

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI  
DEL  
SEMINARIO  
GIURIDICO

(AUPA)

ANNALI  
DEL  
SEMINARIO GIURIDICO

VOLUME  
LXV

(AUPA)

VOLUME LXV  
(2022)



ISSN: 1972-8441

ISBN/EAN



9 788892 146051

2022



G. Giappichelli Editore

€ 52,00

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

---

ANNALI  
DEL  
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXV  
(2022)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4605-1

ISSN 1972-8441

I contributi proposti per la pubblicazione vanno inviati, muniti di abstract in lingua inglese e parole chiave, al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: [direttoreaupa@unipa.it](mailto:direttoreaupa@unipa.it).

La pubblicazione è subordinata alla procedura di revisione (peer review) secondo il sistema del double-blind. Ciò nel rispetto delle linee-guida delineate dal "Committee on Publication Ethics" per la pubblicazione di lavori scientifici e in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), assunto in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

Autori e Revisori sono tenuti a seguire le indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista, consultabile sul sito <https://www.annalisediminariogiuridicoaupa.it>.

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE  
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
† Jan H.A. Lokin	Groningen
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Emanuele Stolfi	Siena
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone, Giuseppe Romano  
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: [direttoreaupa@unipa.it](mailto:direttoreaupa@unipa.it)

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

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico giuridica, in maggior misura di diritto romano.

# INDICE DEL VOLUME

## ARTICOLI

G. COSSA, Dare a Paolo quel che non è di Paolo: un controverso trattato in materia di <i>cognitio extra ordinem</i>	3
N. DONADIO, 'Sectores, sicarii, proditores'. L'accusa di complicità nelle proscrizioni sillane e i 'loci' dell'invettiva politica tardorepubblicana	73
G. PURPURA, Il PSI XIV, 1449 e l' <i>actio utilis ex lege Aquilia</i>	101
G. ROMANO, <i>Contrahere e animus contrahendi</i> in Salvio Giuliano	121
G. ROMANO, Tra patti dotali e spese di viaggio. A proposito dell' <i>actio utilis in factum</i> di Pap. 4 resp. D. 23.4.26.3	171
G. ROSSI, La ricezione della lettera di cambio nella <i>common law</i> tra Cinque e Seicento	199
F. TERRANOVA, Indagine su 'et ut quidam adiciunt' in Gai 2.104	223

## NOTE

R. GOUDJIL, Des <i>Lites immortales</i> à Byzance (X <sup>e</sup> -XV <sup>e</sup> siècle)? Quelques éléments de réflexion sur l'autorité de la chose jugée	245
R. LAMBERTINI, P.S. 4.1.6 e la libertà di forma del fedecompresso	263
D. PENNA, The <i>platos</i> and the <i>Basilica</i> . An attempt to master the chaos ...	277
S. SCIORTINO, Nota sull' <i>adrogatio libertorum</i>	291

## VARIE

F. BRANDSMA, Viele Schafe oder eine Herde? Die Vindikation einer Sachgesamtheit von byzantinischen Juristen erläutert	307
G. FALCONE, Pietro Cerami giurista e accademico	317
F. MAZZARELLA, Oltre la concezione volontaristica del contratto (a proposito di un recente libro)	327
B.H. STOLTE, Johannes Henricus Antonius (Jan) Lokin (21.2.1945-19.6.2022)	335



Quasi dieci anni fa il volume IX dei *Subseciva Groningana* (2014) appariva accompagnato da una specifica intitolazione: *'Between Groningen and Palermo'*. Vi sono pubblicati gli studi condotti in relazione al progetto di ricerca *'Origins, forms and transmissions of the Legal Byzantine Literature'*, organizzato nell'ambito della "H.J.Scheltema-Chair of Byzantine Law" che mi fu assegnata dalla Faculty of Law di Groningen su proposta di Jan Lokin.

Capita che in questo anno 2022, in cui Jan Lokin ci ha lasciati, il volume LXV degli *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* contenga contributi bizantinistici di due esponenti della Scuola groningana (Frits Brandsma e Daphne Penna), già tra gli autori di quel volume dei *Subseciva*, nonché di un giovane studioso francese (Romain Goudjil), attualmente borsista presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Palermo e in precedenza perfezionatosi, con specifico riguardo al diritto bizantino, presso l'Università di Groningen.

È una concreta testimonianza di quel rapporto tra le due Scuole, che Jan Lokin ha proppiziato e contribuito ad animare nel tempo.

Piace dedicarla alla Sua memoria.

Giuseppe Falcone





## ARTICOLI



Giovanni Cossa

Dare a Paolo quel che non è di Paolo:  
un controverso trattato in materia di *cognitio extra ordinem*

ABSTRACT

The article examines the problem of the transmission of Roman legal science texts with reference to a specific work that Justinian's tradition attributes to Paul: the *liber singularis de cognitionibus*. The aim is to use the exegesis of the few fragments at our disposal – mainly about *tutela* – as a mean to make up a hypothesis about its authenticity, the events of its composition, the origin of materials included in it and, broadly, the consistence of the whole literary genre.

PAROLE-CHIAVE

Paolo; *libri singulares*; *cognitiones*; scienza giuridica; tutela.



# DARE A PAOLO QUEL CHE NON È DI PAOLO: UN CONTROVERSO TRATTATO IN MATERIA DI *COGNITIO EXTRA ORDINEM*

SOMMARIO: 1. Un reticolo di passi legati al di là delle rispettive opere. – 2. Le esenzioni per i membri degli ordini professionali: D. 27.1.46 pr.-2. – 3. Un'ipotesi specifica di *confirmatio tutelae*: D. 26.3.9. – 4. La notifica al tutore assente: D. 26.5.29. – 5. Limiti alla tutela dei figli dei colleghi: D. 27.1.42. – 6. I privilegi dei veterani: D. 49.18.5 pr.-2. – 7. Una definizione per i cittadini dei *municipia*: D. 50.16.228. – 8. Computo del tempo e termini di comparizione in giudizio: D. 50.17.101. – 9. Storia di una o, forse, più vicende genetiche. – 10. Palingenesi 'spuria' e altri spunti conclusivi.

## 1. UN RETICOLO DI PASSI LEGATI AL DI LÀ DELLE RISPETTIVE OPERE.

Talvolta mi capita di pensare al lavoro di esegesi sulle fonti della *scientia iuris* romana, che è probabilmente il principale – e, nella mia personale esperienza, il più assorbente – tra i variegati compiti cui sono chiamati gli storici di tale diritto, come a quello di un artigiano impegnato nella tessitura di un tappeto persiano. Di questo lavoro, infatti, l'analisi del singolo testo (o dell'istituto, o anche del problema) non costituisce che l'ordito, ossia la struttura portante che alimenta tutte le riflessioni e ne sorregge le conclusioni. Essa però non si rivela mai autoconclusiva o sufficiente a se stessa, ma implica un costante riferimento ad altri testi (o istituti o quesiti), che rappresentano appunto i fili di trama del 'tappeto' esegetico. Tali fili, come nella manifattura presa *ad exemplum*, necessitano di essere annodati saldamente all'ordito, per poter svolgere la loro funzione, quella di contribuire a rendere la complessità del disegno finale: essi, dunque, sono indispensabili per la riuscita del progetto decorativo. Non solo: più viene usato un determinato colore, più simili nessi tra linea di trama e impianto dell'ordito sono manifesti e in grado di influire sul risultato. Allo stesso modo, credo che l'interpretazione di un passo giurisprudenziale non possa mai dirsi svincolata da quella di altri brani, che siano legati in modo più o meno evidente al primo. Lo studioso è chiamato a lavorare in questa direzione – a mio parere – non solo nei casi in cui un vaglio ad ampio raggio è immediatamente richiesto, bensì come impostazione ricorrente, poiché dall'isolamento di un unico 'filo' non potrebbe che derivare un'immagine scialba e inespressiva.

Vorrei di seguito proporre, partendo da questa metafora, alcune riflessioni su uno dei casi in cui la ricerca testuale non può in alcun modo prescindere dalla contemplazione di una molteplicità di testimonianze, strettamente interdipendenti tra loro. In concreto, si trae spunto dall'opera di commento su una porzione dei *libri singulares* di Giulio Paolo, che ha di recente visto la luce nell'ambito di un corposo progetto di ricerca volto alla pa-

lingenesi degli scritti dei *prudentes*.<sup>1</sup> In particolare, questo studio mira a costituire, al contempo, un'appendice e uno sviluppo di quell'opera. Un'appendice, perché esso pone al centro dell'attenzione il problema dell'autenticità del *De cognitionibus* ascrivito a Paolo, che nel citato commento era meramente intercettato.<sup>2</sup> Ne realizza poi uno sviluppo, nella misura in cui le medesime riflessioni intendono pervenire a una conclusione, circa la fisionomia e l'autore del *μονόβιβλον*, attraverso l'indagine sui frammenti che di esso ci sono tramandati.

In tale prospettiva, la presente analisi si intreccia altresì con un ulteriore studio, in occasione del quale mi ero imbattuto proprio nello stesso 'libro singolo': lì, solo di riflesso rispetto al vaglio sull'opaca natura di un altro piccolo componimento attribuito allo stesso giurista, l'*Ad municipalem*.<sup>3</sup> In tale ultimo contesto, infatti, ho avuto modo di rilevare consistenti interferenze sostanziali che si realizzano tra quest'ultimo e il *De cognitionibus*, tra cui anche la potenziale connessione con contenuti appartenenti a titoli differenti. Visto che, però, il discorso si era limitato a una sintetica constatazione, ritengo ora opportuno tornare più analiticamente sulla questione.

Per quanto si stia per intraprendere un percorso che – come in premessa – ruota segnatamente attorno a compiti esegetici, merita fornire *in limine* qualche cenno di contestualizzazione intorno al *De cognitionibus*. Esso ci è trasmesso esclusivamente per via digestuale, in un totale di sette frammenti,<sup>4</sup> le cui *inscriptiones* non lasciano adito ad alcun dubbio.<sup>5</sup> Se questo dato sembra subito indirizzare verso un accoglimento della paternità paolina, una maggiore prudenza emerge non tanto dalla mancata menzione nell'*Index Florentinus*, quanto piuttosto dall'esame della forma e del portato giuridico dei testi<sup>6</sup>. Essi sono – secondo la sequenza adottata da Lenel, che è peraltro meramente rispettosa del posizionamento nei *Digesta*<sup>7</sup> – D. 26.3.9, D. 26.5.29, D. 27.1.42, D. 27.1.46 pr.-2, D. 49.18.5 pr.-2, D. 50.16.228, D. 50.17.101. Agli stessi è quindi necessario passare – ponendo l'accento

<sup>1</sup> Il progetto – come è noto – è quello degli *Scriptores iuris Romani*, diretto da Aldo Schiavone, mentre la pubblicazione in questione è G. COSSA, *Iulius Paulus, Libri singulares*, I, Roma-Bristol 2022.

<sup>2</sup> Pur offrendosene una ricostruzione i cui approdi – va subito precisato – non sono destinati a essere qui sconfessati: cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 8 (e vd. §§ 9 e 10).

<sup>3</sup> Cfr. G. COSSA, *Ad municipalem: una formulazione in bilico tra legislazione e giurisprudenza*, in *Specula iuris* 2, 2022, 45 ss.

<sup>4</sup> Non si tratta di una quantità poi così ridotta, in rapporto alla consistenza degli escerti dagli altri *μονόβιβλα*, in cui solo episodicamente si raggiungono numeri paragonabili (cfr., per una ricognizione complessiva, G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano 2018, 29 ss.): soprattutto se si escludono quegli scritti la cui paternità è persuasivamente confutabile (così, ad esempio per gli otto passi del *liber singularis regularum*, su cui cfr. G. COSSA, *op. cit.*, 321 ss., 474 ss., o i sei del *De poenis paganorum*, per cui si vedano i cenni in G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 9 s.: in entrambi i casi si tratta di opere quasi certamente apocrife, ma su tale giudizio non incide affatto il tasso di estrazione nel Digesto). Con un tasso di citazione maggiore abbiamo, in effetti, solo il *De excusationibus tutelarum* con sette testi, che però risultano dall'integrazione tra linee di tradizione digestuale e non (cfr. G. COSSA, *op. ult. cit.*, 59 ss., 187 ss.).

<sup>5</sup> Esse presentano, infatti, tutte la forma tipica «*Paulo libro singulari de cognitionibus*».

<sup>6</sup> La mancata citazione nell'*Index* è condivisa da vari altri scritti, tra cui non pochi *libri singulares* paolini, tanto da doverne ridimensionare il rilievo ai fini ricostruttivi: cfr. una rassegna delle incongruenze dell'elenco in G. COSSA, *Per uno studio* cit., 285 ss. e 300 ss. Vd. poi § 9.

<sup>7</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, 958 nn. 46-52. Si tratta di una sequenza che merita almeno di essere in certa misura problematizzata (come si proverà a fare al § 10).

sui profili di continuità ma anche sulle inevitabili, e non meno significative, dissonanze – per verificare la coerenza rispetto a un trattato sulle *cognitiones*, nonché la conformità dei corrispondenti contenuti giuridici ai rispettivi regimi di età severiana: entrambi potenziali sintomi della composizione autografa da parte di un giurista come Paolo.

## 2. LE ESENZIONI PER I MEMBRI DEGLI ORDINI PROFESSIONALI: D. 27.1.46 PR.-2.

Prendiamo le mosse da quella specifica fonte che, nel rivelare le connessioni accennate, delinea già uno scenario assai stimolante per l'interprete, e insieme solleva molti interrogativi. Mi riferisco a (Paul. *l.s. de cogn.*) D. 27.1.46 pr.-2:

*Qui in collegio pistorum sunt, a tutelis excusantur, si modo per semet pistrinum exercent: sed non alios puto excusandos quam qui intra numerum sunt. [1] Urbici autem pistores a collegarum quoque filiorum tutelis excusantur. [2] Sed et hoc genus excusationis est, si quis se dicit ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam datus est: idque imperator Antoninus cum divo patre significavit.*

I tre §§ enunciano differenti tipologie di esenzione dalla tutela,<sup>8</sup> connesse a cause diverse: la prima e l'ultima hanno un fondamento specifico, mentre la seconda sembra basata solo sull'appartenenza a un dato *collegium*. Nel complesso, il passo scorre in maniera piana e non si avvertono sfasature, benché vi sia chi ha comunque eccepito minime interpolazioni, di cui è però meglio dar conto singolarmente.<sup>9</sup> Il rilievo più significativo riguarda, comunque, le consonanze epidermiche con alcune dottrine trasmesse attraverso i *Fragmenta Vaticana*.

Un simile fenomeno si palesa già nel *principium*, in quanto l'identità con il testo di *Fragm. Vat.* 233 è lampante e pressoché totale: in quest'ultimo, in più, si segnala un'*epistula Traiani* quale fonte legislativa del principio esposto.<sup>10</sup> Con tale circostanza stride,

<sup>8</sup> Istituto su cui, in generale, si veda la bibl. ricordata in G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 50 nt. 34.

<sup>9</sup> Per una visione di sintesi cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustinianis Digestis inesse dicuntur*, II, Weimar 1931, 152 s.

<sup>10</sup> (Ulp. *de off. praet. tut.*) *Sed qui in collegio pistorum sunt, a tutelis excusantur, si modo per semet ipsos pistrinum exercent; sed non alios puto excusandos, quam qui intra numerum constituti centenarium pistrinum secundum litteras divi Traiani ad Sulpicium Similem exercent; quae omnia litteris praefecti annonae significanda sunt.* La forma epistolare del provvedimento è chiaramente enunciata, e quindi incontestabile: cfr. G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano 1963, 55 s.; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo* (Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto – Venezia, 1967), Firenze 1971, 867 (= *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, Napoli 1994, 49); F. SAMPER, *Rescriptos preadrianeos*, in *Estudios juridicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid 1978, 477; F. ARCARIA, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano 2000, 11. Altrettanto esplicito il destinatario, da identificare con quel Sulpicio Simile che fu prefetto dell'*annona* (e poi d'Egitto): cfr. R.H. LACEY, *The Equestrian Officials of Trajan and Hadrian: Their Careers, With Some Notes on Hadrian's Reforms*, Princeton 1917, 23 s.; H. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture de l'annone. Service administratif impérial d'Auguste à Constantin*, Rome 1976, 334 s.; R. SYME, *Guards Prefects of Trajan and Hadrian*, in *JRS* 70, 1980, 68 nt. 41; C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *Zur Gerichtsbarkeit des Praefectus annonae in D. 14.5.8 (Paul. 1 decr.)*, in *Menschen und Orte der Antike. Festschrift für Helmut Halfmann zum 65. Geburtstag*, Rahden 2015, 364 nt. 16; M.L. CALDELLI, *I prefetti dell'annona da Augusto a Costantino*, Rome 2020, 18 s.



però, la peculiare attribuzione del brano, che nella collazione tardoantica<sup>11</sup> è riportato a Ulpiano e al suo libro *De officio praetoris tutelaris*. Ci si chiede, pertanto, se si possa trattare di una sorta di *geminatio* a distanza,<sup>12</sup> oppure se vi sia stata imprecisione nella trascrizione del nome in una delle due fonti: per rispondere, occorre determinare la qualità delle varianti riscontrabili in entrambe, soppesandone la portata sostanziale.

Anzitutto, si rifletta sull'*excusatio* iniziale, in D. 27.1.46 pr., che ai nostri occhi non parrebbe particolarmente oscura, ma per il giurista esige invece una puntualizzazione personale: il beneficio che si garantisce gli appartenenti al collegio dei *pistores*<sup>13</sup> – e tra questi soltanto a coloro che svolgono il mestiere in prima persona<sup>14</sup> – non deve essere applicato se non ai soggetti «*qui intra numerum sunt*».<sup>15</sup> In realtà, se avessimo a disposizione solamente

<sup>11</sup> Sulla datazione di questa raccolta, la cui originaria redazione potrebbe ragionevolmente fissarsi nei primi decenni del IV secolo, vd. meglio § 9.

<sup>12</sup> Anche se forse vi sarebbe chi la definirebbe piuttosto una *similitudo*: vd. *infra*, nt. 34.

<sup>13</sup> 'Collegium' (o 'corpus') è tipicamente un'associazione privata, che assumeva a Roma configurazioni assai diversificate e scopi molto eterogenei, riuscendo nel corso del tempo a ottenere limitate prerogative giuridiche come soggetto dell'ordinamento, con peculiari discipline riservate ai suoi componenti: cfr., in sintesi, la bibl. riportata in G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 51 nt. 37. Tra le molte varianti interessano qui esclusivamente quelle con finalità economiche, connesse all'esecuzione di compiti di pubblica utilità. La congregazione dei mugnai e dei fornai – il termine 'pistor' risulta molto capiente: cfr. almeno A. WACKE, *Molinos y tabonas: evolución histórica y derecho romano*, in *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona 2006, 1055 ss. – ricopriva appunto un ruolo fondamentale nell'approvvigionamento della città: lo svolgimento di una funzione in stretta connessione con l'*annona* e, quindi, con l'interesse pubblico giustificava allora la concessione di alcuni privilegi ai suoi consociati. Sul relativo *collegium* professionale cfr. gli autori ricordati in G. COSSA, *op. cit.*, 51 nt. 38.

<sup>14</sup> Su questa specificazione incide probabilmente la possibilità che tale professione venisse svolta direttamente nel proprio mulino o invece in quello altrui: la duplice dimensione è evidenziata da M.A. LIGIOS, *Nomen negotiationis. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2013, 6 s. e nt. 15 (anche G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2015, 75 pensa ai «titolari dell'esercizio»). Si può, allora convenire che, nel testo considerato, i 'pistores' non siano – o, perlomeno, possano non essere – quanti semplicemente sfornano il pane, bensì coloro che in concreto si adoperano di persona nel proprio *pistrinum*, inteso come sede dell'attività globale. D'altronde, Paolo si occupa anche altrove della distinzione tra chi è davvero *pistor* e chi invece, pur proprietario di un *pistrinum*, non pratici il mestiere: in (2 *ad Vit.*) D. 33.7.18 (su cui si veda di recente M.A. LIGIOS, *op. cit.*, 5 ss.), ma implicitamente anche in PS. 3.6.64 (la cui sostanza sembra autentica).

<sup>15</sup> D. 27.1.46 pr. è stato letto da J.-P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains depuis les origines jusqu'à la chute de l'Empire d'Occident*, II, Louvain 1896, 404; A. VI-SCONTI, *Il "collegium pistorum" nelle fonti giuridiche romane e medievali*, in RIL 64, 1931, 525 s.; A. HUG, v. *Pistor*, in RE, 20.2, Stuttgart 1950, 1827; C. SORACI, *Dalle frumentationes alle distribuzioni di pane. Riflessioni su una riforma di Aureliano*, in QCSAM 5, 2006, 426 s.; G. VIARENGO, *Studi cit.*, 74 s. (e nt. 17). Si può aggiungere chi ha osservato i medesimi contenuti tramite *Frag. Vat.* 233: L. CRACCO RUGGINI, *Collegium e corpus: la politica economica nella legislazione e nella prassi*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.)* (Atti di un incontro tra storici e giuristi – Firenze, 2-4 maggio 1974), Milano 1976, 68 e nt. 12; F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, Bari 1971, 118; F. SAMPER, *Rescriptos preadrianeos* cit., 477; L. NEESSEN, *Die Entwicklung der Leistungen und Ämter (munera et honores) im römischen Kaiserreich des zweiten bis vierten Jahrhunderts*, in *Historia* 30, 1981, 218; F.M. AUSBÜTTEL, *Untersuchungen zu den Vereinen im Westen des römischen Reiches*, Kallmünz 1982, 102 s. (e nt. 25); P. HERZ, *Studien zur römischen Wirtschaftssetzung. Die Lebensmittel Versorgung*, Stuttgart 1988, 111; B. SIRKS, *Food for Rome. The legal structure of the transportation and processing of supplies for the imperial distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam 1991, 320 s., 330 (poi *Id.*, *Archives used with or by corpora. Working for the*

tale *lectio* digestuale, probabilmente il chiarimento riuscirebbe soltanto a complicare la nostra percezione: non si intuisce immediatamente quale sia quel novero – evidentemente una cerchia più ristretta nella schiera dei *collegae*<sup>16</sup> – a cui l'autore vorrebbe restringere la portata della dispensa, senza che ciò si risolva in una tautologia.<sup>17</sup>

In soccorso arriva appunto la versione di Fragm. Vat. 233, ove l'esposizione è arricchita dal rimando a una costituzione di Traiano,<sup>18</sup> in cui si sarebbe fissato un preciso quantitativo di frumento lavorato al giorno (quale parametro utile a scopi diversi, e qui poco rilevanti).<sup>19</sup> È guardando a quel dato legislativo, dunque, che la giurisprudenza avrebbe proposto

*Annona of Rome and Constantinople*, in *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine*, Rome 1998, 336); O.F. ROBINSON, *Ancient Rome. City Planning and Administration*, London-New York 1992, 156 e nt. 90; A. FUJISAWA, *I «pistores» nel primo impero*, in *Acme* 48, 1995, 179; H. HORSTKOTTE, *Systematische Aspekte der munera publica in der römischen Kaiserzeit*, in *ZPE* 111, 1996, 250 (e nt. 139); E. HÖBENREICH, *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz 1997, 123 ss.; E. LO CASCIO, *Ancora sugli «Ostia's services to Rome». Collegi e corporazioni annonarie a Ostia*, in *MEFRA* 114, 2002, 98 (e nt. 47); F. GRELLE, *Ad municipalem*, in *Labeo* 49, 2003, 42 s. (= *Diritto e società nel mondo romano* [a cura di L. Fanizza], Roma 2005, 529 s.); A. WACKE, *Molinos y tabornas; evolución histórica y derecho romano*, in *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona 2006, 1084; M.G. ZOZ, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza. Fonti giuridiche e diritto delle persone*, Trieste 2007, 31, 130; J. LIU, *Pompeii and collegia; a new appraisal of the evidence*, in *AHB* 22, 2008, 65 nt. 70; F. GORIA, *I tribunali dell'impero: note conclusive*, in F. MILAZZO (a cura di), *I tribunali dell'impero* (Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano – Copanello, 7-10 giugno 2006), Milano 2015, 246; C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *Zur Gerichtsbarkeit* cit., 363 ss.

<sup>16</sup> Alcune riflessioni sulla ristrettezza questo 'numerus' si leggono in E. HÖBENREICH, *Annona* cit., 124 (e nt. 297, ove bibl.). Non sono così sicuro che l'intervento del giurista servisse a contrastare una prassi, che invece ormai riconosceva a ogni membro del *corpus* la facoltà di sottrarsi al *munus* tutelare (come invece sosteneva B. SIRKS, *Food* cit., 320): non se ne ha notizia, né è possibile essere certi della circostanza che ne dovrebbe costituire il presupposto, ossia che Traiano avesse deliberato anche sull'*excusatio* (vd. *infra*, ntt. 19 e spec. 20).

<sup>17</sup> Tautologia che ci autorizzerebbe, di conseguenza, a dubitare dell'integrità del testo. È evidente, insomma, che la chiosa finale dovesse presupporre un *quid pluris*, da identificarsi con la limitazione soggettiva del perimetro di azione della previsione.

<sup>18</sup> È soltanto una delle numerose disposizioni che questo imperatore ebbe modo di emanare a proposito dei *pistores* (forse creandone addirittura lo stesso ordine, come potrebbe ricavarsi da Aur. Vict., *de Caes.* 13.5): in proposito cfr., per tutti, G. VIARENGO, *Studi* cit., 75 s., con una sintesi delle varie posizioni espresse sulla portata della legislazione in nt. 19 (cui *adde* quella di A. FUJISAWA, *I «pistores»* cit., 177 ss.).

<sup>19</sup> Per comprenderli, è opportuno precisare che le elaborazioni storiografiche hanno fatto ricorso alla notizia di Gai. 1.34, circa uno dei molteplici interventi di Traiano: *Denique Traianus constituit, ut si Latinus in urbe triennio pistrinum exercuerit, quod in dies singulos non minus quam centenos modios frumenti pinseret, ad ius Quiritium perveniat*. È opinione prevalente che il 'centenarium pistrinum' di Fragm. Vat. 233 sia proprio da connettersi a tale ammontare di grano macinato (e panificato), che avrebbe dato diritto ad alcuni vantaggi, quale appunto la cittadinanza. Cfr. J.-P. WALTZING, *Étude historique* cit., II, 81; F.M. DE ROBERTIS, *Storia* cit., II, 118 nt. 51; H. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture* cit., 264 s.; D. LIEBS, *Privilegien und Ständezwang in den Gesetzes Konstantins*, in *RIDA* 3<sup>a</sup> s. 24, 1977, 330; F.M. AUSBÜTTEL, *Untersuchungen* cit., 103 nt. 25; P. HERZ, *Studien* cit., 111 ss.; G. VIARENGO, *Studi* cit., 75 ss. *Contra*, B. SIRKS, *Food* cit., 316 s. scindeva le due testimonianze e, per quella gaiana, si appoggiava a valutazioni monetarie (guardando ai mugnai con un mulino da centomila sesterzi), ma senza fornire argomenti dirimenti in tal senso: A. FUJISAWA, *I «pistores»* cit., 179 s., in merito, sottolineava la genericità del referente dell'aggettivo 'centenarius'. In assenza di elementi più certi, comunque, l'unico appiglio è rappresentato proprio dalla voce delle *Institutiones* gaiane, benché non sia possibile attribuire con certezza a Traiano anche la previsione della dispensa tutelare: vd. meglio nt. seg.

di interpretare l'estensione dell'*excusatio*, circoscrivendola solamente ad alcuni tra i membri del *collegium pistorum*.<sup>20</sup> Sembra, insomma, indiscutibile che vi sia stato un apporto teorico dei *prudentes*, con funzione integrativa della disciplina derogatoria: esso si fa spazio addirittura con un verbo in prima persona (*puto*), che denuncia l'apporto individuale di chi ne fu autore.<sup>21</sup> Il *punctum dolens* è costituito proprio dall'identificazione di quest'ultimo, a fronte delle contraddittorie informazioni in nostro possesso.

Decisivo è il raffronto testuale: se tralasciamo le divergenze di poco conto,<sup>22</sup> il vero cuore della vicenda sta nella previsione di Traiano, che completa il dettato del florilegio di IV secolo.<sup>23</sup> Tutto quel segmento – che ci informa altresì della necessità di una certificazione del *praefectus annonae*<sup>24</sup> – giustifica la ricostruzione di due passi originariamente autonomi, l'uno attribuibile a Paolo e l'altro a Ulpiano? Credo che una constatazione possa essere formulata preventivamente: entrambe le versioni hanno preso spunto da una medesima matrice, dalla quale sono poi giunte a esiti parzialmente difformi, per scelta o per necessità di chi le ha utilizzate. Su questa base, poi, si può solo ragionare per ipotesi. Per quanto in astratto sarebbe ammissibile che due giuristi, per di più contemporanei, concordassero su una posizione così precisa, non trovo convincente l'idea per cui costoro avrebbero impiega-

<sup>20</sup> Esula dall'ambito di questo studio appurare se entrambe le concessioni fossero contenute nella medesima *epistula* (così H. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture* cit., 264; P. HERZ, *Studien* cit., 111; B. SIRKS, *Food* cit., 320 ss.; A. FUJISAWA, *I «pistores»* cit., 179; E. HÖBENREICH, *Annona* cit., 124; C. SORACI, *Dalle frumentationes* cit., 426 s.), o se invece la rammentata esenzione dalla tutela non fosse affatto traiana (cfr. A. GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona 1976, 129 s. nt. 10, però posticipando l'introduzione del meccanismo delle *excusationes*; analogamente, F. SAMPER, *Rescriptos preadrianeos* cit., 477; con approccio più cauto, G. VIARENGO, *Studi* cit., 77, constatando che nulla nel brano considerato ricollega la dispensa alla normativa imperiale in parola). In effetti, però, il riferimento di D. 27.1.46 pr. (e di *Fragm. Vat.* 233) all'*opinio* giurisprudenziale ci potrebbe far ipotizzare che il collegamento tra l'*excusatio* per i *pistores* e i requisiti previsti da Traiano fosse una costruzione dei *prudentes*, e pertanto propendere per la seconda alternativa. Non si sarebbe dunque trattato – come anticipato *supra*, in nt. 16 a proposito della tesi di B. SIRKS, *Food* cit., 320 – di una reazione all'affermarsi di una tendenza permissiva in fatto di concessione. Del resto, se la restrizione fosse stata contenuta nella disposizione imperiale, sarebbe bastato applicare quella (senza introdurre il parere personale con «*puto*»). Altrimenti, occorrerebbe ritenere che Traiano avesse formulato la norma sulla dispensa genericamente, o comunque senza precisare requisiti (e allora l'*opinio* giurisprudenziale sarebbe andata *contra legem*). È più lineare, in definitiva, svincolare le due differenti discipline.

<sup>21</sup> Parrebbe strano che i commissari di Giustiniano, intervenendo sul frammento, vi avessero inserito un termine espressivo della visuale soggettiva del giurista antico; d'altronde, ciò deve fermamente essere escluso in forza della conferma che giunge dai *Fragmenta Vaticana*.

<sup>22</sup> In *Fragm. Vat.* 233 abbiamo in più, infatti, sia un «*sed*» iniziale, che però potrebbe essere stato inserito dal redattore dei *Fragmenta*, per opposizione – in verità, non particolarmente avvertibile – con il § 232, o esser stato di contro eliso dai giustiniane per un motivo speculare (ossia perchè non v'era antitesi con quanto precedeva); sia un «*ipsos*», sinceramente ininfluenza ai fini della restituzione del brano (potendo testimoniare, al limite, solo un desiderio di sintesi dei commissari, che comunque traspare anche dalla caduta della frase finale). Cfr. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte speciale (Materiali)* (a cura di G. Falcone), Palermo 2018, 61.

<sup>23</sup> Nei *Fragmenta*, invero, scompare il «*sunt*» – che non c'è bisogno, *in primis* sul piano grammaticale, di reinserire come invece opinava E. HÖBENREICH, *Annona* cit., 124 – ma solo per far posto a un finale più articolato: così, giustamente, L. CHIAZZESE, *Confronti testuali* cit., *Parte speciale* 61.

<sup>24</sup> Su cui cfr., per tutti, P. HERZ, *Studien* cit., 112 ed E. HÖBENREICH, *Annona* cit., 125 s.

to, nei propri lavori, formulazioni talmente somiglianti da poter quasi indurre il sospetto di un 'plagio'.<sup>25</sup> È soprattutto quell'inserzione prospettica – quel «*puto*», espressione di una visuale soggettiva – a rendere improbabile che si trattasse di una condivisa opinione di Paolo e Ulpiano (o che fosse, al contempo, un'aggiunta letterale dei collazionatori).<sup>26</sup>

Rimane così da individuare l'effettivo autore di tale 'matrice' comune. Al riguardo, appare predominante la proposta di attenersi a una sorta di rispetto dei 'rapporti di forza' tra fonti documentali: il difetto nell'*inscriptio* sarebbe da addebitarsi agli estensori dei *Fragmenta Vaticana* – magari per attrazione rispetto al passo che precede<sup>27</sup> –, mentre si dovrebbe prestare fede all'indicazione di Giustiniano, da parte del quale un simile errore sarebbe stato più improbabile.<sup>28</sup> Di conseguenza, saremmo di fronte a un materiale composto *ab initio* da Paolo: ipotesi che appare sinceramente condivisibile, e che invita però a ricercarne la forma autentica oltre la divergente *lectio* dei *Fragmenta*.

Si affacciano tre ipotesi: l'idea di un arricchimento ad opera del compilatore di IV secolo, magari per aggiungere chiarezza a un parere giurisprudenziale estremamente sintetico; l'opposta possibilità che sia stato invece il lavoro di Triboniano a incidere sulla lunghezza del brano finale, a mezzo di un taglio (e dell'apposizione di un «*sunt*»); infine, la presenza anteriore di due manoscritti distinti alla base delle raccolte (con una conseguente retrodatazione della divaricazione editoriale).<sup>29</sup>

<sup>25</sup> In questo entrerebbero in gioco anche i rapporti reciproci – in apparenza non proprio di frequentazione diretta o di 'consuetudine' scientifica (anzi, forse di vera «rivalry» secondo T.[A.M.] HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002<sup>2</sup>, 135) – tra i due *prudentes* che non si citano mai, per quanto coevi e coprotagonisti, a stretto contatto, della vita giuridica e amministrativa dell'impero severiano. A ogni modo, per due scrittori diversi che avrebbero attinto alla medesima fonte si era espresso, ad esempio, A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, 90, nt. 21 (si veda poi E. HÖBENREICH, *Annona cit.*, 124 nt. 294 e 128 nt. 316). Già O. LENEL, *Palingenesia cit.*, II, 965 n. 2133 includeva il § 233 tra i *fragmenta* ulpiane (cfr. pure P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, München-Leipzig 1912<sup>2</sup>, 247 nt. 191).

<sup>26</sup> Se la corrispondenza avesse interessato solamente il contenuto prescrittivo relativo all'*excusatio*, si sarebbe potuta spiegare con una comune recezione della formulazione traiana.

<sup>27</sup> Infatti, *Fragm. Vat.* 232 presenta proprio «*Ulpianus de officio praetoris tutelari*», senza però che sorgano analoghi problemi di doppia attribuzione (cfr. M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari 1997, 74 e G. COSSA, *Ad municipalem cit.*, 53 nt. 46). Semmai, è da notare come non vi sia menzione del formato dello scritto (che compare con sicurezza solo in *Fragm. Vat.* 238), pur se F. BETANCOURT, *El libro anónimo "de interdicitis". Codex Vaticanus Latinus n° 5766*, Sevilla 1997, 135 ss. proponeva ugualmente di integrare con «*libro singulari*» per analogia. Potrebbe, comunque, non doversi respingere anche l'ipotesi che il collazionatore ne avesse cognizione in una forma già errata, ossia che l'originale lo attribuisse a Ulpiano: vd. *infra*, nel testo.

<sup>28</sup> Così già Mommsen, nella sua edizione dei *Fragmenta* (1890), ritenendo più verosimile che il difetto di tradizione si fosse verificato dal lato di questi ultimi, a carico del loro estensore. Nel medesimo ordine di idee, si vedano A.A. SCHILLER, *The jurists and the praefects of Rome*, in *BIDR* 57-58, 1953, 60 ss., 79 nt. 101; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze 1968, 449 nt. 8; implicitamente O.F. ROBINSON, *Ancient Rome cit.*, 156 nt. 90; M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana cit.*, 74. Nello stesso senso si orienta infine F. GRELLI, *Ad municipalem cit.*, 43, ritenendo però il *De cognitionibus* «opera di probabile redazione postclassica» e quindi considerandolo addirittura posteriore ai *Fragmenta*.

<sup>29</sup> Per la verità, sarebbe prospettabile anche una quarta trama, che è alla fine una variante della seconda: una linea di tradizione unitaria ma con l'idea che, nel percorso editoriale tra i *Fragmenta Vaticana* (il cui autore leggeva e trasponneva un testo 'lungo') e i *Digesta* (i cui commissari invece disponevano di un brano 'corto'), si sarebbe verificata la caduta della frase. Si tratta di una lettura ammissibile,

Per un verso, sono convinto che un'eventuale scelta di sintesi dei giustiniani, sebbene plausibile, non avrebbe rivestito una reale funzione pratica: non v'è altro luogo nel *Corpus iuris* da cui emerga un qualche riferimento a quel 'numerus' svelato in D. 27.1.46 pr.<sup>30</sup> Perché, dunque, si sarebbe voluto sopprimere la sola notizia esplicativa e lasciare l'interprete nell'incertezza? Quali unici motivi razionali vedrei o la perdita di rilievo giuridico di quel 'numero', ai fini dell'*excusatio*, nel VI sec., oppure il suo mutamento di significato, essendo ormai collegato a un criterio diverso. Tuttavia, del primo scenario non abbiamo traccia, rimanendo inalterati i requisiti per godere dei privilegi (e, alla fine, non avrebbe avuto senso mantenere la chiusa del *fragmentum*, piuttosto che cancellarla del tutto).<sup>31</sup> Quanto al secondo, ugualmente, ci mancherebbero i ragguagli normativi atti a ricostruire i connotati della nuova ipotetica cerchia.

Tenderei, perciò, a concludere che i collaboratori di Giustiniano abbiano consultato un testo che era globalmente<sup>32</sup> conforme a quello che hanno conservato, non avendo concreto interesse al suo 'snellimento'.<sup>33</sup> È, inoltre, lecito desumere che costoro abbiano trasposto nell'*inscriptio* il titolo e l'autore dell'edizione che possedevano, senza alterarlo. Il transito fallace da un nome all'altro, in fase compilatoria, è già estremamente impervio (benché non impossibile),<sup>34</sup> ma qui vi ostano in più considerazioni sistematiche e di massa: il *De officio*

certo, ma implicante necessariamente che nell'attribuzione dell'uno o degli altri compilatori vi sia un errore: quello dei giustiniani è poco realistico, per le ragioni indicate *infra*, nel testo (a meno di non considerare frutto della tradizione testuale anche il mutamento di *nomen*); quello del collazionatore dei *Fragmenta* è comunque solo possibile. In sostanza, le variabili connesse a tale ricostruzione si rivelano eccessive e perciò determinanti affinché convenga respingerla.

<sup>30</sup> In effetti, la fonte su cui la storiografia moderna si basa è tratta dalle *Institutiones* di Gaio (1.34: testo riprodotto *supra*, in nt. 19).

<sup>31</sup> E comunque di un simile allargamento di regime non abbiamo alcuna informazione in relazione al *collegium pistorum*: cfr. J.-P. WALTZING, *Étude historique* cit., II, 408 ss., spec. 411 s.; DE ROBERTIS, *Storia* cit., II, 173 s.; P. HERZ, *Studien* cit., 268 ss.; A. FUJISAWA, *I «pistores»* cit., 180 s. Anzi, B. SIRKS, *Archives* cit., 334 s. evidenziava come piuttosto le disposizioni relative a quel *corpus* tendessero ad assottigliarsi.

<sup>32</sup> Salve le piccole mende formali, di cui potrebbero anche essere sintomatiche le discordanze segnalate *supra*, in nt. 22.

<sup>33</sup> Interesse che, invece, era individuato da L. CHIAZZESE, *Confronti testuali* cit., *Parte speciale*, 61 nella «semplificazione» del testo: in realtà – come osservato – si sarebbero piuttosto complicate le cose, tanto da risultare inutile sostenere che la norma elisa avrebbe avuto «carattere contingente, così che è agevole giustificare l'omissione», a fronte dell'inconcludenza in sé del testo tradito.

<sup>34</sup> Il vero problema è, in questi casi, accertare se vi sia effettivamente stato un errore dei commissari, o se invece non abbiano semplicemente accolto la notizia di cui disponevano senza operarne una revisione. Un sintomatico punto di partenza potrebbe essere rappresentato dalle ripetizioni di brani di forma sovrapponibile (in tutto o in parte) o anche di contenuto analogo, tratti da opere diverse di un medesimo autore o da scritti di autori differenti: già F. BLUHME, *Dissertatio de geminatis et similibus, quae in Digestis inveniuntur capitibus*, Jenae 1820, 11 ss. e spec. 40 ss. le denominava 'capita similia', per distinguerle dai 'geminata' (in cui anche l'*inscriptio* era la medesima; cfr. poi L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte generale*, Cortona 1931 [estr. da AUPA 16, 1931], 64 ss. e O. VERREY, *Leges geminatae a deus auteurs et compilation du Digeste*, Lausanne 1973, 87 ss.). Sul punto cfr. ora i cenni in F. MATTIOLI, *Ricerche sui capita geminata, I. I digesta di Giuliano e i libri ad edictum di Ulpiano*, Bologna 2019, 5 s., con revisione sulle varie letture più 'estensive' di quel concetto e generale ricognizione della bibl. (tra cui cfr., ad esempio, M.J. GARCÍA GARRIDO, *Redacciones coincidentes [leges geminatae] y casos jurisprudenciales semejantes [capita similia]*, in *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d'Ors*, Pamplona 1987, 517 ss. [= *Miscelánea romanística*, I, Madrid 2006, 327 ss.].

*praetoris tutelaris* di Ulpiano (appartenente alla ‘edittale’)<sup>35</sup> non sarebbe stato letto ed escerpito in quella sezione del titolo, che si chiude con la ‘papiniana’ (cui afferisce il *De cognitionibus*, appunto, dal quale poco prima si era estratto D. 27.1.42).<sup>36</sup>

Per altro verso, però, si dovrebbe dimostrare che il redattore dei *Fragmenta Vaticana* abbia perfezionato il contenuto per qualche ragione o, più semplicemente, che egli ne maneggiasse una versione differente. In realtà, la motivazione per un’integrazione potrebbe esser stata proprio quella di ovviare alla scarsa esaustività del materiale iniziale: si recuperò cioè altrove il riferimento al ‘*numerus*’, montando le due citazioni. Tuttavia, rimarrebbe da ricostruire la provenienza della parte aggiunta;<sup>37</sup> e una simile operazione lascerebbe perplessi in relazione al modo consueto di lavorare di quel redattore, che si caratterizza per un atteggiamento più propenso ad abbreviare le fonti precedenti, che ad arricchirle.<sup>38</sup> Per questo motivo, forse, la ‘bilancia’ deve pendere nell’altro senso, *id est* verso l’esistenza pregressa di un esemplare non conforme a quello retrostante il Digesto, a cui si attinse per *Fragm. Vat. 233*.

