti altri; tradizione che credo ha avuto un qualche peso nella scienza romanistica.

Amicus Plato, sed magis amica veritas, con tale dedica a me indirizzata accompagnava nel 1985 la consegna di un articolo, ora inserito negli *Scritti minori*, sulle due formule della *Tabula Pompeiana* 34, ovvero *TSulp.* 31, per giustificare un divario di opinioni tutto interno alla scuola romanistica di Palermo: io infatti avevo ritenute le formule - per le tematiche di commercio marittimo trattate nelle *cerae* suggestivamente rinvenute in un magazzino di attrezzi marittimi, posate su di una barca - come pertinenti all'*actio pecuniae traiecticae*, l'azione del prestito marittimo, Raimondo Santoro invece mi correggeva, probabilmente a ragione, riferendole alla *sponsio tertiae partis* dell'*actio certae creditae pecuniae*, menzionata da Gaio¹.

L'appellativo di amico mi ripaga abbondantemente del non essere riuscito a convincerlo e ciò che per me più conta è che da allora l'ordine delle formule, prima invertito, è stato correttamente ricostruito. Documentalmente si dimostrava per la prima volta che per rapporti complessi avrebbero potuto essere utilizzate più formule unificate da un unico *iussum iudicandi*.

L'identificazione delle formule di *TSulp.* 31 con una formula di *actio ex sponsione tertiae partis* e una formula di *actio certae creditae pecuniae* ha permesso di smentire, secondo Santoro, definitivamente non solo l'opinione secondo cui la *sponsio tertiae partis* avrebbe compreso anche la *pecunia credita*, sicché il giudizio si sarebbe avuto solo sulla formula relativa all'*actio ex sponsione*, ma anche l'idea opposta, secondo cui il giudizio si sarebbe avuto solo sulla formula relativa all'*actio certae creditae pecuniae*. Inoltre la precedenza della formula dell'*actio ex sponsione* sull'*actio certae creditae pecuniae* ha giustificato la teoria della funzione pregiudiziale del *iudicium* sulla *sponsio tertiae partis* e che essa fosse non facoltativa, ma obbligatoria, base per il successivo giudizio, che *'sequitur sponsionis victoriam'*. Ma, sia che si voglia seguire la spiegazione dell'*actio pecuniae traiecticae*, che quella proposta da Santoro, la *praescriptio* che precede la prima formula non sembra possa avere funzione limitativa, ma, "in accordo con la più generale funzione che emerge dalla stessa trattazione gaiana, una funzione determinativa della pretesa fatta valere mediante l'*intentio* della formula" (Santoro)².

¹ Gaio 4, 13 e 4, 171.

² R. Santoro, Le due formule della *tabula pompeiana* 34, *Annali dell'Università di Palermo* (AUPA), XXXVIII, 1985, pp. 335-350 (ora in *Scritti minori*, I, Palermo, 2009, p. 346).

Schivando i problemi della funzione della *praescriptio*, ripresi adesso da vari studiosi, vorrei soffermarmi solo su qualche tema, non perché più importante di altri – infatti ve ne sono molti come gli studi sulla *condictio*, il *manum conserere*, il contratto nel pensiero di Labeone, l'*actio praescriptis verbis*, la causa delle convenzioni atipiche e così via, di altissimo rilievo e con vaste implicazioni sul diritto privato romano - ma che, vorrei a preferenza di questi ultimi, trattare solo a causa del fatto che mi si è presentata la fortuna di seguirne via via gli sviluppi. E' questo un altro tratto dello studioso che non può essere trascurato, quello di comunicare liberalmente e con chiarezza le proprie ricerche, di dibattere soprattutto con i giovani, ma anche di sapere ascoltare, trasfondendo al tempo stesso i propri consigli, il proprio vasto sapere e la vivace passione scientifica: in definitiva la capacità di essere un vero Maestro e di formare una scuola.