In sostanza, non mi sentirei di negare che nelle mani del primo autore dei *Fragmenta* – che operò verosimilmente in ambiente occidentale<sup>39</sup> – si trovasse, in età costantiniana, un *liber* in cui reperire la stesura più ampia, senza che costui vi dovesse apportare la modifica sospettata. Se così è stato – e potremmo ammetterlo, almeno per esclusione – si deve arguire o che un testo con quelle fattezze fosse noto già prima di quell’epoca, o che, piuttosto, ne circolassero due di contenuto difforme. Perciò, la biforcazione nella tradizione potrebbe essersi verificata tanto dopo il termine *post quem* della scrittura dei *Fragmenta* – e allora la versione originaria non poteva che essere quella estesa (di *Fragm. Vat. 233*), da cui si sarebbe generata la formulazione concisa<sup>40</sup> –, quanto invece anteriormente, magari in connessione con specifici e distinti itinerari di diffusione (tra Occidente e Oriente): la scelta tra le due alternative non pare praticabile sulla scorta del solo *principium*, bensì richiede di vagliare anche i restanti §§, e in specie D. 27.1.46.1.<sup>41</sup> Ma, coerentemente, è pur sempre preferibile pensare che l’adattamento non sia comunque consistito in un’integrazione,

<sup>35</sup> Cfr., per tutti, D. MANTOVANI, *Digesto e masse blubmiane*, Milano 1987, 95. Nel titolo D. 27.1 la *pars Edictalis* è addirittura situata all’estremo opposto rispetto a quella *Papiniana*, ossia all’inizio.

<sup>36</sup> Per il verosimile posizionamento nella massa del *liber singularis de cognitionibus* rinvio a G. COSSA, *Per uno studio* cit., 607 ss., con ipotesi di restituzione della circostante sezione dell’elenco. Per quanto concerne il rapporto con la posizione di D. 27.1.42, vd. altresì *infra*, nel testo (e nt. 107, ove si prospetta anche la possibile posizione ‘impropria’ rispetto all’ordine di massa).

<sup>37</sup> Si potrebbe, addirittura, arrivare a supporre che quell’aggiunta fosse davvero ripresa dal *De officio praetoris tutelaris* di Ulpiano, e che l’*inscriptio* vi fosse rimasta assorbita. La principale obiezione sta tuttavia in ciò: qualora si trattasse davvero di una precisazione derivante da un lavoro ulpiano sulle *excusationes*, sarebbe logico pensare che in esso la citazione di Traiano fosse comunque parte del discorso sulle esenzioni dei *pistores*. Ma, allora, perché il compilatore dei *Fragmenta* non si limitò a riprendere puramente quel medesimo discorso, senza creare un mosaico con un passo altrui (cioè, per lui, paolino)?

<sup>38</sup> Cfr., per tutti, F. SCHULZ, *Storia* cit., 555 e M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 75 ss.

<sup>39</sup> Così, *ex multis*, M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 16 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2008, 273; J.M. COMA FORT, *La jurisprudencia de la Antigüedad Tardía. Las bases culturales y textuales del Digesto*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, 33.

<sup>40</sup> Non lo esclude L. CHIAZZESE, *Confronti testuali* cit., *Parte speciale* 61.

<sup>41</sup> Vd. *infra*, nel testo.

bensì – secondo la via più ordinaria – in una caduta della parte finale, che non è sopravvisuta nell'edizione sfruttata nel Digesto.<sup>42</sup>

In conclusione, è legittimo affermare che all'inizio del IV secolo d.C. esistesse almeno la versione del brano poi recepita nei *Fragmenta Vaticana*; che essa fosse la più simile – se non proprio identica – all'archetipo e che tratteggiasse un quadro giuridico rispondente al regime delle *excusationes* nel corso del II secolo. Ciò stabilito, deve ancora sciogliersi il nodo dell'autore, tra Paolo e Ulpiano. Guardare al secondo toglierebbe attendibilità alla notizia giustiniana, con ricadute sugli altri estratti della monografia sulle *cognitiones*.<sup>43</sup> Di contro, un problema connesso alle fonti dei *Fragmenta* sarebbe forse più facile da spiegare: o con l'errore nella trascrizione del compilatore o con la fiducia in un'attribuzione di cui si ignorava la fallacia. Del resto, molti sono i punti oscuri intorno alla composizione di quella raccolta, come pure quelli che riguardano il *De officio praetoris tutelaris* di Ulpiano (certo non inferiori ai dubbi sul *De cognitionibus*).<sup>44</sup>

Ne trarrei che la regola sulla dispensa dei membri del *collegium pistorum* si dovesse ascrivere, finanche nella versione del Codice Vaticano, a Paolo: secondo la tesi più accreditata, quella versione sarebbe stata attribuita all'autore sbagliato.<sup>45</sup> Ciò nonostante, si è ancora lontani dal raggiungere dei punti fermi, quando si guardi al solo D. 27.1.46 pr.: tra l'altro, permane irrisolto il rapporto tra quella conclusione e la questione della paternità del *De cognitionibus*. In effetti, siccome nei *Fragmenta Vaticana* quest'ultimo non risulta mai esplicitamente citato,<sup>46</sup> così da suggerire di non essere stato 'setacciato', si pone anche un problema di interferenza con altri lavori paolini, di converso certamente utilizzati; interferenza foriera di sensibili ricadute sul nostro *μονόβιβλον*. Anche in considerazione della pervasività del tema 'essenziamenti dalla tutela', si potrebbe porre in discussione l'autonomia nei confronti di altri scritti su quell'argomento: *De excusationibus tutelarum*, *De officio praetoris tutelaris* e *De iurisdictione tutelari editio secunda*.<sup>47</sup>

In particolare, spicca il confronto con un passo quale (Paul. *l.s. de excus.*) D. 27.1.26,

<sup>42</sup> Per quanto non risulti assurdo supporre che qualcosa sia cambiato nel corso dei vari passaggi redazionali dei *Fragmenta*, che pure conobbero integrazioni progressive, merita sottolineare che il nostro passo non è mai stato incluso dalla critica tra quelli di sicura aggregazione posteriore alla prima edizione: si veda almeno M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 16 ss., spec. 23 ss. In assenza di simili attestazioni, e soprattutto tenendo conto che in tutti gli altri casi sono stati aggiunti interi §§, e non semplicemente frasi o parti di esse, resta più plausibile che la tradizione abbia cagionato delle cadute nel testo, più che delle aggiunte. Circa la costruzione 'stratificata' della compilazione in esame, poi, vd. § 9.

<sup>43</sup> Per quanto essa sia dubbia, infatti, i materiali sono generalmente compatibili con quell'attribuzione (vd. § 9, in sintesi).

<sup>44</sup> Circa il *De officio praetoris tutelaris* ulpiano, quelle incertezze riguardano principalmente il rapporto con un titolo apparentemente analogo, come il *De excusationibus*, entrambi peraltro *libri singulares*. In merito, una sintesi delle varie ricostruzioni si legge in G. COSSA, *Per uno studio* cit., 48 s. nt. 126: esse, nel complesso, sembrano reputare genuino il lavoro sul *praetor tutelaris*, e divergono invece in merito alla fattura di quello sulle relative cause di giustificazione.

<sup>45</sup> *Contra*, riconducendo dunque il «puto» a Ulpiano, D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in K. SALLMANN (herausgegeben von), *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 285 n. Chr.* (*Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, IV), München 1997, 174 e nt. 37.

<sup>46</sup> Cfr. F. BETANCOURT, *El libro anónimo* cit., spec. 198 ss. La singolarità di questo dato era ben puntualizzata da F. GRELLÉ, *Ad municipalem* cit., 43, il quale pensava più a opere paoline affini, come il *De officio praetoris tutelaris*.

<sup>47</sup> Per tutti questi scritti cfr. ora G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 59 ss. e 107 ss.

che assicura ai *mensores frumentarii* – categoria molto vicina professionalmente ai *pistores* – la possibilità di giustificarsi dall’incarico (sempre in virtù di un preciso rescritto imperiale, ma dell’ultima età antonina).<sup>48</sup> Si può rilevare come la concomitanza con il nostro testo sia molto marcata, tanto per la qualificazione giuridica di fattispecie analoghe,<sup>49</sup> tanto per l’opportunità di favorirne l’inquadramento storico,<sup>50</sup> quanto infine per la delimitazione delle sfere di incidenza delle due opere considerate, di cui risalta ancor più la vicinanza. Per il momento, però, è decisiva la contestualizzazione storica dei suoi materiali:<sup>51</sup> a livello di contenuto, come di tradizione testuale, possiamo guardare alla realtà dell’ordinamento dal II secolo d.C. in avanti. Ulteriori indicazioni si ricavano poi dai §§ seguenti, che arricchiscono il reticolo di intrecci testuali.

D. 27.46.1 presenta, infatti, numerosi punti di contatto col *principium*, sia – comprensibilmente – per quanto riguarda la tematica sia per il parallelismo rispetto a un brano dei *Fragmenta Vaticana*. La continuità narrativa non incontra, infatti, soluzione nel Digesto, ove alcuni nessi lessicali – «*autem*» e «*quoque*») sembrano legare in maniera estremamente fluida i due passi, così da avvalorare l’impressione che siano stati immediatamente concatenati anche nell’originale.<sup>52</sup> Verosimilmente i commissari, recependo i due §§ all’unisono,<sup>53</sup> li hanno trasposti senza bisogno di apportarvi modifiche di coordinamento.<sup>54</sup> Prima di affrontare le vicende della trasmissione, qui ancor più spinose che per il segmento precedente, si può dire qualcosa sul contenuto nella prospettiva della paternità.

La coerenza tematica si annuncia nella nuova e distinta forma di esenzione dalla tutela riconosciuta ai mugnai, benché solo se operanti a Roma, ed esclusivamente riguardo all’assistenza verso i figli dei colleghi.<sup>55</sup> La regola riecheggia in maniera eclatante quella espressa

<sup>48</sup> Si veda l’analisi del frammento in G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 204 ss.

<sup>49</sup> È evidente la connessione con l’*annona* e la sua operatività: cfr. E. HÖBENREICH, *Annona* cit., 122 s.

<sup>50</sup> Non sarebbe da escludere, in astratto, la possibilità che la concessione delle due *causae excusationis* fosse da mettere in relazione anche da un punto di vista temporale, rientrando in una serie di disposizioni favorevoli alle professioni legate all’approvvigionamento della città. Rimane, però, il fatto che sulla norma per i *pistores* non abbiamo certezze: vd. anche *supra*, nt. 20.

<sup>51</sup> Rinviando per le altre questioni al § 9.

<sup>52</sup> D’altronde, non vi sono ipotesi di interpolazione particolarmente pertinenti sul testo (cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index* cit., II, 152). In particolare, l’ipotesi di F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig 1917, 143 s. esprimeva una generica sfiducia nella genuinità di tutto il brano, ma basandosi soprattutto sul confuso intreccio delle varie *inscriptiones*, senza entrare nel dettaglio della fonte.

<sup>53</sup> Cosa che si potrà dire, tra l’altro, pure in riferimento al D. 27.1.46.2: vd. *infra*, nel testo sui profili palinogenetici.

<sup>54</sup> A quella primitiva redazione, allora, attribuirei anche i vocaboli che servono a legare sintatticamente e semanticamente i due §§: in specie, i ricordati «*autem*» e «*quoque*». A parere di L. CHIAZZESE, *Confronti testuali* cit., *Parte speciale* cit., 61 – il quale ragionava invece sulla scorta del confronto con *Fragm. Vat.* 235 –, «*autem*» sarebbe una «aggiunta di collegamento» introdotta dai giustiniani. In realtà, se accettiamo l’ipotesi che i due §§ fossero consecutivi nell’esposizione che dette vita alla versione digestuale (vd. meglio *infra*, nel testo), è lecito supporre che potesse esservi un coordinamento già in quella, e, in generale, che comunque una simile inserzione non fosse necessaria agli occhi dei commissari, visto che il discorso scorreva tranquillamente. È ammissibile che vi sia stata, piuttosto, una caduta nella *lectio* dei *Fragmenta*, oppure – maggiormente in linea con la concezione ricostruttiva che impronta tutto il frammento esaminato – che la stesura in mano al redattore non prevedesse quel vocabolo.

<sup>55</sup> Così gli autori che hanno letto D. 27.1.46.1 (oppure *Fragm. Vat.* 235 e 237): J.-P. WALTZING,



in altro estratto dal *De cognitionibus*, ossia D. 27.1.42, con cui si confronta e conforta.<sup>56</sup> L'esclusione dell'onere nei confronti dei figli dei colleghi – oltre che rispondere alla regola generale della necessaria previsione esplicita per essere riconosciuta (regola che sarà poi ribadita da Ermogeniano: D. 27.1.41.3) – si rinforza con l'*excusatio* rispetto agli impuberi localizzati a grande distanza.<sup>57</sup> In pratica, mentre per i consociati in genere, oltre le cento miglia, non v'è più alcun obbligo,<sup>58</sup> per i *pistores* dell'Urbe – proprio in virtù di quella norma diretta – la disciplina assume connotati di maggiore garanzia: non saranno vincolati a quella specifica tutela nemmeno entro il preciso ambito geografico.<sup>59</sup>

Il risvolto comparatistico, poi, vive della coincidenza con le notizie fornite da *Fragm. Vat.* 235 e, con ulteriore profilo di singolarità, da *Fragm. Vat.* 237 (presentati come *ulpianei*).<sup>60</sup> Entrambi questi brani riproducono testualmente il disposto di D. 27.1.46.1, apportandovi però peculiari modifiche, che consigliano di valutarli separatamente e di iniziare da quello che ci trasmette la versione decisamente più estesa.

*Fragm. Vat.* 235 fornisce una descrizione più accurata dei trascorsi storici del precetto sull'*excusatio* dei mugnai romani, delineandone le evoluzioni anche in riferimento a fattispecie vicine.<sup>61</sup> Al di là delle questioni particolari (qui perlopiù periferiche),<sup>62</sup> basti trarre dal brano quanto sia funzionale alla ricostruzione di D. 27.1.46.1 e interrogarsi sulle possibili svolte verificatesi nella storia redazionale del passo. Pertanto, è essenziale evidenziare – a parte la conferma circa la tassatività delle ipotesi di *excusationes* – la possibilità di fissare un lasso temporale per la composizione del materiale: il regno di Caracalla, indicato come «*imperator noster*» per ben due volte,<sup>63</sup> senza però specificazioni circa l'eventuale correggen-

*Étude historique* cit., II, 404 s. (e nt. 3); A. VISCONTI, *Il "collegium pistorum"* cit., 525 s.; Y. DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, in L. CHEVAILLER, Y. DEBBASCH, J.L. GAY, *Varia. Études de droit romain*, II, Paris 1956, 80 nt. 85, 93 ntt. 66 e 67; D. LIEBS, *Hermogenians iuris epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964, 71 nt. 191; G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. 2. In tema di excusationes dalla cura minorum*, in *BIDR* 77, 1974, 181 nt. 153; A. GUZMAN, *Dos estudios* cit., 130 nt. 10; D. LIEBS, *Privilegien* cit., 330 nt. 148; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 468 nt. 192; F.M. AUSBÜTTEL, *Untersuchungen* cit., 104; P. HERZ, *Studien* cit., 170; B. SIRKS, *Food* cit., 320 ss. (e ID., *Archives* cit., 336 s.); E. HÖBENREICH, *Annona* cit., 126 ss.; C. SORACI, *Dalle frumentationes* cit., 429; G. VIARENGO, *Studi* cit., 77 ss. Sotto altro profilo, cfr. altresì M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 75 ss. e F. GRELLE, *Ad municipalem* cit., 42 ss.; C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *Zur Gerichtsbarkeit* cit., 364 s. Da ultimo cfr. anche G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 51 ss.

<sup>56</sup> Vd. il commento dettagliato al § 5.

<sup>57</sup> Sui dettagli della disciplina vd. ancora § 5.

<sup>58</sup> Obbligo che, d'altro canto, può desumersi *a contrario* pure da D. 27.1.46.2 (vd. *infra*, nel testo): cfr. G. VIARENGO, *Studi* cit., 79.

<sup>59</sup> Osserva la compatibilità delle discipline G. VIARENGO, *Studi* cit., 78.

<sup>60</sup> Si tratta di punti già indagati, da altra prospettiva, in G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 51 ss.

<sup>61</sup> (*Item* [Ulp. *de off. praet. tut.*]) *Urbici pistoris a collegiarum quoque filiorum tutelis excusantur, quamvis neque decuriales neque qui in ceteris corporibus sunt excusentur. Et ita Hadriano rescripto ad Claudium Iulianum praefectum annonae significatur, quam epistulam quodam rescripto ad Vernam et Montanum pistoris imperator noster cum patre interpretatus est et ad pistoris pertinere, cum in eo negotio frumentum agentibus daretur a collegiarum filiorum tutelis vacatio. Plus etiam imperator noster indulsit, ut a tutelis, quas susceperant ante quam pistoris essent, excusarentur; sed hoc ab ipso creatis pistoribus praestitit et ita Marco Diocae praefecto annonae rescripsit.* Si veda, più nel dettaglio, G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 51 s.

<sup>62</sup> Sia di sostanza che di forma (tra cui la 'comparsa' di «*autem*»: vd. *supra*, nt. 54).

<sup>63</sup> L'individuazione dell'imperatore è ormai comunemente ammessa, sia per ragioni prosopografiche

za con Settimio Severo (che è solo «*pater*» ma non «*divus*»).<sup>64</sup> Questo segnale, ovviamente, va letto in connessione con la menzione dell'autore nell'*inscriptio*, laddove Fragm. Vat. 235, distanziandosi da D. 27.1.46.1, riporta Ulpiano e, richiamandosi ai frammenti precedenti (con «*Item*»), il suo *De officio praetoris tutelaris*. Di fronte a una simile discordanza documentale, è chiaro che per noi sarebbe estremamente importante – come già per il *principium* – attrarre tutto il brano sotto la paternità paolina, per prospettare anche un arco di datazione.

La questione – inizialmente – si pone proprio negli stessi termini che per D. 27.1.46 pr. e Fragm. Vat. 233: la collazione tardoantica riproduce un testo più esaustivo e lo attribuisce a un maestro diverso. Per questa ragione sono state nel tempo formulate le medesime valutazioni, con l'esito di ammettere perlomeno che si tratti ancora di un errore dell'estensore dei *Fragmenta*.<sup>65</sup> Equivalenti considerazioni potrebbero, in effetti, svolgersi a proposito della totale sovrapposibilità delle parti dei brani interessate, come pure del fatto che l'integrazione consista sempre in un riferimento legislativo con lo scopo di chiarire la genesi della regola esposta.<sup>66</sup> Mantengono dunque il proprio valore, da un lato, la forte perplessità che si potesse trattare di scritture distinte, ma convergenti, da parte di due *prudentes*; dall'altro, l'assenza di un vero interesse, per Triboniano e i suoi, a far cadere intenzionalmente la seconda sezione del passo.<sup>67</sup> La proposta della circolazione di una versione

relative al destinatario del secondo rescritto, Marcio Dioga (cfr. H.-G. PFLAUM, *Les carrières procuratoriennes équestres sous le haut-empire romain*, II, Paris 1960, 644 e suppl., Paris 1982, 62; H. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture* cit., 356; M. CHRISTOL, *Un fidèle de Caracalla: Q. Marcius Dioga*, in CCG 2, 1991, 165 ss.; M.L. CALDELLI, *I prefetti* cit., 48 ss.), sia per il nesso con l'«*imperator Antoninus*» di D. 27.1.46.2 (vd. *infra*, nel testo).

<sup>64</sup> Come poi in D. 27.1.46.2 (vd. *infra*, nel testo). Con la divinizzazione del 211, e la seguente attribuzione della correlativa qualifica (cfr. almeno D. KIENAST, *Römische Kaisertabelle. Grundzüge einer römischen Kaiserchronologie*, Darmstadt 2004<sup>3</sup>, 157), si sarebbe potuta collocare con maggiore certezza l'azione imperiale dopo quella data. In generale, su tale meccanismo ermeneutico di diffuso accoglimento si vedano già T. MOMMSEN, *Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen*, in ZRG 9, 1870, 97 ss. (= *Juristische Schriften*, II, Berlin-Dublin-Zürich 1965<sup>2</sup>, 155 ss.) e A. D'ORS PÉREZ-PEIX, *Divus-Imperator. Problemas de cronologia y transmision de las obras de los jurisconsultos romanos*, in AHDE 14, 1942-43, 34 ss.

<sup>65</sup> Così, appunto, Mommsen nell'*editio* del 1890, ma anche poi A.A. SCHILLER, *The jurists* cit., 79 nt. 101; F. SCHULZ, *Storia* cit., 449 nt. 8; M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 75 ss., spec. 79. Ovviamente, a una simile tesi maggioritaria sono state proposte le medesime obiezioni già segnalate per Fragm. Vat. 233: vd. *supra*, nel testo.

<sup>66</sup> È vero, peraltro, che qui mancherebbe un elemento a rinforzo della tesi rammentata, cioè quella spia lessicale di una visuale in prima persona (che là era «*puto*»): si potrebbe, così, immaginare meno stringente l'obiezione per cui l'autore dovesse essere uno solo. Tuttavia, reputo che ciò vada temperato con la nettezza del precetto espresso, che non avrebbe lasciato molto spazio a interpretazioni soggettive (mentre l'estensione ad opera di Settimio Severo e Caracalla avrebbe una natura diversa, legata alla volontà dispositiva dell'autorità pubblica).

<sup>67</sup> Merita notare che la frase «*quamvis ... excusentur*» – che consiste in una puntualizzazione dell'ambito applicativo della dispensa e non in una spiegazione della sua origine – era ritenuta incompatibile con la realtà giustiniana da L. CHIAZZESE, *Confronti testuali* cit., *Parte speciale* 61, e perciò omessa. Si potrebbe però discutere dell'asserita irrilevanza del riferimento ai *corpora* in quell'epoca, laddove molte previsioni sopravvissute nel Digesto (come, del resto, già nel Codice Teodosiano) la contraddicono (mentre effettivamente diverso sarebbe il discorso per i *decuriales*: nel caso, sarebbe stato comunque sufficiente far cadere solo quella parola). Vd. taluni cenni sulla sopravvivenza dei *privilegia*, e quindi dei *collegia* beneficiari, *supra*, nel testo).

differente alla base delle due redazioni, lontane nel tempo, rimane pertanto congrua anche in riferimento a D. 27.1.46.1 e *Fragm. Vat.* 235.<sup>68</sup> Secondo quanto già concluso in precedenza, allora, la variante redazionale consultata dell'ignoto autore dei *Fragmenta Vaticana* sarebbe stata più ricca di informazioni, ma non gli avrebbe impedito di cadere in errore (o di avallarne uno già commesso da altri) al momento di ascrivere il passo a un giurista diverso da quello effettivo.<sup>69</sup> Sul giudizio relativo al § 235, del resto, potrebbe incidere in certa misura l'andamento piuttosto tortuoso della parte aggiunta,<sup>70</sup> che spinge ulteriormente a dubitare di quella variante, quanto meno nella prospettiva della modalità di composizione dei *Fragmenta*, e dunque della loro affidabilità.

La trama degli intrecci tra fonti si infittisce per l'inserimento di un ulteriore fattore di complessità, rappresentato dalla coincidenza con *Fragm. Vat.* 237, che ripete la frase del § 235, ma nella forma più concisa che sopravvivrà poi in D. 27.1.46.1.<sup>71</sup> Inoltre, vi si rinvia addirittura a una terza opera giuridica, ossia l'*Ad municipalem* di Paolo.<sup>72</sup> Limitandosi a questi due aspetti, si possono comunque ricavare nuovi spunti per lo studio del frammento in esame. Infatti, la reiterazione pressoché consecutiva del medesimo disposto, in forma così apertamente rimaneggiata e ondivaga,<sup>73</sup> incrementa lo scetticismo verso la versione dei *Fragmenta*: riconoscere che essa fu probabilmente integrata in un secondo momento<sup>74</sup> apre la strada a numerosi quesiti sulla collocazione temporale delle due opere (pseudo)paoline in questione. Il problema coinvolge, ovviamente, anche lo scritto *ad municipalem*, la cui restituzione è forse addirittura più spinosa, e ci spinge alla massima prudenza nella valutazione di tale linea di tradizione.<sup>75</sup>

Al contempo, però, ci viene mostrata una possibile immagine del cammino evolutivo del passo: se la formulazione abbreviata compare dopo e si inserisce nella medesima compilazione 'vaticana', è evidente che la storia delle due versioni si è venuta a un certo punto a intersecare, o magari – ragionevolmente – che vi è stata una derivazione dell'una (quella finale giustiniana) dall'altra (quella già 'accorciata' di *Fragm. Vat.* 237).<sup>76</sup> Se la manipolazione fosse dovuta a un intervento di aggiornamento dei *Fragmenta Vaticana*, assisteremmo a un esempio della segnalata tendenza del collazionatore (astrattamente inteso) a lavo-

<sup>68</sup> Così come resta adeguata l'argomentazione contro l'errore giustiniano, sulla base delle medesime osservazioni circa la massa: vd. *supra*, nel testo.

<sup>69</sup> Vd. ancora *supra*, nel testo.

<sup>70</sup> In particolare, del tratto da «*Et ita*»: la lettura non risulta del tutto piana, benché non ne sfugga il senso di fondo: cfr. G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 52 nt. 44.

<sup>71</sup> Alla quale manca però ancora l'«*autem*», conformemente alla versione dei *Fragmenta*: vd. *supra*, nt. 54.

<sup>72</sup> (Paul. *l.s. ad munic.*) *Urbici autem pistoris a collegarum quoque filiorum tutelis excusantur. Sed et si qui in foro suario negotiantur, si a duabus partibus patrimonii annonam iuvent, a tutelis habent excusationem.* Cfr. G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 51 (ove bibl. in nt. 36).

<sup>73</sup> Vd. in merito G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 53 ss., a cui si rinvia anche per la problematica sovrapposizione della seconda parte di *Fragm. Vat.* 237 rispetto all'*incipit* del § 236.

<sup>74</sup> La tesi di una stratificazione di stesure – qui ravvisabile anche nel diverso taglio, più sintetico ed essenziale di una parte dei passi coinvolti – fonda l'idea che qui si aggiunse un passo perché non ci si accorse che era l'incrocio dei due precedenti: vd. gli spunti in proposito al § 9.

<sup>75</sup> Con riguardo all'impatto di una simile riflessione sulla ricostruzione di quella monografia si veda G. COSSA, *Ad municipalem* cit., spec. 57 ss.

<sup>76</sup> In sintesi, gli esiti sono difforni da quelli inerenti *Fragm. Vat.* 233, per il quale non è possibile osservare una contestuale stesura ridotta già prima della sua attestazione nell'età di Giustiniano.

rare 'per riduzione' sui testi antichi.<sup>77</sup> E comunque tre sembrano i risultati conseguiti: anzitutto, si confermerebbe che la semplificazione del brano sia avvenuta prima del suo arrivo sotto gli occhi di Triboniano; poi, e più puntualmente, che la bipartizione delle stesure si sia prodotta successivamente alla scrittura iniziale dei *Fragmenta*; infine, risalendo indietro, che invece la versione *maior* precedesse proprio l'epoca di iniziale aggregazione di questi ultimi.<sup>78</sup>

Rimanendo ancorati al dato testuale, pertanto, si potrà preferire la variante di *Fragm. Vat. 235*, in quanto più attenta a rendere la complessità delle soluzioni giuridiche del passato:<sup>79</sup> in tal senso, si può allora ammettere l'idea che essa riproduca il primigenio tenore della fonte.<sup>80</sup> Inoltre sarebbe lecito desumere, in positivo, una posizione di vantaggio per la paternità paolina, sia sulla base del riscontro doppio delle *inscriptiones* (D. 27.1.46.1 e *Fragm. Vat. 237*),<sup>81</sup> sia per l'inevitabile maggior percentuale di alterazioni o imprecisioni che si percepisce nel lavoro dell'autore dei *Fragmenta*.<sup>82</sup>

Manca, però, il passaggio decisivo per inquadrare il *De cognitionibus* in relazione alle conclusioni tratte. Intanto, il materiale che transita nel Digesto sotto quel titolo, integrato con le informazioni estrapolate dalla silloge tardoantica, denota piena compatibilità con gli istituti giuridici di età severiana. Anzi, a voler prestare integralmente fede a detta silloge, si dovrebbe isolare un arco di datazione tra il 211 e il 217 d.C., ossia sotto il regno individuale di Caracalla. Fissati però contesto genetico e *nomen* del giurista per questo brano, il discorso globale relativo al  $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$  deve conformarsi ai risultati dell'esame di tutte le testimonianze superstiti.

A tale riguardo D. 27.1.46.2 apporta ulteriori elementi, continuando con le *excusationes* ma senza coinvolgere più soltanto i *pistores*, bensì tornando – a prima vista – a interessare un novero generico di destinatari, sempre però con il puntello normativo di una pre-

<sup>77</sup> E ciò anche se qui, in realtà, il compendio di un brano si risolve poi in un allungamento della raccolta, cui viene aggiunto un frammento: vd. *supra*, nel testo. Non attribuiva la cesura al collazionatore M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 77, sulla base del parallelismo con D. 27.1.46.1. Tuttavia, l'argomento è confutabile: se l'*auctor* della seconda mano avesse operato il taglio, aprendo la strada all'unica tradizione sopravvissuta, ossia quella in forma breve, essa sarebbe giunta fino ai commissari, giustificando così la loro trascrizione.

<sup>78</sup> Si vedano – in relazione a tutti questi aspetti, come analizzati *supra*, nel testo per il *principium* –, da un lato, la delimitazione dell'operato triboniano; da un altro lato, l'alternativa, là ancora aperta, circa il momento di separazione delle due varianti di testo; da un altro ancora, l'antiorità del dettato più esteso.

<sup>79</sup> Così anche E. HÖBENREICH, *Annona* cit., 127 s. nt. 316, pur se immaginando una matrice primitiva nel *liber singularis de officio praetoris tutelaris* di Ulpiano (anche, ma più cautamente, per *Fragm. Vat. 233*): per l'opposta opinione, vd. subito *infra*, nel testo (e nt. 82).

<sup>80</sup> Non appare, perciò, inevitabile la conclusione di M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 78 (consequente alle premesse esposte e criticate *supra*, in nt. 77), secondo cui «prima della raccolta vaticana circolavano copie rispettivamente dell'*Ad municipalem* e del *de cognitionibus* profondamente alterate». Non è lecito negare in assoluto che ciò corrisponda alla verità storica, ma al contempo non disponiamo di elementi sufficienti ad affermarlo con nettezza: di certo non è decisiva, in relazione al periodo anteriore alla prima redazione dei *Vaticana*, la differenza tra *Fragm. Vat. 235* e *237*.

<sup>81</sup> Esso costringerebbe «ad attribuire non una sola opera, ma due, ad un autore diverso, Ulpiano e non Paolo» (M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 78).

<sup>82</sup> Cfr., per tutti, M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., spec. 75 ss. *Contra*, cioè a favore di una base ulpiana passata poi a Paolo attraverso *Fragm. Vat. 235*, E. HÖBENREICH, *Annona* cit., 127 nt. 316 (vd. *supra*, nt. 79).

scrizione imperiale. Il tenore del testo, però, è stato fortemente sospettato di aver subito interventi di aggiustamento: essi, più che da rilievi formali, sono stati motivati prevalentemente dalla lettura di fonti parallele – la più importante in proposito proviene nuovamente dai *Fragmenta Vaticana* – inerenti a una casistica comparabile,<sup>83</sup> e riconducono quindi alla sostanza del frammento.

Nelle fattezze che i giustinianeici ci hanno trasmesso, in realtà, anche la sintassi e lo stile non sembrano esenti da criticità, tra le quali spicca l'espressione «*ad tutelam datus est*», che non trova attestazioni nella compilazione o in altri testi giuridici antichi.<sup>84</sup> Evidentemente, quell'espressione trae ispirazione dall'altra, comune e risalente, di «*tutor datus*», ma proprio la sua configurazione eccentrica suscita la sensazione di una soluzione 'posticcia', e quindi di indefinibile paternità. Del resto, si pone anche un interrogativo su cosa essa indichi realmente, stante la polisemia, in chiave diacronica, del concetto di tutore 'dato'. Inizialmente, infatti, esso dovette riferirsi a quello testamentario, per via della formula imperativa di nomina, ma in seguito all'introduzione dell'assegnazione d'ufficio, lo spettro semantico andò a comprendere anche la figura così designata.<sup>85</sup> La dicitura vaga, però, potrebbe comunque volersi riferire intenzionalmente a entrambe le tipologie di *tutela*, visto che a partire dal primo principato l'*excusatio* dovette estendersi anche alla tutela *ex testamento*.<sup>86</sup> da questo punto di vista, non sussisterebbero ostacoli a pensare che D. 27.1.46.2 già nella sua forma originaria si riferisse alle due *species* e derivasse dall'età severiana.<sup>87</sup>

A ogni modo, rivedendone isolatamente il contenuto, non si troverebbero specifici fat-

<sup>83</sup> Oltre ai vari lavori di Solazzi ricordati in E. LEVY, E. RABEL, *Index cit.*, II, 153, si veda ora G. VIARENGO, *Studi cit.*, 103 s.

<sup>84</sup> La censurava, infatti, S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli 1929, 78 s. nt. 4. L'espressione più ricorrente, tra quelle che contengono '*ad tutelam*', prevede invece l'uso del verbo '*vocare*': cfr. v. *tutela*, in VIR 5, Berolini 1939, 1148.

<sup>85</sup> Su quanto accennato in testo cfr., per tutti, B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 447 (e nt. 78), 455 (e nt. 133). Benché potenzialmente connessa all'individuazione dell'appellativo degli istituti in parola, non sembra però essenziale al nostro esame la vicenda semantica di '*dativus*', su cui invece influirebbe la decisiva opzione giustiniana laddove lo troviamo a denotare il tutore di nomina magistratuale (secondo una tesi risalente, fatta propria già da S. SOLAZZI, *Tutele e curatele. II. Tutela dativa*, in RISG 54, 1914, 17 ss. [= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 23 ss.], e che si ritrova almeno in C. FAYER, *La familia romana*, I. *Aspetti giuridici e antiquari*, Roma 1994, 405 nt. 81 e 424 s. nt. 142).

<sup>86</sup> In concomitanza o in conseguenza della soppressione, al tempo di Claudio, della libera *abdicatione tutelae*: vd. *infra*, nt. 339.

<sup>87</sup> D'altronde, in questa direzione potrebbe spingere anche la precisa disposizione di (Mod. 3 *exc.*) D. 27.1.10.4, che, ricordando una normativa di Settimio Severo, consente anche ai tutori testamentari di chiedere la dispensa se i beni da amministrare si trovino in una provincia diversa dalla propria (Καὶ οἱ κατὰ διαθέκας δοθέντες ἐπίτροποι παραιτήσονται κατὰ νόμους τὸν χειρισμὸν τῶν ἐν ἄλλῃ ἐπαρχίᾳ ὄντων κτημάτων, ὡς δηλοῖ ἡ ὑποτεταγμένη τοῦ θειοτάτου Σεβήρου διάταξις: '*Divi Severus et Antoninus Augusti Valerio. Testamento tutor datus ante praefinitum diem adire debuisti et postulare, ut ab administratione rerum, quae in alia provincia erant, liberareris*'). Ciò fa supporre che quelli di ufficio fossero di per sé già inclusi nella previsione. Circa il tutore «*datus*» – inteso qui nel senso di 'dativo' da G. VIARENGO, *Studi cit.*, 107 e nt. 170 – e la sua *excusatio* in forza della sede dei beni merita ricordare anche (Marcian. 2 *inst.*) D. 27.1.21.2, che gli riconosce quella facoltà in ragione della grande distanza, pur quando sia stato nominato per l'intero patrimonio del pupillo, ammesso che – e si ribadisce dunque un dato già presente in D. 27.1.10.4 – si tratti di province diverse (*Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centensimum lapidem tutelam gerat, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit: et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia praesides eius*).

tori di dubbio, visto che la previsione della *causa di vacatio*,<sup>88</sup> incardinata sulla dimora in un luogo diverso da quello di espletamento dell'incarico,<sup>89</sup> è affermata in termini generali e associata a un preciso atto di Caracalla e di suo padre.<sup>90</sup> Semmai, due aspetti meritano di essere approfonditi, individualmente e nella loro connessione. Innanzi tutto, abbiamo nuovamente l'opportunità di determinare una datazione per il testo che ci è proposto: il rinvio all'«*imperator Antoninus cum divo patre*», oltre a delineare gli anni fino al 211 d.C. per la pronuncia imperiale, impone di pensare che il brano sia stato composto subito dopo quel periodo, ma con Caracalla tuttora al potere.<sup>91</sup> Lo sfondo normativo, da un lato, e compositivo, dall'altro, combacia allora con quello disegnato da *Fragm. Vat. 235*, quale passo parallelo di *D. 27.1.46.1*.<sup>92</sup> Secondariamente, non bisogna dare per scontato il tipo di intervento del *princeps*, come se si trattasse necessariamente di una prescrizione introdotta *ex novo*. In effetti, il verbo impiegato nel nostro frammento è 'significare': con esso i *prudentes* generalmente non indicavano un'assoluta innovazione legislativa, bensì un chiarimento della portata di disposizioni esistenti.<sup>93</sup> La delimitazione cronologica non esonera comunque dalla ricerca di potenziali riscontri nella sanzione originaria, ove conoscibile.<sup>94</sup>

<sup>88</sup> Come segnalato in G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 205 s. nt. 397 (ove bibl.), con tale vocabolo di indicava la situazione di esenzione corrispondente all'esercizio di una causa di *excusatio*. Si tornerà sui profili terminologici anche al § 6.

<sup>89</sup> Sul concetto di 'domicilium' e sulla sua importanza a livello giuridico cfr. almeno Y. THOMAS, «Origine» et «commune patrie». *Étude de droit public romain* (89 av. J.C.-212 ap. J.C.), Rome 1996, 34 ss.; O. LICANDRO, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del diritto romano*, Torino 2004, 253 ss.; M.L. LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico del domicilio en derecho romano*, Madrid 2008, spec. 51 ss.

<sup>90</sup> Che questo sia il senso di *D. 27.1.46.2* – tenendo anche conto dell'esame spesso congiunto a quello di *Fragm. Vat. 203* – non è posto in discussione da chi pur ne contesta la genuinità: cfr., in generale, A. DELL'ORO, *Il titolo della suprema carica nella letteratura giuridica romana*, Milano 1968, 68 s.; A. GUZMÁN, *Dos estudios* cit., 162 nt. 13, 189 s. (poi ID., *Dos otras notas en tema de tutela romana*, in *REHJ* 2, 1977, 15 ss.); B. ALBANESE, *Le persone* cit., 471 nt. 208; C. FAYER, *La familia romana* cit., I, 455 (e nt. 252); F. GRELE, *Ad municipalem* cit., 42 s.; O. LICANDRO, *Domicilium habere* cit., 333; E. TODISCO, *L'immigrato e la comunità cittadina: una riflessione sulle dinamiche di integrazione*, in M. PANI (a cura di), *Storia romana e storia moderna. Fasi in prospettiva*, Bari 2005, 136 nt. 9; L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici*, I. *La classificazione degli incolae*, Milano 2006, 488 e nt. 480; M.G. ZOZ, *Le costituzioni imperiali* cit., 131 s.; M.L. LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico* cit., 465 (poi EAD., *Clasificación general de los muneris locales y exposición de las principales causas de su exención*, in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN [director], G. GEREZ KRAEMER [editor], *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, II, Madrid 2013, 586); G. VIARENGO, *Studi* cit., 103; M. HERRERO MEDINA, *Origen y evolución de la tutela impuberum. Protección procesal a través de la actio rationibus distrabendis y la accusatio suspecti tutoris*, Madrid 2019, 140 s. nt. 137.

<sup>91</sup> Così G. GUALANDI, *Legislazione imperiale* cit., I, 200; A. DELL'ORO, *Il titolo* cit., 68; A. GUZMÁN, *Dos estudios* cit., 189 s. Cfr. già H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle 1908<sup>2</sup>, 98, con A. BERGER, v. *Iulius Paulus* (382), in *RE* 10.1, Stuttgart 1918, 716 s. e poi D. LIEBS, *Jurisprudenz* cit., 174, i quali segnalavano i problemi di coordinamento con altre indicazioni provenienti dal *De cognitionibus*, su cui vd. § 9 (ma già § 6).

<sup>92</sup> Vd. *supra*, nel testo.

<sup>93</sup> Si vedano, in particolar modo, B. ALBANESE, *Nota su Gai 1.7 e sulla storia del ius respondendi*, in *AUPA* 49, 2004, 24 (= *Scritti giuridici*, IV [a c. di G. Falcone], Torino 2006, pp. 1088) e G. NICOSIA, *Iura condere*, in *AUPA* 50, 2005, 238 ss. (= in *Polis* 2, 2006, 272 s.). Cfr. ora anche G. COSSA, *Ad municipalem*, 52 e nt. 43, in relazione a *Fragm. Vat. 235*.

<sup>94</sup> Ammesso che non si pensi invece – come sembra fare G. VIARENGO, *Studi* cit., 107 – che essa fosse

In questo soccorre ancora una volta il dettato dei *Fragmenta Vaticana*, ove si legge un passo simile (benché non completamente sovrapponibile come per i §§ antecedenti): *Fragm. Vat. 203*, sempre attribuito a Ulpiano.<sup>95</sup> Solo che qui i problemi di paternità sono attenuati da una duplice circostanza: la disposizione imperiale viene attribuita a Marco Aurelio e sembra avere un'efficacia più limitata, con il riferimento al domicilio a Roma o nella provincia di gestione dell'affidamento.<sup>96</sup> Ora, nel presente caso è più ragionevole accedere all'idea – esclusa invece in relazione all'altro – che le opere alla base delle due testimonianze fossero distinte, e quindi potenzialmente concepite da giuristi diversi: sia per lo scarto formale evidenziato, sia per ragioni di architettura interna dei *Fragmenta*.<sup>97</sup> Credo sia opportuno, insomma, considerare i due testi come autonomi: la loro interferenza potrà, al limite, offrire spunti sul piano del contenuto.

Se perciò si tenta di spiegare la (non insuperabile) divergenza, è ancora lecito respingere l'idea di una corruzione della versione digestuale, perché veicolante un'interpretazione troppo più concessiva di quella inizialmente sottintesa dal rescritto di Marco Aurelio:<sup>98</sup> In verità, si potrebbe anche accedere all'opposta concezione, per cui in effetti l'intento dei due imperatori severiani sarebbe stato esattamente quello di concedere in maniera più ampia la facoltà di rinunciare alla tutela, generalizzandone l'applicazione:<sup>99</sup> non risultano, del resto, specifiche testimonianze espressamente contrastanti.<sup>100</sup> Abbandonando, però, per un mo-

quella ricordata in D. 27.1.10.4, emanata da Settimio Severo. A parte ciò che si dirà su *Fragm. Vat. 203* subito *infra*, nel testo, la decisione in parola (vd. *supra*, nt. 87) sembrerebbe aver avuto una portata assolutamente circoscritta al caso del soggetto che, pur potendo in presenza del requisito della lontananza dai beni tutelari, non aveva sollevato la causa di esonero nei tempi dovuti. E. VOLTERRA, *Il problema cit.*, 975, di contro, pensava a un rescritto «formalmente e sostanzialmente assai più ampio» di quanto ci sia conoscibile.

<sup>95</sup> (Ulp. *de off. praet. tut.*) *Est et hoc genus excusationis, si quis se dicat domicilium non habere Romae delectus ad munus vel in ea provincia, ubi domicilium non habet, idque et divus Marcus Pertinaci et Aeliano consulibus rescripsit.* L'*inscriptio* nel manoscritto è semplicemente reiterata dalle precedenti: cfr. F. BETANCOURT, *El libro anónimo cit.*, 185. Su alcuni problemi marginali di integrità – ai quali aggiungerei anche la costruzione piuttosto macchinosa della parte da «*si quis*» – si veda A. GUZMÁN, *Dos estudios cit.*, 189, seguito poi da G. VIARENGO, *Studi cit.*, 103.

<sup>96</sup> Così, per tutti, O. LICANDRO, *Domicilium habere cit.*, 333 e G. VIARENGO, *Studi cit.*, 103. La menzione, allora, farebbe pensare che nella previsione di Marco Aurelio rientrassero solo le fattispecie concernenti rapporti tra Roma e i municipi, oppure tra province differenti, le quali si sarebbero basate sulla differenza dei soggetti titolari della facoltà di *dare tutores*.

<sup>97</sup> In effetti, la serie del §§ 173-223 sembra costituire un blocco unitario, in cui l'unica *inscriptio* è quella del passo iniziale, a cui rimandano tutte le successive: cfr. F. BETANCOURT, *El libro anónimo cit.*, 182 ss. Al riguardo, appare funzionale anche il rilievo di M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana cit.*, 44 s., per cui la scarsa organicità narrativa del titolo «*De excusatione*» nella raccolta dipendeva dall'opera di provenienza, che era stata recuperata senza apporvi particolari modifiche: in effetti, tale visione si adatta bene al gruppo dei passi indicati, che sembrano appunto costituire un *corpus* unitario all'interno della sezione sulle cause di dispensa.

<sup>98</sup> Tale è l'opinione, ad esempio, di G. VIARENGO, *Studi cit.*, 103 s.

<sup>99</sup> In questo senso, cfr. A. GUZMÁN, *Dos estudios cit.*, 190, nonostante egli giungesse a individuare due cause diverse di esenzione, tra luogo del domicilio del tutore e luogo dei beni da gestire (già a 158 ss.): invero, non mi pare che vi siano presupposti testuali per avallare tale interpretazione (seguita poi, tra gli altri, da M.L. LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico cit.*, 465).

<sup>100</sup> Non è di questa opinione G. VIARENGO, *Studi cit.*, 104 ss., la quale però adduce una serie di fonti che – a mio parere – non valgono a puntellare quell'opposizione. Esse, in realtà, o sembrano contenere

mento la visuale ‘sistematica’, vi sono degli elementi da soppesare: qualche imprecisione formale già segnalata e, più di tutto, il contesto digestuale di provenienza. Qualora, infatti, si ammetta che *Fragm. Vat. 203*, pur affine nei contenuti, debba essere mantenuto separato dal nostro testo, è necessario rivolgersi a quel contesto per provare a chiarirsi l’intenzione del giurista.<sup>101</sup>

D. 27.1.46.2 fa seguito a due §§ che si occupano direttamente di una figura specifica, ossia il membro del collegio dei *pistores*, declinandone alcune ipotesi di privilegio. Un simile nesso verosimilmente non sarà stato sottovalutato dai commissari giustinianeî, quando hanno organizzato la struttura del *titulus* D. 27.1.<sup>102</sup> Adirittura, essi potrebbero avere reperito quel passo già così articolato – almeno nell’impianto – nel  $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$  che avevano in mano: si trattava semplicemente di trasporre uno spaccato di disciplina relativo a una specifica associazione professionale. Proprio nel quadro della serie di vantaggi riconosciuti a costoro, è possibile che Caracalla e Settimio Severo abbiano assicurato, intervenendo a precisare il significato di norme pregresse,<sup>103</sup> una completa efficacia a quella *excusatio*, altrimenti connotata da vincoli territoriali.<sup>104</sup>

Anche ammesso che lo abbiano ‘montato’ in sede di selezione – forse sottraendo qualcosa che poteva apparire loro superfluo, ma che ci avrebbe aiutato a comprenderne i risvolti – è legittimo immaginare che i compilatori vi ravvisassero una continuità, incentrata, a questo punto, proprio sulle prerogative dei mugnai.<sup>105</sup> Non è da sottovalutare che il *De*

una disciplina che non si frapporrebbe a un’interpretazione di stampo estensivo in D. 27.1.46.2 (come quelle sulla gestione di beni distanti, nell’ottica soprattutto della differenza tra Roma e provincia, tra cui si ricordano [Ulp. 35 *ad ed.*] D. 27.1.19 e [Pap. 5 *resp.*] D. 27.1.30.1; o anche quelle sull’esonero nell’ambito della medesima circoscrizione territoriale, quali [Marcian. 2 *inst.*] D. 27.1.21.2 e [Mod. 3 *de exc.*] D. 27.1.10.4); oppure si riferiscono a casi specifici, che non sappiamo se fossero esattamente pari a quello affrontato nel nostro frammento (cioè, per esempio, quelle in tema di richiesta di esonero parziale a causa della dislocazione di alcuni tra i beni da gestire, tra cui [Marcian. 2 *inst.*] D. 30.111). Un discorso a parte merita, tra queste ultime, *Fragm. Vat. 205*, poiché in esso, per quanto inerente la *vacatio pro parte*, il tutor domiciliato a Roma esercita il suo diritto in relazione a beni sottoposti a giurisdizione diversa da quella dell’Urbe, finanche provinciali (vd. meglio § 5). Quindi, se colpisce l’identità con i soli casi di *excusatio* già incrociati in *Frag. Vat. 203*, deve parimenti ammettersi la coincidenza della figura imperiale: si tratta, in entrambi i casi, di provvedimenti di Marco Aurelio, così che *Fragm. Vat. 205* dovrà essere confrontato con il § 203, più che venire impiegato per leggere D. 27.1.46.2. Al di là di questo, affermare – come avviene in G. VIARENGO, *op. cit.*, 102 – che le nomine dei *tutores* in altra città (previste da [Paul. 9 *resp.*] D. 26.5.24, su cui vd. anche § 4, e [Paul. 9 *resp.*] D. 26.2.32 pr.) non prevedessero in alcun modo forme di *excusatio* appare forse in contrasto con l’impostazione per cui la limitazione di Marco Aurelio in *Frag. Vat. 203* fosse ancorata ai criteri di competenza nella *datio tutorum* (vd. *supra*, nt. 96). Risulta cioè artificioso separare le due serie di fonti, le quali appaiono invece giuridicamente compatibili (il fatto che si possa essere incaricati per operare in *civitates* diverse, non esclude la possibilità di ottenere poi l’esenzione da quella nomina: cfr., ad esempio, B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 462 [e nt. 157]).

<sup>101</sup> Si tratta di un profilo opportunamente valutato da O. LICANDRO, *Domicilium habere cit.*, 334.

<sup>102</sup> È naturale che, al contrario, qualora si giudichi del tutto svincolato il § 2 dai precedenti, la soluzione più immediata implica di pensare a un accorpamento di regole eterogenee, prodotto con scarsa maestria, e dunque in epoca senz’altro posteriore a quella di Paolo.

<sup>103</sup> Che, pertanto, potrebbero identificarsi con quella di Marco Aurelio riportata da *Fragm. Vat. 203*, per quanto non sia così automatico pensarlo.

<sup>104</sup> Cfr. O. LICANDRO, *Domicilium habere cit.*, 334.

<sup>105</sup> Non è facile, d’altronde, ravvisare altri momenti di connessione tra *principium* e §§ 1 e 2, se non – in via interpretativa – su questo punto.



*cognitionibus* era stato già utilizzato in quel titolo, tra l'altro con un frammento che toccava alcuni aspetti intrecciati all'oggetto di D. 27.1.46.1 (ossia la *vacatio* rispetto ai figli dei colleghi di D. 27.1.42):<sup>106</sup> se ci si fosse voluti agganciare a quella linea tematica, sarebbe bastato costruire in maniera differente la fine di D. 27.1, magari connettendo già i due passi.<sup>107</sup> In definitiva, per quanto consapevoli della distanza dell'operazione di Triboniano, da essa possiamo trarre informazioni feconde in chiave ricostruttiva per il lavoro del giurista del principato: il «*sed et*» iniziale, allora, avrebbe rivestirebbe il ruolo di collegamento, in senso addizionale, con un'ulteriore specie di *excusatio* per i soggetti di cui si stava parlando in conclusione di titolo.<sup>108</sup> Esso potrebbe persino essere la traccia di un'ingerenza postuma, volta a raccordare l'ultimo § con il precedente, creando a livello espositivo un nesso equivalente a quello sostanziale che nel IV secolo veniva percepito;<sup>109</sup> oppure tale nesso potrebbe esser stato introdotto anche in un'età anteriore, ma comunque successiva a quella severiana, così che ai commissari sarebbe bastato trasporlo nella forma che leggevano.

In ogni caso, la decisione circa la posizione, interna all'opera iniziale, rispetto agli altri due passi, dipende da come si interpreta l'ultimo: nel senso qui delineato, quindi, sembra che sia da mantenere la concatenazione risultante dal Digesto, che potrebbe esser stata originaria – al netto delle mende stilistiche proposte – sia che il *De cognitionibus* fosse realmente dell'inizio del III secolo, sia che fosse creato in seguito. Il materiale di provenienza, però, si presta a essere riportato a quei decenni, anzi, a quella finestra ridotta che abbiamo individuato nel regno solitario di Caracalla: dunque, accantonata l'occasione di un'attribuzione controversa, rimane forte l'opzione per Paolo, che si avvantaggia di un'iscrizione digestuale, a cui non è possibile fornire una decisiva prova contraria.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> Vd. § 5.

<sup>107</sup> Occorre, al contempo, riconoscere che, secondo l'ordine regolare della massa 'papiniana', è proprio D. 27.1.46 pr.-1 a essere collocato correttamente in relazione alla posizione dell'opera (tradizionalmente al n. 225: cfr., almeno, D. MANTOVANI, *Digesto cit.*, 99, con le notazioni di G. COSSA, *Per uno studio cit.*, 607 ss.). Lungi dall'essere una deviazione 'codale', infatti, esso si inquadra perfettamente dopo D. 27.1.45, dal libro XIII delle *Disputationes* di Trifonino (n. 221 di massa). Invece, D. 27.1.42 si pone in modo eccentrico rispetto a tale sequenza, visto che interrompe una catena di passi (è fra D. 27.1.41 pr.-3 e D. 27.1.43) dal libro II delle *Epitomae iuris* di Ermogeniano (addirittura al n. 208 di massa). La sua posizione, dunque, fu chiaramente motivata da esigenze sostanziali, poiché si ritenne di integrare la notizia dell'altro autore con quella paolina, del tutto compatibile. Un simile comportamento è, del resto, osservabile – per rimanere al *De cognitionibus* – con D. 26.3.9, che interrompe, anche visivamente, un lungo passaggio del libro XIV delle *Disputationes* trifoniniane, finendo per essere ancora fuori dall'*ordo* BK (e, incidentalmente, facendoci pensare a una lettura vicina, se non contestuale, delle trattazioni coinvolte). Sul brano vd. § 3.

<sup>108</sup> Saremmo, pertanto, di fronte a una concessione che non è praticamente mai stata riferita ai soli *pistorum* dalla letteratura che se n'è occupata, e che allargherebbe ancora lo spettro dei trattamenti di favore per quel *corpus*.

<sup>109</sup> Non si vuole, però, giungere a sostenere che il medesimo raccordo fosse una forzatura, nel senso che piegasse una regola generale (quella del § 2) a un ambito applicativo specifico (il *collegium pistorum*, di cui ai §§ antecedenti). Ciò avrebbe rappresentato una corruzione del valore del precetto, che sarebbe stata inaccettabile anche per i giustiniane, specialmente perché non motivata da specifiche ragioni di adeguamento alla normativa vigente.

<sup>110</sup> Altro è a dirsi per l'opera tutta, su cui vd. § 9. Inoltre, non mi sentirei di trarre da tale ultima constatazione più che qualche elemento indiziario a conferma delle notizie relative ai §§ che precedono (per i quali pure si pensa a Paolo, comunque: vd. *supra*, nel testo), vista soprattutto la maggiore facilità con cui, per D. 27.1.46.2, si è potuta escludere la paternità ulpiana.

Sicuramente quel giurista affrontò in molte circostanze – e in diverse trattazioni apparentemente distinte<sup>111</sup> – l'argomento delle tutele e delle conseguenti esenzioni: proprio per questo motivo, però, se per un verso è agevole ascrivere gli frammenti in tema, permane la difficoltà di collocarli correttamente nelle varie monografie paoline (ammesso che fossero effettivamente tali), in considerazione delle non sempre uniformi *inscriptiones* del Digesto. In maniera più netta, del resto, mi esprimerei conclusivamente su quelle dei *Fragmenta Vaticana*: esse mi paiono erronee, con la conseguenza che i §§ 233 e 235 vanno riassegnati a Paolo. Il giudizio su quale opera del giurista ne avesse fornito le dottrine – che erano passate, in una certa linea di tradizione meno attenta di altre, sotto il nome di Ulpiano – dipende ovviamente dall'opinione che ci si costruisce intorno D. 27.1.46 pr.-2, e più in generale al *De cognitionibus*: a tale scopo, è necessario proseguire sui testi di quest'ultimo.

### 3. UN'IPOTESI SPECIFICA DI *CONFIRMATIO TUTELAE*: D. 26.3.9.

L'esame esegetico appena svolto è valso a mettere in luce molte delle difficoltà che affollano lo studio del *De cognitionibus*, senza riuscire ovviamente a offrire né un quadro complessivo né una completa soluzione. Per aspirare a quest'ultima si rivela imprescindibile un'equivalente analisi degli altri *fragmenta* che le rubriche riconducono a quell'operetta. Il primo da considerare è D. 26.3.9, che denuncia subito il proprio ruolo di 'complemento' rispetto ad altri passi:

*Vel cum fisco aliquem contractum damnosum miscuissent.*

Si presuppone, pertanto, la comprensione del contesto giustiniano, che lo propone nell'alveo dell'esposizione di alcune ipotesi di conferma del tutore. Ivi, il breve escerto del *liber singularis de cognitionibus*, attribuito a Paolo, viene utilizzato dai commissari per integrare e connettere la trama di (Tryph. 14 *disp.*) D. 23.6.8 e D. 23.6.10. La forma è, invero, quella di una protasi di periodo ipotetico – concatenata appunto alle altre del § 8, e seguita dall'apodosi del § 10 – in cui è omesso addirittura il soggetto, ricavabile solo dalla lettura di ciò che precede.<sup>112</sup> Le dimensioni contenute impongono, pertanto, all'interprete di valutare il brano nel quadro generale della disciplina tratteggiata dai due frammenti di Trifonino. Quelle stesse dimensioni non hanno eluso i sospetti circa la genuinità delle parole tradite, soprattutto in relazione alla loro scelta e collocazione:<sup>113</sup> non è però facile ricavare elementi decisivi sulla base della mera indagine stilistica o linguistica, pur emergendone talune criticità.<sup>114</sup> Sembra comunque fuor di dubbio che i commissari abbiano

<sup>111</sup> Cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 59 ss., 107 ss.

<sup>112</sup> L'inscindibile connessione di tutto il segmento era sottolineata già da P. CERAMI, '*Contrahere cum fisco*', in AUPA 33, 1973, 326 s.

<sup>113</sup> Cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index* cit., II, 122, anche se la sensazione predominante è di incertezza rispetto alla consistenza complessiva del passo (cfr., ad esempio, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913, 67, in riferimento a «*damnosum*», su cui poi anche P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Roma 1916, 464).

<sup>114</sup> In realtà, la formula '*contractum miscere*' è ἅπαξ λεγόμενον nella letteratura giurisprudenziale, e in quella latina in genere (cfr. v. *miscere*, in TLL 8, Lipsiae 1955, 1085): questo aspetto può senz'altro influire sulla nostra valutazione circa l'autenticità.

operato un taglio – la cui portata è solo intuibile in termini sommari<sup>115</sup> – per estrapolare il tratto contenente quella fattispecie e arricchire la previsione trifoniniana.

Siamo di fronte, dunque, a un lungo discorso incentrato sulla conferma, da parte del pretore, del tutore designato nel testamento paterno a beneficio del figlio, laddove però difettino dei requisiti di forma.<sup>116</sup> Dopo che sono state elencate le circostanze rilevanti ai fini della valutazione,<sup>117</sup> in D. 26.3.8 si passano al vaglio taluni casi in cui quest'ultima è resa più ardua dalla lontananza temporale rispetto alla nomina.<sup>118</sup> Se siano intervenuti eventi concernenti la figura del *tutor* tali da inficiarne l'affidabilità – eventi che, qualora fossero giunti a conoscenza del padre, ne avrebbero potenzialmente mutato le intenzioni (benché già fissate nell'atto *mortis causa*) –, il magistrato deve privilegiare l'interesse del pupillo e non la lettera testamentaria (come precisa l'*incipit* di D. 26.3.10).<sup>119</sup> La presenza degli elementi fattuali, allora, non può che emergere a seguito di apposita *inquisitio*, diretta a enucleare l'effettiva volontà paterna.<sup>120</sup> Alla rassegna di ipotesi proposta da Tri-

<sup>115</sup> Ad esempio, non è certo se il testo originale di Paolo avesse già il «*vel*», in quanto anch'esso veicolante una pluralità di ipotesi da sottoporre alla valutazione del *praetor*, oppure quella congiunzione fosse inserita dai giustinianeî a scopo di coordinamento, in sostituzione dell'originario soggetto della frase. Quest'ultima versione mi pare, pur con la dovuta prudenza, la più consona alla dinamica dell'operazione compositiva dei commissari. Il soggetto stesso della frase, del resto, è determinabile solo affidandosi alla medesima scelta di inquadramento: vd. *infra*, nel testo.

<sup>116</sup> All'istituto della *confirmatio tutoris*, che si risolve materialmente in un'attribuzione *ex novo* da parte del magistrato (forse, però, senza transitare definitivamente nell'altra *species tutelae*: vd. anche *infra*, nt. 120, con rilievi sistematici), è riservato il titolo D. 26.3, ove se ne inquadrano presupposti e disciplina: cfr. almeno S. SOLAZZI, *La conferma del tutore nel diritto romano*, in RIL 53, 1920, 359 ss. (= *Scritti* cit., II, 297 ss.); E. SACHERS, v. *Tutela*, in RE 7A.2, Stuttgart-Waldsee 1948, 1511 s.; A. GUZMÁN, *Caucion tutelar en derecho romano*, Pamplona 1974, 42 ss.; B. ALBANESE, *Le persone* cit., 448 s.; A.D. MANFREDINI, *Papiniano il patruus e la conferma dei tutori da parte dei magistrati municipali* (D. 26, 3, 5), in AUFG 4, 1990, 51 ss.; P. ZANNINI, v. *Tutela* (*Diritto romano*), in Enc. Dir. 45, Milano 1992, 307; C. FAYER, *La familia romana* cit., I, 406 ss.; L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano 1995, spec. 161 ss. (ora cenni in M. HERRERO MEDINA, *Origen* cit., 129).

<sup>117</sup> Riassuntivo è, al riguardo, (Herm. 2 *iur. ep.*) D. 26.3.7.1: *Si quaeratur, an ex inquisitione recte datus sit tutor, quattuor haec consideranda sunt: an hic dederit qui dare potuit, et ille acceperit cui fuerat dandus, et is datus cuius dandi facultas erat, et pro tribunali decretum interpositum*. Cfr., per tutti, B. ALBANESE, *Le persone* cit., 448 s. (poi almeno L. DESANTI, *De confirmando tutore* cit., 195 ss.).

<sup>118</sup> *In confirmando tutore hoc praetor inquirere debet, an duraverit patris voluntas: quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non iure vel curatores scripserit pater. Nam si ante annos, ut spatio medio potuerit facultatum dati non iure tutoris a patre fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emerit improbitas, aut inimicitiae cum patre exarserunt*. Sul passo cfr. C. FAYER, *La familia romana* cit., I, 407 s. e L. DESANTI, *De confirmando tutore* cit., 183 ss. La parte iniziale riguarda, invece, il caso di soggetti nominati «*non iure*», qui meno rilevante (per la quale cfr. anche B. ALBANESE, *Le persone* cit., 448 s.).

<sup>119</sup> Che chiude il discorso così: *utilitatem pupillorum praetor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum*. Nel prosieguo, poi, si fa salva l'eventualità che il padre invece conoscesse effettivamente quelle medesime circostanze, così che il pretore è tenuto a confermare quanto scritto (come nel caso di revoca codicillare successiva): *Nam patris voluntatem praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa praetor de tutore comperta habet. Quid denique si postea de eo, quem pater testamento codicillisve non iure dedit, scripsit tutorem esse nolle? Nempe non sequitur primam voluntatem praetor, a qua pater discessit*.

<sup>120</sup> Sulla natura dell'*inquisitio* cfr., ad esempio, A. GUZMÁN, *Caucion tutelar* cit., 46 ss.; G. MELILLO, *Le Istituzioni di Giustiniano e la storia della tutela*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli 2001, 369 ss. (= *Personae e status in Roma antica. Saggi*, Napoli 2006, 45 ss.); M. HERRERO ME-

fonino,<sup>121</sup> i compilatori ritengono dunque di aggiungere quella riguardante il nominato che avesse intessuto un contratto «*damnosum*» con l'amministrazione fiscale: è precisamente il *quid pluris* apportato da D. 26.3.9.<sup>122</sup>

Ora, occorre anzitutto decidere per chi sarebbe stato 'dannoso' il negozio. Personalmente, escludo che potesse trattarsi del *pupillus*, in quanto il rapporto tutelare non era ancora iniziato, essendo subordinata l'efficacia della chiamata al giudizio pretorio attento all'*utilitas* del minore.<sup>123</sup> Nessun danno ha ancora intaccato la sfera giuridica di quest'ultimo, dunque, perché non v'è soggetto legittimato ad agire per suo conto: ne discende che il pregiudizio economico prodotto dal vincolo col *fiscus* può aver riguardato o tale entità pubblica<sup>124</sup> o lo stesso tutore *in pectore*. In realtà, poiché il valore fondante la regola esposta – valore che viene, al contempo, posto al centro del vaglio magistratuale in D. 26.3.10 – è il vantaggio economico del futuro assistito, credo si possa ammettere che il *damnum* considerato sia quello derivante dalla *conventio* nei confronti del patrimonio di colui che il *de cuius* aveva precedentemente designato.<sup>125</sup> È proprio questo pregiudizio a ingenerare nel

DINA, *Origen* cit., 316. La procedura poteva forse svolgersi ugualmente in mancanza di una simile indagine (cfr. anche G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 216 s.): si vedano B. ALBANESE, *Le persone* cit., 449; C. FAYER, *La familia romana* cit., I, 407; L. DESANTI, *De confirmando tutore* cit., 170 ss. (benché il punto sia oggetto di dissensi: *contra*, ad esempio, A. GUZMÁN, *op. cit.*, 51 ss., spec. 82). È questo un elemento di aggiuntiva contiguità tra la conferma del tutore e la vera e propria *datio* magistratuale (vd. già *supra*, nt. 116), poiché anche quest'ultima veniva espletata con la stessa duplice modalità: cfr. D. NÖRR, *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze*, in ZRG 118, 2001, 32 s. (= *Schriften 2001-2010* [herausgegeben von T.J. Chiusi, H.-D. Spengler, J. Paricio], Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2012, 64 s.); G. VIARENGO, *Studi* cit., 46 s. Non considerava, invece, una vera e propria *inquisitio* quella menzionata in D. 26.3.10 né ai §§ 8 e 9 A.D. MANFREDINI, *Papiniano* cit., 54, nt. 18, nell'ottica di affermare una generale superfluità dell'indagine quando fosse il *pater* a nominare *non recte* il *tutor*: in tal modo, però, si forza il senso delle fonti in cui quell'indagine – indipendentemente da quale ne fosse l'oggetto contingente – è contemplata.

<sup>121</sup> In realtà, secondo L. DESANTI, *De confirmando tutore* cit., 183 s. nt. 65 (ove si dà conto delle principali ipotesi di interpolazione) si potrebbe fortemente dubitare che il dettato trifoniniano annoverasse una casistica ulteriore rispetto a quella della povertà del tutore: ragioni grammaticali indurrebbero a giudicare come spurie le fattispecie elencate da «*vel morum*» in avanti. Questo aspetto, però, concerne i profili palingeneticici delle *Disputationes* e non può essere qui approfondito.

<sup>122</sup> In merito a cui cfr. almeno P. CERAMI, '*Contrahere ...*' cit., 327; G. BOULVERT, *L'autonomie du droit fiscal: le cas des ventes*, in ANRW 2.14, Berlin-New York 1982, 820 (ma già ID., «*Aerarium*» dans les *constitutions impériales*, in *Labeo* 22, 1975, 159 nt. 61); A.D. MANFREDINI, *Papiniano* cit., 60 nt. 34; C. FAYER, *La familia romana* cit., I, 408 (e nt. 94); L. DESANTI, *De confirmando tutore* cit., 188 nt. 62.

<sup>123</sup> In senso del tutto contrario si esprimeva, invece, P. CERAMI, '*Contrahere ...*' cit., 327: protagonisti sarebbero i tutori parti di «convenzioni produttive di obbligazioni, particolarmente gravose per il patrimonio dei rispettivi pupilli». Credo, però, che nel testo non intervenga alcun elemento che autorizzi a ragionare nei termini di un interesse pupillare leso, nemmeno in via astratta e potenziale.

<sup>124</sup> Qui assunto nel senso di 'riferibile a una figura pubblica', quale era il *princeps*, e senza voler prendere posizione in merito alla lunga disputa sulla natura del fisco imperiale: si veda ora una sintetica rassegna delle diverse tesi in S. GALEOTTI, *Il 'fiscus Caesaris' nella dottrina romanistica del XIX e del XX secolo*, in TSDP 10, 2017, 10 ss. (estr.).

<sup>125</sup> Circa il fatto che con il lemma '*contractus*' ci si riferisse, qui come in molti casi assimilabili, a un negozio intercorso tra privato e *fiscus*, ed estraneo ai rapporti di tipo tributario, credo si possa essere d'accordo con P. CERAMI, '*Contrahere ...*' cit., 277 ss., spec. 327 ss. Come segnalava chiaramente R. ORESTANO, *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, I, Torino 1968, 257, infatti, «il fisco, nelle fonti, figura anche come acquirente, venditore, successore, contraente, creditore, debitore, attore, conve-

pretore la convinzione che la fiducia paterna ne sarebbe stata intaccata, e a suggerirgli eventualmente di non confermare il *tutor* testamentario.<sup>126</sup>

Quando, poi, si voglia accertare se questa casistica appartenesse effettivamente, già nell'età dei Severi, al regime della *confirmatio*, il discorso si complica non poco. Senza dubbio, Trifonino non la prevedeva, altrimenti non vi sarebbe stata la necessità di ricorrere all'inserzione paolina, che frantuma la continuità di lettura. Per questa ragione non rileverei gli estremi, nel caso presente, dell'applicazione di un criterio che risalta spesso in trasparenza nel lavoro dei commissari, ossia quello di dar conto nel mosaico digestuale del maggior numero possibile di opere consultate<sup>127</sup>. Si dovette verosimilmente andare a recuperare il caso dei contratti col fisco in uno scritto differente dalle *Disputationes*: anzi, proprio il dato compositivo parrebbe fornire un indizio della fedeltà ai testi originali qui osservata dai commissari – attenzione ovviamente controbilanciata dalla possibile (se non probabile) modifica formale dell'inciso<sup>128</sup> –, indirizzandoci in qualche misura verso l'attribuzione paolina di D. 26.3.9.

Rimanendo sul versante contenutistico, comunque, non disponiamo degli strumenti per affermare con certezza se l'estensione di disciplina ricondotta al *De cognitionibus* potesse risalire sino all'età severiana, o sia piuttosto il frutto di un adeguamento a innovazioni giuridiche posteriori. Tuttavia, ricostruendo il quadro complessivo in via indiziaria, sulla base di altre coeve limitazioni imperiali inerenti la figura del *tutor* nei confronti del fisco,<sup>129</sup> si potrebbe forse propendere per la prima alternativa (quanto meno in mancanza di idonea prova contraria). L'accertata sensibilità nei confronti delle dinamiche negoziali tra gerente e *fiscus*, sempre nel migliore interesse del gerito, avrebbe potuto ben comprendere una valutazione *ex ante*, circa l'opportunità della designazione, che tenesse in conto anche le relazioni del candidato con l'amministrazione tributaria.

Dal punto di vista sostanziale, non sembrerebbe allora concretamente possibile porre in discussione l'attinenza della frase riportata al regime della *confirmatio tutoris*, come pure – sul piano dell'opera e della tipologia letteraria – negare la plausibilità di una sua provenien-

nuto, dando luogo sul piano linguistico, logico e giuridico ad una serie continua di ipostasi delle sue attività, delle sue funzioni, dei suoi compiti». Cfr. G. BOULVERT, *L'autonomie* cit., spec. 819 ss.

<sup>126</sup> Alle ricadute gravose per il contraente privato sembrava guardare già G. BOULVERT, *L'autonomie* cit., 820, parlando di «tuteurs ... qui se sont liés au fisc par quelque contrat onéreux».

<sup>127</sup> Anche perché le altre attestazioni nel Digesto del *De cognitionibus* avrebbero svolto quella funzione molto meglio di D. 26.3.9, estremamente esiguo nelle dimensioni. Circa quell'impostazione di fondo del lavoro compilatorio cfr. ora G. COSSA, *Per uno studio* cit., 549.

<sup>128</sup> Vd. *infra*, nel testo.

<sup>129</sup> Benché – lo si ribadisce – rimanga ben chiara la differenza di situazione fattuale, visto che in D. 26.3.9 il soggetto nominato non è ancora divenuto tutore, e dunque non agisce per il pupillo. Le testimonianze cui si fa riferimento sono, in particolare, quelle relative ad alcuni rescritti di Settimio Severo e Caracalla, ricordati espressamente da Marciano ([14 *inst.*] D. 48.10.1.9-12), contenenti divieti di '*contrahere cum fisco*' per il *tutor* o il *curator* (cfr., in senso analogo, anche C. 5.41.1 [di Caracalla, del 213 d.C.], e [Mod. 6 *de exc.*] D. 19.2.49 pr.-1). Si tratta di divieti su cui è doveroso rinviare, per i profili qui rilevanti, a P. CERAMI, '*Contrahere ...*' cit., 280 ss. (e cfr., cursoriamente, anche G. BOULVERT, *L'autonomie* cit., 819 s.). Ovviamente, per quanto queste disposizioni possano essere inquadrare in un contesto storico abbastanza definito, non se ne potrebbe desumere una datazione certa, o comunque latamente affidabile, per il *liber singularis de cognitionibus*: il parallelo tra le ipotesi considerate da Marciano e quella paolina è solo suggestivo, e comunque non implica una vicinanza così stretta sul piano sostanziale.

za da uno scritto relativo alla *cognitio extra ordinem*.<sup>130</sup> In merito a tale ulteriore profilo, infatti, è noto come proprio attraverso quei meccanismi processuali si sia costantemente esplicitata la competenza sulle questioni attinenti alla tutela nel principato avanzato:<sup>131</sup> una competenza che, nel novero delle diverse figure autoritative che in corso di tempo ne sono state investite, sembra qui ricondotta esplicitamente al *praetor tutelaris*<sup>132</sup> e al suo decreto di conferma, potenzialmente correttivo delle disposizioni testamentarie.<sup>133</sup>

Pertanto, non sembrano manifestarsi argomenti oggettivi per negare la potenziale provenienza delle poche parole di D. 26.3.9 da un *liber singularis de cognitionibus* paolino. È vero, del resto, che il taglio compiuto dai commissari, coinvolgendo addirittura il soggetto della frase, non agevola affatto l'interprete: occorre riconoscere che esso potrebbe aver comportato anche interventi formali sulla parte superstite.<sup>134</sup> Al contempo, però, siamo indotti a pensare che proprio quel taglio e la conseguente incorporazione nel flusso narrativo di Trifonino<sup>135</sup> siano stati motivati dall'intento dei commissari di fornire un panorama completo della materia, tramite il ricorso a tutte le fonti giurisprudenziali disponibili: ove si fosse trattato di un'aggiunta posteriore al regime antico, non avrebbero semplicemente interpolato il passo trifoniniano, inserendovi quelle poche parole? Eppure, i compilatori hanno ritenuto di lasciare una traccia del  $\mu\omicron\nu\delta\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$  sulla *cognitio*, in quanto lì trovavano quella previsione specifica: non è molto, anche perché non aiuta a diradare le ombre che avvolgono l'opera nel complesso,<sup>136</sup> ma è quanto basta a supporre che essa circolasse per via autonoma. In definitiva, il frammento appare palesemente inidoneo a fondare un'opinione in un senso o nell'altro circa il titolo cui è collegato, ma potrebbe quanto meno provenire

<sup>130</sup> Ciò, naturalmente, non esclude la possibilità che altri aspetti della tutela potessero essere affrontati in lavori specificamente dedicati a quell'istituto sostanziale: penso all'*excusatio tutelae* e alle notizie circa il relativo 'libro singolo' (vd. § 9).

<sup>131</sup> Cfr., per tutti, G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla "cognitio extra ordinem"*. Corso di diritto romano, Milano 1960, 217; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996<sup>2</sup>, 456; J. PARICIO, *Derecho procesal civil romano, II. Las cognitiones extra ordinem clásicas. El procedimiento civil bajo-imperial: de Costantino a Justiniano. El procedimiento arbitral*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo 2020, 68 s.

<sup>132</sup> Questo è quanto sembrerebbe discendere dall'aperto riferimento di D. 23.6.8 (non si sbilanciava, invece, L. DESANTI, *De confirmando tutore* cit., 183 ss.). Tale peculiare pretore era stato – come è noto – creato da Marco Aurelio (si veda per tutti, G. VIARENGO, *Studi* cit., 49 ss., ove ricognizione sulla carica e ragguaglio della letteratura: cfr. comunque G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 109), e si aggiungeva ad altre figure, precedentemente investite delle questioni concernenti la *tutela*, tra cui appunto la *confirmatio* (prima di tutto i consoli, mentre si discute per i magistrati municipali: si rinvia sinteticamente, in merito, ad A. DELL'ORO, *I libri* cit., 65 ss.; L. DESANTI, *De confirmando tutore* cit., 162 ss.; G. MELILLO, *Le Istituzioni* cit., 361 ss.; D. NÖRR, *Zur Palingenesie* cit., 1 ss., spec. 12 ss.; F. GRELE, *La datio tutoris dei magistrati municipali*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA [a cura di], *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, 411 ss. [= SDHI 72, 2006, 61 ss.]; ancora G. VIARENGO, *op. cit.*, 29 ss.).

<sup>133</sup> Sulla natura dell'atto cfr. G. MANCUSO, *Decretum praetoris*, in SDHI 63, 1997, 352.

<sup>134</sup> Ad esempio, con l'eventuale inserimento di «*vel*»: vd. *supra*, nt. 115 (ma appare troppo radicale l'ipotesi di P. DE FRANCISCI,  $\Sigma\Upsilon\text{N}\Lambda\Lambda\Lambda\Gamma\text{M}\text{A}$  cit., 464 sulla totale manipolazione della chiusa).

<sup>135</sup> Il carattere insitico del segmento di Paolo veniva assai valorizzato da O. LENEL, *Palingenesia* cit., II, 369 n. 51, il quale considerava D. 26.3.8 e 10 come parte di un unico frammento palingenetico, così restituendone la primigenia continuità.

<sup>136</sup> In specie, se essa fosse stata davvero scritta da Paolo, oppure collazionata in età tardoantica sulla base di materiali del giurista o comunque a lui contemporanei.

da uno scritto indipendente e riprodurre materiale compatibile col diritto del tardo principato, e altresì con l'autore che vi è menzionato.<sup>137</sup> Il principale nesso con la maggior parte degli altri passi è rappresentato, insomma, dall'inerenza alla *tutela*, condiviso almeno con D. 27.1.46 pr.-2, D. 26.5.29 e D. 27.1.42.

#### 4. LA NOTIFICA AL TUTORE ASSENTE: D. 26.5.29.

D. 26.5.29 è, infatti, ancora dedicato alle problematiche tutelari, e anzi vi si connette in maniera senz'altro più esplicita di quanto non faccia D. 26.3.9. Rispetto a quest'ultimo, pertanto, è naturale dare per acquisito il giudizio di coerenza tra gli istituti coinvolti e la complessiva trattazione sui processi di *cognitio*. Il passo recita:

*Si peregre agant qui tutores vel curatores dati sunt, ut intra diem trigesimum notum his a magistratibus fiat, divus Marcus rescripsit.*

Nonostante si sia occasionalmente proposto di elidere la figura del curatore dall'enunciazione,<sup>138</sup> rimane comunque inattuabile il richiamo al *tutor*, qui genericamente considerato.<sup>139</sup> Il tema di fondo appare quello della *datio* magistratuale,<sup>140</sup> ossia delle modalità di assegnazione di una guida al soggetto incapace giuridicamente, in un caso del tutto particolare: quando, cioè, il designato si trovi geograficamente distante rispetto al luogo di nomina.<sup>141</sup> Si rende opportuno, pertanto, portarlo a conoscenza del *decretum* di chiamata,<sup>142</sup> a mezzo di una notifica a carico di magistrati verosimilmente da identificarsi con

<sup>137</sup> Sempre in via indiziaria, potrebbero essere adottati a sostegno i testi, nei quali Paolo si interessa di rapporti contrattuali tra il  *fiscus* e un privato (in particolare, [1 *decr.*] D. 49.14.47 pr.-1, ma anche [3 *decr.*] D. 49.14.50): tematica dunque intercettata dal giurista, per di più in opere di contenuto prossimo alla nostra, in quanto connesse alla risoluzione di controversie in forma senza dubbio *extraordinaria*. Su quelle fonti cfr., in sintesi e soprattutto *sub specie aequitatis*, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas*, Torino 2013, 130 ss.; poi, più diffusamente, M. BRUTTI, *Iulius Paulus, Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex*, Roma-Bristol 2020, risp. 121 ss. e 154 ss.

<sup>138</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *La minore età*, Roma 1913, 178 nt. 3, che giudicava appunto sospetta la chiosa disgiuntiva «*vel curatore*» (poi ID., *Curator impuberis*, Roma 1917, 118 s. nt. 1). *Contra*, tra i primi, G. CERVENCA, *Studi cit.*, 159 nt. 72, sulla base dell'introduzione anche per quella figura del diritto di *excusatio*, proprio per intervento di Marco Aurelio (vd. *infra*, nel testo per i cenni in merito).

<sup>139</sup> Il fatto che non si precisi se si tratti, magari, di *tutor impuberis* autorizza a ritenere che la prescrizione in oggetto si applicasse a qualsiasi tipologia di assistente negoziale, e dunque anche a quello muliebre.

<sup>140</sup> Ed è questo spunto che ha indotto i giustinianeî a inserirlo nel titolo D. 26.5 «*De tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt*».

<sup>141</sup> L'investitura di una persona che fosse «*peregre*» è da collegare alla possibilità – riconosciuta ad esempio da (Gai. 12 *ad ed. prov.*) D. 26.5.5 – di nominare un assente (cfr. C. FAYER, *La familia romana cit.*, I, 425 e nt. 148). Quanto al significato di «*agere*», mi pare che sia preferibile pensare a una localizzazione non temporanea, bensì di durata relativamente stabile, visto che il termine imposto per la notifica era di trenta giorni (vd. subito *infra*, nel testo). La norma imperiale, quindi, assumeva come base il caso che il chiamato non si recasse prima di quel termine nel luogo di designazione.

<sup>142</sup> Circa la natura dell'atto cfr., per tutti, B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 461 e C. FAYER, *La familia romana cit.*, I, 425.

quelli municipali (stante il profilo ‘territoriale’ presentato come centrale nella vicenda).<sup>143</sup>

Tra il conferimento dell’incarico e siffatta comunicazione non deve trascorrere un lasso di tempo superiore ai trenta giorni, perché – puntualizza il frammento – così aveva disposto Marco Aurelio con un *rescriptum*.<sup>144</sup> L’esigenza di un termine certo a favore del *tutor* è probabilmente da mettere in relazione<sup>145</sup> con l’ulteriore *tempus* entro cui era concesso di proporre istanza per il riconoscimento di una *causa excusationis*, decorrente appunto dal ricevimento della notizia.<sup>146</sup> Non è evidentemente un caso che tale ultima scadenza fosse stata preveduta proprio da quel medesimo imperatore a cui, in D. 26.5.29, viene attribuito il *rescriptum* sulle notifiche: in proposito è la prima parte di (Mod. 4 *de exc.*) D. 27.1.13.2 a fare il nome di Marco Aurelio.<sup>147</sup> Il contesto è quello dei termini di decadenza per la comparsa in giudizio allo scopo di sostenere la domanda di esonero dalla tutela assegnata, con differenze sensibili in base alla distanza rispetto al luogo di nomina. Non sorprende, allora, di trovare una prescrizione aggiuntiva che si concilia perfettamente con la globale attenzio-

<sup>143</sup> Sin da S. SOLAZZI, *Sulla competenza dei magistrati municipali nella costituzione del tutore durante l'impero romano*, in AIV 77, 1917, 20 (= *Scritti cit.*, II, 225), si è in effetti – correttamente – guardato alle figure titolari di funzioni pubbliche a livello locale: cfr., in particolare, G. CERVENCA, *Studi cit.*, 159 nt. 72; F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003, 29 nt. 19; M.G. ZOZ, *Le costituzioni imperiali cit.*, 28, 121; G. VIARENGO, *Studi cit.*, 159 nt. 20.