Ricordo ancora lo stupore dopo una lunga conversazione sull'iscrizione arcaica del foro romano, il *niger lapis*, quando le soluzioni offerte ai complessi ed annosi problemi giuridici, storici ed epigrafici si coagulavano finalmente in una risposta unitaria. Dall'inizio dell'età imperiale non si sapeva più cosa fosse il *niger lapis*, il luogo nel foro romano ove era collocata, nei pressi di un'ara, una stele arcaica con una iscrizione che i romani dell'età repubblicana, incapaci di decifrarla, consideravano greca. Era invece latino e menzionava alla fine del VI sec. a.C. il *rex* ed il suo *calator* (banditore)³, nel sito (*licio*) dove si riunivano i *comitia curiata*. Il luogo era dubbiosamente considerato la tomba di Romolo, forse per il gran numero di ossa presenti nell'area per i sacrifici effettuati nei

³ CIL I, 1: *quoi hon[.../...] sakros es/ed sord[.../...]a ias/ recei io[.../...]evam / quos re[.../...]m kalato/rem hab[.../...]tod iouxmen/ta kapia do tau[.../...]m i ter pe[.../...]m quoi hal velod neq[.../...]iod iovestod loivquiod qo[.../...]*. Nonostante le difficoltà di lettura e di un latino tanto arcaico da indurre Dionigi di Alicarnasso (1, 87, 2; 3, 1, 2; 2, 54, 2) a parlare forse per questa stele di caratteri greci, il significato di alcuni termini è intellegibile (*recei* = *regi*; *kalatorem* = *calatore*; *quoi* = *qui*; *sakros esed* = *sacer esset*; *iouxmenta* = *iumenta*; *iovestod* = *iusto*) ed il senso generale dell'epigrafe intuibile (minaccia della sanzione di sacertà per il violatore del cippo o del luogo e forse di una sanzione diversa per chi lo insozzi). Seguono disposizioni relative alle modalità di un sacrificio, che hanno forse per destinatario il re, "del quale si dice che deve avere un *calator*, che avrà proceduto alla convocazione dell'assemblea in vista dell'esecuzione del sacrificio. Riguardo a questo sono indicati gli animali da sacrificare (una coppia aggogata di tori: *iouxmenta duo taura* e forse un giovane agnello). Tutto questo in vista del risultato dell'atto compiuto ritualmente, che è un *comitiare*, ossia un riunire i *quirites* mediante un'assemblea (*licio*), che è qualificata giusta (*iusto*) proprio per il compimento delle formalità rituali". Santoro, *Il tempo ed il luogo dell'actio*, pp. 25 e s. (estratto).

secoli nell'altare antistante. Al tempo della fondazione, marcata da ossa d'avvoltoio, pochi forse erano in grado di leggere l'epigrafe, ma tutti ne intendevano certamente il senso. Il suo scopo era quello di fissare una prescrizione sacrale dinanzi ad un'ara sacrificale collegata all'attività del comizio. Secondo Santoro, l'iscrizione avrebbe marcato il luogo al di sotto del *Volcanal*, sede dei *iuvenes* e dei *sodales* di *Mastarna*, nella quale al tempo del re Servio Tullio - come indicano i frammenti ceramici - in seguito ad un sacrificio ed all'apertura del periodo favorevole per il compimento dell'attività giuridica, si sarebbe svolta l'originaria attività dell'*agere*, riferibile quindi ad un momento in cui le private pratiche negoziali e le pubbliche, elettorali, legislative e giudiziarie non erano ancora distinte, ma tutte si risolvevano in pronunzie solenni (*leges*) effettuate, in seguito ad un rito, dal re e dagli altri appartenenti alla comunità arcaica in comizio⁴. Si può forse dire che in questo luogo, marcato da numerosi pozzetti che hanno consentito di determinare la forma quadrangolare del Comizio, la cultura giuridica occidentale abbia per la prima volta iniziato a distinguere privato da pubblico, le competenze elettorali da quelle legislative e giudiziarie delle assemblee popolari.