<sup>144</sup> Sul significato del passo, decisamente lineare, si vedano S. SOLAZZI, *Sulla competenza cit.*, 19 s.; G. CERVENCA, *Studi cit.*, 159 nt. 72; B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 461 nt. 151; C. FAYER, *La familia romana cit.*, I, 425 s.; M. BUENO SALINAS, *Fraus legi: un estudio sobre D. 1.3.29 (Paul. ad leg. Cin.)*, in SDHI 62, 1996, 226; F. ARCARIA, *Oratio cit.*, 29 nt. 19; M.G. ZOZ, *Le costituzioni cit.*, 28, 121; G. VIARENGO, *Studi cit.*, 159 nt. 20; M. HERRERO MEDINA, *Origen cit.*, 136 nt. 97. Circa il tipo di provvedimento, incontestabile, cfr. già G. GUALANDI, *Legislazione imperiale cit.*, I, 134 e 434.

<sup>145</sup> Come è stato opportunamente evidenziato: cfr. G. CERVENCA, *Studi cit.*, 159 nt. 72; F. ARCARIA, *Oratio cit.*, 29 nt. 19; G. VIARENGO, *Studi cit.*, 159 nt. 30.

<sup>146</sup> Secondo (Mod. 4 *de exc.*) D. 27.1.13 pr.-2, vi sarebbero cinquanta giorni dalla notifica per chi risiede nella medesima città o entro cento miglia dalla stessa (termine confermato, tra gli altri, da [Paul. 2 *sent.*] D. 27.1.38: vd. il testo *infra*, in nt. 156), mentre vi si sommerebbe un giorno per ogni venti miglia aggiuntive (e ulteriori trenta per la perorazione della causa): si rinvia, in generale, a B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 474 (ove altre fonti in nt. 221); più di recente, E. CHEVREAU, *L'évolution de la tutelle romaine à travers le mécanisme de l'excusatio tutelae*, in *Fundamina* 20, 2014, 142 s.

<sup>147</sup> “Ετερον δὲ ἐκεῖνο εὐρίσκομεν ἐκ τῆς Μάρκου νομοθεσίας ζητήσεως ἄξιον: τῷ γὰρ ἐν αὐτῇ τῇ πόλει ὄντι, ἐν ἧ κεχειροτόνηται, ἢ ἐντὸς ἑκατὸν μυλίων πενήτηκοντα ἡμερῶν ἔδωκεν ὁ νομοθέτης προθεσμίαν. Τῷ δὲ ὑπὲρ ἑκατὸν μίλια διατρίβοντι καθ’ ἐκάστην ἡμέραν δεῖν ἀριθμεῖσθαι εἴκοσι μίλια ἐκέλευσεν καὶ ἔξωθεν τούτων ἄλλας τριάκοντα ἡμέρας προσέθηκεν εἰς δικαιολογίαν. Ὅθεν συμβαίνει, ἐὰν ἡ τις ἀπὸ ἑκατὸν ἐξήκοντα μυλίων τὰς διατριβὰς ποιούμενος, τούτῳ εἶναι προθεσμίαν ὄκτω καὶ τριάκοντα ἡμερῶν, ὄκτω μὲν τῶν ἑκατὸν ἐξήκοντα μυλίων, ὡς καθ’ ἐκάστην ἡμέραν εἴκοσι μυλίων ἀριθμουμένων, τριάκοντα δὲ τὰς πρὸς τὴν δικαιολογία. Ἔσται οὖν ἐν χεῖρονι τάξει ὁ πόρρωθεν διατρίβων τοῦ ἐντὸς ἑκατὸν μυλίων ὄντος ἢ ἐν αὐτῇ τῇ πόλει, εἶγε τούτοις μὲν αἰὶ πενήτηκοντα ἡμέραι προθεσμίας εἰσὶν, ἐκείνοις δὲ ἐλάττους. Ἀλλ’ εἰ καὶ τὰ μάλιστα τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν, ὅμως ἡ γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται. Οὕτως γὰρ καὶ Κερβίδιος Σκαίβολας καὶ Παῦλος καὶ Δομίτιος Οὐλιανὸς οἱ κορυφαῖοι τῶν νομικῶν γράφουσιν, φάσκοντες οὕτως δεῖν ταῦτα παραφυλάττειν, ὡς μηδέποτε τινὲ ἐλάττω δίδοσθαι τῶν πενήτηκοντα ἡμερῶν προθεσμίαν, τότε δὲ μακροτέραν, ὁπότεν ἡ διαριθμησις τῶν ἐπὶ τῇ ὁδῷ ἡμερῶν προστιθεμένη ταῖς τριάκοντα ἡμέραις, ἄς πρὸς δικαιολογίαν ὁ νόμος δίδωσιν, ὑπερβαίνει τὰς πενήτηκοντα ἡμέρας, οἷον ἐὰν τινὰ φῶμεν ἀπὸ τετρακοσίων τεσσαράκοντα μυλίων διατρίβειν: οὗτος γὰρ τῆς μὲν ὁδοῦ ἔξει ἡμέρας εἴκοσι δύο, πρὸς δικαιολογίαν δὲ ἄλλας τριάκοντα. Si tratta di un testo molto articolato, in merito al quale si rinvia ora a G. COSSA, *Iulius Paulus cit.*, 208 ss.



ne profusa dal *princeps* verso il tema delle istituzioni tutelari, quale è testimoniata da ripetuti interventi.<sup>148</sup>

La fissazione di un contesto storico di riferimento, però, non aiuta l'interprete a offrire una datazione più certa del materiale: è evidente che esso possa astrattamente provenire da un qualsiasi momento successivo al regno di Marco Aurelio (o meglio, alla pronuncia di quel rescritto, che però per noi non è databile con precisione),<sup>149</sup> ma ciò non depone necessariamente a favore della figura di Paolo.<sup>150</sup> Tuttavia, non è in alcun modo dimostrabile neppure l'inverso, ossia l'inattendibilità dell'*inscriptio* giustiniana: essa collima comunque con il regime giuridico dell'età severiana. Anzi, il richiamo al *curator* nel testo in esame sarebbe già espressione di una tendenza estensiva che matura proprio nella transizione dalla dinastia antonina a quella seguente, assorbendo detto ufficio nella disciplina delle *excusationes*.<sup>151</sup> Tale ampliamento era stato ormai riconosciuto negli anni di Settimio Severo,<sup>152</sup> ma non è particolarmente fruttuoso considerare questi come un termine iniziale per la composizione del nostro materiale:<sup>153</sup> non è infatti dirimente accertare l'eventuale provenienza prepaolina del testo, quanto piuttosto una sua costruzione postuma (al pari della complessiva opera sulle *cognitiones*). In questa direzione, allora, si può concordare che il coevo stato dell'ordinamento non trasmetteva una realtà successiva a quella descritta in D. 26.5.29, coincidendo perciò con l'arco temporale della produzione di Paolo.<sup>154</sup>

Al contempo, che il nostro giureconsulto avesse dimostrato interesse per specifici profili degli istituti tutelari, e in special modo per la conoscibilità degli atti costitutivi, è docu-

<sup>148</sup> Sulla complessiva normazione di Marco Aurelio in questa materia cfr. A. GUZMÁN, *Dos estudios* cit., 275 ss.; F. ARCARIA, *Oratio* cit., 28 s., 58 ss.; G. VIARENGO, *Studi* cit., 49 ss. e 157 ss.

<sup>149</sup> Se si volesse guardare ad altre, più documentate, innovazioni in argomento, si potrebbe trarre spunto dall'introduzione del *praetor tutelaris*, che – secondo l'opinione prevalente (per cui si veda G. VIARENGO, *Studi* cit., 50, con bibl. in nt. 87) – si appunterebbe al 165-166 d.C. (cfr. anche G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 109). In realtà, si tratta più che altro di un termine *post quem*, visto che il nuovo magistrato probabilmente indusse a ripensare «le regole di procedura per ottenere le *excusationes*» (G. VIARENGO, *op. cit.*, 158): ammettendo questo, si deve posticipare l'intervento sulle comunicazioni ai *tutores*, forse – ma pur sempre con speciale cautela – pensando agli anni immediatamente seguenti (fine '60-inizio '70), sull'onda dell'afflato riformatore concernente quegli istituti.

<sup>150</sup> Per quanto egli inizi certo a svolgere la propria attività posteriormente. Cfr., da ultimo, I. PONTORIERO, *Una biografia "enigmatica"*, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus, Ad edictum libri I-III*, Roma 2018, 3 ss. e M. BRUTTI, *Iulius Paulus* cit., 24 ss.

<sup>151</sup> Per un percorso evolutivo si era espresso G. CERVENCA, *Studi* cit., spec. 180 ss., prendendo posizione su una questione che aveva visto contrapporsi appunto la tesi di chi fissava l'inizio del mutamento di regime – pur con idee diverse sulla sua gradualità – sotto Marco Aurelio, e chi invece la retrodatava (le due ricostruzioni sono ora ripercorse da G. VIARENGO, *Studi* cit., 164 ss.).

<sup>152</sup> Come testimoniato senza incertezze da (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.4.11.2, recante un rescritto di quel sovrano circa un'*excusatio* ottenuta da un curatore (*Aetrius Severus quia dubitabat, ad imperatorem Severum rettulit: ad quam consultationem successoris eius Venidius Quietus rescripsit ...*). Sul testo cfr. almeno G. VIARENGO, *Studi* cit., 166 s.

<sup>153</sup> Sia perché non pare che proprio quel *princeps* avesse previsto per primo le ragioni di esonero dalla curatela, esistendo più fonti che la riconducono a *constitutiones* di Marco Aurelio (esaminate da G. CERVENCA, *Studi* cit., 145 s. e 151 s.), sia perché le recenti ipotesi prosopografiche segnano precisamente sotto Settimio Severo l'avvio della carriera pubblica di Paolo (cfr. I. PONTORIERO, *Una biografia "enigmatica"* cit., spec. 5 s.; M. BRUTTI, *Iulius Paulus* cit., 20 e 26).

<sup>154</sup> Il che porta anche a respingere, nella sostanza, i sospetti di interpolazione a cui si è accennato *supra*, in nt. 138.

mentato sia, indirettamente, dall'ammissione di Modestino nel prosieguo di D. 27.1.13.2, sempre relativo al computo e al rispetto dei termini per le notifiche al neotutore,<sup>155</sup> sia – più apertamente – dai diversi *fragmenta*, a lui direttamente ascritti e variamente contigui a quello esaminato.<sup>156</sup> Senza elencare tutti i testi paolini sulla *datio tutoris* trãditi nel Digesto, basta trattenersi sul medesimo titolo D. 26.5, per trovare (Paul. 9 *resp.*) D. 26.5.24.<sup>157</sup> Vi compaiono elementi doppiamente interessanti per la presente linea d'indagine: da un lato, l'espressa facoltà di nominare (dopo un'apposita *inquisitio*) un tutore individuato in città vicine (perciò richiamando quell'investitura di soggetti lontani che sta alla base di D. 26.5.29); dall'altro, e insieme, l'attribuzione della decisione al medesimo Marco Aurelio (stavolta in coppia con Lucio Vero).<sup>158</sup>

Questa stretta parentela con passi sulle *excusationes*, e in specie con il modestiniano D. 27.1.13.2, fa invero riflettere sulla collocazione originaria del nostro testo: l'altro frammento pare, infatti, passibile di un ipotetico posizionamento a cavallo tra il *De officio praetoris tutelaris* e il *De excusationibus*: in merito, peraltro, pare decisamente consigliabile orientarsi sul secondo.<sup>159</sup> In forza di tale parentela, allora, e soprattutto in considerazione dei dubbi circa l'autografia paolina del *De cognitionibus*,<sup>160</sup> si potrebbe aderire all'idea che D. 26.5.29 – in cui si espone il presupposto della comparizione in giudizio di cui si occupa Modestino, ossia la notifica della nomina – provenisse dal medesimo contesto editoriale di D. 27.1.13.2, e cioè da una trattazione specifica sulla tutela e le sue implicazioni processuali. Questo esito, naturalmente, non esclude la mano di Paolo dietro il nostro brano (anzi la implica) e, sotto altro profilo, sottintende che si dubiti della correttezza della relativa *in-*

<sup>155</sup> Nella fonte, infatti, è citata un'opinione correttiva della portata prescrittiva del provvedimento imperiale – condivisa appunto, tra gli altri, dallo stesso Paolo – finalizzata a interpretare i termini di legge in modo da evitare incongruenze: cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 210 ss.

<sup>156</sup> Basti ricordare (Paul. 2 *sent.*) D. 27.1.38 (= PS. 2.27.3) sul limite di tempo per la proposizione di un'istanza di *excusatio*: *Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet: peragendo enim negotio ex die nominationis continui quattuor menses constituti sunt*. Sul passo – già introdotto *supra*, in nt. 146 – cfr. ora G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 209, con bibl. in nt. 427.

<sup>157</sup> Il cui contenuto è geminato, senza menzione dei fautori, in (Ulp. 36 *ad ed.*) D. 27.8.1.10: cfr. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali* cit., *Parte generale* 61 s. nt. 4 (riflessioni in proposito in P. SCIUTO, *I limiti alla competenza dei magistrati municipali in materia di datio tutoris*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano 2007, 376 nt. 65 e in F. MATTIOLI, *Ricerche* cit., I, 12 e nt. 14).

<sup>158</sup> *Divi Marcus et Verus Cornelio Proculo. Si quando desint in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores, officium sit magistratum inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque et nomina praesidi provinciae mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare*. Cfr. almeno F. ARCARIA, *Oratio* cit., 2003, 77 ss.; L. GAGLIARDI, *Mobilità* cit., I, 487 (e nt. 483); P. SCIUTO, *I limiti* cit., 375 ss.; M.G. ZOZ, *Le costituzioni imperiali* cit., 30, 127; G. VIARENGO, *Studi* cit., 21 s. e 101, ove ulteriore bibl.; M. HERRERO MEDINA, *Origen* cit., 135. Ai nostri fini, è opportuno soprassedere sulle distinte letture di questo brano, chiamato in causa sia da coloro che hanno attribuito la competenza ad assegnare i tutori ai magistrati municipali, sia da coloro che l'hanno negata: ciò ha prodotto, già dai tempi di S. SOLAZZI, *Curator* cit., 18 s., vivaci dibattiti. Sempre in tema di nomina, ma non altrettanto vicini a D. 26.5.29, sono poi i restanti passi paolini del *titulus*: (2 *ad ed.*) D. 26.5.15, (73 *ad ed.*) D. 26.5.16, (16 *ad Plaut.*) D. 26.5.19 pr.-1 e (2 *decr.*) D. 26.5.28.

<sup>159</sup> Le ragioni per cui D. 27.1.13.2 può ricondursi al *De excusationibus* sono esposte in G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., spec. 212 s.

<sup>160</sup> Vd. § 9. Quanto al *De excusationibus*, invece, la probabilità della sua autenticità sembra ben maggiore: cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 12 s. e 59 ss.

*scriptio*: prima di indagarne le specifiche motivazioni, occorre però chiudere il cerchio delle sopravvivenze testuali.

## 5. LIMITI ALLA TUTELA DEI FIGLI DEI COLLEGGI: D. 27.1.42.

Il filo conduttore rappresentato dagli istituti tutelari continua a essere tessuto anche in D. 27.1.42, addirittura rafforzandosi grazie al maggior grado di puntualità della fattispecie presa in esame. Nell'esposizione di quest'ultima, peraltro, si riscontrano ancora chiarezza e tono perentorio del precetto, che non lasciano molto spazio all'interprete.<sup>161</sup>

*Plane ultra centesimum miliarum ab urbe filiorum collegarum suorum tutelam suscipere non coguntur.*

In sé, la previsione dell'esonero dal compito nei confronti dei figli dei *collegae*, qualora si trovassero<sup>162</sup> a una distanza superiore a cento miglia dalla sede di gestione, è sufficientemente comprensibile, alla luce di valutazioni di opportunità tese a evitare un insormontabile disagio all'istituendo.<sup>163</sup> Essa, però, è forse più importante per ciò che presuppone e per le sue connessioni con la complessiva regolamentazione delle *excusationes*.

Infatti, la fonte implica l'esistenza di un correlativo obbligo, per i membri di un medesimo *collegium*,<sup>164</sup> di assumersi la tutela dei discendenti impuberi degli altri:<sup>165</sup> più propriamente, essa afferma che non per il solo fatto di essere consociati si poteva astenersi dal dovere di assumere una tutela che il magistrato volesse conferire. Ebbene, la sussistenza di un simile dovere è attestata nell'età imperiale, e più precisamente dalla metà del II secolo d.C., da una duplice serie di testimonianze. Da un lato, vi sono quelle più generiche che, disciplinando differenti forme espresse di esenzione per alcune associazioni esponenziali delle varie categorie lavorative, prevedono la necessità di puntuale sanzione normativa perché i membri dei singoli ordini possano proclamarsi immuni dall'incarico tutelare:<sup>166</sup> al

<sup>161</sup> Anche per questo, probabilmente, D. 27.1.42 è stato raramente indagato dalla critica (e non è stato mai segnalato tra quelli potenzialmente interpolati).

<sup>162</sup> Si potrebbe forse instaurare un parallelismo con il riferimento geografico di D. 26.5.29, e in particolare con quanto rilevato *supra*, in nt. 141, circa il valore di stabilità della localizzazione degli assistiti rispetto agli incaricati, quale elemento di oggettivo aggravio per l'esercizio delle funzioni tutorie (o meglio, di diverse fasi di esse).

<sup>163</sup> Per il disposto del brano cfr. principalmente S. SOLAZZI, *Tutele e curatele. II cit.*, 31; A. GUZMÁN, *Caucion tutelar cit.*, 161 nt. 13; B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 468 nt. 192 e 471 nt. 208 (ove elenco di altre fonti in cui la causa fondante l'*excusatio* risiede nella distanza del domicilio dell'incapace); G. VIARENGO, *Studi cit.*, 78 e 106.

<sup>164</sup> Termine da leggersi in chiave 'professionale': si rinvia ai cenni svolti *supra*, in nt. 11.

<sup>165</sup> Cfr. G. VIARENGO, *Studi cit.*, 74. Quell'obbligo potrebbe aver avuto una giustificazione profonda nei vincoli di solidarietà che improntavano i nodi costitutivi e i meccanismi operativi di tutte le pur diverse associazioni (un esempio può ravvisarsi nelle funzioni svolte per le onoranze funebri dei propri partecipanti: cfr., per tutti, J.-P. WALTZING, *Étude historique cit.*, I [1895], 256 ss.). Pone l'accento, invece, sulla trasformazione dell'ufficio tutelare G. VIARENGO, *op. cit.*, 79.

<sup>166</sup> In aggiunta al caso che si segnalerà subito *infra*, nel testo e a quello di D. 27.1.46 pr.-2 (esaminato al § 2), si può proporre uno tra i diversi esempi possibili: (Call. 4 *de cogn.*) D. 27.1.17.2 per i *fabri* (sugli altri, cfr. in sintesi B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 468 nt. 192).

riguardo, appare emblematico per l'età severiana (Call. 4 *de cogn.*) D. 27.1.17.3.<sup>167</sup> Dall'altro lato, disponiamo di notizie ancor più precise, che documentano la diffusione, probabilmente nello stesso periodo, della tendenza a imporre una sorta di responsabilità tra compagni di mestiere per l'affidamento dei minori ormai privi di *pater*. Anche volendo trascurare qualche testo di tradizione più problematica benché cristallino nei contenuti,<sup>168</sup> è già significativo il frammento immediatamente precedente il nostro nel Digesto, ossia (Herm. 2 *iur. ep.*) D. 27.1.41.3, che ribadisce per un'epoca più avanzata proprio l'onere gravante sui soggetti in questione, a meno che non si configurassero esplicite ipotesi eccezzuative.<sup>169</sup>

Peraltro, la successione dei passi per come risultante dalla lettura ininterrotta del titolo D. 27.1 non deve – a mio modo di vedere – essere enfaticizzata, per quanto sarebbe effettivamente naturale sorreggersi sulla continuità tra D. 27.1.41.3 e il nostro testo: si passa, cioè, dal ricordare che taluni colleghi potrebbero godere di un'esenzione all'esempio concreto fornito da coloro che vivono a grande distanza.<sup>170</sup> In realtà, attribuire l'esonerazione dalla gestione solamente a coloro che fossero già stati dispensati dalla tutela *intra centesimum miliarum* non avrebbe avuto molto senso: si dovrebbe, infatti, supporre che fosse stata sollevata la questione se, in presenza di quest'ultima dispensa, si potesse comunque essere tenuti ad assistere i figli dei colleghi oltre le cento miglia, così che Paolo avrebbe avvertito la necessità della precisazione contenuta in D. 27.1.42. Ma già l'astratta possibilità di un interrogativo del genere farebbe pensare che quell'effetto distorsivo si potesse realizzare, in maniera invero alquanto sorprendente. Invece, sarei propenso a reputare – in base a un'interpretazione che tenga conto dell'autonomia di D. 27.1.42 nei confronti del precedente – che quella sull'*excusatio ultra centesimum miliarum* costituisse una regola di più estesa applicazione, che si manifestava anche laddove il singolo *collegium* non avesse ottenuto la dispensa più favorevole. Paolo ci spiega che, pur se costretti a divenire *tutor* per i figli dei colleghi defunti, non si poteva chiedere ai membri dell'associazione un impegno che li costringesse a percorrere distanze esorbitanti.<sup>171</sup>

<sup>167</sup> *Non omnia tamen corpora vel collegia vacationem tutelarum habent, quamvis muneribus municipalibus obstricta non sint, nisi nominatim id privilegium eis indultum sit.* Cfr., *ex multis*, G. VIARENGO, *Studi cit.*, 78 (cenni poi in S. PULIATTI, *Callistratus, Opera*, Roma-Bristol 2020, 249).

<sup>168</sup> Mi riferisco a *Fragm. Vat.* 235, che riconosce una causa di astensione per i fornai rispetto ai figli dei colleghi, almeno risalente ad Adriano, ma la cui provenienza originaria è discussa: in merito vd. già § 2.

<sup>169</sup> *Qui corporis, item collegii iure excusantur, a collegiarum filiorum tutela non excusantur, exceptis his, quibus hoc specialiter tributum est.* Cfr., per tutti, ancora G. VIARENGO, *Studi cit.*, 78 (e nt. 31).

<sup>170</sup> Naturalmente, la concatenazione è dovuta ai compilatori, ma sarei propenso a pensare che essi non abbiano dovuto adattare i due frammenti per collegarli: in particolar modo, neanche quello paolino, in cui il «*plane*» sembra provenire già dal contesto iniziale e non essere invece frutto dell'accorpamento giustiniano, che forse avrebbe consigliato un nesso sintattico più tenue. A ogni modo, la contiguità oggettiva è sensibile (ma si tenga comunque presente che l'opera di Ermogeniano risale a un'età ben più avanzata di quello di Paolo). Al riguardo, si potrà aggiungere che O. LENEL, *Palingenesia cit.*, II, 958 n. 48 introduceva, quale chiosa esplicativa alla fine del frammento palingenetico, la seguente frase: «*sc. hi, qui collegii iure a ceteris tutelis excusantur*». Con ciò, egli attribuiva un valore focale al nesso tra i due §§, sottintendendo che a godere di tale privilegio fossero solamente coloro che, in virtù dell'appartenenza a un determinato *collegium* beneficiario di un regime giuridico di esenzioni, fossero già sollevati anche dagli incarichi gestori rispetto agli esterni. In tal modo, però, si dava per scontato che il passo paolino avesse questo ristretto ambito applicativo, e non potesse invece riferirsi alla totalità dei *collegae*, ossia anche a coloro il cui gruppo non avesse ottenuto l'*excusatio* per gli *exteri homines*.

<sup>171</sup> D'altro canto, la ragione dell'esclusione addotta da Paolo è in tutto peculiare, poiché si fonda pro-

Merita sottolineare, inoltre, un indice di coerenza supplementare tra il nostro breve frammento e il quadro regolamentare delle *excusationes*: il parametro delle cento miglia. Esso torna in più di una testimonianza, quale limite per l'operatività o meno della dispensa. Penso, in particolare, a (Marcian. 2 *inst.*) D. 27.1.21.2 e 3, circa i limiti alla disponibilità dei designati nell'accollarsi l'amministrazione di beni pupillari situati in una provincia diversa oltre quella distanza, come pure dei senatori.<sup>172</sup> Oppure a (Ulp. *l.s. de exc.*) Fragm. Vat. 155, che collega tale limite spaziale a quello temporale (di cinquanta giorni) per la proposizione di una causa di giustificazione.<sup>173</sup> Inoltre, altrove si leggono più generiche concessioni di esoneri, sempre legate ad atti imperiali e basate sulla dislocazione dei beni lontano dal domicilio del *tutor*, pur senza la connessa precisazione spaziale: è il caso della distanza tra *urbica diocesis* e territori 'esterni' presa in considerazione da Fragm. Vat. 205, ascritto a Ulpiano.<sup>174</sup> Tutti esempi della rilevanza giuridica, ormai consolidata nel tardo principato, del dato territoriale nella valutazione di congruità della gestione pupillare.

A ogni modo, sia per quel che concerne il generalizzato divieto di rinunciare alla tutela, che per il dovere verso il figlio del *collega*, si può osservare l'uniforme strategia espositiva scelta dai giuristi: dare per acquisita la soggezione al 'peso' – che, d'altro canto, era oggetto di una regola generale – e fare salve delle situazioni di privilegio da indicare *apertis verbis*. Ed è un carattere esteriore che, sommato alla consonanza sostanziale già segnalata,<sup>175</sup> avvicina ulteriormente il dettato di D. 27.1.42 alle altre voci giurisprudenziali superstiti. Per-

prio su valutazioni 'spaziali': non è, pertanto, incongruo pensare che essa potesse essere concessa indipendentemente dal riconoscimento dell'altro privilegio.

<sup>172</sup> Il § 2 recita: *Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centensimum lapidem tutelam gerat, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit.* Il § 3 prosegue, non facendo menzione della provincia differente: *Nec senatores ultra centensimum lapidem urbis tutelam gerere coguntur.* In merito cfr., di recente, G. VIARENGO, *Studi cit.*, 106 s. e D. DURSI, *Aelius Marcianus, Institutionum libri I-V*, Roma 2019, 138 s.

<sup>173</sup> *Igitur observandum deinceps erit, ut qui tutor datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more. Nec in infinitum captiosi silentii tempus, per quod res interfrigescat, concessum sibi credant: hi qui Romae uel intra centesimum fuerint, sciant in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere aut capessere administrationem ...* Cfr. almeno C. FAYER, *La familia romana cit.*, I, 460 nt. 269; G. VIARENGO, *Studi cit.*, 106; M. HERRERO MEDINA, *Origen cit.*, 131. Si tratta di un brano sostanzialmente legato a D. 27.1.13.2, di cui si è detto *supra*, al § 4.

<sup>174</sup> (Ulp. *de off. praet. tut.*) *Proinde si quis ad urbicam dioecesim pertinens testamento tutor dabitur, excusare se debet ab eo patrimonio, quod in regionibus iuridicorum est, pariter a re provinciali. Sed caveat, si legatum accepit, hoc facere; licite enim urbana sola administrat, verum quia non in plenum voluntati paret, legati ei petitio denegabitur, idque divus Marcus in eo, qui se a re provinciali excusavit legato honoratus, Claudio Pulchro rescripsit.* Cfr., per la delimitazione delle entità territoriali considerate, almeno G. VIARENGO, *Studi cit.*, 104 ss., ove bibl. Se si dovesse accedere alla tesi per cui la circoscrizione di Roma coincidesse con il raggio delle cento miglia – tesi sostenuta da R. THOMSEN, *The Italic Regions. From Augustus to the Lombard Invasion*, Copenhagen 1946, 153 ss. – si potrebbe rinsaldare ulteriormente il legame tra Fragm. Vat. 205, e gli altri testi che contemplano quel parametro. Non è poi un caso che anche qui si faccia forza su un rescritto di Adriano; a Marco Aurelio risale invece l'istituzione dei *iuridici*, con competenza fuori da Roma per le questioni tutelari: cfr., per tutti, F. ARCARIA, *Oratio Marci cit.*, 63 ss. Sul testo si vedano pure W. SIMSHÄUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit*, München 1973, 245 s.; A. GUZMÁN, *Dos estudios cit.*, 159 ss.; B. ALBANESE, *Le persone cit.* 460 e nt. 148, 471 e nt. 208; O. LICANDRO, *Domicilium habere cit.*, 334 s.; M. HERRERO MEDINA, *Origen cit.*, 140 s. e nt. 137.

<sup>175</sup> Vd. *supra*, nel testo.

tanto, il passo si presta a essere inquadrato agevolmente nel contesto del regime delle dispense dall'ufficio tutelare, che sappiamo essere molto articolato sin dall'età del principato, e in specie dagli interventi di Adriano.<sup>176</sup>

L'affermazione della paternità di Paolo, invece, si affida essenzialmente all'*inscriptio* digestuale: i compilatori conoscevano una versione del testo che andava sotto il suo nome, ma non è possibile misurare su quello la fedeltà della tradizione del *De cognitionibus*. Non è insomma in discussione la compatibilità di D. 27.1.42 con la trattazione delle forme processuali della *cognitio extra ordinem*, e dunque anche con un'opera con quel titolo.<sup>177</sup> Al contempo, però, l'inerenza alla procedura per far valere l'*excusatio* nonché il riferimento allo *status* di membri di un *collegium* avvicinano anche questo brano, *ratione materiae*, alle monografie segnatamente dedicate a quelle problematiche: *in primis* il *De excusationibus*, poi il *De officio praetoris tutelaris*. Appare perciò evidente che i nessi sostanziali collochino D. 27.1.42 in un'area 'trasversale' rispetto a vari  $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\lambda\alpha$ : di nuovo, non disponiamo di elementi utili a sciogliere le riserve in un senso o nell'altro.

## 6. I PRIVILEGI DEI VETERANI: D: 49.18.5 PR.-2.

I tre §§ di D. 49.18.5 pr.-2 rappresentano il primo vero scarto rispetto agli istituti tutelari, e vengono a toccare un differente ambito di operatività delle *cognitiones extra ordinem*.<sup>178</sup> Tuttavia, occupandosi pur sempre di forme di dispensa rispetto a determinati *munera*, se ne può subito notare l'affinità con il tema delle esenzioni dalla tutela.<sup>179</sup> Questo lo svolgimento del suo dettato:

<sup>176</sup> Il sistema delle cause legittime di astensione dalla gestione di una tutela a cui si fosse chiamati venne improntato, a partire almeno dalla metà del II secolo d.C., a una sempre più rigida tassatività: era necessaria l'esplicita previsione di una forma di esonero affinché essa potesse essere riconosciuta da parte del magistrato. Si venne così a costruire un'impalcatura di *excusationes* fondate su precise tipologie di motivi, che gli studiosi hanno sovente provato a schematizzare: cfr., ad esempio, B. ALBANESE, *Le persone* cit., 465 ss.; C. FAYER, *La familia romana* cit., I, 451 ss. G. VIARENGO, *Studi* cit., 69 ss. In argomento si vedano altresì Y. DEBBASCH, *Excusatio* cit., 55 ss. e A. GUZMÁN, *Dos estudios* cit., 127 ss. (mentre, in termini più generali sulle esenzioni dai *munera*, cfr. almeno W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung der Magistratus Municipales und der Decuriones in der Übergangphase der Städte von sich selbstverwaltenden Gemeinden zu Vollzugsorganen des spätantiken Zwangsstaates [2.-4. Jahrhundert der römischen Kaiserzeit]*, Wiesbaden 1973, 262 ss.; L. NEESEN, *Die Entwicklung* cit., 216 ss.; M.L. LÓPEZ HUGUET, *Clasificación* cit., 575 ss.).

<sup>177</sup> Basta a confermarlo la vicinanza sostanziale ai rammentati passi del *De cognitionibus* callistrato: essi fanno parte di un lungo frammento (D. 27.1.17 pr.-7) incentrato sulla tutela e la relativa immunità (cfr., per tutti, S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 249 s.).

<sup>178</sup> Che la materia vi rientrasse è espressamente attestato da (Call. 1 *de cogn.*) D. 50.13.5 pr. (*Numerus ergo cognitio in quattuor fere genera dividi potest: aut enim de honoribus sive muneribus gerendis agitur ...*): cfr., per tutti, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 459. Il legame tra l'istituto e la forma processuale, del resto, è confermato dallo spazio che il primo doveva avere proprio nell'opera omonima di Callistrato: cfr. R. BONINI, I "libri de cognitionibus" cit., 42 ss.

<sup>179</sup> Non si può dubitare che nel principato avanzato la tutela fosse ormai configurata come una *species* della categoria 'munus'. In proposito, si può sinteticamente seguire il percorso evolutivo tratteggiato da G. VIARENGO, *Studi* cit., 180 ss., tenendo per ferma la progressiva associazione dell'incarico tutorio al novero dei *munera* nel corso del principato, fino all'età severiana, con possibile inquadramento tra quelli cosiddetti 'civili' e 'personali' (vd. *infra*, nt. 182), senza potersi addentrare nelle fonti che oscillano tra la natura di onere '*privatum*' o '*publicum*' (su quest'ultima tipologia, vd. *infra*, nt. 181).

*Veteranos divus magnus Antoninus cum patre suo rescripsit a navium fabrica excusari.*  
 [1] *Sed et ab exactione tributorum habent immunitatem, hoc est ne exactores tributorum constituentur.* [2] *Sed veterani, qui passi sunt in ordinem legi, muneribus fungi coguntur.*

Non sembra revocabile in dubbio, infatti, che in D. 49.18.5 pr.-2 ci si occupi di attività atte, complessivamente, a rientrare nella qualifica di ‘munus’, sia per la loro configurazione materiale, che per la menzione finale del § 2, che sembra da ritenersi a prima vista inclusiva.<sup>180</sup> Si potrebbe magari delimitare ancor più il campo, identificando quegli oneri come *munera*, sicuramente ‘pubblici’,<sup>181</sup> e molto probabilmente ‘personali’.<sup>182</sup> È il segno, al di là di ogni ulteriore valutazione, di una coerenza oggettiva che si gioca sulla disciplina delle forme processuali straordinarie.<sup>183</sup>

<sup>180</sup> Vd. poi *infra*, nel testo.

<sup>181</sup> «Tra le specificazioni che aderiscono a *munus publicum* sottolinea il rapporto dell’opera, dell’ufficio con la vita della *res publica* romana» (F. GRELLE, «*Munus publicum*». *Terminologia e sistematiche*, in *Labeo* 7, 1961, 312 [= *Diritto* cit., 44]). Ulteriore bibl. in nt. seg.

<sup>182</sup> Non poche fonti giurisprudenziali tentano di offrirne una definizione di questi istituti – famosa quella di [Pomp. *l.s. ench.*] D. 50.16.239.3, pur se discussa (*‘Munus publicum’ est officium privati hominis, ex quo commodum ad singulos universosque cives remque eorum imperio magistratus extraordinarium pervenit*) – o addirittura delle classificazioni: oltre a quella tra ‘*civilia*’ e ‘*municipalia*’ (presente, ad esempio, in *Fragm. Vat.* 247, attribuito apparentemente a Paolo: cfr. i cenni in G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 111), la più rilevante riguarda i *munera ‘personalia’, ‘patrimonii’ e ‘mixta’* (ex [Arc. *Char. l.s. de mun. civ.*] D. 50.4.18 pr., ma anche in parte ex [Herm. 1 *iur. ep.*] D. 50.4.1 pr.-3 e prima ex [Ulp. 4 *de off. proc.*] D. 50.4.6.3-5). In particolare, quelli ‘personali’ implicavano una globale attività del soggetto, che si impegnava in opere e servizi a beneficio del potere pubblico; quelli ‘patrimoniali’, *de plano*, consistevano in una prestazione di tipo economico; in quelli ‘misti’, infine, si avvertivano entrambi i profili di incombenza. Cfr., su questo, almeno B. KÜBLER, v. *Munus*, in *RE* 16.1, Stuttgart 1933, 645 ss.; M. NUYENS, *La théorie des ‘munera’ et l’obligation professionnelle au Bas-Empire*, in *RIDA* 3<sup>a</sup> s. 5, 1958, 519 ss.; F. GRELLE, «*Munus publicum*» cit., 308 ss.; G.I. LUZZATTO, v. “*Munera*”, in *NNDI* 10, Torino 1964, 987; W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung* cit., 239 ss.; N. CHARBONNEL, *Les “munera publica” au III<sup>e</sup> siècle*, Paris 1974, 49 ss.; L. NEESEN, *Die Entwicklung* cit., spec. 205 ss.; E. PÓLAY, *Über die munera civilia im Werke des Digestenjuristen Arcadius Carisius*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano 1982, 527 ss.; B. SIRKS, *Munera publica and exemptions (vacatio, excusatio and immunitas)*, in *Studies in Roman Law and Legal History in Honour of Ramon d’Abadal I de Vinyals on the Occasion of the Centenary*, Barcelona 1989, 79 ss.; M. FELICI, *Riflessioni sui munera civilia di Arcadio Carisio*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a cura di), *Gli Statuti Municipali* cit., 155 ss. (= *Problemi di giurisprudenza epiclassica. Il caso di Aurelio Arcadio Carisio*, Roma 2018<sup>2</sup>, 69 ss.); D.V. PIACENTE, *Aurelio Arcadio Carisio. Un giurista tardoantico*, Bari 2012, 59 ss.; M.L. LÓPEZ HUGUET, *Clasificación general* cit., 574 ss.

<sup>183</sup> Cfr., su tutto il testo, almeno M.J. LESQUIER, *L’armée romaine d’Égypte d’Auguste à Dioclétien*, Le Caire 1918, 343; A. NEUMANN, v. *veterani*, in *RE* suppl. 9, Stuttgart 1962, 1603; D. LIEBS, *Hermogenians iuris epitomae* cit., 71 nt. 191; B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» di Ulpiano, I, Milano 1971, 127; R.F. RENZ, *The Legal Position of the Soldier and Veteran in the Roman Empire*, Ann Arbor 1972, 146; W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung* cit., 37 s.; D. LIEBS, *Ulpiani opinionum libri VI*, in *RHD* 41, 1973, 281, 289 s.; N. CHARBONNEL, *Les “munera publica”* cit., 291 s.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro e la letteratura «de re militari»*, in *Labeo* 20, 1974, 54 (= *Lecture e ricerche sulla “res militaris”*, II, Napoli 1996, 367); G. LURASCHI, *Il “praemium” nell’esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano 1983, 256 nt. 62; F. MILLAR, *Empire and City, Augustus to Julian: Obligations, Excuses and Status*, in *JRS* 73, 1983, 85; F. JACQUES, *Le privilège de la liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l’Occident romain (161-244)*, Rome 1984, 623 s.; H. WOLFF, *Die Entwicklung der Veteranenprivilegien vom Beginn des 1. Jahrhunderts v. Chr. bis auf Konstantin d. Gr.*, in

Una simile constatazione, peraltro, non è priva di ricadute sull'interpretazione del frammento: accettando cioè che tutti i §§ siano sorretti da un medesimo filo di trama, si può quanto meno escludere che i giustinianeî siano incorsi in uno stravolgimento del testo, accorpendo regole inizialmente rivolte a fattispecie distinte. Sul versante della critica testuale, l'unica osservazione è stata mossa nei confronti del *modus citandi* dell'imperatore nel *principium*: poiché esso coinvolge la datazione del passo, vi si tornerà più avanti.<sup>184</sup> Incidentalmente, però, va rimarcato come ancora una volta venga chiamato in causa un provvedimento imperiale: tale circostanza sembra una caratteristica ricorrente nel *De cognitionibus*, o almeno in quel che ne rimane.<sup>185</sup> A livello di contenuti, invece, l'omogeneità tematica è sicuramente presente, ma forse è meno intensa di quanto si possa presumere a prima vista.

Invero, D. 49.18.5 pr. ricorda un rescritto della coppia Settimio Severo-Caracalla che avrebbe introdotto<sup>186</sup> un'ipotesi di *excusatio* ben precisa sia quanto a destinatari (i veterani militari),<sup>187</sup> sia quanto ad attività contemplata (la gestione dell'allestimento di navi).<sup>188</sup> Si

W. ECK, H. WOLFF (herausgegeben von), *Heer und Integrationspolitik. Die römischen Militärdiplome als historische Quelle*, Köln-Wien 1986, 104 s. nt. 159; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi*, Napoli 1988, 131 (da valutare con estrema prudenza); B. SIRKS, *Food cit.*, 130 s.; ID., *Munera publica cit.*, 96; P. HERZ, *Rec. a S. LINK, Konzepte der Privilegierung römischer Veteranen*, in ZRG 108, 1991, 378; K. KRÓLCZYK, *Die Rechtsstellung der Veteranen im römischen Recht*, in Eos 91, 2004, 98 e nt. 74; G. WELSCH-KLEIN, *Recruits and Veterans*, in P. ERDKAMP (edited by), *A Companion to the Roman Army*, Malden 2007, 443; C. RICCI, *Soldati e veterani nella vita cittadina dell'Italia imperiale*, Roma 2010, 26 nt. 50; A. DE FRANCESCO, *Note sull'«anzianità di servizio» nel lessico della legislazione imperiale romana*, in Diritto@Storia 11, 2013, 9 (estr.); E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *Veterani: ciertos privilegios fiscales*, in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (director), A. TRISCIUOGGIO, G. GEREZ KREMER (editores), *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*, III, Madrid 2016, 526 s.; S. PULIATTI, *Callistratus cit.*, 113 nt. 5.

<sup>184</sup> Vd. *infra*, nel testo.

<sup>185</sup> Vd. in proposito § 9.

<sup>186</sup> Il verbo impiegato (*rescripsit*) non lascia presagire che si possa essere trattato di una reiterazione di norma precedente: in questa direzione, anche la scelta del provvedimento di portata speciale, nonché la natura puntuale del *casus* evidentemente sottoposto all'attenzione dei *principes*.

<sup>187</sup> Con questa dicitura si intendono quanti, dopo aver completato il periodo – la cui durata, in genere ventennale, mutò però nel tempo – di militanza nelle fila dell'esercito romano, vengono congedati, con la gratifica di un apposito *diploma* – si parla di '*honestas missio*' – a certificazione dei vari vantaggi, principalmente economici e di immunità, che venivano accordati (il cosiddetto '*praemium militiae*'). Su questi *praemia* cfr., ad esempio, J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung der römischen Soldaten. Ihre Entwicklung von den Anfängen Roms bis auf Diokletian*, in ANRW 2.14, Berlin-New York 1982, 923 s.; S.E. PHANG, *Roman Military Service. Ideologies of Discipline in the Late Republic and Early Principate*, Cambridge 2008, 163 ss.; M. HEBBLEWHITE, *The Emperor and the Army in the Later Roman Empire, AD 293-395*, London-New York 2017, 99 ss. La categoria è, dunque, ben definita e, come tale, trova attestazione in vari passaggi dei *Digesta* e, ancor più, del *Codex* (essendo al centro di non poche previsioni imperiali). Cfr., in sintesi, E. SANDER, *Das Recht der römischen Soldaten*, in RhM 101, 1958, 166 ss.; A. NEUMANN, v. *veterani cit.*, 1597 ss.; R.F. RENZ, *The Legal Position cit.*, 108 ss.; K. KRÓLCZYK, *Die Rechtsstellung cit.*, 85 ss.; P. COSME, *L'armée romaine. VIII<sup>e</sup> s. av. J.-C.-V<sup>e</sup> s. ap. J.-C.*, Paris 2009<sup>2</sup>, 169 ss.; C. RICCI, *Soldati cit.*, 26 ss. (ove bibl.); F. CASTAGNINO, *I diplomata militaria. Una ricognizione giuridica*, Milano 2022, 3 ss.