Un'altra affascinante idea appresa dal prof. Santoro in quei colloqui è che i versetti delle Dodici Tavole, concepiti da tutti fino a quel momento come periodi ipotetici con protasi ed apodosi, abbiano in realtà nascosto delle equivalenze, più conformi ad un pensiero arcaico concreto: non dunque "*Si in ius vocat, ito*", ma "*Sic (est): in ius vocat - ito*", come nel Vangelo delle Beatitudini: "Beati i poveri. Di essi è il Regno dei Cieli".

Ciò ci porta dunque ad accennare alla concezione strumentalistica, rilevata da Santoro, ed alla concezione esemplare del diritto. Il significato fondamentale che *ius* ha in età repubblicana, di "rito" o "schema rituale", lo ha indotto a sostenere una concezione strumentalistica del diritto. Perciò il diritto vigente appare, in questa età, il diritto di cui ci si serve (*hoc iure utimur*) e solo nelle età successive, progressivamente finirà per essere inteso come "complesso normativo", il diritto a cui si è soggetti, come è oggi.

Se *ius* equivaleva a rito, a schema rituale da utilizzare per conseguire caso per caso un determinato risultato, è evidente che in un'età, nella quale passato e presente sembravano coesistere in una ciclicità

⁴ Santoro, *Il tempo ed il luogo dell'actio*, pp. 300 ss.

immutabile del tempo, la ripetizione del tipico, il formalismo ed il rifiuto di ogni innovazione portava a concepire un diritto concreto e fattuale basato sulle azioni e le pronunce rituali (*leges*) che poteva essere applicato momento per momento, ma non innovato. Occorre infatti tener presente che la religione romana non è data da un dio a partire da un determinato momento, non è una religione “rivelata” una volta per sempre e basata su di un’etica (gli Dei non sono buoni!), ma è praticata all’occorrenza attraverso azioni rituali. In tale situazione, il diritto non poteva essere prodotto, ma solo utilizzato, attraverso una conoscenza rituale da conseguire momento per momento, con l’aiuto di sacerdoti pontefici, mediatori del *ius*. Non esisteva in pratica una concezione astratta del diritto, che solo attraverso la pratica dell’adeguamento ai *mores maiorum* implicava la possibilità di una concezione esemplare, alla quale essere soggetti; di una produzione e di una costante innovazione, come avverrà nel radicarsi di una concezione normativa che finirà per esser tipica dell’età imperiale, allorché i cittadini saranno sudditi di un *dominus* e soggetti alla legge. E tuttavia la sensibilità storica di Santoro lo porta a sottolineare che ancora al tempo di Cicerone la mentalità giuridica romana appariva intrisa da tracce di arcaismo. Il diritto arcaico, come si è detto, era basato sulla pronuncia rituale di parole solenni, suscettibili di determinare quasi magicamente la realtà. Si trattava di un diritto “concreto” che aveva bisogno sia della parola, che dell’azione; sia della capacità d’ascolto, sollecitata, ad esempio, dal toccare il lobo dell’orecchio per invitare ad una testimonianza (*aurem vellere*)⁵ o dallo sbarrare sulla via del Carcere materialmente il passo all’arrestato, ad opera del tribuno della plebe, per sospendere l’incarceramento disposto da altri magistrati. Si trattava dell’atto dell’*intercessio* che limitava la *coercitio* magistratuale e che i moderni invece tendono a concepire astrattamente come un diritto, il “diritto di veto” avverso ogni attività di governo e quindi contro tutti i magistrati⁶. Tale assenza di concetti astratti si associava anche alla necessità della visione, che richiedeva una concreta materializzazione di diritti, di poteri, di assoggettamenti e

⁵ PLINIO, *Nat. Hist.* 11, 103, 251; C. MASI DORIA, *Aurem vellere, Iuris Vincula*, Studi in onore di M. Talamanca, V, Napoli, 2001, pp. 314-342.