<sup>188</sup> L'espressione impiegata è ellittica (*navium fabrica*) ma non dovrebbe identificarsi con l'attività concreta di costruzione, che sarebbe spettata ai carpentieri in senso proprio (*fabri*), bensì con la direzione e la responsabilità economica del processo realizzativo del natante, ovviamente da destinare a un uso di tipo pubblico. A sostegno, si potrebbe peraltro addurre la distinzione operata in un testo quale (Marcian.



tratterebbe, dunque, di una causa di *vacatio* estremamente specifica, motivata con la particolare considerazione per coloro che avevano servito nell'esercito:<sup>189</sup> il vocabolo scelto rimanda a una forma di esenzione, ossia l'*excusatio*, che si caratterizza per la sua natura puntiforme ancorata all'esistenza di specifici presupposti che ne giustificano la concessione.<sup>190</sup> In più, trattandosi di un *munus* inquadrato tra quelli 'personali',<sup>191</sup> la sua prestazione poteva essere sospesa, a differenza di quanto si predicava per quelli 'patrimoniali'. Tale ultima limitazione emerge direttamente da (Ulp. 3 *opin.*) D. 49.18.2.1:<sup>192</sup> incidendo restrittivamente su un regime anteriore di certo meno rigido, essa risale con certezza almeno alla prima età severiana.<sup>193</sup>

5 *reg.*), in cui la *fabrica* è separata dal materiale allestimento, visto che si parla di prestiti di denaro e di privilegi correlati, che riguardano ovviamente coloro che investono nella realizzazione, e non chi la porta a compimento. Proprio l'allestimento, del resto, rimaneva escluso dalle ipotesi soggette a dispensa, come è precisato da (Ulp. 4 *de off. proc.*) D. 49.18.4 (*Sed et naves eorum angariari posse Aelio Firmo et Antonio Claro veteranis rescriptum est*). Per una simile lettura cfr. almeno B. SIRKS, *Munera publica* cit., 96 e A. DE FRANCESCO, *Note* cit., 9 (estr.). Parlava, del resto, genericamente di «costruzione delle navi» B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» cit., I, 122, così come, poi, K. KRÓLCZYK, *Die Rechtsstellung* cit., 103; confondeva, invece, il dettato dei due *fragmenta* M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale* cit., 45.

<sup>189</sup> Essa rientra nella molteplicità di vantaggi di tipo giuridico, ma anche economico, che si iniziarono a concedere ai militi congedati con onore, a partire dai decenni conclusivi della repubblica, e poi progressivamente per tutto il principato, benché dall'età severiana se ne tentasse di restringere la diffusione generalizzata: sui *privilegia veteranorum*, oltre a quanto si dirà occasionalmente (e spec. *infra*, in nt. 201), si rinvia a M.J. LESQUIER, *L'armée romaine* cit., 333; R.F. RENZ, *The Legal Position* cit., 146 ss.; W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung* cit., 265; J. GAUDEMET, *Privilèges constantiniens en faveur des militaires et des vétérans*, in *Studi Sanfilippo* cit., II, 179 ss. (per l'età più tarda, su cui già D. LIEBS, *Privilegien* cit., 306 s.; F. MILLAR, *Empire* cit., 86 s.; F. JACQUES, *Le privilège* cit., 618 ss.; H. WOLFF, *Die Entwicklung* cit., 44 ss., spec. 55 ss.; B. SIRKS, *Munera publica* cit., 96; K. KRÓLCZYK, *Die Rechtsstellung* cit., 90 ss.; G. WELSCH-KLEIN, *Recruits* cit., 443 s.; P. COSME, *L'armée romaine* cit., 197 ss.; A. DE FRANCESCO, *Note* cit., 8 s. (estr.); E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *Veterani* cit., spec. 523 ss. *Contra*, per uno sviluppo tendente linearmente verso maggiori garanzie, si veda S. LINK, *Konzepte der Privilegierung römischer Veteranen*, Stuttgart 1989, 68 ss.

<sup>190</sup> Così, ad esempio, G.I. LUZZATTO, v. "*Munera*" cit., 987 (cfr. già B. KÜBLER, v. *Munus* cit., 649). Le circostanze fondanti potevano essere permanenti o temporanee, ma nel nostro caso evidentemente si riducono al primo tipo. Sul rapporto tra l'*excusatio* (o *vacatio*) e l'*immunitas*, vd. *infra*, nel testo.

<sup>191</sup> Vd. *supra*, nt. 182 in merito al valore di tale qualifica. Che il nostro esempio ne facesse parte, pur in assenza di dirette attestazioni, può desumersi da vari indizi: anzitutto, dal fatto che può essere oggetto di esonero (come si vedrà subito *infra*, nel testo); poi, per analogia con le altre *curae*, che sono per converso esplicitamente ricondotte nelle fonti ai *munera personalia*. Cfr. W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung* cit., 246 ss., ove a 247 si elencano le varie *curae operum publicorum*, tra cui rientra la *cura «ad extruenda vel reficienda aedificia publica sive palatia sive navalia vel mansiones»* di (Arc. Char. *l.s. de mun. civ.*) D. 50.4.18.10 (cfr. pure N. CHARBONNEL, *Les "munera publica"* cit., 67; L. NEESEN, *Die Entwicklung* cit., 212; D.V. PIACENTE, *Aurelio Arcadio Carisio* cit., 79 ss., spec. 84). Per la *fabrica navium*, inoltre, si vedano almeno B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» cit., I, 122 e A. DE FRANCESCO, *Note* cit., 9 (estr.). *Contra*, in maniera sorprendentemente netta, sia H. WOLFF, *Die Entwicklung* cit., 104 s. nt. 159 che P. HERZ, *Rec.* cit., 1991, 378, ma attribuendo un significato più operativo al concetto di '*fabrica*', e quindi finendo per essere costretti a riconoscere un'eccezione alla regola dell'esigibilità dei *munera patrimonii* (cfr. già N. CHARBONNEL, *op. cit.*, 291).

<sup>192</sup> *Vectigalia et patrimoniorum onera sollemnia omnes sustinere oportet*. Cfr. altresì (Ulp. 4 *de off. proc.*) D. 49.18.4 pr.-1.

<sup>193</sup> Il rescritto di Settimio Severo è riferito da (Pap. 36 *quaest.*) D. 50.5.7, e poi appare reiterato in alcune costituzioni dei successori (C. 10.42[41].2 di Caracalla e, in connessione, C. 10.42[41].3 di Ales-

Il *punctum dolens* riguarda, piuttosto, l'indicazione cronologica. Da un lato, infatti, il richiamo ai due imperatori risulterebbe senz'altro utile a stabilire i termini in cui fissare il *rescriptum*, ossia nel primo decennio del III secolo d.C.;<sup>194</sup> dall'altro, esso pone però un problema per quanto riguarda la datazione del testo che ce ne parla. Stando all'aggettivo «*divus*», che apostrofa il «*magnus Antoninus*», questi doveva essere morto e divinizzato al momento della scrittura: saremmo quindi in un anno successivo almeno al 218 d.C. (anno da cui esistono iscrizioni a documentarlo).<sup>195</sup> In sé, il dato non parrebbe distonico finché non se ne tenta una lettura sistematica che lo raccordi a quanto emerge da D. 27.1.46 pr.-2.<sup>196</sup> Rinviando più avanti per tale sviluppo,<sup>197</sup> in questa sede è opportuno menzionare la proposta di considerare il lemma «*divus*» quale frutto di una correzione dell'autore successiva alla morte di Caracalla.<sup>198</sup> Ciò che però non si riesce a spiegare è il motivo per cui Paolo non avrebbe effettuato questa sorta di 'interpolazione autentica' pure sugli altri frammenti, lasciando così una vistosa discrepanza.<sup>199</sup> In verità, altre soluzioni rimangono in piedi: l'intervento posteriore potrebbe esservi realmente stato, ma ad opera di un terzo, che compose tutto il *μονόβιβλον*, oppure vi aggiunse solo il brano di D. 49.18.5 pr.; oppure, Paolo potrebbe averlo scritto, magari proprio dal 218 in avanti, aggregando materiale vecchio e recente, e quindi facendosi responsabile di una netta imprecisione.<sup>200</sup> Non si può tacere, a ogni modo, che si tratti di un dato decisamente critico.

sandro Severo). Cfr. B. KÜBLER, v. *Munus* cit., 648 s.; F. GRELE, «*Munus publicum*» cit., 323, 327 (e nt. 63); A. NEUMANN, v. *veterani* cit., 1603; B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» cit., I, 121 ss.; D. LIEBS, *Privilegien* cit., 306 s.; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale* cit., 44 s.; A. DE FRANCESCO, *Note* cit., 9 (estr.), ove anche cenni sulla situazione normativa previgente, di tenore più vantaggioso; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *Veterani* cit., 527 s. Sembrava incerto, invece, L. NEESEN, *Die Entwicklung* cit., 217.

<sup>194</sup> Non vi può, d'altronde, essere motivo di pensare che con quella formula ci si volesse riferire ad altri che a Caracalla: essa è utilizzata anche da differenti *prudentes*, come puntualizzava G. GUALANDI, *Legislazione imperiale* cit., II, 185 (che non cita la nostra fonte, bensì un'altra sempre paolina dal *liber singularis de iure libellorum*, su cui cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 223 ss.). Concordavano B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» cit., I, 85 nt. 23 e D. LIEBS, *Jurisprudenz* cit., 174 (ma già H. FITTING, *Alter* cit., 98 e A. BERGER, v. *Iulius Paulus* cit., 716 s.). Sulla data della *consecratio* di quel principe cfr., per tutti, D. KIENAST, *Römische Kaisertabelle* cit., 163.

<sup>195</sup> La formula «*divus magnus Antoninus*» non può che riferirsi a Caracalla: cfr. H. FITTING, *Alter* cit., 98; A. BERGER, v. *Iulius Paulus* cit., 716 s.; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale* cit., II, 185 (d'accordo poi B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» cit., I, 85 nt. 23; K.P. MÜLLER-EISELT, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlin 1981, 65 e nt. 10; D. LIEBS, *Jurisprudenz* cit., 174). Le iscrizioni che contengono 'divus' sono poi databili fino al 235 d.C.: cfr. A. MASTINO, *Le titolature di Caracalla e Geta attraverso le iscrizioni [indici]*, Bologna 1981, 143 s. (anche in abbinamento al nome dei successori). L'epiteto 'magnus' gli sarebbe stato attribuito dal 213, secondo D. KIENAST, *Römische Kaisertabelle* cit., 164 (ma cfr. già A. MASTINO, *op. cit.*, 16).

<sup>196</sup> Vd. § 2.

<sup>197</sup> Vd. § 9.

<sup>198</sup> L'ipotesi fu avanzata da T. MOMMSEN, *Die Kaiserbezeichnung* cit., 109 nt. 49 e poi raccolta da P. KRÜGER, *Geschichte* cit., 237 nt. 118.

<sup>199</sup> Come fu notato già da A. BERGER, v. *Iulius Paulus* cit., 717; cfr. poi B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» cit., I, 122 nt. 120.

<sup>200</sup> Sembra questa la tesi di A. BERGER, v. *Iulius Paulus* cit., 717, poi ripresa da R. BONINI, I «*libri de cognitionibus*» cit., 24 nt. 51 e B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» cit., I, 122 nt. 120 e 127 nt. 131.

In positivo, però, si può far tesoro della notizia di un regime giuridico che rispecchia gli ultimi anni di attività di Paolo, e che non mostra pertanto di aver subito aggiornamenti posteriori sul piano dei contenuti. Si dev'essere meno netti, più che altro a causa della mancanza di riferimenti legislativi, quando si prende in esame D. 49.18.5.1. Il passo sembra piuttosto chiaro, in realtà, anche in virtù di una chiosa esplicativa che il giurista ritiene di dover inserire perché sia indubbio che la libertà dall'*exactio tributorum* non riguarda l'esenzione dal pagamento delle imposte, bensì dall'incarico di riscuoterle:<sup>201</sup> avremmo, allora, al centro della fonte un altro onere di carattere 'personale', perlomeno nella prospettiva del frammento.<sup>202</sup> L'assenza di un soggetto – sia essa dipendente dalla sintesi giustiniana o, altrettanto plausibilmente, dettata dalla concatenazione dei passi nella trama originaria – rimanda direttamente al *principium* e ai militari onorevolmente congedati che ne sono al centro.

Alternativa è, però, la scelta terminologica per designare la fattispecie escludente il *munus*, che stavolta cade sul sostantivo antinomico, cioè '*immunitas*': in senso tecnico, essa

<sup>201</sup> D'altronde, l'immunità tributaria era del tutto esclusa dal divieto riguardante i *munera patrimonii*, ex D. 49.18.2.1 (vd. *supra*, nel testo e nt. 191). Ciò, proprio a partire dai *principes* severiani, poiché in precedenza, già per opera di Augusto, i *veterani* e i loro familiari avevano goduto invece di tale privilegio fiscale: cfr. A. NEUMANN, v. *veterani* cit., 1601 s.; J. GAUDEMET, *Privileges constantiniens* cit., 179 s.; F. MILLAR, *Empire* cit., 85; S. LINK, *Konzepte* cit., spec. 70 ss.; K. KRÓLCZYK, *Die Rechtsstellung* cit., 95 ss.; P. COSME, *L'armée romaine* cit., 197 s.; A. DE FRANCESCO, *Note* cit., 8 s. (estr.); G. VIARENGO, *Studi* cit., 147 s. Questo non significa, comunque, che la spiegazione dovesse per forza essere superflua, come lasciava intendere D. LIEBS, *Ulpiani opinionum libri VI* cit., 289, per il quale si sarebbe trattato di una glossa. Al di là della ripetizione stilisticamente rivedibile, non pare che vi siano elementi dirimenti in favore di una simile deduzione: infatti, la precisazione poteva anche essere originaria, visto che la formula "*ab exactione tributorum habent immunitatem*" si sarebbe potuta leggere, in teoria, pure con riguardo al dovere di versamento delle imposte. In più, vi si ravvisa l'intento di precisare gli effetti dell'*immunitas* (su cui vd. subito *infra*, nel testo).

<sup>202</sup> Cfr. D. LIEBS, *Ulpiani opinionum libri VI* cit., 289; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *Veterani* cit., 526 s. Invero, l'essere tenuto responsabile nel caso non si fosse conseguito l'ammontare dovuto di *tributa*, implicava che si potesse aggiungere un esborso personale all'attività svolta, il che dovrebbe fare pensare a un *munus 'mixtum'* (vd. *supra*, nt. 182). Come afferma (Arc. Char. *l.s. de mun. civ.*) D. 50.4.18.26, con riferimento a Modestino: *Mixta munera decaprotiae et icosaprotiae, ut Herennius Modestinus et notando et disputando bene et optima ratione decrevit*. Pertanto, la riscossione dei tributi nei *municipia* era affidata a figure ben precise (decaproti e icosaproti) ed era da considerarsi appunto un *munus 'mixtum'* (benché in altre fonti, come [Herm. 1 *iur. ep.*] D. 50.4.1.1 o [Ulp. 2 *opin.*] D. 50.4.3.10, si parli di «onere patrimoniale»: cfr. D. LIEBS, *op. cit.*, 288 s.; N. CHARBONNEL, *Les "munera publica"* cit., 291; L. NEESEN, *Die Entwicklung* cit., 213 s.). Pur se non si può desumere che anche Paolo stesse pensando proprio ai magistrati municipali, rimane una diversità di impostazione, che potrebbe avere anche una spiegazione diacronica, visto che le testimonianze che spingono sul versante patrimoniale sembrano essere più tarde. Non si deve, peraltro, sottovalutare che altro tipo di riscossione – affiancata ma non connessa all'*annona* – è reputata *munus personalis* dal medesimo Arcadio Carisio (D. 50.4.18.8: *Qui annonam suscipit vel exigit vel erogat, et exactores pecuniae pro capitibus personalis muneris sollicitudinem sustinent*): cfr. W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung* cit., 247; E. PÓLAY, *Über die munera civilia* cit., 537; M. FELICI, *Riflessioni* cit., 165 s. (e nt. 74); D.V. PIACENTE, *Aurelio Arcadio Carisio* cit., 81, 85. Su vari profili attinenti all'*exactio tributorum* nel principato basti rinviare a F. GRELLE, *Stipendium vel tributum. L'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Napoli 1963, 49 ss., e spec. 56 ss., ove si sottolineava l'evoluzione dell'istituto della riscossione (guardando appunto ai decaproti) verso una sempre maggiore connotazione patrimoniale, che però si afferma nell'avanzare lento del III secolo d.C. (stante proprio il ricordo di D. 50.4.18.26).

sarebbe un privilegio assoluto e permanente, fissato con provvedimento normativo di tipo generale, e quindi svincolato dal ricorrere di precise circostanze.<sup>203</sup> La differenza dovrebbe risiedere nei meccanismi di applicazione:<sup>204</sup> mentre l'*excusatio* veniva fatta valere opponendo all'assegnazione del *munus* gli elementi di fatto che ne giustificavano la decadenza, l'immunità avrebbe impedito *a priori* il conferimento.<sup>205</sup> In relazione al frammento, si è sostenuto che la dicotomia lessicale sia un mero indice della valenza sinonimica che, ormai al tempo dei *prudentes* severiani, '*immunitas*' ed '*excusatio*' (come pure '*vacatio*') avevano acquisito, nel senso di denotare indifferentemente i modi di esonero dai compiti di interesse pubblico.<sup>206</sup> Tuttavia, rimane un insopprimibile scarto lessicale, del quale – a mio parere – si potrebbe anche tentare di fornire spiegazione, evitando di depotenziarlo.<sup>207</sup> Rientra in gioco la parte finale del §, contenente quella delucidazione apparentemente ridondante, che però potrebbe non essere tale. Infatti, il tenore della frase e il verbo usato (*constituantur*) sono suscettibili pure di un'interpretazione più pregnante, come se il giurista volesse puntualizzare che, trattandosi di *immunitas*, non sarebbe neppure legittima la nomina dei veterani al ruolo di *exactores* (e non solo che a costoro sarebbe consentito di chiedere poi la dispensa): in altre parole, si sarebbe voluto ribadire lo statuto giuridico dell'immunità.

Questo approccio esegetico, del resto, non pare confliggere con la ricostruzione complessiva del frammento, e certo non la vizia di una disomogeneità in grado di riverberarsi poi sul giudizio di attribuzione. Invero, quando si passi a D. 49.18.5.2, si constata che una trama di varietà casistica possa pur conciliarsi con un finale in cui le scelte terminologiche sono abbastanza generiche, e la cui funzione potrebbe essere anche quella di giunzione conclusiva. Anzitutto, vi compare per la prima volta il lemma '*munus*', che aveva solamente costituito lo sfondo teorico per i testi precedenti, senza mai comparirvi espressamente:

<sup>203</sup> Cfr. B. KÜBLER, v. *Munus* cit., 649 s.; G.I. LUZZATTO, v. "*Munera*" cit., 987; G. CRIFÒ, *CTh* 16.2.2 e l'esenzione dei chierici dalla tutela, in AARC 4, Perugia 1981, 718 nt. 32. Sembra agevole adattare a simile visuale passi come (Ulp. 3 *op.*) D. 49.18.2 pr. (vd. il testo *infra*, in nt. 212), in cui si espone un effetto del carattere assoluto dell'*immunitas*: il veterano non perde il beneficio nemmeno se abbia spontaneamente accettato di farsi carico del *munus* (cfr. almeno B. SANTALUCIA, I "*libri opinionum*" cit., I, 121). Sulla distinzione tra i referenti delle due terminologie, cfr. altresì N. CHARBONNEL, *Les "munera publica"* cit., 139 ss.

<sup>204</sup> Totalmente altri erano i criteri discretivi valorizzati da A. D'ORS, *Epigrafia jurídica de la España romana*, Madrid 1953, 154 (seguito da M.L. LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico* cit., 581), per il quale la *vacatio* avrebbe riguardato solo i *munera personalia*, mentre l'*immunitas* quelli patrimoniali, e la *excusatio* sarebbe stata una concessione basata su difetti fisici (E. PENDÓN MELÉNDEZ, *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en derecho romano*, Madrid 2002, 320 nt. 1092, invece, si affida a considerazioni solamente lessicali). Ora, a parte che non sembra lecito tracciare distinzioni così nette, specialmente tra *excusatio* e *vacatio*, si nota che ogni spiegazione di tipo 'esteriore' lascia irrisolto il problema delle ragioni oggettive della distinzione in parola.

<sup>205</sup> L'effetto pratico, chiaramente, sarebbe stato il medesimo, ossia quello di ottenere l'esenzione dall'onere, però giungendovi tramite strade solo convergenti, e non coincidenti: da un lato, l'opposizione a un'attribuzione illegittima, dall'altro, l'avanzamento di una causa di esonero da far valere.

<sup>206</sup> Cfr. espressamente B. SANTALUCIA, I "*libri opinionum*" cit., I, 34 nt. 45. Più in generale, su questa progressiva assimilazione di senso, si veda B. SIRKS, *Munera publica* cit., 102 ss. (con cenni già svolti *supra*, in nt. 88).

<sup>207</sup> Non può avere un peso determinante, ma senza dubbio neppure merita di essere trascurato, il fatto che, nella costruzione della sistematica relativa alle esenzioni, i giustiniani, lavorando sulle notizie ricavate dalle fonti giurisprudenziali antiche, abbiano tenuto separati il titolo «*De vacatione et de excusatione munerum*» (D. 50.5) e quello «*De iure immunitatis*».

come già anticipato, la sua presenza vale a indirizzare ‘retrospettivamente’ il lettore nell’interpretazione dei due compiti descritti in D. 49.18.5 pr.-1. Un simile nesso non ammette di essere infranto, anche in virtù della ripresa dei soggetti destinatari della disciplina esposta, quei ‘*veterani*’ che aprono e chiudono la successione dei passi.<sup>208</sup> All’enuciamento di una loro peculiare facoltà di rimettere un dato incarico pubblico, si aggiunge una causa di immunità preventiva, che viene subito sottoposta a una limitazione di carattere generale, dipendente dall’immissione dell’ex-milite nell’*ordo curialis* cittadino.<sup>209</sup> In secondo luogo, l’impressione globale si mantiene armonica proprio per come è formulata tale fattispecie eccezzuativa, visto che non si scende nel dettaglio dell’eventuale *distinctio* fra *excusatio* e *immunitas*: non si guarda cioè alla natura del privilegio, bensì all’effetto concreto della sua privazione, ossia la necessità di essere tenuto ad adempiere i *munera* richiesti. In questo senso, si deve ritenere che la restrizione sia operativa anche nei confronti delle immunità vere e proprie, e quindi di ogni specie di beneficio di cui si sarebbe goduto rimanendo fuori dalla *curia*.

Per inquadrare la regola è opportuno porla in relazione con due ulteriori testimonianze, che guidano al contempo la fissazione di parametri temporali. Prima di tutto, quella che si staglia come contraltare è riprodotta in (Ulp. 3 *op.*) D. 49.18.2 pr.:<sup>210</sup> l’immunità garantita al veterano non si perde neanche se questi abbia volontariamente accettato un qualche *munus*.<sup>211</sup> Lungi dal generare un’insanabile frizione giuridica, questo dettato si pone nei

<sup>208</sup> Chiudendo in un cerchio anche il § 1, i protagonisti del quale sono solo intuibili: vd. *supra*, nel testo.

<sup>209</sup> Vi sono numerose fonti concorrenti che sanciscono la partecipazione alla *curia* come fattore di perdita della capacità di sottrarsi a tutti i *munera*, per cui altrimenti vi sarebbe stata l’esenzione: le elenca, ad esempio, D. LIEBS, *Ulpiani opinionum libri VI* cit., 281 s. Questo spunto, per inciso, ci fa comprendere come lo *status* di ‘veterano’ non rappresentasse un ostacolo a rivestire cariche pubbliche, ma, di converso, consentisse di astenersene ove lo si preferisse (cfr., ad esempio, C. RICCI, *Soldati* cit., 27). Sull’*ordo decurionum* e i rispettivi vincoli di prestazioni pubbliche cfr. ad esempio, W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung* cit., 188 ss., 237 ss., ma soprattutto la copiosa bibl. citata da I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli sententiae*, Milano 2017, 212 s. nt. 44.

<sup>210</sup> *Honeste sacramento solutis data immunitas etiam in eis civitatibus, apud quas incolae sunt, valet: nec labefactatur, si quis eorum voluntate sua honorem aut munus susceperit*. Il brano è stato incluso nelle critiche penetranti circa la genuinità dell’opera tutta, che più di un autore ha reputato di fattura apocrifia: cfr. almeno F. SCHULZ, *Storia* cit., 324 s. e D. LIEBS, *Ulpiani opinionum libri VI* cit., 279 ss. (poi ID., *Recht und Rechtsliteratur*, in R. HERZOG [herausgegeben von], *Restauration und Erneuerung. Die lateinische Literatur von 284 bis 374 n. Chr.* [Handbuch der lateinischen Literatur der Antike, V], München 1989, 68, ove altra bibl.). Non è qui praticabile un’indagine approfondita sulla questione, ma occorre limitarsi alla fonte: non mi sembra che vi siano elementi sufficienti a escludere che si possa trattare di un principio già presente nella riflessione ulpiana. Anzi, è il suo adattarsi alle altre previsioni contestualmente ricordate che avvalorava almeno la risalenza sostanziale di D. 49.18.2 pr. (per tale conformità cfr., in particolare, B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum»* cit., I, 121 ss.; da ultimo, F. CASTAGNINO, *I diplomata militaria* cit., 12 nt. 27).

<sup>211</sup> Sembra agevole coordinare un simile regime con la visione favorevole al carattere assoluto dell’*immunitas*, già accennata *supra*, nel testo. Sul passo, cfr. almeno A. NEUMANN, v. *veterani* cit., 1603 s.; W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung* cit., 265 (ma senza citarlo); N. CHARBONNEL, *Les “munera publica”* cit., 288 s.; F. MILLAR, *Empire* cit., 85; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale* cit., 131; B. SIRKS, *Munera publica* cit., 96; K. KRÓLCZYK, *Die Rechtsstellung* cit., 98; A. DE FRANCESCO, *Note* cit., 9 (estr.). B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum»* cit., I, 121, 124 s. spiegava che i *veterani* accettanti mantengano comunque il diritto di scusarsi: non sarei sicuro se – quando volessimo configurare l’*immunitas* come un privilegio assoluto – la vicenda si svolgesse davvero in tal modo, o se piuttosto si

confronti di D. 49.18.5.2 nella veste di una regola in rapporto all'eccezione.<sup>212</sup> E tale eccezione è poi riaffermata con autorevolezza da una costituzione di Alessandro Severo (C. 10.44[43].1)<sup>213</sup>, che ribadisce appunto l'incompatibilità tra decurionato e *immunitas*,<sup>214</sup> pur se introducendo a sua volta una sorta di patto di riservarsi quest'ultima.<sup>215</sup> Si osserva, allora, una corrispondenza più che indiziaria tra il frammento in esame e la prescrizione del *princeps*, tale da indurre forse qualche considerazione sul rapporto cronologico, quanto meno di continuità, tra le due notizie:<sup>216</sup> senza ovviamente che si possa asserire nulla di inconfutabile, ancora una volta, sulla paternità del *De cognitionibus*, quanto piuttosto sulla contestualizzazione del materiale, e forse pure sulla sua struttura.

Valorizzando quel legame, infatti, nella ricostruzione forse più ragionevole l'ordine dei §§ dovrebbe essere mantenuto come tale, per fondate ragioni contenutistiche e altrettante stilistiche.<sup>217</sup> Non può determinarsi con sicurezza se la narrazione originale includesse altri segmenti intermedi (magari con ulteriori cause di esonero), ma potremmo liberamente supporre che – nella sommaria elencazione di alcuni principi inerenti la *cognitio extra ordinem* – vi fosse una sequenza del tipo di quella riprodotta nel Digesto. Una sequenza che, al di là della sua esatta riproducibilità, sarebbe stata compatibile nella sostanza con la rifles-

dovesse ritenere inefficace la stessa assunzione dell'incarico. Il passo andrebbe interpretato in quel senso ove – come è, a ogni modo, ammissibile – si giudichi che il suo autore considerasse *immunitas* ed *excusationes* alla stessa stregua (nella medesima maniera che si osserverà, subito *infra*, nel testo, per C. 10.44[43].1): ma ciò non dovrebbe comunque incidere necessariamente sulla lettura di D. 49.18.5.1-2 (che abbiamo visto potersi indirizzare in un senso di maggiore articolazione).

<sup>212</sup> Se è vero che, in generale, nessuna carica toglie il diritto alle immunità che spettano per legge, è altrettanto vero che, nell'unico caso in cui si entri nei consigli cittadini, tale diritto si perda: o meglio, quella è la sola ipotesi in cui la rinuncia implicita al privilegio produce realmente effetti giuridici.

<sup>213</sup> (Imp. Alexander A. Feliciano) *Veterani, qui, cum possent se tueri immunitate his concessa, decuriones se fieri in patria sua maluerunt, redire ad excusationem quam reliquerunt non possunt, nisi certa lege et pacto servandae immunitatis vel partem eius oneris agnoverunt*. Circa le obiezioni critiche sollevate da S. SOLAZZI, *Costituzioni glossate o interpolate nel 'Codex Iustinianus'*, in SDHI 24, 1958, 78 (= *Scritti* cit., VI [1972], 140 s.), si vedano le osservazioni di B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum»* cit., I, 125 s. nt. 129. Il mantenimento degli oneri pubblici pur se onorati del decurionato viene poi ribadito da Diocleziano: cfr. C. 10.44(43).2.

<sup>214</sup> Qui – rispetto ai D. 49.18.5 pr.-2 e D. 49.18.2 pr., per i quali è discutibile se l'*excusatio* e l'*immunitas* fossero ormai sostanzialmente giudicate come intercambiabili (vd. risp. *supra*, nel testo) – appare invece evidente che l'imperatore non percepisca alcuna distinzione di regime tra le due denominazioni, che vengono impiegate in maniera perfettamente fungibile.

<sup>215</sup> Cfr., in generale, A. NEUMANN, v. *veterani* cit., 1603; B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum»* cit., I, 125 ss.; W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung* cit., 265; F. MILLAR, *Empire* cit., 85 s.; B. SIRKS, *Munera publica* cit., 96; A. DE FRANCESCO, *Note* cit., 9 (estr.). M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale* cit., 130 s., oltre a rendere in maniera non troppo limpida la disposizione, assumeva che si trattasse di una restrizione allo spettro delle immunità originariamente concesse da Settimio Severo, e poi ampliate da Caracalla. Infatti, l'unico modo ragionevole per intendere tale notazione porterebbe a sostenere che questi due imperatori avessero concesso in maniera indiscriminata ai *curiales* di astenersi dai *munera*, mentre Alessandro Severo avrebbe concesso il preventivo patto di riserva: ciò è chiaramente in contrasto con la posizione assai vincolata degli eletti nell'*ordo* (vd. almeno *supra*, nt. 213).

<sup>216</sup> Sul punto vd. comunque § 9.

<sup>217</sup> Come la successione dei due «*Sed*» in *incipit* del § 1 e del § 2, che valgono a segnare una diversa forma di connessione: nel primo caso un'aggiunta di disciplina («non solo ma anche»), nel secondo una reale antitesi («al contrario»).

sione di un giurista severiano, quale il «*Paulus*» indicato nell'*inscriptio*. Semmai, è la trama del *De cognitionibus* ad accogliere elementi di complessità – come, del resto, ci si aspetterebbe da una simile titolazione – virando verso tematiche ‘periferiche’ rispetto a quelle incrociate dagli altri frammenti sinora esaminati: eguale tendenza si riscontra anche negli ultimi due.

## 7. UNA DEFINIZIONE PER I CITTADINI DEI *MUNICIPIA*: D. 50.16.228.

Tali testi sono riprodotti nel libro L del Digesto e, dal punto di vista tematico, non sembrano intercettare direttamente gli istituti tutelari; inoltre, il primo di essi, D. 50.16.228, può essere ricondotto alla tematica delle *cognitiones* solo grazie a un certo sforzo interpretativo, visto che si limita a poche parole:

*'Municipes' intellegendi sunt et qui in eodem municipio nati sunt.*

Si tratta di un frammento così essenziale nella forma, che non sorprende il silenzio della critica testuale in merito: in effetti, la concisione si adatta perfettamente alla natura del suo dettato, da sempre ricondotta a un'attività definitoria.<sup>218</sup> Il contenuto, in effetti, pare esprimere in modo chiaro il significato del termine '*municipes*';<sup>219</sup> tuttavia, analizzando con più attenzione la breve spiegazione fornita, si potrebbe non essere pienamente soddisfatti di un inquadramento così generico.

Anzitutto, quella 'definizione' si costruisce intorno a una particolare e isolata caratteristica del *definiendum*:<sup>220</sup> la nascita nel *municipium* diviene requisito essenziale per affermare la formale appartenenza allo stesso, perlomeno per taluni soggetti la cui posizione sarebbe in discussione. Infatti, la presenza di «*et*» – dovendosi rifiutare l'ipotesi di un'interpolazione<sup>221</sup> – ci lascia immaginare come lo *status* in esame non si fondasse solo sulla co-

<sup>218</sup> Non a caso il brano, estrapolato dal suo contesto, è stato poi ricollocato dai commissari di Giustiniano nel titolo D. 50.16, che contiene, accogliendole sotto la vasta nozione di '*significatio*', una serie di operazioni logiche e linguistiche di tipo assai composito: lo segnalava, ad esempio, M. MARRONE, *Osservazioni su D. 50.16*, in AUPA 45.2, 1998, 43 ss., spec. 48 ss. (= *Scritti giuridici* [a cura di G. Falcone], I, Palermo 2003, 511 ss., spec. 516 ss.). Questione ben diversa è quella della coerenza di una *definitio* rispetto a un'opera quale il *De cognitionibus*: questione sulla quale le nostre scarse cognizioni consentono di ragionare soltanto in via astratta. In sostanza, è questa l'unica formulazione di tal genere che si incontra per il nostro titolo: troppo poco per indurne un impiego più generalizzato. Tuttavia, argomentando sulla scorta della probabile fattura tardoantica del *liber* (vd. § 9), si constaterrebbe facilmente che la concisione e la finalità didascalica delle definizioni sarebbero venute assai bene incontro alle esigenze di comprensione chiara e immediata delle nozioni giuridiche maneggiate, da parte di fruitori orientati massimamente sulla pratica del diritto (*a fortiori*, naturalmente, laddove quelle definizioni venissero tratte dalla letteratura giurisprudenziale del principato, e non coniate *ad hoc*).

<sup>219</sup> Hanno letto il testo G.I. LUZZATTO, *In tema di origine nel processo 'extra ordinem' (Lineamenti critici e ricostruttivi)*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano 1971, 752 nt. 244; M. MARRONE, *Le significaciones di D. 50.16 («De verborum significaciones»)*, in SDHI 60, 1994, 591 (= *Scritti giuridici* cit., I, 537); M. HUMBERT, *Municeps et Municipium: définition et histoire*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a cura di), *Gli Statuti Municipali* cit., 25 nt. 40; S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 113 nt. 5.

<sup>220</sup> La includeva tra le definizioni «intensionali» M. MARRONE, *Le significaciones* cit., 591.

<sup>221</sup> Perlomeno di mano giustiniana: non avrebbe avuto senso inserirlo poiché non v'era alcun discorso da continuare, nella successione disarticolata dei passi di D. 50.16.

mune provenienza, ma vi fossero altre e preminenti circostanze produttive del medesimo effetto. In altri termini, sembra doversi concretamente dubitare della completezza dell'operazione definitoria,<sup>222</sup> ossia dell'idoneità a inquadrare la categoria dei *municipes* escludendo tutti coloro che non ne sono membri.<sup>223</sup> Risulta perciò opportuno separare il profilo della sostanza e della capienza della sottesa concezione di '*municipes*', rispetto a quello inerente la ricostruzione del contesto originario del passo. Per quanto concerne il primo, sarebbe arduo porre in dubbio – proprio in forza dell'«*et*» in accezione cumulativa – che la nozione implicitamente considerata fosse più ampia di quella esposta, e che ne percepiamo evidentemente solo una faccia:<sup>224</sup> di ciò si può trovare agile conferma nella letteratura giurisprudenziale precedente.

In effetti, quel lemma era stato sottoposto a una discreta varietà di interpretazioni,<sup>225</sup> per quanto parzialmente sovrapponibili, che ne avevano evidenziato i tratti identificativi in modo più esauriente e senz'altro più perspicuo: viene alla mente subito la versione di Festo (*de verb. sign.* 126 L.),<sup>226</sup> che richiamava le *auctoritates* di Elio Gallo e Servio Sulpicio.<sup>227</sup> Guardando alla nascita *in loco*, in effetti, il primo giurista aveva offerto una soluzione mol-

<sup>222</sup> In una prospettiva logica moderna, a quella definizione difetterebbe il carattere della precisione e della chiarezza, risultando quanto meno vaga. Non credo, invece, che in questo caso si potrebbe rilevare anche un rischio di circolarità della *definitio*, pur avendo il *definiens* attinenza linguistica col *definiendum*, poiché si tratta di nozioni giuridiche diverse ('*municipes*' e '*municipium*'), la cui dipendenza semantica non impedisce che una venga individuata in funzione dell'altra. Cfr., in merito a simili nozioni, L. LANTELLA, E. STOLFI, M. DEGANELLO, *Operazioni elementari di discorso giuridico*, rist. Torino 2007, 79 ss.

<sup>223</sup> In questo, naturalmente, ci si scontra con i limiti di ciò che possa effettivamente esigersi – in termini di chiarezza, completezza, precisione ed esaustività – dalle 'definizioni' dei *prudentes*: riflettevo sul punto, in relazione a uno specifico esempio, in G. COSSA, *Per uno studio cit.*, 446 s. nt. 316. Il tema è, comunque, troppo ampio perché possa farvisi qui più che un cenno.

<sup>224</sup> Cfr. M. MARRONE, *Le significationes cit.*, 591, ma vd. *infra*, nt. 239 per taluni rilievi su tale impostazione.

<sup>225</sup> Così da spingere Gellio a scrivere (*noct. Att.* 16.13.1): '*Municipes*' et '*municipia*' verba sunt dictu facilia et usu obvia, et neutiquam reperias, qui haec dicit, quin scire se plane putet, quid dicat. Sed profecto aliud est, atque aliter dicitur.

<sup>226</sup> In realtà, quella definizione doveva esser stata tratta da Verrio Flacco e dal suo *De verborum significatu*, di cui l'opera festina – come noto – era verosimilmente il compendio. Su questo rapporto tra scrittura, in relazione al lemma in esame, cfr. G. MANCINI, *Cives Romani municipes Latini*, I, Milano 1996, 99 ss. (ulteriori considerazioni su quella riflessione in tema di *municipes* si leggono già in F. GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano. Teoria e prassi dell'organizzazione municipale*, Napoli 1972, 120 ss. e M. HUMBERT, *Municipium et civitas sine suffragio. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale*, Roma 1978, 3 ss.). Più in generale, per l'opera si veda almeno F. BONA, *Contributo allo studio della composizione del «de verborum significatu» di Verrio Flacco*, Milano 1964, 1 ss.

<sup>227</sup> *Municipes est, ut ait Aelius Gallus, qui in municipio liber natus est. Item qui ex alio genere hominum munus functus est. Item qui in municipio ex servitute se liberavit a municipe. At Servius filius aiebat initio fuisse, qui ea conditione cives fuissent, ut semper rempublicam separatim a populo Romano haberent, Cumanos, Acerranos, Atellanos, qui aequae <cives Romani erant et in legione merebant, sed dignitates non capiebant>* (ed. LINDSAY). È palese come non si ricavi, comunque, «una definizione unitaria del vocabolo considerato, bensì si accumulino caratterizzazioni o descrizioni diverse non soltanto quanto a contenuto, ma anche in rapporto all'angolo visuale da cui ci si pone» (così M. TALAMANCA, *Aulo Gellio ed i 'municipes'. Per un'esegesi di 'noctes Atticae' 16.13*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA [a cura di], *Gli Statuti Municipali cit.*, 490; cfr., in senso analogo, già ID., *Particolarismo normativo ed unità della cultura giuridica nell'esperienza romana*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto [Torino, 19-21 Novembre 1998]*, Roma 2001, 53).



to vicina a quella di D. 50.16.228 e, al contempo, l'aveva dotata di maggiore puntualità, integrandola cioè con altre cause di acquisto dello *status* in parola; di seguito, l'opzione di Servio si affidava piuttosto a criteri difformi, incentrati sui rapporti che legavano l'individuo alla sua comunità e, per altra via, all'ordinamento di Roma.<sup>228</sup>

D'altronde, anche la scienza giuridica di età severiana si era applicata a una delimitazione del concetto in esame, con approcci ed esiti distinti, come testimonia (Ulp. 2 *ad ed.*) D. 50.1.1 pr.-1.<sup>229</sup> La fonte si segnala per un tentativo, volto a congiungere le ragioni in virtù delle quali si diveniva *municipes* – nascita, liberazione o adozione – con una prospettiva diacronica, che muoveva dall'etimologia – connessa alla *capio* dei *munera*, sulla scia di una tradizione consolidata<sup>230</sup> – per arrivare alla constatazione dell'offuscamento, ai suoi

<sup>228</sup> Il primo giurista avrebbe chiamato in causa la nascita nel municipio come uomo libero, affiancandovi il legittimo affrancamento da parte di chi già avesse quella qualifica, nonché ogni altra forma di acquisto attraverso l'esercizio di funzioni proprie del *municipes*. Il secondo, invece, guardava alla concorrenza dei due elementi – solo esteriormente incompatibili – della cittadinanza romana e della conservazione di un ordinamento costituzionale proprio, separato rispetto alla *res publica* dei *cives*. Il dato unificante è quindi offerto dalla stretta connessione tra il soggetto e la sua comunità di riferimento. Non essendo però questa la sede per addentrarsi nelle ricadute istituzionali di ciò, si rinvia (anche sui rapporti con la versione epitomata da Paolo Diacono) alle limpide notazioni di M. HUMBERT, *Municipes* cit., 3 ss. (in precedenza, sul testo cfr. ID., *Municipium* cit., 3 ss., poi G. MANCINI, *Cives Romani* cit., I, spec. 104 ss., e M. TALAMANCA, *Aulo Gellio* cit., spec. 489 ss.). Per inciso, la vicenda della concessione della *civitas* agli abitanti dei *municipia*, e dei suoi eventuali limiti intrinseci, è alquanto dibattuta, come testimoniano le prese di posizione espresse a partire da T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1, Lipsiae 1887<sup>3</sup>, 231 s.: cfr., in termini generali, almeno T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano*, Napoli 1996, 62 ss. e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli 2007, spec. 142 ss.

<sup>229</sup> *Municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio. [1] Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitatem, ut munera nobiscum facerent: sed nunc abusive municipes dicimus suae cuiusque civitatis cives, ut puta Campanos, Puteolanos.* Cfr. J. PINSENT, *The Original Meaning of Municipis*, in CQ n.s. 4, 1954, 161; ID., *Municipes, II*, in CQ n.s. 7, 1957, 89 ss.; U. LAFFI, *La definizione di municipium in Paolo-Festo (155 L.)*, in Athenaeum n.s. 63, 1985, 131 ss. (= *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001, 137 ss.); G. MANCINI, *Cives Romani* cit., I, 105 ss.; Y. THOMAS, «Origine» cit., 97 e nt. 36; M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo* cit., 76 ss.; O. LICANDRO, *Domicilium habere* cit., 250 s.; E. FILIPPI, *Droit privé et autonomie juridique des municipes de cives sine suffragio soumis à la juridiction des praefecti iure dicundo*, RD 83, 2005, 533 ss.; L. GAGLIARDI, *Mobilità* cit., I, 388, 399 s.; M. HUMBERT, *Municipes* cit., 23 ss.; M.L. LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico* cit., 411 s.

<sup>230</sup> Era stato Aulo Gellio (*noct. Att.* 16.13.6) a porre in evidenza questa relazione etimologica, che si rifletteva nella previsione della *participatio muneris* quale possibile requisito della qualifica: *Municipes ergo sunt cives Romani ex municipiis legibus suis et suo iure utentes, muneris tantum cum populo Romano honorari participes, a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus est.* Si tratta, evidentemente, di un ulteriore sforzo definitorio incentrato su una *qualitas*, in cui è inserita anche una notazione etimologica, sforzo che però non sembra perfettamente riuscito: per i molteplici profili di complessità del brano, infatti, si veda almeno M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo* cit., 45 ss. e ID., *Aulo Gellio* cit., 443 ss., spec. 489 ss. per la *definitio* di Gellio (cfr. F. GRELLE, *L'autonomia cittadina* cit., 66 ss., 117 ss., 142 ss. e M. HUMBERT, *Municipium* cit., 9 ss.). A chiarire l'origine della parola, inoltre, contribuiva probabilmente anche la spiegazione di Varrone (*de ling. Lat.* 5.179: *Et munus quod mutuo animo qui sunt dant officii causa; alterum munus, quod muniendi causa imperatum, a quo etiam municipes, qui una munus fungi debent, dicti*): cfr., in sintesi, L. CECI, *Le etimologie dei giuristi romani raccolte ed illustrate*, Torino 1892, 86 s.; E. KORNEMANN, v. *Municipium*, in RE 16.1, Stuttgart 1933, 573; E. MANNI, *Per la storia dei municipi-*

tempi, dei contorni della qualifica.<sup>231</sup> È l'indizio dell'ormai avvenuto ampliamento della nostra nozione e dell'affievolimento della sua rigidità, favorita dalla progressiva assimilazione delle varie forme di organizzazione cittadina.<sup>232</sup> Ma proprio tale rilievo ulpiano presenta punti di contatto con quanto si evince dal frammento del *De cognitionibus*: la provenienza dal medesimo nucleo amministrativo emerge come una delle tante possibili strade per ottenere quell'inquadramento soggettivo.

E lo stesso Paolo si esercitava altrove in un'operazione analoga quando, alle prese con la definizione di *'munus'*,<sup>233</sup> mostrava di accettare l'uso etimologico corrente per *'municipes'*: quello fondato sul *'munera capere'* di (9 ad ed.) D. 50.16.18.<sup>234</sup> Si tratta, però, di una notazione che, a prima vista, soccorre ben poco in relazione a D. 50.16.228, poiché concerne aspetti del tutto differenti. Pertanto, pur nei limiti di una dicitura essenziale, il frammento qui esaminato parrebbe presentare maggiori affinità con la prospettiva di Ulpiano. La molteplicità di cause di acquisto che entrambi i testi implicano, benché non sia – come visto – una novità di età severiana, sembra rendere plausibile una riflessione coeva,<sup>235</sup> che mostra una continuità ideale ancor più rispetto alla parte conclusiva di

*pii fino alla guerra sociale*, Roma 1947, 12 ss.; E. SCHÖNBAUER, *Munizipien und Doppelbürgerschaft im Römerreiche*, in Iura 1, 1950, 124 ss.; J. PINSENT, *The Original Meaning* cit., spec. 161 ss.; M. HUMBERT, *op. cit.*, 271 ss.

<sup>231</sup> Cfr., per tutti, G. MANCINI, *Cives Romani* cit., I, 105 ss.; M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo* cit., 76 ss. (secondo il quale non vi sarebbe però un giudizio negativo da parte di Ulpiano, dovendosi intendere in senso 'debole' l'avverbio «abusivo»); M. HUMBERT, *Municeps* cit., 23 ss. (che valorizza invece il carattere 'improprio' dell'uso metaforico ormai invalso al principio del III sec. d.C.).

<sup>232</sup> Quello di Ulpiano appare il giudizio di sintesi su un mutamento già consolidato, le cui premesse più risalenti si collocano probabilmente nelle vicende della 'municipalizzazione' dell'Italia sul volgere della repubblica (cfr., in sintesi, U. LAFFI, *L'Italia romana: città e strutture amministrative*, in P.A. BRUNT, M. CLAVEL-LÉVÊQUE, G. CLEMENTE, J. KOLENDO, U. LAFFI, A. LA PENNA, E. LEPORE, C. NICOLET, M. TORELLI, G. VALERA, Z. YAVETZ, *La tarda repubblica e il principato* [Storia della società italiana, II], Milano 1983, 191 ss.). Ormai, la qualità di cittadino municipale sembrerebbe potersi attribuire anche ai membri delle *coloniae*, essendosi appannata la distinzione tra le due entità amministrative. In merito a tale percorso si può rinviare a E. KORNEMANN, v. *Municipium* cit., spec. 587 ss.; D. NÖRR, *Origo. Studien zur Orts-, Stadt- und Reichszugehörigkeit in der Antike*, in RHD 31, 1963, 551 ss. [= *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften*, I (herausgegeben von T.J. Chiusi, W. Kaiser, H.-D. Spengler), Goldbach 2003, 333 ss.]; M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo* cit., 76 ss., spec. 88 ss. sulla terminologia inclusiva (e indistinta) impiegata nelle fonti; M. HUMBERT, *Municeps* cit., spec. 19 ss. Anche questa constatazione dovrà allora esser posta in relazione con la puntualizzazione attribuita a Paolo.

<sup>233</sup> Concetto sul quale si veda la letteratura indicata *supra*, in nt. 182.

<sup>234</sup> *'Munus' tribus modis dicitur: uno donum, et inde munera dici dari mittive: altero onus, quod cum remittatur, vacationem militiae munerisque praestat inde immunitatem appellari. Tertio officium, unde munera militaria et quosdam milites munificos vocari: igitur municipes dici, quod munera civilia capiant.* Singolare, peraltro, la costruzione tripartita che sfocia in tre etimologie (non sembra avvedersene U. BABUSIAUX, *Funktionen der Etymologie in der juristischen Literatur*, in *Fundamina* 20, 2014, 52 nt. 82). Cfr., per ciò che qui rileva, L. CECI, *Le etimologie* cit., 152; E. MANNI, *Per la storia* cit., 13; J. PINSENT, *The Original Meaning* cit., 159 e 161; F. GRELLE, *«Munus publicum»* cit., 324; M. HUMBERT, *Municipium* cit., 274; M. MARRONE, *Le significationes* cit., 584 (e 592 s. nt. 49); F. PULITANÒ, *Quid enim municipes dolo facere possunt? Illicito del singolo e responsabilità collettiva nel diritto romano*, Milano 2018, 37; F. MATTIOLI, *Commento*, in G. LUCHETTI, M. BEGGIATO, S. DI MARIA, F. MATTIOLI, E. PEZZATO, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus, Ad edictum libri IV-XVI*, Roma-Bristol 2022, 156 s.

<sup>235</sup> Rimane qui in secondo piano ogni valutazione circa il rapporto con la *Constitutio Antoniniana*, per le difficoltà di datare il *De cognitionibus* (vd. § 9), mentre lo stesso vale per i primi libri dell'*Ad edictum*,

D. 50.1.1.1. Se, al tempo di Ulpiano, a fare i *municipes* non è più unicamente la connessione con l'entità amministrativa di un *municipium*,<sup>236</sup> Paolo avrebbe buon gioco a ribadire che «anche chi nasce nel medesimo municipio» è però comunque da considerarsi suo membro formale.<sup>237</sup> Tuttavia, nell'inciso contenuto in D. 50.16.18 potrebbe essere individuata la sintesi dell'elaborazione paolina in argomento, che rappresenta il presupposto sulla cui base si sarebbe potuto formulare anche l'enunciato di D. 50.16.228: è cioè coerente leggerli in correlazione. Il nucleo sostanziale dell'essere '*municipes*' risiede nel *munera capere*, al di là della mera provenienza dal quel centro urbano: poi, è evidente che anche coloro che nascono in un dato municipio possono essere annoverati formalmente tra i suoi componenti. E quindi il nostro autore compie senza dubbio un'operazione di tipo 'interpretativo',<sup>238</sup> in virtù del verbo impiegato e dell'«*et*»:<sup>239</sup> en-

scritti verosimilmente tra la correggenza di Settimio Severo e Caracalla e il regno individuale del secondo (cfr. A.L. DE PETRIS, *La cronologia dei libri ad edictum*, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus cit.*, 27 ss., 36). Se per D. 50.16.228, come per altri passi ricondotti al *μονόβιβλος*, si dovesse indicare un periodo posteriore alla morte di Caracalla, si rafforzerebbe l'idea di una realtà urbana provinciale in cui si era solidificata, tramite la concessione a tutti (gli abitanti entro i confini dell'impero) della cittadinanza romana, l'attenuazione delle etichette di appartenenza alle diverse entità provinciali, mentre si confluiva verso una *patria* unica: così, ad esempio, M.P. BACCARI, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino, 1996, 83; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città cit.*, 97 ss.; F. CUENA BOY, *Nuevos significados de origo en las fuentes legislativas postclásicas*, in RGDR 10, 2008, 2 s. (= C. ARRANZ DE ANDRÉS, M. SERNA VALLEJO [coordinadores], *Estudios de Derecho español y europeo. Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Santander 2009, 228 s.); V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.)*. Una sintesi, Torino 2009, 91 ss.; C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius Philosophia Religio*, Napoli 2013, spec. 50 ss., 79 ss.

<sup>236</sup> Condivisibili le conclusioni di M. HUMBERT, *Municeps cit.*, 25, che discendono dalla constatazione di uno scollamento ormai perfezionato tra *municipes* e *civitas Romana*: «le *municipes* n'est plus lié au *municipium*. Le mot *municipes* s'applique désormais à l'habitant fixe rattaché à n'importe quel centre». I riferimenti a Capua e Pozzuoli sono in tal senso esemplari, in quanto *coloniae*, ma si potrebbe anche continuare con le località citate in D. 50.1.1.2: *Qui ex duobus igitur Campanis patentibus natus est, Campanus est. Sed si ex patre Campano, matre Puteolana, aequae municeps Campanus est, nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur: tunc enim maternae originis erit municeps. Ut puta Iliensibus concessum est, ut qui matre Iliensi est, sit eorum municeps. Etiam Delphis hoc idem tributum et conservatum est*. Cfr. altresì D. NÖRR, *Origo cit.*, 555 s.; G. LONGO, *Per l'interpretazione del fr. 24 D 1. 5*, in Iura 18, 1967, 22 ss.; Y. THOMAS, «*Origine*» cit., 60, 96; M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo cit.*, 76 ss.; L. GAGLIARDI, *Mobilità cit.*, I, 389 e nt. 160; G. VIARENGO, *Studi cit.*, 98 nt. 132; M.L. LÓPEZ HUGUET, *Limitaciones a la libertad domiciliaria en derecho romano*, Madrid 2016, 417; S. PULLATTI, *Callistratus cit.*, 6 e nt. 11.

<sup>237</sup> Il riferimento ai *munera*, quindi, sia in Ulpiano (D. 50.1.1.1) che in Paolo (D. 50.16.18) si dovrebbe intendere in modo ugualmente svincolato dalla cittadinanza romana: «Le sens de ces *munera* s'est complètement transformé: il s'agit désormais de la contribution collective à une administration de type communal et décentralisé» (M. HUMBERT, *Municeps cit.*, 25).

<sup>238</sup> In realtà – seguendo per comodità la sintesi delle tipologie definitorie operata da L. LANTELLA, E. STOLFI, M. DEGANELLO, *Operazioni elementari*, 73 ss. –, si dovrebbe piuttosto guardare a una *definitio* «mista» o «polifunzionale», poiché allo scopo di esplicitare il valore di un significante, si affianca quello di offrire una qualificazione (in questo caso giuridica).

<sup>239</sup> Circa l'accezione di «*intellegendi*» non possono esservi esitazioni; quanto a «*et*» non è invece scontato aderire all'idea di un'interpretazione necessariamente estensiva di «*municipes*» (idea propria, ad esempio, di M. MARRONE, *Le significationes cit.*, 591 nt. 43), come se fosse lo stesso Paolo a suggerire che i nati nel medesimo *municipium* potessero dirsi tali. Abbiamo infatti riscontrato che quella valenza lata era

trambi denotano la volontà di chiarire lo spettro semantico del lemma.<sup>240</sup>

Stabilita comunque la congruenza con il quadro delle realtà cittadine del III secolo,<sup>241</sup> e anche con altre tracce di pensiero paolino,<sup>242</sup> rimane da chiarire quale potesse essere l'occasione per addivenire alla definizione ritagliata in D. 50.16.228 nell'ambito di un lavoro sulla *cognitio extraordinaria*. La trattazione degli istituti municipali, invero, non è estranea all'opera che si pone quale paradigma del genere, ossia l'omologa monografia di Callistrato, il quale vi si impegnava con particolare attenzione a *honores* e *munera*.<sup>243</sup> Ne discende, allora, una certa vicinanza ad altri testi excerpti dal *De cognitionibus* di Paolo, e in particolare modo quelli sulle *excusationes*.<sup>244</sup> L'ipotesi più probabile è, insomma, che la qualificazione dei nati '*in eodem municipio*' si fosse resa necessaria come derivazione, ancora una

ormai entrata nell'uso da tempo, tanto che alla congiunzione dovrebbe attribuirsi piuttosto il valore di un'enumerazione.

<sup>240</sup> Non sarebbe prudente sostenere, poi, che la determinazione paolina intendesse perseguire un obiettivo specifico, ossia individuare coloro che erano tenuti ai *munera* locali, così che la categoria servirebbe a isolarli ai fini del regime processuale (vd. anche *infra*, nt. 245). In tal modo la interpreta, in sede di commento a un diverso frammento (D. 50.1.22.2), L. GAGLIARDI, *Mobilità* cit., I, 465 ss.: vd. meglio *infra*, nt. 242. In termini generali, però, credo si possa rifiutare una simile variante semantica, che non ricorre in alcuna altra testimonianza antica (cfr. v. *municeps*, TLL 8, Lipsiae 1966, 1645 ss.), ma rappresenta solo l'etimologia del vocabolo; di converso, le molteplici *definitiones* qui ripercorse ci spingono a non allontanarci dall'accezione da esse enucleata. Con riguardo a D. 50.16.228, poi, non avrebbe avuto un gran peso affermare che i nati in un *municipium* erano obbligati ai rispettivi oneri, visto che questi ultimi dipendevano anzitutto dallo *status* soggettivo di '*municipes*' (e magari, in caso di trasferimento di domicilio si sarebbero dovuti nei confronti di una città diversa da quella natale): molto più decisivo sarebbe stato dunque riferirsi proprio a tale *status*.

<sup>241</sup> E, implicitamente, anche la difficoltà di conciliarsi con un periodo più avanzato, in cui il concetto continuava a seguire un suo percorso che lo avrebbe portato, ad esempio, a essere assimilato a quello di '*curiales*' in CTh. 12.1.4 (di Costantino, del 317 d.C.: cfr. almeno D. NÖRR, *Origo* cit., 556 nt. 146 e F. CUENA BOY, *Nuevos significados* cit., 12 [e nt. 71, ove bibl.]).

<sup>242</sup> Si prenda, ancora, in esame (1 *sent.*) D. 50.1.22.2 (= PS. 1.1a.4): *Municipes sunt liberti et in eo loco, ubi ipsi domicilium sua voluntate tulerunt, nec aliquod ex hoc origini patroni faciunt praeiudicium et utrobique muneribus adstringuntur*. La pronuncia sembra inconferente con quella di D. 50.16.228, ma, invero, ritengo che essa dimostri come Paolo non fosse nuovo ad approcci al tema dei *municipes* che – nella logica di un discorso di tipo casistico, come quello delle *Sententiae* – ne mettessero in luce solo determinati profili. Da D. 50.1.22.2, infatti, si trae un'ulteriore causa di attribuzione della posizione in esame, ossia la *libertinitas* (connessa all'elezione di un domicilio). Il testo, pertanto, ci aiuta a completare un mosaico perfettamente integrato con quanto ci testimonia, in un'unica occasione, Ulpiano. Sul presente passo cfr. anche O. LICANDRO, *Domicilium* cit., 355 s.; E. TODISCO, *L'immigrato* cit., 138; M.L. LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico* cit., 415 nt. 835. Non mi sembra, invece, obbligatorio seguire la ricostruzione di L. GAGLIARDI, *Mobilità* cit., I, 465 s., secondo cui «*municipes*» nel testo non avrebbe valenza tecnico-giuridica ma si riferirebbe al significato etimologico di «coloro che devono compiere i *munera*» (e quindi i liberti trasferiti sarebbero rimasti *incolae*), se non altro perché proprio la *muneris participatio* restava ancora causa di adesione al *municipium*: oltre a quanto segnalato in nt. prec., qui Paolo potrebbe non aver preso di mira il diretto collegamento tra il trasferimento di *domicilium* e la qualifica di '*municeps*', bensì semplicemente l'idea che lo schiavo liberato potesse acquistare la medesima qualifica in un luogo diverso da quello in cui era stabilito il *patronus*.

<sup>243</sup> Si veda la sezione «*De honoribus sive muneribus gerendis*» individuata da O. LENEL, *Palingenesia* cit., II, 82 ss., su cui cfr. almeno R. BONINI, I "*libri de cognitionibus*" cit., 38 ss. Circa il rapporto tra i due concetti, cfr. per tutti, F. GRELLE, «*Munus publicum*» cit., 308 ss.

<sup>244</sup> Vd. §§ 2, 5 e 6.

volta, dall'esigenza di individuare cariche, oneri municipali e corrispondenti esenzioni.<sup>245</sup> Si torna, dunque, a percepire 'in filigrana' una qualche rete di relazioni sostanziali non solo tra i vari frammenti accomunati dalla medesima *inscriptio* digestuale, ma anche tra D. 50.16.228 e quest'ultima. A esse – come anticipato – si perviene solo all'esito di un'analisi esegetica che supera l'iniziale impedimento costituito dalla fisionomia 'condensata' del brano mentre Paolo può senza dubbio esser stato l'autore di questo passaggio definitorio, non è affatto escluso che se ne sia servito nel contesto di una trattazione sugli oneri municipali (e forse sulle connesse procedure giudiziali).

#### 8. COMPUTO DEL TEMPO E TERMINI DI COMPARIZIONE IN GIUDIZIO: D. 50.17.101.

Il settimo frammento da prendere in esame proviene ancora dal libro L del Digesto, benché il titolo sia quello sulle *diversae regulae iuris antiqui*: in esso i compilatori ebbero l'intuizione di ricollocarlo sulla base di un'operazione sicuramente lineare entro il coevo scenario giuridico, e tuttavia suscettibile di marcare una certa distanza rispetto alle posizioni della giurisprudenza del principato. La continuità rispetto a queste ultime si rivela, infatti, solo apparente: la natura di 'regola' giuridica della dottrina attribuita a Paolo, infatti, non è così eclatante in relazione all'epoca di composizione del passo, ma può ricavarsi solo in via ermeneutica. È necessario premettere, però, che una simile indagine ottiene un pieno svolgimento in altro studio di prossima pubblicazione,<sup>246</sup> e viene perciò qui trasposta solo nei suoi tratti essenziali e negli approdi ricostruttivi più attinenti alla restituzione del *De cognitionibus*.

Le parole attribuite a Paolo sono, dunque, le seguenti:

*Ubi lex duorum mensum fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audientus est: ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.*

Sorvolando su alcune proposte di interpolazione tutt'altro che convincenti,<sup>247</sup> si può accogliere il testo nel suo significato più immediato: la determinazione della modalità di computo di un termine di comparizione in giudizio fissato in due mesi. In base all'interpretazione giurisprudenziale, alla quale non manca nemmeno l'apporto autoritativo costituito da una convergente decisione imperiale, quel lasso di tempo deve essere inteso come

<sup>245</sup> Sembra questa l'idea di G.I. LUZZATTO, *In tema cit.*, 752 nt. 244. In realtà, non si può esserne del tutto certi, potendo immaginare, ad esempio, che la fissazione della qualifica municipale servisse a distinguere coloro che fossero soggetti alla giurisdizione straordinaria, in dipendenza dello svolgimento di funzioni pubbliche (sui limiti di prudenza imposti a una simile lettura, però, vd. *supra*, nt. 240). Molto più labile, pur se astrattamente plausibile, sarebbe poi la ricostruzione basata sulla suggestione proposta da G. DONATUTI, *Due questioni relative al computo del tempo*, in BIDR 69, 1966, 167 (= *Studi di diritto romano*, II [a cura di R. Reggi], Milano 1977, 965), secondo cui il *liber singularis* parlasse direttamente dei magistrati municipali, poiché in D. 49.18.5 si accennava ai veterani che erano passati tra i *decuriones*. Allo stesso modo, si affiderebbe al legame evanescente tra D. 50.16.228 e D. 50.16.18, richiamando la menzione dei *municipes* nell'*Ad edictum*, come se si trattasse di individuare processi in cui intervenissero abitanti dei municipi.

<sup>246</sup> Mi riferisco a G. COSSA, *Quanto dura un mese? Dies a quo e dialettica tra principe e giuristi*, destinato agli *Scritti in onore di Letizia Vacca*, a cui si rinvia per l'approfondimento di ogni punto di seguito toccato.

<sup>247</sup> Cfr. almeno E. LEVY, E. RABEL, *Index cit.*, III (1935), 596.

comprensivo anche del sessantunesimo giorno: chi si presenti in quel limite, insomma, va regolarmente ammesso e ascoltato, in quanto pienamente rispettoso del *dies*.<sup>248</sup>

La soluzione vede intrecciarsi due versanti delle problematiche relative ai termini giudiziali, che in teoria dovrebbero godere di un apprezzamento autonomo: da un lato, la durata del mese a fini legali e, dall'altro, il calcolo del *dies a quo*. Rispetto a entrambi, comunque, D. 50.17.101 sembra proporre una lettura dissonante dalle impostazioni correnti all'epoca.

Quanto al primo corno, è chiaro che il termine accettato avrebbe incluso un giorno ulteriore rispetto all'effettiva scadenza, ove i mesi fossero stati calcolati nella misura standard di trenta giorni: una misura che in altre testimonianze paoline, ad esempio, è rispettata.<sup>249</sup> Tra le varie possibili spiegazioni della peculiare presa di posizione,<sup>250</sup> mi pare preferibile pensare a una scelta con valore puntuale, ossia riferibile a una precisa ipotesi, di cui ci sfuggono contesto e contorni. In alcuni casi, cioè, sarebbe forse stato possibile, o meglio ancora consigliabile, derogare all'equiparazione tra l'unità '*mensis*' e i trenta giorni: perché i mesi coinvolti, ad esempio, ne contavano trentuno. Ed è ciò di cui il nostro frammento offrirebbe allora testimonianza, prospettando un criterio empirico operante in determinate circostanze: anzi, proprio il fatto che non i giorni non siano sessantadue, come se il mese dovesse sempre considerarsi di lunghezza maggiore, ci orienta verso un atteggiamento aderente alla dinamica del *casus* di applicazione.

Ora, sul modo di intendere i *duo menses* influisce, parimenti, anche l'altra questione – quella relativa al momento esatto da cui far partire il decorso del tempo –, tanto che in effetti potrebbe risultare complicato disgiungere i due profili e intuire quale sia stato effettivamente il principio adottato da Paolo in questa circostanza. A ogni modo, ammettendo una valenza 'puntuale' per il parametro 'mese', sembrerebbe che il brano si orientasse verso l'esclusione del *dies a quo* – ossia del giorno in cui il termine era fissato – dal novero di quelli stabiliti.<sup>251</sup> Ciò, quando invece l'indirizzo della giurisprudenza del principato sarebbe stato quello di computarlo *in termino*.<sup>252</sup> Si tratta, peraltro, di un indirizzo che lo stesso

<sup>248</sup> Conviene ricordare la letteratura essenziale sulla fonte: V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, rist. Roma 1933, 377; G. DONATUTI, *Due questioni* cit., 159 ss.; P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh 1966, 123; A. GUARINO, «*Ineptiae iuris Romani*»: V. 4. '*Dies a quo*', in AAP n.s. 30, 1981, 14 ss. (= *Iusculum iuris*, Napoli 1985, 185 ss. = *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli 1995, 101 ss.); M. CRUZ MARTÍNEZ, *Consideraciones sobre el término*, in Rev. Fac. Der. Mex. 51, 2001, 51 nt. 11; M. SCHMITZ, *Die Fristberechnung nach römischen Recht*, Hamburg 2002, 196 ss., 249; S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 113 nt. 5; G. TURELLI, '*Fetialis religio*', Torino 2020, 89 nt. 96.; R. D'ALESSIO, «*Quasi sine tempore*». *La dimensione atemporale nel diritto privato romano*, Napoli 2021, 134 s., 166 ss.

<sup>249</sup> Penso, in particolare, a (Paul. 3 *quaest.*) D. 12.1.40 (testo molto articolato in tema di mutuo e *usu-rae*, del quale ci interessa l'equiparazione tra il *mensis* e i *dies triginta*) e alla lettura combinata di fonti relative all'*accusatio adulterii*: in un panorama di testi di varia paternità si isolano qui (Paul. 1 *de adult.*) D. 48.5.31(30).1 (dove si parla di *sexaginta dies*) e *Coll.* 4.4.2 (*duo menses*). Cfr., in sintesi, M. SCHMITZ, *Die Fristberechnung* cit., 203 ss. e R. D'ALESSIO, «*Quasi sine tempore*» cit., 134 s. e 166 ss.

<sup>250</sup> Le elencavano, ad esempio, G. DONATUTI, *Due questioni* cit., 163 ss. e A. GUARINO, '*Dies a quo*' cit., 14 ss.; cfr. ora R. D'ALESSIO, «*Quasi sine tempore*» cit., 166 ss.

<sup>251</sup> È palese che, se si fosse partiti dal giorno dell'avvenimento iniziale, cioè la convocazione formale, non si sarebbe mai ammesso l'intervento in giudizio nel sessantunesimo (a meno di non considerare un mese di estensione maggiore di *triginta dies*).

<sup>252</sup> Cfr. ad esempio V. SCIALOJA, *Negozi giuridici* cit., 381; poi G. DONATUTI, *Due questioni* cit., 156 s., con rassegna di fonti; M. CRUZ MARTÍNEZ, *Consideraciones* cit., 51; G. TURELLI, '*Fetialis religio*' cit., 88 ss.

Paolo mostra altrove di condividere, come ad esempio in due frammenti tratti dal commentario alla *lex Iulia et Papiam*.<sup>253</sup> Di nuovo, credo sia legittimo pensare a un aggiustamento puntiforme operato dal giurista che – in guisa di eccezione al regime comunemente vigente – forniva un'interpretazione estensiva.

Egli prendeva le mosse, senza dubbio, da uno specifico testo di 'legge', al cui commento si stava dedicando, per spiegare quale fosse la lettura più consona del *dies* ivi contemplato.<sup>254</sup> Quando si voglia tentare di individuare quella *lex*, tuttavia, si è costretti ad attestarsi su posizioni di prudenza: l'ipotesi più accreditata è che si trattasse della *lex municipalis*,<sup>255</sup> nozione sulla cui configurazione unitaria – nel senso di un dettato legislativo unico, in vigore per tutte le province – occorre di per sé sospendere il giudizio, benché le tesi contrarie alla sua effettiva esistenza siano attualmente prevalenti.<sup>256</sup> Sullo sfondo rimane, d'altro canto, una presunta volontà di concedere un giorno in più di quanto apparentemente previsto, il che si giustificerebbe meglio in un ambiente provinciale nel quale erano maggiori le distanze da coprire per i soggetti coinvolti nei procedimenti di giustizia. Anche qui, però, siamo di fronte a congetture.

Tutte queste difficoltà, insomma, inducono a lasciare il giudizio sospeso, pur se si può ribadire come l'intento esplicativo di un disposto puntuale autorizzi ancor di più a ritenere che Paolo non volesse enunciare un principio generale, bensì contenersi entro i limiti di un caso di specie.<sup>257</sup> Da un punto di vista giuridico, si potrebbe magari pensare a quali fossero le cadenze bimestrali per la comparizione in un processo *extra ordinem*, scenario suggerito (se non imposto) dalla collocazione entro il *De cognitionibus*. Forse si trattava della convo-

<sup>253</sup> Si tratta di (3 *ad l. Iul. et Pap.*) D. 50.16.132 pr. (*'Anniculus' amittitur, qui extremo anni die moritur. Et consuetudo loquendi id ita esse declarat: 'ante diem decimum kalendarum', 'post diem decimum kalendarum': neutro enim sermone undecim dies significantur*) e (2 *ad l. Iul. et Pap.*) D. 50.16.134 (*'Anniculus' non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus*). In aggiunta, lo stesso tipo di calcolo è effettuato in D. 48.5.31(30).1, passo su cui si innesta anche la tematica del 'mese' (vd. *supra*, nt. 249): *Sexaginta dies a divortio numerantur: in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est*.

<sup>254</sup> Vi sarebbe, in realtà, anche la possibilità che egli stesse piuttosto commentando il rescritto imperiale, nel quale aveva trovato la detta interpretazione del termine di legge, e capovolgesse nell'esposizione il procedimento logico che aveva in effetti seguito. Tuttavia, questa ricostruzione mi sembra meno convincente, proprio per la presenza dell'«*et*», che marca il carattere quasi 'aggiuntivo' della lettura imperiale rispetto a un'interpretazione del *dies* che il giurista si era formato lavorando direttamente sul testo della *lex*. Vi vedrei piuttosto la riproduzione – *mutatis mutandis* – della consueta modalità di citazione delle opinioni giurisprudenziali che in Paolo si riscontra ampiamente altrove: egli iniziava solitamente illustrando la propria dottrina, e solo in chiusura introduceva quelle altrui, a mo' di conferma (ruolo che qui appare svolto dal *rescriptum*). Su tale tecnica di scrittura si vedano almeno E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 41 ss.; G. LUCHETTI, *Paolo e i commentari edittali di epoca severiana: il legame con il passato*, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus* cit., 47 s.

<sup>255</sup> Cfr., da ultimo, M. SCHMITZ, *Die Fristberechnung* cit., 197.

<sup>256</sup> Il dibattito, tra chi afferma l'esistenza di un paradigma legislativo applicabile a tutte le province e chi invece intende quella formula come l'ipostasi delle singole *leges* dettate individualmente per le varie comunità territoriali, è inesaurito e qui non replicabile. Credo di potermi limitare a un rinvio alla ricognizione sintetica e alla letteratura citata in G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 72 nt. 161.

<sup>257</sup> Ciò, indipendentemente dal significato che i giustinianeî daranno invece al termine «*lex*» e alla regola contenuta nel frammento recuperato.

cazione per l'appellante nel giudizio appunto di seconda istanza,<sup>258</sup> ma non è possibile ricondurre con certezza tale termine all'età del principato<sup>259</sup>. D. 50.17.101 potrebbe insomma riguardare anche riti precisi o facoltà particolari, che eventualmente sarebbero state connesse allo svolgimento del processo di primo grado.

Di sicuro v'è piuttosto la divergenza sostanziale della *lex* rispetto alla costituzione di Caracalla e del padre, che alla 'legge' apporta una sorta di interpretazione 'autentica'. Nell'esposizione essa interviene a rinsaldare la dottrina paolina ed ha, peraltro l'equivalente forma di una disposizione particolare, come denota la precisa menzione del *rescriptum*.<sup>260</sup> Per inciso, non sottovaluterei la presenza di «et» nel testo, che indica la funzione chiarificatrice dell'intervento imperiale sul testo della *lex* originaria: quest'ultima evidentemente ne aveva fatto sorgere la necessità. Inoltre, la congiunzione ci può indirizzare quanto al contenuto del rescritto severiano e al suo rapporto con la pronuncia di D. 50.17.101: tra i due dettati normativi vi doveva essere una (pur lieve) differenza di ambito applicativo, perché altrimenti il giurista non avrebbe ritenuto indispensabile aggiungere la congiunzione (da intendere come «anche»), e avrebbe invece magari presentato subito e in modo esclusivo la delibera imperiale.<sup>261</sup>

Del resto, proprio la presenza di tale *constitutio* ci fornisce due ulteriori spunti in chiave ricostruttiva. Anzitutto, essa mette in luce l'esigenza, avvertita dallo stesso Paolo, di supportare la propria *lectio* con un 'contrafforte' legislativo: sintomo della consapevolezza di propugnare una posizione opinabile e non largamente condivisa. In secondo luogo, quella citazione consente di fornire un riferimento cronologico alla soluzione: essa risale al regno solitario di Caracalla, dopo la morte di Settimio Severo: il *rescriptum* era stato emanato da entrambi, ma adesso il secondo è morto ed è stato divinizzato. Siamo, dunque, tra il 211 e il 217 d.C., cioè in un'epoca compatibile almeno con quella di D. 27.1.46.2 e con l'attività di Paolo.<sup>262</sup> Se vi aggiungiamo la sua collaborazione con la cancelleria di Settimio Severo, non si può nemmeno respingere *in toto* l'ipotesi di una diretta partecipazione alla precedente stesura di quel testo normativo.<sup>263</sup> Senza spingerci fino a considerazioni non pienamente dimostrabili, comunque, non si ha ragione di dubitare la possibile paternità paolina pure per questo escerto. Ben diverso è il discorso riguardante la monografia, alla quale è ora opportuno volgersi, tirando le somme delle singole esegesi.

<sup>258</sup> Come riteneva G. DONATUTI, *Due questioni* cit., 168 ss.

<sup>259</sup> Mentre esso è senz'altro attestato da costituzioni più tarde (V secolo almeno): si vedano, in modo chiaro, CTh. 11.30.63 (del 405), ma già prima CTh. 11.30.10 e 19 (di data incerta, ma della prima metà del IV sec.; cfr. C. 7.63.1) o CTh. 11.31.3 (del 370). Su di esse, cfr. almeno F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, 203 s. e 353 ss. (ma già cenni in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 620 nt. 23).

<sup>260</sup> La natura dell'atto è indiscutibile: cfr. V. SCIALOJA, *Negozi giuridici* cit., 377 e G. DONATUTI, *Due questioni* cit., 166. Secondo G.F. PUCHTA, *Institutionen*, II, Leipzig 1893<sup>2</sup>, 28 ss., però, il suo contenuto non avrebbe previsto un regime di eccezione, bensì una regola generale suscettibile di applicazione ogniqualvolta il termine stabilito avesse comportato la perdita di diritti.

<sup>261</sup> Per inciso, emerge qui la natura 'dialettica' dell'operazione paolina, che caratterizza il nesso tra fonte giurisprudenziale e imperiale e ci consente di apprezzare la dinamica degli scambi tra esse.

<sup>262</sup> Vd. §§ 2 e 9.

<sup>263</sup> Circa la carriera politica di Paolo si vedano I. PONTORIERO, *Una biografia "enigmatica"* cit., spec. 5 s. e M. BRUTTI, *Iulius Paulus* cit., 20 e 26



## 9. STORIA DI UNA O, FORSE, PIÙ VICENDE GENETICHE.

È quindi il momento di riversare ogni considerazione sin qui formulata entro il ‘contenitore’ *μονόβιβλον*, per scoprire se e come tutti gli intrecci tra i testi (soprattutto i primi) possano ricomporre un’istantanea coerente di ciò che dovette essere il *De cognitionibus*. Al centro della ricostruzione si pongono gli interrogativi consueti per chi maneggi la tipologia letteraria dei *libri singulares*, specialmente quelli ascritti a Paolo: essi riguardano l’autenticità (di opera e materiali), la datazione e la struttura interna.<sup>264</sup>

Invero, il presente titolo sembrerebbe ampiamente ammissibile entro la produzione complessiva del nostro autore: esso concorrerebbe a bilanciare il suo interesse verso il processo formulare,<sup>265</sup> associando alla forma monografica gli istituti della *cognitio extra ordinem*, che erano probabilmente già stati affrontati in termini più estesi da Callistrato nei primi anni del III secolo.<sup>266</sup> In effetti, l’atteggiamento di quest’ultimo, che non nasconde una certa difficoltà nell’organizzare la materia, appare sintomatico di un simile rapporto di precedenza:<sup>267</sup> pur se non può aversene la certezza, conformi indicazioni si desumono altresì dagli elementi che aiutano a datare la versione in esame.<sup>268</sup>

Appurato, dunque, che Paolo poteva in teoria esercitarsi in un libro sul processo *extra ordinem*, resta da accertare se quest’ultimo si debba identificare con quello che ricostruiamo grazie alle rubriche digestuali. In merito, il primo dato formale da valutare è, senza dubbio, la mancata inclusione nell’*Index Florentinus*. Se essa potrebbe, in effetti, farci riflettere sui tempi e le modalità con cui giustinianeî vennero a conoscenza di tale scritto,<sup>269</sup>

<sup>264</sup> Cfr., con approccio più ampio, G. COSSA, *Per uno studio* cit., 8 ss.

<sup>265</sup> Oltre ai commenti più noti, tra cui *l’Ad edictum*, esistono almeno due altri ‘libri singoli’ paolini incentrati su quella procedura: il *De conceptione formularum* e il *De concurrentibus actionibus* (su cui cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 41 ss. e 49 ss.).

<sup>266</sup> Secondo la più condivisa ipotesi di datazione, i quattro libri callistrati *de cognitionibus* dovrebbero farsi risalire al periodo successivo al 197 d.C., ma non oltre la coreggenza di Caracalla con Settimio Severo (cfr. almeno R. BONINI, *I “libri de cognitionibus”* cit., 14 s.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982<sup>2</sup>, 290; F. MATTIOLI, *Per un’indagine sulle “geminazioni” di autori e opere diversi: due esempi*, in SDHI 83, 2017, 409 nt. 38 con fonti e altra bibl.); più nel dettaglio, ora S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 111 pensa al 205. Circa il carattere di originalità rappresentato proprio dall’opera in questione, con la quale si esploravano tematiche sino a quel momento mai confluite in una trattazione dedicata, cfr. pure ID., *op. cit.*, 11, ove le si collegano anche all’ormai assodata provenienza orientale del giurista (su cui si era già espresso W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967<sup>2</sup>, 235). In questa prospettiva, l’operazione di Paolo potrebbe anche considerarsi innovativa, se vista come frutto di un approccio più complessivo, e non solo orientato sul mondo delle province: tuttavia, la contrazione delle dimensioni in un *liber singularis* non autorizza a spingersi troppo oltre su tale strada (né si potrebbe farlo solo sulla scorta delle testimonianze dirette in nostro possesso).

<sup>267</sup> Si legga soprattutto (Call. 1 *de cogn.*) D. 50.13.5 pr., con la constatazione per cui la categoria delle *cognitiones* «*in genera dividi facile non potest, nisi summatim dividatur*»: se vi fossero stati precedenti tentativi, forse lo sguardo sarebbe stato meno ‘timoroso’ (cfr. S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 234 s.). A tale valutazione non potrebbe opporsi che, ove Paolo avesse scritto anteriormente un *μονόβιβλον*, non sarebbe incorso nella medesima difficoltà classificatoria: invero, non per il mero fatto che il volume fosse singolo sarebbe dovuta giocoforza mancare una sistemazione interna della materia.

<sup>268</sup> Vd. *infra*, nel testo.

<sup>269</sup> Sullo sfondo rimane sempre il problema della composizione dell’elenco preliminare e la sua rispondenza al novero di opere effettivamente impiegate dai giustinianeî, che costringe a confrontarsi con

non è però in grado di sormontare il dato di estrema evidenza rappresentato dall'uso ampio – non in assoluto, ma indubbiamente in proporzione alla tendenza in essere per i *libri singulares* – di suoi passi nel Digesto: i sette frammenti sono quasi il massimo che dai commissari ci si può aspettare in riferimento a quella categoria di opere.<sup>270</sup> Nella compilazione, insomma, venne impiegato uno scritto 'singolo' che si era trasmesso fino al VI secolo sotto il nome di Paolo e con il titolo riprodotto nelle *inscriptiones*. Sarei perciò dell'idea che la dissonanza dall'*Index* vada letta come una delle tante 'insufficienze' di quello, dovute probabilmente all'essere soltanto un elenco preliminare del materiale presente nella biblioteca imperiale (magari redatto a meri fini di catalogazione); e che essa non possa influenzare il giudizio sulla paternità dell'opera.

Maggiori perplessità hanno a lungo suscitato, piuttosto, la natura e l'attribuzione di quella. Non pochi autori si sono espressi a favore di una composizione tardoantica, o comunque non riconducibile al giurista in parola, sulla scorta di valutazioni emergenti dai testi. In particolare, si sono poste in luce le discrepanze nelle indicazioni cronologiche allorché si citano taluni imperatori, come pure la difficoltà di concepire un *liber singularis* dedicato a tutta la materia delle *cognitiones*, a maggior ragione perché gran parte dei frammenti sopravvissuti concerne un istituto specifico quale la tutela.<sup>271</sup>

Intanto, credo che quest'ultimo rilievo possa essere stemperato tenendo in conto che la selezione digestuale ha influito in maniera determinante sul panorama delle nostre conoscenze.<sup>272</sup> Non è obbligatorio affermare che il libro fosse confinato alle problematiche concernenti il *tutor*:<sup>273</sup> sarebbe altrimenti compito impervio inquadrare nella sua trama i contenuti di D. 49.18.5 pr.-2, D. 50.16.228 o D. 50.17.101.<sup>274</sup> Anche domandarsi, da un diverso punto di vista, per quale motivo, in un'esposizione comunque limitata, una così ampia parte fosse riservata alle esenzioni da quell'incarico incorrerebbe nella medesima obiezione: la preponderanza che possiamo intuire ha solamente una valenza statistica, mentre ogni altra affermazione sull'architettura del *liber* ha natura speculativa.<sup>275</sup>

Il nodo più intricato resta quello intrecciato attorno alle citazioni di *constitutiones* impe-

talune discordanze tra i due gruppi. Se alcuni scritti non furono inclusi nell'*Index*, è probabile che essi fossero divenuti disponibili solo in seguito: si rinvia ancora G. COSSA, *Per uno studio* cit., 523 ss.