⁶ G. PURPURA, La pubblica rappresentazione dell’insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone, Convegno “Lo spettacolo della giustizia: le orazioni di Cicerone”, Palermo 7-8 marzo 2006 (Palermo, 2006, pp. 63-75) = *Fides Humanitas Ius*. Studi Luigi La Bruna, VII, Napoli, 2007, pp. 4541 - 4555.

dunque quella concretezza che determinava ad esempio lo spettacolo delle immagini degli antenati nella casa, nei funerali, sulle *sellae* dei magistrati o quello dei *monumenta-monimenta* in grado di trasmettere valori, un retaggio d'arcaismo che forse non è mai scomparso e che nel cuore della Roma di Cicerone ancora richiedeva, nei luoghi del diritto e del potere⁷, la visualizzazione di immagini precise, connesse alla destinazione dei luoghi, in grado di suscitare emozioni forti, al punto che si è sostenuta l'esistenza di un vero e proprio "potere delle immagini"⁸. Se poi, oltre alle immagini circostanti, si tien conto del mutare di una mentalità arcaica che apprezzava il valore di un enunciato in base alla qualità del locutore, al suo *status* sociale, oltre al suo aspetto; se si tien conto dell'incontrollato diffondersi di tecniche che insegnavano gli artifici della persuasione alla portata di chiunque; se si tien conto ancora di un primo dibattere pubblicamente di diritto con l'esposizione delle ragioni - dell'"invenzione del diritto in Occidente" recentemente è stato scritto⁹ - si ha forse un quadro del travaglio vissuto nel Comizio romano nel delinearsi di quella che è stata ritenuta "una minaccia alla gerarchia civica"¹⁰, aggravata da una crisi debitoria che colpiva il regime, fondamentale secondo Cicerone per la *civitas*, della proprietà privata e del credito.

Dall'affrettata ed assai parziale sintesi di mie idee elaborate in seguito a colloqui con il prof. Santoro credo che si possa percepire l'eco dell'importanza del quadro complessivo delle concezioni storiche del diritto sottese dagli *Scritti minori*.

Come ha scritto A. Carandini, "pensare il futuro diventa impossibile senza la memoria del passato, perché i circuiti della mente che permettono di veleggiare tra i ricordi sono gli stessi che dipingono gli scenari del domani. D'altra parte il passato non è solo un residuo che naturalmente permane, ma viene continuamente progettato e riprogettato da ogni presente, similmente a come vengono delineati i giorni a venire"¹¹.

⁷ G. PURPURA, *Luoghi del diritto, luoghi del potere*, AUPA, 50, 2005, pp. 249-268.

⁸ P. ZANKER, *Augusto e il potere delle immagini*, Torino, 1989; ID., *Un'arte per l'impero. Funzione e intenzione delle immagini nel mondo antico*, Milano, 2002. Sull'importanza delle immagini nell'oratoria cfr. G. MORETTI, *Mezzi visuali per le passioni retoriche: le scenografie dell'oratoria*, in: "Le passioni della retorica" (a cura di G. PETRONE), Palermo, 2004, pp. 63-96.

⁹ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, 2008.

¹⁰ E. NARDUCCI, *Processi ai politici nella Roma antica*, Bari, 1995, p. 27.