<sup>270</sup> L'unico  $\mu\omicron\nu\theta\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$  più rappresentato è quello delle *Regulae*, con otto escerti (su cui cfr. G. COSSA, *Per uno studio* cit., 321 ss.).

<sup>271</sup> Tra gli autori più fermamente convinti da questi riscontri, si vedano A. DELL'ORO, *Il titolo* cit., 67 s.; F. SCHULZ, *Storia* cit., 462, che addirittura vi riconduceva sei frammenti (invece dei quattro che, oggettivamente, sono certi); D. LIEBS, *Jurisprudenz* cit., 174; F. GRELLE, *Ad municipalem* cit., 43.

<sup>272</sup> Lo segnala, ad esempio, S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 113 nt. 5, dando per scontata l'attribuzione paolina del lavoro.

<sup>273</sup> Come riteneva, invece, M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo Impero (III-V sec. d. C.)* (Atti di un incontro tra storici e giuristi – Firenze, 2-4 maggio 1974), Milano 1976, 147 nt. 151 (ma cfr. già G.I. LUZZATTO, *In tema* cit., 752 nt. 344). *Contra*, ora, S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 113 nt. 5 e R. D'ALESSIO, «*Quasi sine tempore*» cit., 166 (estendendo il possibile oggetto del *De cognitionibus* alle cariche municipali, conclusione a favore della quale non credo si ravvisino nemmeno meri indizi).

<sup>274</sup> Vd., rispettivamente, §§ 6, 7 e 8: si tratta in un caso dell'*excusatio*, ma non dalla *tutela*, mentre negli ultimi due è difficile andare oltre illazioni circa il contesto di riferimento. Per la brevità dell'estratto, poi, non sarebbe consentito sbilanciarsi nemmeno su D. 26.3.9, ma esso è inserito in una catena relativa alla *confirmatio tutelae*, e quindi a essa doveva verosimilmente rivolgersi: vd. § 3.

<sup>275</sup> Così M. WŁASSAK, *Zum römischen Provinzialprozeß*, Wien 1919, 22 nt. 19.

riali che, non fornendo una notizia uniforme utile per la datazione dell'opera, sembrano idonee a confondere ulteriormente la nostra percezione. In sintesi, mentre in D. 27.1.46.2 e in D. 50.17.101 leggiamo, in perfetto parallelismo,<sup>276</sup> «*imperator Antoninus cum divo patre*», la formula di D. 49.18.5 pr. recita «*divus magnus Antoninus cum patre suo*», producendo uno spostamento temporale per il momento della redazione.<sup>277</sup> In altre parole, l'autore dei primi due passi dovrebbe aver scritto dopo la morte di Settimio Severo ma con Caracalla ancora regnante (211-217 d.C.),<sup>278</sup> mentre il terzo riporterebbe a un periodo successivo alla scomparsa dello stesso Caracalla (dopo il 217 o, meglio, il 218).<sup>279</sup> Tra le varie ipotesi prospettabili, alcune sembrano meno convincenti di altre: in particolare, l'idea che il «*divus*» di D. 49.18.5 pr. fosse stato introdotto successivamente, in una sorta di aggiornamento del materiale.<sup>280</sup> Appare più ragionevole, di contro, ricostruire una genesi di tutto il *liber* successiva al 218: o nella forma di una stesura paolina posteriore,<sup>281</sup> oppure – e si torna alle tesi da cui siamo partiti – come composizione postuma e non autografa. In realtà, il primo scenario presupporrebbe da parte di Paolo una certa sciattezza, o quanto meno uno scarso impegno per il coordinamento interno del  $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$ , che invece si giustificerebbe meglio se attribuito a un epigono collazionatore. In ogni caso, ritengo assodato che la morte di Caracalla vada intesa come il *tempus post quem* di creazione del *De cognitionibus*, nella sua dimensione di prodotto editoriale.<sup>282</sup>

<sup>276</sup> Non assume alcuna importanza il diverso modo di indicare il tipo di provvedimento imperiale nei due casi: «*significavit*» e «*rescripsit*».

<sup>277</sup> Cfr. T. MOMMSEN, *Die Kaiserbezeichnung* cit., 109 e H. FITTING, *Alter* cit., 98.

<sup>278</sup> Non vi può essere dubbio sul riferimento della formula, da un lato, alla figura di Caracalla, e dall'altro, al periodo della coreggenza con il padre (ossia fino al 211 d.C.). In *primis*, per Paolo «*Antoninus*» poteva essere solo il figlio di Settimio Severo, quando veniva citato in coppia col *pater* (così pure, ad esempio, in [l. s. ad or. divi Sev.] D. 27.9.13 pr.): cfr., in generale, H. FITTING, *Alter* cit., 9, 74; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale* cit., II, 182; U. BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, München 2011, 6 nt. 41 (non mi pare, cioè che si versi in una di quelle ipotesi di equivoca interpretazione a cui aveva posto attenzione già H.-G. PFLAUM, *Les titulatures abrégées « Imp. Antoninus Aug. » et « Antoninus Imp. » s'appliquent en principe à Antonin le Pieux*, in *Mélanges d'archéologie, d'épigraphie et d'histoire offerts à Jérôme Carcopino*, Paris 1966, 717 ss., concludendo molte volte per l'imperatore più antico, ma lavorando essenzialmente su fonti epigrafiche). In *secundis*, l'epiteto «*imperator*» compare con differenti modalità in molte iscrizioni risalenti a tutto il periodo del suo governo (cfr. A. MASTINO, *Le titulature*, cit. 85 ss.), traendo forza da una delle successive acclamazioni ottenute (cfr., in sintesi, D. KIENAST, *Römische Kaiser-tabelle* cit., 163). Il titolo di «*divus*» invece, non può che essere stato adottato in un periodo successivo alla divinizzazione di Settimio Severo, volgendosi retrospettivamente a un suo provvedimento. La contrapposizione implicita tra i due aggettivi era sottolineata da A. DELL'ORO, *Il titolo* cit., 68.

<sup>279</sup> Vd. *supra*, nt. 195.

<sup>280</sup> Come si evidenzia anche in § 6, sembrano sufficienti in senso contrario alcuni rilievi: anzitutto, non si spiega perché la correzione non avrebbe dovuto interessare anche D. 27.1.46.2 e D. 50.17.101; in più, proprio perché parziale, non se ne intuisce lo scopo finale.

<sup>281</sup> In questo senso, cfr. A. BERGER, v. *Iulius Paulus* cit., 717; R. BONINI, I «*libri de cognitionibus*» cit., 24 nt. 51; B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» cit., I, 122 nt. 120 e 127 nt. 131, ove si ricordava però che sotto Elagabalo Paolo non avrebbe potuto consultare gli archivi imperiali, in quanto bandito dal *princeps* (su tale circostanza cfr. altresì I. PONTORIERO, *Una biografia «enigmatica»* cit., 7 s. e M. BRUTTI, *Iulius Paulus* cit., 29: in considerazione dei vari rilievi e nell'incertezza delle fonti, rimarrebbe comunque uno spazio fino al 219-220, oppure più avanti, sotto Alessandro Severo).

<sup>282</sup> Mi sembra, al tempo stesso, assai improbabile – vista la tipologia di opera – che si fossero succedute più edizioni, di cui solamente l'ultima (quella spogliata nel Digesto) fosse stata completata dopo il detto

Del resto, altri riferimenti normativi potrebbero arricchire il ragionamento: da un lato, perché presenti nei *fragmenta del liber*, dall'altro, perché ricavabili sulla scorta di passi paralleli o vicini. Anzitutto, v'è il rescritto di Marco Aurelio, ovviamente apostrofato come «*divus*»,<sup>283</sup> che viene ricordato in D. 26.5.29: l'informazione, però, non aggiunge nulla di decisivo all'analisi sulla datazione, ma solo un limite anteriore più ampio di quello già ricavato, nei fatti superfluo. Ben più consistenti sono gli spunti desumibili dal raffronto di D. 27.1.46pr.-2 con alcuni brani trasmessi nella raccolta dei *Fragmenta Vaticana*, ossia *Fragm. Vat.* 233 e 235, che sono identici per larga parte e probabilmente da attribuire allo stesso Paolo.<sup>284</sup> Se dal primo, che integra il dettato di D. 27.1.46 pr., si è informati riguardo a un' *epistula* di Traiano nuovamente assai lontana dai nostri contesti temporali, è col secondo, corrispondente a D. 27.1.46.1, che le vicende interessate si spostano in avanti: non tanto per l'iniziale richiamo di un rescritto adrianeo, bensì per la successiva, duplice menzione di un «*imperator noster*», prima con il *pater* e poi senza. Proprio dalla lettura congiunta delle due menzioni si ricava che l'«imperatore» fosse appunto Caracalla (associato a Settimio Severo o meno),<sup>285</sup> così indicandone il regno solitario (cioè dal 211 al 217 d.C.): quello stesso arco viene, del resto, fissato nel § 2 di D. 27.1.46, quasi a completare la coerenza interna dell'insieme di previsioni.

Vi è poi un elemento che si ottiene in via puramente interpretativa: non sottovaluterei, cioè, la possibilità di stabilire un parziale termine *ante quem* per la scrittura dei passi trasmessi nel *liber singularis*. Esso potrebbe risultare, in primo luogo, dalla concordanza complessiva dei contenuti con le relative dottrine dell'età severiana, nella misura in cui ogni frammento appare compatibile con la corrispondente disciplina degli istituti coinvolti per i decenni introduttivi del III secolo.<sup>286</sup> Inoltre, e in veste più specifica, si ottiene una conferma a tali riscontri dal raffronto instaurato tra D. 49.18.5.2, che enuncia la non operatività dell'immunità per i veterani entrati nelle *curiae*, e la *constitutio* di Alessandro Severo riportata in C. 10.44(43).1, la quale sembra presupporre quel principio introducendovi una sorta di eccezione (grazie a un patto di riserva).<sup>287</sup> Poiché tale eccezione non è menzionata nel *De cognitionibus*, e quindi potrebbe essere stata formulata in seguito, è lecito supporre – in una lettura sistematica dei tre §§ – che almeno D. 48.19.5 pr.-2 fosse stato

termine: in altre parole, che solo il testo di D. 49.18.5 pr. fosse stato aggiunto successivamente a un libro già pubblicato in precedenza.

<sup>283</sup> Nessuna perplessità nell'identificazione del principe, tanto per i riscontri sostanziali di cui si dice in § 4 (in particolare, il raffronto con [Mod. 4 *de exc.*] D. 27.1.13.2), quanto – e ancor prima – per l'inequivocabile riferimento al «*divus Marcus*»: cfr. G. GUALANDI, *Legislazione imperiale* cit., I, 134 e M.G. ZOZ, *Le costituzioni imperiali* cit., 28 e 121.

<sup>284</sup> Sul confronto dal punto di vista sostanziale, si rinvia al § 2; in merito, invece, alle deduzioni circa la natura e la paternità del *De cognitionibus*, vd. *infra*, nel testo.

<sup>285</sup> È evidente che la lettura del secondo «*imperator*», quello isolato, deve essere effettuata in armonia con il primo, che si combina con il «*pater*». A favore delle persone di Settimio Severo e Caracalla, cfr. G. GUALANDI, *Legislazione imperiale* cit., I, 182 s. e II, 186 s.; H. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture* cit., 356; M.G. ZOZ, *Le costituzioni imperiali* cit., 31 e 130.

<sup>286</sup> L'unico passo per il quale si è osservata una potenziale distanza rispetto agli orientamenti giurisprudenziali prevalenti è D. 50.17.101, con riferimento al computo dei termini processuali, ma esso trovava giustificazione nella pronuncia imperiale ivi citata: vd. § 8.

<sup>287</sup> Per quanto qui riassunto, come per il testo della costituzione, si rinvia al § 6.

redatto tra il 218 e il 235.<sup>288</sup> Questo dato, comunque, si applica al singolo brano e non elide le indicazioni dei passi che, invece, avrebbero come limite estremo la morte dell'«*imperator noster*». Il divario, in definitiva, permane e anzi si ripete, tanto che comincia a farsi strada l'idea che sia più logico separare il momento genetico del materiale – che a sua volta parrebbe non riferibile a un unico *tempus* – da quello del *liber*.

Sulla ricostruzione di quest'ultimo, infatti, incide nuovamente il rapporto coi *Fragmenta Vaticana*: addirittura in maniera più marcata a livello di fisionomia. Facendo perno sulle acquisizioni conseguenti all'esame dei testi, sarà conveniente mostrarne gli esiti e le possibili deduzioni in chiave palinogenetica.<sup>289</sup> Il frammento interessato è D. 27.1.46 pr.-2, le cui sezioni presentano singolari sovrapposizioni con dei brani che ci sono noti appunto tramite la collazione di età tardoantica. Per quest'ultima credo si possa condividere la tesi di una stratificazione di edizioni: da una redazione iniziale in età costantiniana, accresciuta poi da progressive integrazioni, si sarebbe pervenuti a una versione definitiva prodotta nei decenni tra la fine del IV secolo e la pubblicazione del *Codex Theodosianus*.<sup>290</sup>

In sintesi, la forma dei passi conservata nel Digesto è generalmente più concisa rispetto a quella dei *Fragmenta Vaticana*: avviene così per D. 27.1.46 pr. in rapporto a *Fragm. Vat.* 233, come pure per D. 27.1.46.1 a fronte di *Fragm. Vat.* 235 (ma non – a mio modo di vedere – per *Fragm. Vat.* 237, che è comunque identico).<sup>291</sup> Inoltre, l'attribuzione dei materiali è piuttosto variabile, dato che i testi sono ricondotti a Ulpiano (e al *De officio praetoris tutelaris*) dai §§ 233 e 235, con l'ulteriore discrepanza offerta dal § 237 che invero fa provenire il medesimo dettato di quest'ultimo – equivalente, come visto, a D. 27.1.46.1 – dal *liber singularis ad municipalem* pseudopaolino. Il quadro, dunque, è estremamente frammentato. Sulla base di una serie di rilievi esegetici,<sup>292</sup> credo in sintesi che siano generalmente da svalutare le *lectiones* dei *Fragmenta*, per ritenere invece più affidabile la paternità di Paolo.<sup>293</sup> Quanto all'esatta opera di derivazione nonché la consistenza originale dei brani, è invece opportuno tentare una ricostruzione che si inserisca in una prospettiva storica.

Sempre in ragione di alcuni argomenti ricavabili dall'analisi dei passi, è ragionevole affermare che la variante più antica di ogni testo dovesse essere quella estesa, mentre la 'bre-

<sup>288</sup> La data della norma di Alessandro Severo è, purtroppo, indefinita, anche se sulla base del destinatario si potrebbe pensare alla seconda parte del regno. Circa la carriera di Feliciano si rinvia H.-G. PFLAUM, *Les carrières procuratoriennes équestres* cit., II, 843 ss. e H. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture* cit., 362 s.

<sup>289</sup> E si veda specialmente § 2 per gli approfondimenti.

<sup>290</sup> Si tratta della tesi rappresentata come prevalente da L. DE GIOVANNI, *Istituzioni* cit., 273. Una ricognizione sulle varie proposte, affiorate nel corso di un dibattito assai vivace, in G. COSSA, *Per uno studio* cit., 112 s. nt. 79.

<sup>291</sup> Per un'analisi dei diversi contenuti delle varianti più estese, si deve rimandare al § 2. In tutti i casi, si tratta sempre di aggiunte esplicative che aiutano a meglio inquadrare la disciplina dell'*excusatio*, che viene invece trasposta piuttosto sinteticamente dai commissari di Triboniano: *Fragm. Vat.* 233 e 235, invero, si affidano in tale operazione ai già noti riferimenti legislativi, che è già occorso di presentare (vd. *supra*, nel testo). Quanto al § 237, però, la sezione finale, assente da D. 27.1.46.1 (e dal § 235), non fornisce un chiarimento della norma iniziale (condivisa tra le due linee di trasmissione), bensì aggiunge un'ulteriore prescrizione, sostanzialmente autonoma, che infatti si sovrappone piuttosto al dettato *Fragm. Vat.* 236 (vd. il testo *supra*, in nt. 72).

<sup>292</sup> In particolare, la maggiore verosimiglianza di un'inesattezza a carico dei (vari) compilatori tardoantichi dei *Fragmenta*, rispetto ai giustinianei: vd. ampiamente § 2.

<sup>293</sup> Vd. anche *infra*, nel testo.

ve' formulazione digestuale ne rappresentava un 'sunto' venuto alla luce in un secondo momento. L'esposizione dei *Fragmenta Vaticana* non è infatti mai sovrabbondante, ma anzi in più modi esplicativa di un regime altrimenti non facile da comprendere.<sup>294</sup> I commissari non avrebbero perciò avuto ragione di tagliare le parti aggiuntive: si può allora concludere che maneggiassero una variante di quelle testimonianze – oltre che ascritta a Paolo<sup>295</sup> – già compendiate, senza aver avuto parte nel processo di abbreviazione.<sup>296</sup> Ci si interroga, pertanto, sull'entità e sul momento della svolta nella tradizione testuale. Al riguardo, si potrebbe immaginare anzitutto che siano stati i collazionatori di IV secolo ad arricchire un dettato altrimenti inadeguato a descrivere la disciplina. Tuttavia, essi generalmente si attengono a una condotta diametralmente opposta, sintetizzando i documenti a propria disposizione, per le finalità operative sottese a quella raccolta.<sup>297</sup> Inoltre, sarebbe comunque obbligatorio supporre che il redattore avesse sotto gli occhi una versione più completa dell'archetipo, da cui trarre ispirazione.<sup>298</sup> Quest'ultima possibilità, allora, si impone di per sé come la più plausibile, inducendo a considerare la lezione estesa come quella originaria, destinata ad andare incontro a una contrazione i cui risultati apprezziamo in D. 27.1.46 pr.-1.

Per comprendere dove fissare tale biforcazione nella storia editoriale di quel materiale, occorre tener conto dei complessi rapporti tra gli escerti e i *Fragmenta Vaticana*, separando nuovamente il contesto del *De cognitionibus* dai suoi contenuti. Circa questi ultimi, pare plausibile ricostruire il seguente percorso evolutivo. Come suggerito, *Fragm. Vat.* 233 e 235 dovevano riprodurre una versione più fedele all'originale del materiale trasmesso dall'età severiana. Ora, sulla base del rapporto fra D. 27.1.46 pr. e *Fragm. Vat.* 233 è lecito intuire solamente che a un certo punto si dev'essere generata una duplice linea di trasmissione: mi pare, cioè, che sia piuttosto il groviglio tra D. 27.1.46.1 e i §§ 235 e 237 a gettare davvero luce in proposito. Innanzi tutto, è essenziale ammettere che la reiterazione dell'identica previsione in due passi quasi tangenti della stessa raccolta non possa dipendere che dalla stratificazione di più stesure a distanza di tempo, le quali non siano state sottoposte a un lavoro di coordinamento finale.<sup>299</sup> Lasciando momentaneamente da parte lo scarto

<sup>294</sup> L'indicazione del riferimento normativo (l'*epistula Traiani*) in *Fragm. Vat.* 233, ad esempio, serve a chiarire il concetto di 'numerus', che tramite il solo D. 27.1.46 pr. non sarebbe direttamente ricostruibile. Riguardo alle differenze percepibili tra i due testi, F. GRELLI, *Ad municipalem* cit., 43 osserva nei *Fragmenta Vaticana* «una maggiore cura per i dati dei rescritti imperiali richiamati, una diversa attenzione ai dettagli della disciplina presa in considerazione» (per quanto – lo si ribadisce – si debba tenere distinto il caso del § 237, per le ragioni esposte *supra*, in nt. 291).

<sup>295</sup> L'errore circa l'attribuzione di un passo al suo autore è concretamente raro nel Digesto; inoltre, qui le due opere in gioco (*De officio praetoris tutelaris* di Ulpiano e *De cognitionibus* di Paolo) appartengono a due masse distinte (rispettivamente, la 'editale' e la 'papiniana'), e sono state spogliate autonomamente.

<sup>296</sup> Vd., su tutto ciò, § 2.

<sup>297</sup> Cfr., per tutti, M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 75 ss.

<sup>298</sup> Non convince, invece, l'idea che egli integrasse il testo paolino con una fonte estranea: questo tipo di combinazione appare estraneo alle modalità di costruzione dei *Fragmenta*, ove si sarebbe piuttosto ripresa tutta l'ipotetica fonte in parola (la quale, tra l'altro, sarebbe comunque difficile da individuare).

<sup>299</sup> Ciò non deve, in alcun modo, stupire nel contesto di una produzione letteraria a tema giuridico che nel IV secolo era ormai nelle mani di ignoti operatori privi delle competenze necessarie a effettuare grandi sistemazioni, nonché rivolti a un mercato di pratici nel quale evidentemente il lavoro di cesello formale non appariva più indispensabile. Ancora *Fragm. Vat.* 237 rappresenta l'esempio migliore di simile

delle *inscriptiones*, si potrebbe invero sostenere che nell'accorciamento che passa tra il primo e il secondo testo risieda la 'fotografia' del mutamento avvenuto: in altri termini, tra la redazione iniziale (cui apparteneva *Fragm. Vat. 235*) e quella seguente (che vide l'inserimento di *Fragm. Vat. 237*) si sarebbe realizzata la nuova variante dell'originario scritto giurisprudenziale (ossia dell'archetipo [A]). In teoria, sarebbe anche ammissibile supporre che la variante più breve fosse comparsa già anteriormente alla prima compilazione dei *Fragmenta Vaticana*, ma solo ove si volesse presumere la concreta inattuabilità di quella variante da parte del collazionatore, che altrimenti l'avrebbe probabilmente prediletta. Solo in questo scenario si potrebbe già dare per verificata la duplicazione degli esemplari tra la fine del regno severiano e l'età di Costantino.<sup>300</sup> A una simile ricostruzione, però, sembrano offrirsi maggiori resistenze di tipo logico ed esegetico.<sup>301</sup>

La forma breve, in ogni caso, avrebbe iniziato a circolare in maniera autonoma (come testo derivato [D]), per essere poi riutilizzata, a cavaliere tra i secoli IV e V d.C.,<sup>302</sup> nella successiva edizione; ed è in questa linea che si colloca, alla fine del cammino, il recupero giustiniano in D. 27.1.46.1 (tratto appunto da D). Un fenomeno analogo a quello in questione, d'altro canto, non avrebbe interessato la regola riferita da D. 27.1.46 pr. e, ancor prima, da *Fragm. Vat. 233*: qui fu la formulazione più 'concentrata' a restare fuori dalla raccolta definitiva.<sup>303</sup> Rimane così irrisolto il quesito sul perché ciò sia accaduto, se l'editore posteriore aveva consultato un modello primigenio sì epitomato, ma comprensivo anche della variante 'breve' del § 233. Possiamo pensare che quell'editore – che sembra semplificare il testo non tanto per 'sostituzione' bensì per 'aggiunta' di una dicitura più elementare<sup>304</sup> – magari non percepisse l'introduzione di *Fragm. Vat. 237* quale mera reiterazione del § 235 (visto che il brano assorbiva in sé anche il § 236),<sup>305</sup> come invece gli sarebbe apparsa l'immissione di un equivalente di D. 27.1.46 pr., per nulla innovativo rispetto al § 233.<sup>306</sup> Ma è solo una supposizione.

trascuratezza, laddove fonde in sé il testo dell'inizio del citato § 235 insieme al § 236: cfr., per tutti, M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 76, ma soprattutto vd. § 2.

<sup>300</sup> A parere di M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 78, di contro, l'alterazione nella copia del *De cognitionibus* (e pure dell'*Ad municipalem*) sarebbe anteriore alla prima collazione tardoantica. Ma occorre domandarsi, in quel caso, come mai non fu utilizzata la versione più sintetica già nei *Fragmenta*: non sarebbe stato inevitabile – è vero – ma comunque plausibile. L'unica risposta è che le due linee di tradizione fossero completamente inconfidenti (magari separate geograficamente tra Occidente e Oriente), ma così facendo si dovrebbe dedurre la reciproca indipendenza a livello formale: insomma, non si potrebbe affermare che vi fossero punti di contatto (come invece faceva l'Autrice), e si spiegherebbe difficilmente, inoltre, che la più tarda stesura dei *Fragmenta* contenesse, con il § 237, una formulazione molto simile a D. 27.1.46.1.

<sup>301</sup> Alle valutazioni esposte in nt. prec. si aggiunge un rilievo di senso pratico: è infatti molto discutibile che il compilatore di IV secolo, improntando il proprio compito a un'esigenza semplificatoria e di condensazione, non si avvallesse subito di una *lectio minor*, laddove ne disponesse.

<sup>302</sup> O forse anche prima, ma comunque in un momento posteriore all'età costantiniana, in cui si sarebbe fissata la prima versione, contenente solo il § 235.

<sup>303</sup> Anche tale circostanza rafforza quanto detto *supra*, in nt. 301: qualora l'estensore dei *Fragmenta* avesse avuto un modello più sintetico, è probabile che lo avrebbe seguito e riproposto.

<sup>304</sup> In effetti, la forma più breve non prende il posto di quella lunga – come sarebbe più logico pensare – ma vi si somma.

<sup>305</sup> Vd. *supra*, nt. 291.

<sup>306</sup> Un'ulteriore risposta formulabile è che il secondo collazionatore non avesse in mano il frammento poi trasposto in D. 27.1.46 pr., così che non poté sostituirlo: ciò porterebbe a concludere che l'opera da

Questa, dunque, la sorte del materiale nel passaggio dall'età severiana a quella di Giustiniano; l'itinerario dei frammenti potrebbe non essersi, però, svolto in congiunzione con la storia del loro contenitore. In pratica, si giunge al nodo cruciale riguardante le *inscriptiones*. Volendo ribadire l'errore sul giurista che affligge quella 'prima' redazione dei *Fragmenta* (verosimilmente non poté essere Ulpiano l'autore dei §§ 233 e 235),<sup>307</sup> è consequenziale credere alla mano paolina dietro quei materiali, secondo la *vulgata* giustiniana.<sup>308</sup> Resta, a ogni modo, la difficoltà di conciliare con quest'ultima (e con la rubrica di D. 27.1.46 pr.-2) la titolazione premessa a *Fragm. Vat. 237*, indicante l'*Ad municipalem*.<sup>309</sup> Sotto tale aspetto, non ritengo automatico accedere alla tesi di un nuovo errore sul testo tardoantico:<sup>310</sup> non può escludersi che il 'secondo' estensore possedesse un lavoro distinto (ossia D<sup>1</sup>), quanto meno per *nomen*, rispetto a quello giunto ai collaboratori di Triboniano (D<sup>2</sup>). Con simile prospettiva, allora, ci si allontanerebbe sensibilmente dalla paternità paolina di un *De cognitionibus*, e anche di un *Ad municipalem*.<sup>311</sup> Infatti, l'eventualità che un medesimo passo fosse trådito, per due vie differenti, sotto titoli difforni presuppone che almeno uno di quei titoli avesse natura spuria: che esso fosse, cioè, una mera variante della denominazione erronea, o addirittura frutto di un'operazione di silloge su dottrine di un giurista che non ne era stato l'effettivo ideatore. Limitandoci al *De cognitionibus*, si verrebbe così a intercettare la tesi della sua creazione apocrifa, già esplorata dalla critica: essa uscirebbe anzi rafforzata da simili nuovi argomenti.

Inoltre, sempre dalla comparazione delle *inscriptiones* dei *Fragmenta Vaticana*, potrebbe emergerne un altro. Se l'assegnazione a Paolo di quei passi (§§ 233, 235 e pure 237) può dirsi decisamente credibile, non mi sentirei di espormi altrettanto circa l'attendibilità delle diciture relative alle opere di provenienza. Per quanto concerne *Fragm. Vat. 233* e *235*, infatti, non è automatico volgersi al *De cognitionibus*:<sup>312</sup> a quel giureconsulto sono imputati numerosi scritti di argomento tangente a quello toccato nei due passaggi, cioè il *munus tutelae*. In particolare, abbiamo notizia di titoli come il *De officio praetoris tutelaris*, il *De excusationibus tutelarum* e il *De iurisdictione tutelari editio secunda*. Al di là delle varie incertezze sull'effettiva autenticità di tutti questi,<sup>313</sup> un  $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$  come il primo menzionato

cui deriva D. 27.1.46.1 non sia la stessa del *principium*, distinguendosi addirittura più versioni del *De cognitionibus* (e non solo quest'ultimo rispetto ad altre monografie). Ma una simile dimostrazione è davvero al di là delle nostre risorse probatorie: vd. in merito *infra*, nel testo.

<sup>307</sup> Volendo contestualizzare quell'errore nella dinamica delle più revisioni cui fu sottoposta la raccolta, basterà ipotizzare che il primo redattore avesse confuso il dato autoriale, magari avendo «in modo meccanico attribuito ad Ulpiano la serie, come si ricava dall'*item* che serve da *inscriptio* a Vat. 235 e 236» (M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 79).

<sup>308</sup> Come è precisato al § 2, la probabilità che nell'errore fosse incorso l'estensore dei *Fragmenta* è più alta, stante la frequenza di imprecisioni che tradizionalmente (e opportunamente) gli si attribuiscono.

<sup>309</sup> Sull'attendibilità dell'*inscriptio* cfr. F. BETANCOURT, *El libro anónimo* cit., 108 s.

<sup>310</sup> Nel presente caso, le opportunità di un errore 'meccanico' del collazionatore sono inferiori, visto che *Fragm. Vat. 237* non si inserisce in una catena di brani ricondotti alla medesima opera (e quindi assorbiti in un '*item*' riassuntivo e cumulativo), bensì infrange una simile sequenza interrompendo proprio i *fragmenta* attribuiti al *De officio praetoris tutelaris* di Ulpiano, che riprende peraltro subito dal § 238. Sembra esserci stata, cioè, una più compiuta consapevolezza nella segnalazione dell'estensore.

<sup>311</sup> Riguardo al quale i dubbi sono comunque molti: cfr. G. COSSA, *Ad municipalem* cit., spec. 67 ss.

<sup>312</sup> Quanto a *Fragm. Vat. 237*, cfr. ancora G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 73.

<sup>313</sup> Cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 59 ss. e 107 ss. Merita precisare, comunque, che solo dell'ultima opera si può fondatamente sospettare un'origine lontana da Paolo.



sembrerebbe addirittura più idoneo a giustificare l'errore così eclatante dell'estensore dei *Fragmenta*. Risulterebbe cioè meno invasiva la congettura per cui, nel trascrivere i testi, egli avesse semplicemente confuso l'autore ma non la titolazione, guardando allora direttamente al *liber singularis* paolino sui compiti del *praetor tutelaris*.<sup>314</sup> E l'esame dei relativi frammenti evidenzia ancora la contiguità tra istituti, problemi e, specialmente, approcci.<sup>315</sup> Il passo successivo è breve: il *De officio* (o l'eventuale altro scritto in tema, fonte dei *Fragmenta*) avrebbe recato passaggi sovrapponibili a quelli del *De cognitionibus* usato dai giustiniani, così che di nuovo ci si trova di fronte a un'identità foriera di gravi sospetti sulla paternità delle opere in gioco. Ammettendo che almeno due versioni disomogenee delle dottrine esposte si fossero propalate in modo autonomo, in 'monografie' indipendenti sempre a nome di Paolo, si è insomma incoraggiati a trarre conclusioni nette:<sup>316</sup> da un lato, a rinsaldare la convinzione nell'apporto autoriale di quella figura; ma, dall'altro, a non dare per scontato che la fisionomia del *De cognitionibus* giunta sino al Digesto fosse la più vicina alla scrittura di epoca severiana.<sup>317</sup>

In effetti, gli indizi di ciò appaiono numerosi e convergenti. Ove il dettato di D. 27.1.46.1 e quello di *Fragm. Vat.* 237 fossero rispettivamente riconducibili alle sedi designate, almeno per una delle due saremmo di fronte a un'operazione di recupero, ovviamente di età tarda. A quale prestare fede? Premesso che potrebbero ben essere entrambe di origine spuria,<sup>318</sup> quanto meno il *De cognitionibus* appare fortemente 'a rischio': la stessa scelta degli argomenti e il taglio della loro trattazione sembra non sottrarsi a questa suggestione. Benché la proporzione finale dipenda essenzialmente dalla scrematura compiuta nel VI secolo, e nonostante che tutte le materie toccate siano tendenzialmente coerenti con l'argomento scelto, non è facile ignorare la netta predominanza delle tematiche connesse alla *tutela* e alle esenzioni (dai *munera* in genere), che si riverberano su una architettura assai compressa a confronto con il più ampio perimetro della monografia di Callistrato. Ebbene, affrontare de *visu* la *cognitio extra ordinem* – una procedura così diversificata e ricca di articolazioni<sup>319</sup> – soprattutto quando non vi erano ancora stati precedenti consoli-

<sup>314</sup> Così, peraltro, F. GRELLE, *Ad municipalem* cit., 43. Sul punto cfr. anche in G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 63 ss.

<sup>315</sup> Quale esempio di un quadro niente affatto lineare si vedano le indubbie assonanze tra D. 27.1.46 pr., sull'*excusatio* dei membri del *collegium pistorum*, e (Paul. *l.s. de exc.*) D. 27.1.26, con analogo regime per i *mensores frumentarii*, ordine professionale molto vicino al primo. Vd. § 2 e cfr. già G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 204 ss.

<sup>316</sup> Non si dovrebbe sottovalutare, pur se fra maggiori incertezze di inquadramento, che anche D. 50.17.101 – relativo al termine per ottemperare a una convocazione in giudizio – potrebbe afferire a differenti monografie. Qualora si acceda alla tesi prevalente, per cui quell'intimazione riguarderebbe il giudizio di appello (vd. § 8), nulla vieterebbe di guardare al *De appellationibus* come scritto concorrente: non nel senso che D. 50.17.101 si dovrebbe riportare a quest'ultimo, ma come indizio della presenza di materie eterogenee nel *De cognitionibus*, che potrebbero essere state trattate anche in altri  $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\beta\lambda\alpha$ .

<sup>317</sup> In particolar modo quando si ripeta che, possibilmente, la versione digestuale di tale *liber* dovrebbe cedere di fronte a quella dei *Fragmenta*.

<sup>318</sup> Come, del resto, si conclude per la monografia intitolata alla *lex municipalis*, anch'essa in apparenza concentrata sulle problematiche tutelari (cfr. G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 67 ss.).

<sup>319</sup> Anche solo per la circostanza che alla sua origine si trovavano una pluralità di riti diversificati, non riconducibili a schemi uniformi: questa la tesi che progressivamente ha preso campo tra gli studiosi, e per la quale si rinvia, in sintesi, a N. PALAZZOLO, *Dalle cognitiones alla cognitio: principe e giuristi verso la*

dati, se non quello di un giurista pressoché contemporaneo che vi si era cimentato con esiti significativamente più ampi – avrebbe dovuto impegnare Paolo in un lavoro cui difficilmente si sarebbe conferito un formato ‘unitario’. Se solo si pone a paragone il diffuso e reiterato sforzo di scrittura relativo al processo formulare (che si sarebbe tradotto in tutti o alcuni dei *μὀνὀβιβλἄ* a lui ascritti, dedicati ad aspetti settoriali di quei giudizi),<sup>320</sup> si constata che la trattazione dei riti ‘straordinari’ dovrebbe aver suscitato sul giurista un’attrattiva ben limitata.<sup>321</sup> Tale ‘inadeguatezza’, pertanto, è la ragione per cui non persuade l’idea che egli intendesse costruire un contraltare alle trattazioni sulla procedura *per formulas*.

Con la pretesa origine apocrifia del *De cognitionibus* risulta senz’altro compatibile l’evidente taglio pratico, che trapela dalle testimonianze superstiti. Nel giudizio su di esse, naturalmente, gioca un ruolo decisivo l’attività di ‘estrazione’ di Triboniano, che in alcuni casi – esemplare quello di D. 26.3.9 – ha lasciato davvero poco margine alle valutazioni esegetiche. Quasi tutti gli escerti si mostrano con sembianze estremamente sintetiche, che da sole sarebbero già indice di una produzione indirizzata alla pratica dei tribunali imperiali: il punto sta, pertanto, nel comprendere quanto di simile concisione sia dovuto alla ‘ripulitura’ giustiniana e quanto, di converso, fosse giù presente nei manoscritti precedenti. A parte D. 26.3.9, credo che quest’ultima ipotesi si adatti bene sia a D. 26.5.29, sia a D. 27.1.42,<sup>322</sup> sia a D. 50.16.228,<sup>323</sup> sia infine a D. 50.17.101. Quanto a D. 49.18.5 pr.-2, assodata l’armonia sostanziale tra i tre §§, non può escludersi che qualche ritocco sia intervenuto a rendere ancor più serrata la sequenza di esenzioni e connesse eccezioni.<sup>324</sup> Tuttavia, mi pare che, singolarmente considerati, quei §§ siano caratterizzati da un’impronta di vivida concretezza, denotante una sicura congruenza con la destinazione pratica. Infine, D. 27.1.46 pr.-2, di cui si può predicare la medesima natura di agglomerato di regole giuridiche, legate da ragioni facili da intuire, pur se con qualche timore di emendazione formale in più:<sup>325</sup> nessuno, però, che induca a dubitare che le sue sezioni

*costruzione del nuovo sistema processuale*, in F. MILAZZO (a cura di), *I tribunali dell’Impero* (Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano – Copanello, 7-10 giugno 2006), Milano 2015, 217 ss.

<sup>320</sup> Mi riferisco almeno al *De conceptione formularum* e al *De concurrentibus actionibus* (e forse al *De actionibus*: cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 41 ss. e 49 ss.).

<sup>321</sup> Al *De cognitionibus*, magari, sarebbe opportuno affiancare il *De appellationibus*, in questa stima (in merito, cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 31 ss.). Del resto, la predilezione di Paolo per la ‘frammentazione’ delle trattazioni in plurime monografie, talora di argomento davvero puntuale, che è documentata dal fecondo lascito di *libri singulares*, potrebbe ulteriormente suggerire – benché con forza solo indiziaria – che egli avrebbe magari preferito analizzare individualmente singole procedure *extra ordinem*, o precise fasi di esse.

<sup>322</sup> Pur se estrapolato da un contesto più ampio, come spingerebbe a pensare il «plane» iniziale, che forse mira a chiarire una disciplina che si era prima introdotta. Tuttavia, l’avverbio potrebbe esser stato inserito solo nel Digesto, per offrire un ponte di lettura rispetto a (Herm. 2 *iur. ep.*) D. 27.1.41.3 (suggerimento che però appare meno persuasiva: vd. § 5).

<sup>323</sup> Per il quale, evidentemente, è impensabile che non vi fosse un antecedente a cui connettere l’«et», ma senza che ciò influisca sulla compiutezza di una regola interpretativa in sé autosufficiente (vd. § 7).

<sup>324</sup> Vd. § 6.

<sup>325</sup> Vd. § 2. Ciò si osserva in special misura nel § 2, dal quale merita recuperare incidentalmente la concordanza con un ulteriore testo ulpiano di tradizione esterna ai *Digesta*, ossia *Fragm. Vat.* 203: qui però non si sollevano problemi di attribuzione, con il conseguente ossequio verso le notizie tradizionali, poiché le somiglianze tra le due fonti non giungono fino alla perfetta sovrapponibilità.

individualmente rispecchino la concezione autentica da parte dell'autore.<sup>326</sup>

Tra tutti i segni connotanti, conviene recuperare brevemente la presenza insistente – in rapporto alla lunghezza dei passi – di richiami a costituzioni imperiali, di cui ci si avvale in quattro casi (D. 26.5.29, D. 27.1.46.2, D. 49.18.5.2 e D. 50.17.101) e praticamente sempre nella forma del *rescriptum*.<sup>327</sup> Almeno due sono i rilievi proponibili. Anzitutto, in ordine alla tradizione testuale, si potrebbe aggiungere che un autore così attento al dato legislativo, se avesse avuto conoscenza di altre *constitutiones* le avrebbe, in quel contesto, sicuramente menzionate: laddove esse non sono transitate nel dettato digestuale, a differenza che in quello dei *Fragmenta Vaticana*, siamo autorizzati a concludere che quest'ultimo fosse il più aderente all'immagine autentica dei frammenti. Inoltre, la frequente ricerca di un appoggio nelle decisioni imperiali, che probabilmente risolvevano specifiche questioni direttamente o indirettamente connesse a *iudicia extraordinaria*, è sintomo della vicinanza alla realtà di quel processo, in cui l'autorità normativa del principe si manifestava ormai assiduamente:<sup>328</sup> non è un caso che altre opere analoghe di Paolo condividano la stessa impostazione.<sup>329</sup> È ovvio, dunque, che la qualità di componimento finalizzato alla diffusione tra i tecnici e gli operatori giuridici non sia pregiudizievole per un eventuale ritorno alla paternità paolina,<sup>330</sup> ma essa va coordinata con tutte le altre risultanze sopra raggiunte, che invece allontanano da quella soluzione.

In definitiva, si potrebbero astrattamente praticare le due opzioni contrapposte: nel senso dell'autenticità, per cui quel *liber* (A) sarebbe antecedente ai *Fragmenta Vaticana* e sarebbe giunto, con qualche variante interna sia all'autore di quelli (D<sup>1</sup>) che, più tardi e in forma parzialmente disomogenea, a Giustiniano (D<sup>2</sup>), fornendo il serbatoio per entrambe le operazioni compilatorie;<sup>331</sup> oppure nel senso divergente, ossia della sua composizione

<sup>326</sup> Si potrebbe propendere sia per l'idea che i commissari abbiano recuperato tre §§ che trovavano già così 'montati', sia che li abbiano posti personalmente in connessione, senza che ciò implichi di mutare l'opinione espressa.

<sup>327</sup> La difforme scelta lessicale adottata in D. 27.1.46.2 (*significavit*) riguarda il contenuto della decisione – essenzialmente interpretativo di una previgente disposizione: vd. meglio § 2 – e non la sua forma, che può ben identificarsi con quella del rescritto.

<sup>328</sup> Su tali interventi cfr., per tutti, N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*, Torino 1991<sup>2</sup>, 165 ss.

<sup>329</sup> Penso a quei lavori che, sotto diversa visuale, sono comunque dipendenti dalla *cognitio extra ordinem*: i *Decretorum libri* o le *Imperiales sententiae* (cfr. M. BRUTTI, *Iulius Paulus* cit., 3 ss.). Anzi, A.M. GIOMARO, *La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustiniane*, in StudUrb (Ser. A) 67, 2016, 54 propone una ricostruzione in base alla quale il *liber singularis de cognitionibus* potrebbe rappresentare una sezione di una delle due opere precedenti (come pure il *De appellationibus*), in quanto trattazioni di maggior spessore della medesima materia. In realtà, credo deponga in senso sfavorevole a ciò l'inequivocabile eterogeneità interna del nostro *μονόβιβλον*, che confliggerebbe con la «affinità di contenuti» che l'Autrice presuppone. Quanto al *De appellationibus* – che peraltro accoglie in D. 49.5.7 pr. menzione di una *constitutio* – vi è, in effetti, un passo su cui si potrebbero costruire delle connessioni col *De cognitionibus*: D. 49.4.2.3 (vd. il testo *infra*, in nt. 357) riguarda i termini per l'appello, chiave nella quale – secondo alcune letture – dovrebbe essere interpretato anche D. 50.17.101 (vd. § 8 e cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 145 ss.).