Prima di dare spazio agli altri relatori di questa giornata, non posso concludere il mio intervento senza accennare all'ultima delle Sue ricerche, che preannuncia ulteriori sviluppi: “*Per la storia dell’obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell’esecuzione patrimoniale*”. La ricerca si inserisce nel quadro generale di una storia dell’*obligatio* divergente dalle comuni ricostruzioni. Esse si differenziano nella caratterizzazione dell’obbligazione (per i più si tratterebbe di un vincolo per l’adempimento della prestazione; per altri di un obbligo di responsabilità) ma tutte concordano sull’alta risalenza della nozione, almeno sino all’età predecemvirale, e sulla sua portata sostanziale. A Santoro pare, invece, che la nozione di *obligatio* sia nata solo nell’età classica, in dipendenza dell’emersione, dall’interno dell’*actio*, del momento del debito e che, precedentemente, la responsabilità che caratterizzava il vincolo si configurasse come espressione dell’*actio* (*actione teneri*, a fronte di un *agere posse*) nella quale il momento sostanziale era implicato nel momento processuale, dando luogo ad un onere (a ciò alluderebbe l’originario significato di *oportere*). Solo successivamente e in accordo con la nozione di *obligatio*, l’*actio* finì con l’apparire *nihil aliud quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*. A questo risultato Santoro è pervenuto innanzitutto in seguito all’indagine sul principio “*omnia iudicia absolutoria esse*” (Gaio 4. 114).

Nel riconoscere che, qualunque fosse stata la formula, il giudice avrebbe potuto assolvere in caso di *satisfactio post litem contestatam*, i Sabiniani avrebbero fatto dell’*actio* lo strumento diretto a far valere un rapporto giuridico (in caso di *actio in personam*, l’*obligatio*) attraverso la possibilità per il convenuto di adempiere anche dopo la *litis contestatio*, realizzando così il contenuto del rapporto stesso. I Proculiani, invece, riconoscendo questa possibilità solo per i *iudicia bonae fidei*, sarebbero rimasti legati alla più antica concezione, per cui l’*actio* era strumento diretto a far valere una responsabilità nascente direttamente dall’atto che aveva generato il vincolo.

Anche l’indagine sullo sviluppo dell’*actio*, culminante nella nascita a seguito di condanna del *iudicatum facere oportere* in vista dell’esecuzione personale, indica che il vincolo solo in progresso di tempo si caratterizzò nel senso dell’*obligatio*. In una prima fase il *iudicatum facere oportere* si concepiva, invece, come vincolo di responsabilità a fronte del mezzo

¹¹ A. CARANDINI, *Roma. Il primo giorno*, 2007, p. 7.

esecutivo (in specie, personale) applicabile sul convenuto. Tale arcaica concezione si mantenne in vigore fino alla fine dell'età repubblicana come dimostrano l'interpretazione del *dictum* dei *veteres* “*ante litem contestatam dare debitorem oportere...*”; il regime decemvirale cui fu sottoposto il *iudicatus*; il regime della *Lex Rubria*; la sistemazione edittale nei mezzi esecutivi in sede diversa da quella delle azioni esecutive; nonché il tenore e la portata dell'editto del pretore “*condemnatus ut pecuniam solvat*” riguardante l'esecuzione personale.

Si deve al mutamento delle condizioni economiche a partire dagli inizi del principato il superamento, nel nuovo assetto politico, dell'antico regime che concepiva il *iudicatum facere oportere* come vincolo di responsabilità a fronte del mezzo esecutivo applicabile sul convenuto. In questo clima, in ambiente sabiniano, maturò il riconoscimento, nel vincolo, della *obligatio* in quanto diretta all'adempimento del debito e la riduzione dell'*actio* a strumento processuale utilizzabile per la sua tutela.

Credo che il compito affidatomi di presentare gli *Scritti minori* del prof. Santoro sia stato da me espletato in maniera appassionata, ma anche parziale, frammentaria. Per voi stimolo in più per intraprenderne una lettura diretta.

La policroma e millenaria stratificazione giuridica, che la concezione storica del prof. Santoro consente di recuperare attraverso la lettura dei Suoi *Scritti*, è un lento accumulo di risultati di anni di ricerca e di dati che interessano il diritto romano solo in potenza, ma che prendono profondo significato e valore in atto soltanto nella ricostruzione e nel racconto accesi dalle domande del nostro tempo.

Finito di stampare
dalla
Salerno Arti Grafiche
Palermo, Gennaio 2010