<sup>330</sup> In merito all'opportunità di spezzare il legame necessario tra finalità pratica di uno scritto e attribuzione a un'epoca meno votata alle riflessioni teoriche, come quella tardoantica (con ricadute sul discorso della paternità), si veda già G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 13 s. e *passim*.

<sup>331</sup> In tale ordine di idee, benché con risvolti peculiari, cfr. M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana* cit., 78.

postuma (sempre di A), e addirittura successiva alla prima redazione dei *Fragmenta*.<sup>332</sup> A me pare che, nella scelta, questa sia la conclusione più plausibile: il *De cognitionibus* non sembra altro che un florilegio di pronunce di Paolo, orientate sulla *cognitio*, risalenti a vari momenti della sua produzione e trasfuse in un componimento di consistenza unitaria con palesi scopi di riuso nella prassi giudiziale. Quando questo sia avvenuto, è difficile dire, pur se propenderei per il IV secolo, ossia tra i limiti delle due stesure dei *Fragmenta* che è stato possibile individuare.

In tale scenario, resterebbe ancora da chiarire quale sia stata la sorgente primaria a cui si attinse (prima di tutto nella collazione ‘vaticana’): questo interrogativo coinvolge naturalmente anche i lavori tangenti il nostro, ma non può ottenere risposta certa da scritti parimenti controversi.<sup>333</sup> La congerie di temi affrontati è rapportabile a quelli menzionati, ma anche ad altri più attendibili, ove la si sciolga in relazione ai singoli istituti (presi individualmente o collettivamente):<sup>334</sup> ciò nonostante, mancano effettivi riscontri, che possano aiutare a fissare la sorgente del materiale rifiuto in età tarda nel *De cognitionibus*. È possibile, in realtà, che quel titolo sia stato il frutto di un lavoro di aggregazione da un repertorio composito di scritti, tendenzialmente di Paolo, e che quindi si dovrebbe ricercare l’origine dei vari passi in base ai rispettivi argomenti: per le cause di giustificazione dalla tutela (D. 27.1.42 e 46 pr.-2) si sono già individuati i referenti, ma essi potrebbero essere i medesimi in tema di *confirmatio* (D. 26.3.9) e di tempi per la notifica della nomina (D. 26.5.29); più complesso per gli altri testi, ora per la pluralità di profili potenzialmente rilevanti (D. 49.18.5 pr.-2),<sup>335</sup> ora per la concisione anodina (D. 50.16.228), ora infine per la generalità che percepiamo (D. 50.17.101).

#### 10. PALINGENESI ‘SPURIA’ E ALTRI PROFILI CONCLUSIVI.

Le conclusioni che possiamo riassumere sono, pertanto, le seguenti. Dal punto di metodologico, è necessario tenere distinto il giudizio sui frammenti e il loro contenuto da quello relativo all’opera che ci è tramandata sotto il nome ‘*De cognitionibus*’. Quanto ai primi, perciò, si potrebbe convenire sulla sostanziale genuinità delle dottrine espresse, che consentono anche di esplorare timidi sforzi di datazione per ciascun passo. In una visione unificatrice, un eventuale testo che li comprendesse tutti sarebbe stato aggregato dopo il 218 d.C. Circa il secondo versante, poi, sembra lecito asserire che il  $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$  che conosciamo non sia invece un prodotto della scrittura di Paolo, e che si debba far risalire a un’età sicuramente posteriore. Di conseguenza, le due constatazioni convergono verso un approdo coerente e unitario: ove anche vi sia mai stato un modello iniziale ideato dal nostro autore, questo passaggio ci sfugge.

Date simili premesse, occorre semmai registrare la minore importanza che assume il tentativo di rendere palingenetivamente la struttura interna del *liber*, nella logica dell’in-

<sup>332</sup> Immaginando, poi un identico svolgimento degli sviluppi relativi a D<sup>1</sup>, noto però solo agli ultimi revisori dei *Fragmenta*, e D<sup>2</sup>, verso il Digesto.

<sup>333</sup> Come l’*Ad municipalem*, per il quale va fatto un discorso a parte: vd. i cenni *supra*, in nt. 318.

<sup>334</sup> Nella seconda prospettiva, penso ai vari *De officio*, oltre che per la tutela anche per le questioni relative al diritto municipale.

<sup>335</sup> Forse è troppo azzardato immaginare che le esenzioni a vantaggio dei *veterani* potessero collegarsi, per via di aggregazione casistica, a quelle dei membri dei *collegia* professionali, anche perché le prime non sembrano riguardare solo la tutela.

dagine su Paolo. Esso avrebbe senso solo assumendo che, ricostruendo quella, si otterrebbe comunque uno specchio fedele delle fattezze di quell'ipotetico archetipo, in qualche modo riconducibile alla mano del giurista. Poiché verosimilmente così non è, credo che sia comunque interessante provare a restituire la fisionomia del *De cognitionibus* apocrifo: prodotto che risale comunque a un'attività di compilazione giuridica interna all'esperienza romana, e legata alle peculiari esigenze della prassi tardoantica. Appurato che Lenel, per mancanza di alternative, si affidava alla successione dei frammenti osservata nel Digesto,<sup>336</sup> mi pare che un giudizio prudente possa, al più, fissare alcune relazioni di precedenza tra singoli *fragmenta*.

Pertanto, è ragionevole ritenere che D. 26.3.9, sulla *confirmatio tutoris*, fosse vicino e anteposto a D. 26.5.29, in tema di tempi di comunicazione dell'investitura a fini di *excusatio*: ciò sia in virtù del criterio formale di mantenimento, salvo prova contraria, della sequenza nell'ambito dello stesso libro digestuale, sia per motivi sostanziali, tra cui la logica successione tra i due argomenti.<sup>337</sup> Che quest'ultimo brano fosse inserito in sede di analisi della tutela testamentaria – quale variante difettosa, e dunque bisognevole di approvazione pubblica – oppure trovasse posto in una specifica sezione dedicata alla *confirmatio*,<sup>338</sup> appare più coerente ritenere che le dispense dall'incarico venissero affrontate in un secondo momento, dopo la tutela d'ufficio. È per quest'ultima, infatti, che esse erano sorte, benché si fossero poi estese alle diverse specie, potendosi perciò introdurre assieme alle varie prescrizioni comuni a tutte.<sup>339</sup>

<sup>336</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, 958.

<sup>337</sup> Per fornire un esempio del nesso tra il problema della *confirmatio tutoris* e quello delle *excusationes*, basta peraltro notare che nel titolo relativo al primo argomento (D. 26.3) sono compresi due passi provenienti da *libri excusationum*, uno di Modestino ([*6 de exc.*] D. 26.3.1 pr.-3) e uno proprio di Paolo ([*l.s. de exc.*] D. 26.3.4, per cui cfr. G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 213). Ciò denota che proprio in produzioni di quest'ultimo tipo potessero esistere aree di interferenza che meritavano uno spazio.

<sup>338</sup> Circostanza che pare meno verosimile, in ragione delle dimensioni contenute dell'opera (soprattutto se non dedicata solo alla tutela). Una sezione del genere non compare neppure nei commentari maggiori, ed è isolata essenzialmente dai giustinianeî nella composizione del titolo D. 26.3. Se andiamo a scorrere la provenienza dei *fragmenta* ivi raccolti, salta all'occhio come si tratti di un mosaico di opere eterogenee, tra cui solo Trifonino, col libro XIV delle *Disputationes* ottiene un duplice recupero (D. 26.3.8 e 10): ma la natura casistica dello scritto impone di pensare che vi fossero semmai elencate più questioni pratiche relative alla *confirmatio tutoris*, nel fluire dell'esposizione su tutte le decisioni in tema di tutela (ciò si apprende anche da O. LENEL, *Palingenesia* cit., II, 368 ss., ove ricostruzione del suddetto *liber*). Naturalmente, se vi fosse stata una parte riservata alla conferma, non si può escludere che essa si legasse alla tutela pretoria, piuttosto che a quella testamentaria (mentre in senso opposto ci influenza la decisione giustiniana). Tuttavia, credo che la lettura del *tutor confirmatus* come operante sostanzialmente in forza di un'equivalente nomina dell'autorità sia forse troppo moderna, rimanendo per i *prudentes* ancora fondante il presupposto formale dell'iniziale designazione effettuata dal testatore (vd. § 3). Di questa perdurante impostazione, senza dubbio, sono ancora lo specchio le scelte dei commissari, per cui è più sensato concludere che anche per i giuristi del principato la *confirmatio* dovesse connettersi alla tutela testamentaria, a livello di sistematica.

<sup>339</sup> L'origine dell'istituto è appunto ricondotta, dall'orientamento tradizionale, alla tutela imposta dal magistrato: cfr. la letteratura ricordata da M. PENTA, «*Potioris nominatio*» ed «*excusatio*» tra *consuetudine e legislazione imperiale*, in *Index* 18, 1990, 295 nt. 5; poi P. ZANNINI, v. *Tutela* cit., 307; C. FAYER, *La familia romana* cit., I, 448. In realtà, è probabile che già dal I secolo d.C. si venisse a concedere anche al tutore testamentario, a compensazione della scomparsa dell'*abdicatio* (sotto Claudio), quindi al tempo di Paolo sarebbe stato logico parlarne dopo aver esposto i caratteri generali di entrambe le categorie. Per

Procedendo, non è scontato che D. 27.1.42 seguisse entrambi i precedenti: pochi sono i dubbi rispetto a D. 26.3.9; di converso, se D. 26.5.29 accedeva davvero al segmento sulle cause di esonero,<sup>340</sup> è astrattamente immaginabile tanto che la norma relativa ai tempi di notifica potesse essere prevista inizialmente, come regola incidente sulla procedura complessiva di *excusatio*, quanto piuttosto che fosse aggiunta dopo che ne erano state elencate le possibili varianti, espressive degli aventi diritto, e che dunque soltanto nel finale ci si volgesse alla concreta procedura. Per dirimere l'incertezza, non sembra si possa ricorrere neppure all'unico altro componimento giurisprudenziale omonimo, cioè quello di Callistrato, rispetto al quale non possono sottovalutarsi le basilari differenze, che risaltano proprio in relazione alla struttura interna:<sup>341</sup> la predominanza tematica delle *excusationes* non appartiene alla monografia callistrataea, mentre influenza quella paolina, perlomeno nella presente prospettiva. Di conseguenza, dovrebbe forse essere più fecondo un confronto con le opere che condividono la centralità attribuita al nostro istituto: ossia quelle *de excusationibus* o *de officio pratoris tutelaris*. Si tratta, però, di scritti che generalmente hanno sollevato una fitta rete di interrogativi, e dei quali non è affatto semplice restituire l'architettura, non solo ai fini di comparazione.<sup>342</sup>

In definitiva, la conservazione della sequenza leneliana,<sup>343</sup> che è poi quella scandita dalla narrazione del Digesto, deve qui essere affidata prevalentemente alla tenuta dei ragionamenti fondanti l'ordine 'Bluhme-Krüger' (BK),<sup>344</sup> senza dimenticare i limiti di efficacia di questi ultimi, soprattutto laddove ci si confronti con *fragmenta* appartenenti a titoli digestuali distinti:<sup>345</sup> ed è per questo che tali ragionamenti offrono sicuramente maggiore affidabilità in rapporto al testo che segue, ossia D. 27.1.46 pr.-2, che per ragioni prevalentemente compositive<sup>346</sup> doveva internamente essere legato all'ordine di successione digestuale pure nell'originale. Altrettanto ipotetico è il posizionamento di D. 48.19.5 pr.-2, sull'*excusatio* da *munera* diversi da quello tutelare per i veterani: riguardo al rapporto con i casi sulle *excusationes* dalla tutela, e quindi il posizionamento interno alla trama dell'opera, ci si può solo affidare allo spoglio dei commissari, la cui sequenza (entro le masse) sconta però evidenti limiti quando si tratti di frammenti inseriti in distinti titoli (o libri) digestuali,<sup>347</sup> e a quello dello scritto omonimo di Callistrato. In realtà, tale raffronto spingerebbe molto lontano dalla sistemazione prospettata da Lenel, visto che nel *De cognitionibus* di

quanto riguarda invece quello legittimo, l'orientamento prevalente esclude la sua nascita anteriormente all'età tardoantica: cfr., per tutti, C. FAYER, *op. cit.*, 450 e nt. 233.

<sup>340</sup> Vd. quanto ipotizzato nel § 4.

<sup>341</sup> Distanza evidenziata già da R. BONINI, *I "libri de cognitionibus"* cit., 22 ss.

<sup>342</sup> Ovviamente, diversi sono i problemi che affliggono le due opere tramandate sotto il nome di Paolo (*De excusationibus tutelarum* e *De officio pratoris tutelaris*), rispetto a quelle di Ulpiano (per il quale le fonti attestano due titoli equivalenti) e di Modestino (con il suo *De excusationibus*). Una panoramica dei problemi era già in G. COSSA, *Per uno studio* cit., risp. 31 s. nt. 82, 48 s. nt. 126 e 118 s. nt. 91; si veda ora ID., *Iulius Paulus* cit., 59 ss.

<sup>343</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia* cit., II, 958.

<sup>344</sup> Non si dimentichi, però, che Lenel non aveva tenuto conto di quell'*ordo*, ma solo della successione di passi nei titoli del Digesto: cfr., su questo, almeno G. LUCHETTI, *Qualche osservazione di metodo*, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus* cit., 93 s.

<sup>345</sup> Per tutti, cfr. G. LUCHETTI, *Qualche osservazione* cit., 94 s.

<sup>346</sup> Vd. § 2.

<sup>347</sup> Lo si era già segnalato § 2, sempre in relazione al *De cognitionibus*.

quel giurista le problematiche tutelari sono separate e posticipate rispetto agli altri *munera*:<sup>348</sup> dal libro I si passa addirittura al IV.<sup>349</sup> Questo rilievo suggerisce che, ammesso che l'autore del *liber* (seguendo magari Paolo) considerasse la tutela come *munus*,<sup>350</sup> non è detto che combinasse le due trattazioni, anche perché – se fu lui a comporre il *μονόβιβλον* – è verosimile che non disponesse di paradigmi per la disposizione di una materia solitamente sparsa tra formati letterari diversi.<sup>351</sup> In definitiva, gli elementi a disposizione sono esigui, e addirittura potrebbero autorizzare – con una suggestione coraggiosa che qui non mi sento però di caldeggiare fino in fondo – ad anteporre questo frammento, nella restituzione palinogenetica, al blocco D. 26.5.29-D. 27.1.46 pr.-2.<sup>352</sup>

Infine, le due nette previsioni finali. Per D. 50.16.228, piuttosto che supporre un percorso 'discendente' – per cui, nell'alveo di un discorso generico, si passavano in rassegna i vari modi per divenire *municipes*, prima di parlare delle ricadute processuali<sup>353</sup> – riterrei configurabile quello di segno inverso, 'dall'occasione alla spiegazione'. Mentre si esponevano una o più norme aventi a destinatari i '*municipes*' (con oggetto *honores* o *munera*), sorgeva la necessità di delimitare la portata di quel termine: si individuava la caratteristica rilevante, nel peculiare contesto, per definirlo, ossia la nascita nel medesimo centro.<sup>354</sup> Se, dunque,

<sup>348</sup> Non è comunque oggetto di contestazione l'inclusione, da parte di Callistrato, della tutela entro quella categoria: per questo depone esplicitamente (Call. 4 *de cogn.*) D. 27.1.17.4. Cfr., per tutti, G. VIARENGO, *Studi* cit., 186 ss. e, sul passo, anche S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 249 s.

<sup>349</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, 81 ss. e 86 ss. Sulla struttura della monografia, si veda almeno R. BONINI, I "*libri de cognitionibus*" cit., spec. 7 ss. e 32 ss., ove si legge (Call. 1 *de cogn.*) D. 50.13.5 pr., ossia il testo in cui, preventivamente, si esplicitava la scansione delle varie materie oggetto di *cognitio* (vd. *supra*, nt. 178). Più sommariamente, cfr. ora S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 112 s. e 240 s.

<sup>350</sup> Sulla possibilità di predicare una simile qualifica ci si è brevemente soffermati *supra*, in nt. 179. In realtà, l'attribuzione per Paolo non è così scontata, visto che, a fronte di testi quali (Paul. 1 *ed. sec. de iurisd. tut.*) Fragm. Vat. 247, ove la tutela è equiparata ai *munera* (cfr. anche G. COSSA, *Ad municipalem* cit., 50 e nt. 33), troviamo anche voci di tenore difforme, tra cui sicuramente (Paul. 1 *sent.*) D. 50.5.12.1 con una separazione netta (*Comites praesidum et proconsulum procuratorumve caesaris a muneribus vel honoribus et tutelis vacant*). Cfr. G. VIARENGO, *Studi* cit., 191 s.

<sup>351</sup> È proprio Callistrato a sottolineare il carattere innovativo di un simile impegno, in D. 50.13.5 pr. che si apriva così: *Cognitionum numerus cum ex variis causis descendat, in genera dividi facile non potest, nisi summam dividatur* (cfr. almeno R. BONINI, I "*libri de cognitionibus*" cit., 32 ss. e S. PULIATTI, *Callistratus* cit., 234 s.). Ciò, ovviamente, ingenera delle riflessioni sul tempo di composizione dell'uno e dell'altro scritto, per le quali vd. *supra*, nel testo.

<sup>352</sup> A maggior ragione se il *De cognitionibus* non fosse stato di mano paolina, ma costruito successivamente. L'epigono avrebbe potuto contare, nell'accingersi a una composizione di per sé estremamente eterogenea, sul solo modello callistrato: quindi, verosimilmente ne avrebbe fatto tesoro, affidandovisi per la struttura interna.

<sup>353</sup> Tale prima soluzione si concilierebbe meglio con la forma del frammento, che prendeva le mosse dal *definiendum* per arrivare al *definiens*, ma incontra una duplice obiezione: anzitutto, la presenza della congiunzione lascerebbe supporre che la nascita non fosse titolo di rilievo primario, quando invece tutte le testimonianze note le attribuiscono ancora tale ruolo (in specie, quella ulpiana di D. 50.1.1 pr.); inoltre, in una rassegna di precetti sul *iudicium extra ordinem*, sarebbe apparso strano attardarsi in enunciazioni generali di ogni termine coinvolto (anche se si rendeva necessario puntualizzarne il senso, poiché esso ricorreva in qualche disposizione), soprattutto quando il formato 'singolo' prescelto lo rendesse evitabile.

<sup>354</sup> Merita segnalare che, nel proporre ancora una versione etimologica del termine vicina a quelle già osservate, Isid., *etym.* 9.4.21 utilizzerà poi la medesima formula di D. 50.16.228 (senza «*et*»), che peraltro

la tematica fosse stata contigua a quella dei passi sulle *excusationes*, D. 50.16.228 si sarebbe sicuramente incontrato nella stessa sezione del *liber*: cercare di ricostruirne la posizione rispetto quegli stessi passi significherebbe però erigere un'illazione su di un'altra.<sup>355</sup>

Circa D. 50.17.101, infine, è comunque opportuno, non dovendo essere fuorviati dalla scelta dei compilatori, attenersi a eguale prudenza. Se si accetta la riconduzione in un ambito di *appellatio*, è forse naturale guardare alla parte finale della trattazione, dove potesse trovare spazio il giudizio di secondo grado, anche se il parallelo con Callistrato non è di aiuto in tal senso. Non si può comunque escludere che dei termini di comparazione ci si occupasse in riferimento alle singole materie, modo in cui sembra diviso appunto il più noto lavoro omonimo.<sup>356</sup> Senza dimenticare che, laddove appunto si valorizzi il profilo oggettivo, e qualora si intenda D. 50.17.101 come riferito ai tempi prescritti in relazione all'*appellatio*, vi sarebbero non secondarie interferenze rispetto al *liber singularis de appellationibus*, nel quale il tema dei termini processuali era forse affrontato (D. 49.4.2.3):<sup>357</sup> circostanza che non allevia certo le difficoltà inerenti al *De cognitionibus*. Complessivamente, dunque, le resistenze offerte dai passi sono davvero troppe perché si traducano in una ferma proposta palinogenetica, in grado di superare in modo stringente la sequenza di spoglio e ricomposizione digestuale; ciò nonostante si è trovato lo spazio per suggerire alcuni spunti di riflessione in proposito.

Giunti alla chiusura di queste pagine – o, riprendendo la metafora iniziale, al momento di sganciare il tappeto dal nostro telaio –, potrebbe saltare agli occhi come l'unico risultato sembri quello che, in effetti, si paventava *ex ante*: l'origine apocrifa del *De cognitionibus* e l'estromissione dal novero delle opere di Paolo, che così si scopre oggi più 'povero', spogliato di un lavoro che per molti secoli gli è stato accreditato. In realtà, la premessa di fondo non era – né può essere, in generale, nella ricerca romanistica – quella di voler dimostrare a tutti i costi la paternità delle testimonianze antiche, come se, in caso contrario, esse perdessero di valore ai nostri occhi. Quest'ultimo esito, anzi, va recisamente escluso nel caso del *μονόβιβλον* in oggetto, se non altro perché tutti i *fragmenta* che ne sono sopravvissuti lasciano trasparire un'impronta (più o meno marcata) della mano creativa del maestro severiano. Ma l'eventuale 'disappunto' merita di essere sopito anche sotto un diverso punto di vista, a cui si è fatto già cenno prima della revisione palinogenetica. Si tratta del sotterraneo pregiudizio per cui a quanto proviene dai secoli segnati dall'eclissi<sup>358</sup> di una

non compare in alcun passo ulteriore dei *prudentes*: *Municipes sunt in eodem municipio nati, ab officio munerum dicti, eo quod publica munia accipiunt.*

<sup>355</sup> Continuando, di converso, ad affidarsi al confronto con l'omologo callistrateo, nella scia di quanto osservato su D. 49.18.5 pr.-2, si sarebbe autorizzati a suggerire che la *definitio* in parola si trovasse anteposta a tutti gli altri *fragmenta* sui privilegi e le esenzioni dalla tutela, e quindi in una collocazione 'alta' nell'opera, addirittura nelle prime battute (forse addirittura prima della disciplina dei veterani).

<sup>356</sup> Cfr. almeno R. BONINI, I "*libri de cognitionibus*" cit., 29 ss. In subordine, allora, se ci si dovesse concentrare sul tratto tematico, magari in accordo col processo municipale (o di ambito provinciale), saremmo indirizzati alle battute iniziali, come è già accaduto di rimarcare per D. 49.18.5 pr.-2 e D. 50.16.228.

<sup>357</sup> *Si pro eo, qui capite puniri iussus est, necessaria persona appellet, an tertia die audiri possit, Paulus dubitat.* Cfr., in generale, G. COSSA, *Iulius Paulus* cit., 145 ss. Circa il punto di specie, il margine di incertezza è dovuto alla circostanza che quel frammento contiene in realtà una citazione solo indiretta di Paolo (tramite Macro), senza indicazione dell'opera originaria, che potrebbe anche non essere il *De appellationibus*.

<sup>358</sup> Approfitto dell'elegante metafora coniata da V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Studi storici* 48, 2007, 927 ss. (ripubblicato con



dominante *scientia iuris* – a partire dall’inizio del IV, per intendersi – non spetti l’etichetta di prodotto letterario, ma vada riservato un interesse esclusivamente ‘riflesso’, per quanto cioè possa trasmetterci del patrimonio scientifico del principato. È, naturalmente, solo l’esito radicale di una concezione – che ormai pare (opportunamente) confinata in spazi e contesti del tutto marginali – fondata su presupposti teorici originariamente condivisibili: ossia soprattutto che là dove c’è stato maggiore sviluppo dell’elaborazione giuridica si debba concentrare l’attenzione degli studiosi.

Se questo è un dato di limpida evidenza, esso non può però indurre a trascurare il seguito di quell’eccezionale vicenda creativa, che esige di essere valutato in modo autonomo e approfondito al fine di enucleare – nella logica di uno studio come il presente – i tratti caratterizzanti dei frutti di quella stagione. Non necessariamente la mancanza di originalità dei contenuti deve, cioè, costituire lo stigma per relegare su un piano di irrilevanza scritti che, invece, rappresentano lo specchio dei tempi che li videro nascere. Per tornare insomma al circoscritto piano della presente indagine, anche un trattatello come il tardoantico *De cognitionibus*, sebbene di ignoto creatore e di contenuto molto eterogeneo, può rivelare profili di interesse. In primo luogo, per se stesso: come esito editoriale di un’età che chiedeva agli autori un determinato tipo di prodotti, con precisi stilemi di semplicità, immediatezza e certezza nei riferimenti normativi; prodotti che però non potevano certo costruirsi a prescindere dal patrimonio sterminato lasciato dalla *iuris prudentia* anteriore. La rispondenza alle necessità della prassi, che accomuna la ricca produzione di opere compilative che fiorite a partire dalla fine del III secolo,<sup>359</sup> può innanzi tutto illuminare la destinazione dell’opera, che non esiterei a immaginare rivolta agli operatori giuridici del processo: quel sintetico prontuario – per quanto apparentemente raffazzonato – di regole sulle procedure correnti non sembra mostrare uguale aderenza alla finalità didattica. Ma tale rispondenza ‘giudiziaria’ potrebbe, in teoria, risultare sintomatica anche – in direzione opposta – dell’identità dell’autore, o meglio della sua ‘tipologia’: presumibilmente uno studioso del diritto, con una qualche pratica di materiali giurisprudenziali antichi – onde conoscere almeno le fonti da cui recuperarli – e una precisa visione dello scopo di un siffatto *liber singularis*.

In secondo luogo, infine, si è potuto apprezzare un significativo risvolto delle speculazioni sul *De cognitionibus*: le ricadute sulla conoscenza di altre opere attribuite allo stesso Paolo, dall’*Ad municipalem* alle monografie sugli istituti tutelari. In questo campo ha avuto modo di emergere il valore di quell’intreccio tra fonti e relative esegesi, da cui avevo preso le mosse. Solamente alla fine del lavoro, insomma, si può avere un’idea complessiva di tutti i ‘fili’ utilizzati per tessere l’immagine iniziale: con una semplice ma fondamentale differenza rispetto alla creazione di un tappeto. Nell’indagine sui testi romani, all’inizio manca il bozzetto o il progetto che ci si propone di realizzare, quello che fornisce lo schema a cui adattarsi: il disegno restituito da tale attività di esegesi è sempre conoscibile esclusivamente all’esito di essa.

modifiche in *Annaeus* 4, 2007, 53 ss.), che la riferiva però già al momento iniziale di quel percorso di ‘oscuramento’, ossia la metà del III secolo.

<sup>359</sup> Si veda, per tutti, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni* cit., 173 s., 272 ss., 377 ss.

Nunzia Donadio

‘*Sectores, sicarii, proditores*’.

L'accusa di complicità nelle proscrizioni sillane  
e i ‘*loci*’ dell’invettiva politica tardorepubblicana

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss some references of Cicero to the *proscriptiones* and to the proponents of ferocious executions, disposed by Sulla in the aftermath of the victory over the Marians. They did not integrate simple occasions of moral disapproval against that period of barbarism (the dictatorship of Sulla and the *proscriptiones*), but they actually constitute typical arguments of the political invective in Rome at the end of the republican era, and realize the fundamental purpose of discrediting the opponent of faction. Those references indeed help to represent the political opponent as an enemy of the Roman republic (*hostis publicus*) and of the *libertas* of Romans; as a person out-law; as a *pernicies*, who is feared in every human society like corsairs, brigands, robbers. Consequently, next to the tyrant and criminal monster model, another figure emerges in Cicero's speeches: the figure of the *sicarius et sector*, who is involved in the killing of the proscribed and in the looting of large fortunes.

PAROLE-CHIAVE

Proscriptions; *sector* and *sicarius*; *loci argumentorum*; *adtributa personis*; cruelty; political invective; *hostis publicus*.



*'SECTORES, SICARII, PRODITORES'.*  
L'ACCUSA DI COMPLICITÀ NELLE PROSCRIZIONI  
SILLANE E I *'LOCI'* DELL'INVETTIVA POLITICA  
TARDOREPUBBLICANA \*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Proscritti, *'sicarii'* e *'sectores'* nella strategia in difesa di Sesto Roscio Amerino. – 3. Complici nelle proscrizioni, *'hostes'* e *'proditores'* nelle *'Verrinae'*. – 4. Le proscrizioni a Larino e la strategia difensiva della *'pro Cluentio'*. – 5. I catilinarini, tra gli spietati assassini al seguito di Silla. – 6. L'attivismo politico di Clodio e la minaccia di *'novae proscriptiones'*. – 7. Riflessioni conclusive.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Non è agevole tracciare un decalogo esaustivo dei motivi dell'invettiva tardorepubblicana. L'oratoria ciceroniana, in particolar modo, si presta a interpretazioni mutevoli nel tempo, per i diversi approcci metodologici possibili dall'osservatore moderno. Importanti apporti all'individuazione dei *loci* convenzionali dell'invettiva al tempo di Cicerone sono stati forniti soprattutto dalle ricerche di Nisbet,<sup>1</sup> indirettamente da quelle di Süß<sup>2</sup> e, più di recente, da un interessante articolo di Craig.<sup>3</sup> Tra gli *argumenta a persona* più frequenti nelle orazioni dell'Arpinate (e nell'oratoria repubblicana in genere) è da sempre segnalata l'accusa al nemico di fazione di crudeltà verso cittadini e alleati («cruelty to citizens and allies»),<sup>4</sup> prevalentemente in connessione con l'aspirazione alla tirannide o, più in genere, al potere di stampo dispotico:<sup>5</sup> cioè, come contrarietà ai valori repubblicani e ai bisogni della

\* La ricerca è condotta su alcune tra le principali arringhe criminali e politiche di Cicerone: ovvero, la *pro Roscio Amerino*, le *Verrinae*, la *pro Cluentio*, le *Catilinariae*, la *De domo*, l'*in Pisonem* e le *Philippicae*.

<sup>1</sup> M. Tulli Ciceronis in L. Calpurnium Pisonem Oratio, edited with introduction and commentary by R.G.M. NISBET, Oxford 1961, 192 ss., che enumera i principali motivi convenzionali dell'invettiva nella *Pisoniana*.

<sup>2</sup> W. SÜSS, *Ethos. Studien zur älteren griechischen Rhetorik*, rist. Aalen 1975 dell'ed. Leipzig 1910, 247 ss., che offre un'elencazione dei *loci a persona* nella prassi oratoria del mondo greco.

<sup>3</sup> Cfr. CH. CRAIG, *Audience Expectations, Invective, and Proof*, in J. POWELL, J. PATERSON (ed. by), *Cicero the Advocate*, Oxford 2004, 187 ss., spec. 190 s. per i *loci a persona* nella *Pisoniana*.

<sup>4</sup> V. per tutti CH. CRAIG, *Audience Expectations* cit., 191 (con bibl.), quanto alla *in Pisonem*. Per il suo impiego nella lotta politica tardorepubblicana cfr. segnatamente A. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford 1968, 47 ss.; ID., *Cruelty in the Political Life of the Ancient World*, in T. VIJAMAA, A. TIMONEN, CH. KRÖTZL (ed. by), *Crudelitas. The Politics of Cruelty in the Ancient and Medieval World. Proceedings of the International Conference, Turku, May 1991*, Krems 1992, 9 ss. La condanna da parte di Cicerone della crudeltà nell'esecuzione capitale è ben illustrata anche da R.A. BAUMAN, *Human Rights in Ancient Rome*, London 2000, 43 s. Sulla *clementia* come *virtus* romana e sul suo contrario (specie come *crudelitas in suppliciis*) nell'oratoria ciceroniana, invece, v. in part. M. BARDEN DOWLING, *Clemency and Cruelty in the Roman World*, Ann Arbor 2006, spec. 18 ss.

<sup>5</sup> Ricordo per tutte la figura di Verre, che nelle invettive ciceroniane è *tyrannus* (o despota) di inaudita avidità e feroce crudeltà verso i *cives* e verso i siculi soggetti alla sua iniqua giurisdizione criminale in

*civitas Romanorum*.<sup>6</sup> Rispetto alle ricognizioni recenti dei temi dell'invettiva ciceroniana,<sup>7</sup> mi sembra utile vagliare più in dettaglio l'imputazione di *crudelitas in suppliciis*, che entro la più generica accusa di crudeltà (in campo e *domi*) rappresenta un motivo ricorrente dell'aggressione verbale agli avversari, 'consentita' all'oratore nell'agone politico e giudiziario della Roma del I sec. a.C.<sup>8</sup> Essa si ripete in modo quasi ossessivo nelle invettive dell'oratoria forense, come emblematicamente nelle *Verrinae*<sup>9</sup> contro il corrotto governatore di Sicilia: l'accusa di *crudelitas in animadvertendo*, ricondotta da Cicerone all'intemperanza emotiva (*libido* e *furor*) e all'incontrollata avidità di denaro del rivale (*avaritia*, *cupiditas*, *aviditas*), è strumentale alla denuncia – che occupa soprattutto la *De suppliciis* – degli abusi di potere commessi da Verre nell'esercizio della repressione criminale in Sicilia e, per i casi in cui quest'ultima aveva interessato cittadini romani in provincia, all'imputazione di ostilità alla *res publica* e ai *cives*.<sup>10</sup>

In queste pagine intendo mostrare che i riferimenti di Cicerone alle proscrizioni e ai

provincia. L'imputazione a Verre di tirannia è in part. in Cic., *Verr.* 2.1.82 (*tyrannus libidinosus crudelisque*); *Verr.* 2.3.25; *Verr.* 2.4.51; *Verr.* 2.4.123; *Verr.* 2.5.21 (*tyrannica interdicta tua*); *Verr.* 2.5.103 (*importunus atque amens tyrannus*). Perfino Apronio partecipa della tirannide di Verre: cfr. Cic., *Verr.* 2.3.115 (*tyrannice statuit*). Sull'impiego dello stereotipo del tiranno crudele nell'invettiva a Verre cfr. per tutti J.R. DUNKLE, *The Greek Tyrant and Roman Political Invective of the Late Republic*, in TAPhA 98, 1967, 160 ss.; ID., *The Rhetorical Tyrant in Roman Historiography: Sallust, Livy and Tacitus*, in CW 65, 1971, 15. Sul nesso tradizionale tra *crudelitas in suppliciis* e aspirazione alla tirannide in Cicerone torna da ultima N. DONADIO, *Retorica e diritto criminale nell'oratoria ciceroniana*, in Index 49, 2021, spec. 480 ss. Un'ampia ricognizione delle ricorrenze nelle *Verrinae* dei riferimenti alla crudeltà di Verre è ancora in N. DONADIO, *Da avversario di fazione a criminale pericoloso: percorsi di una strategia accusatoria dalla Pro Roscio Amerino alle Filippiche*, in IVRA 69, 2021, 271 nt. 152. Per il lessico latino della tirannia nell'invettiva politica tardorepubblicana e il legame con la tragedia greca, v. almeno V. SIRAGO, *Tyrannus. Teoria e prassi antitirannica in Cicerone e suoi contemporanei*, in RAL 31, 1956, 195 ss., al quale rinvio per l'uso sinonimico di *rex dominus tyrannus* in Cicerone; K. BÜCHNER, *Der Tyrann und sein Gegenbild in Cicero's Staat*, in Hermes 80, 1952, 343 ss., che esamina il ricorso alla metafora *tyrannus* nell'oratoria ciceroniana; e Y. BARAZ, *Discourse of Kingship in Late Republican Invective*, in N. PANOU, H. SCHADEE (ed. by), *Evil Lords. Theories and Representations of Tyranny from Antiquity to the Renaissance*, Oxford 2018, 43 ss. Più in generale, su semantica e impiego dei lemmi *regnum*, *tyrannis*, *dominatio* nel lessico politico del I sec. a.C., cfr. J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*<sup>2</sup>, Paris 1972, 560 ss.

<sup>6</sup> Cfr. ad es. Cic., *Verr.* 2.5.170.

<sup>7</sup> Rinvio in part. a CH. CRAIG, *Audience Expectations* cit., 187 ss., con approfondimento della lett. precedente.

<sup>8</sup> Interessanti considerazioni sulla violenza oratoria e le sue forme nella dottrina ciceroniana sono in CH. GUERIN, *Frangere adversarium: usages et limites de la violence oratoire dans la rhétorique ciceronienne*, in V. AZOULAY, P. BOUCHERON (ed. by), *Le mot qui tue. Une histoire des violences intellectuelles de l'Antiquité à nos jours*, Paris 2009, 225 ss.

<sup>9</sup> Una discussione sul genere 'invettiva', come identificato dalla similarità dei *topoi* ricorrenti in diversi contesti oratori, è in J.G.F. POWELL, *Invective and the Orator: Ciceronian Theory and Practice*, in J. BOOTH (ed. by), *Cicero on the Attack. Invective and Subversion in the Orations and beyond*, Swansea 2007, 1 ss., spec. 8 ss. Resta comunque importante anche il criterio della finalità principale dell'arringa, come quella di attaccare apertamente l'avversario per discreditarlo, finalità del resto riscontrabile in modo preponderante anche nella strategia accusatoria scelta da Cicerone contro Verre.

<sup>10</sup> Per l'accusa di *crudelitas* in relazione al problema delle imputazioni mosse a Verre nel processo *de repetundis* del 70 a.C., cfr. R. SEAGER, *Repetundae, maiestas and Cruelty in Cicero's Verrines*, in AH 27, 1997, 1 ss.

fautori delle feroci esecuzioni, disposte da Silla all’indomani della vittoria sui mariani, lungi dal rappresentare mere occasioni di indignazione e riprovazione morale verso quella stagione di barbarie, costituiscono in realtà argomenti propri dell’invettiva politica realizzandone la finalità fondamentale di gettare discredito sull’avversario di fazione. Siffatti riferimenti sono diretti a suscitare l’avversione dell’uditorio nei confronti dell’oppositore e contribuiscono, con altri elementi, a rappresentarlo persuasivamente come nemico della *res publica* e della *libertas* dei romani; come “fuorilegge”, soggetto cioè che per un’elevata pericolosità criminale è temuto in ogni società umana alla stregua dei *praedones piratae latrones*; come individuo che sotto la spinta del furore, dell’avidità di denaro e di potere, della crudeltà, della temerarietà nel delinquere sovverte e distrugge con i crimini più efferati ogni legame naturale verso lo stato, i concittadini, gli *hospites*, i parenti e consanguinei: cioè l’intera cerchia sociale e familiare entro cui l’individuo, in condizioni di normalità, godeva di protezione e tutela.

L’immagine dell’avversario, al quale Cicerone può imputare nelle sue invettive un coinvolgimento diretto nelle proscrizioni sillane oppure una condotta analoga a quella propria dei sicari che imperversarono in città, nei municipi italici e nelle colonie, durante le ritorsioni contro i mariani – sotto il profilo del comune intento tra gli uni e gli altri di instaurare *novae proscriptiones*<sup>11</sup> –, si compone di svariati elementi attinti a diverse figure retoriche, che sono ampiamente sfruttate nell’oratoria tardorepubblicana per determinare l’ostilità dell’uditorio contro il nemico di fazione: come quella dell’*hostis* o *hostis rei publicae*;<sup>12</sup> quella del *proditor* (Cic., *Pis.* 31 e 78; Cic., *Rosc. Am.* 117-118) e *parricida patriae*;<sup>13</sup> quella del *praedo pirata* e *latro*,<sup>14</sup> che fa leva sull’assimilazione del rivale all’*inimicus communis omnium* o *communis hostis* (Cic., *off.* 3.107);<sup>15</sup> quella del

<sup>11</sup> Per questo motivo v. ad es. Cic., *Rosc. Am.* 153 e *Verr.* 2.5.153.

<sup>12</sup> Sulle diverse locuzioni utilizzate al riguardo nell’oratoria ciceroniana per indicare il nemico pubblico, rinvio fondamentalmente al lavoro di P. JAL, *Hostis (publicus) dans la littérature latine de la fin de la République*, in *REA* 65, 1963, spec. 55.

<sup>13</sup> Per la semantica di questi termini nel lessico politico della tarda repubblica v. J. HELLEGOUARC’H, *Le vocabulaire latin*<sup>2</sup> cit., spec. 188 s. Quanto al rapporto tra la figura dell’*hostis publicus* e le proscrizioni sillane o triumvirali, interessanti considerazioni si possono trovare inoltre in A. DUPLÁ ANSUATEGUI, *Peor que un esclavo? Hostis publicus en la época ciceroniana*, in *Los espacios de la esclavitud y la dependencia desde la Antigüedad. Actas del XXXV Coloquio del GIREA. Homenaje a Domingo Plácido*, Besançon 2015, 423 ss. Sul valore della locuzione *parricida patriae* in fonti storiografiche e oratorie di età repubblicana torna, da ultima, F. TUCCILLO, *Catilinari parricidae rei publicae*, in *Index* 49, 2021, 501 ss., alla quale rinvio per l’ampia bibl.

<sup>14</sup> Sul ricorso a queste metafore nell’invettiva di età repubblicana v. almeno A. TARWACKA, *The Term Pirate as a Form of Political Invective in Republican Rome and its Legal Implications*, in I.G. MASTROROSA (a cura di), *Latrocinium maris. Fenomenologia e repressione della pirateria nell’esperienza romana e oltre*, Roma 2018, 51 ss.; TH. GRÜNEWALD, *Bandits in the Roman Empire. Myth and Reality*, trans. by J.F. DRINKWATER, London-New York 2004, 73 ss.; TH.N. HABINEK, *Cicero and the Bandits*, in TH.N. HABINEK (ed. by), *The Politics of Latin Literature: Writing, Identity, and Empire in Ancient Rome*, Princeton 1998, 69 ss.; M. CLAVEL-LÉVÉQUE, *Brigandage et piraterie: représentations idéologiques et pratiques impérialistes au dernier siècle de la République*, in *Dialogues d’Histoire Ancienne* 4, 1978, 17 ss.; e naturalmente B.D. SHAW, *Bandits in the Roman Empire*, ora in R. OSBORNE (ed. by), *Studies in Ancient Greek and Roman Society*, Cambridge 2004, 326 ss., con ricognizione aggiornata al 2004 della copiosa letteratura in tema di brigantaggio e pirateria nel mondo romano.

<sup>15</sup> Su questo testo v. per tutti K.H. ZIEGLER, *Pirata communis hostis omnium*, in *De iustitia et iure. Festschrift für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin 1980, 93 ss.; P. CATALANO, *Cic. de off. 3.108 e il*

*tyrannus* avido e crudele<sup>16</sup> o del despota orientale (Cic., *Verr.* 2.3.76-77 e 2.5.27);<sup>17</sup> quella del *monstrum vel portentum* di straordinaria pericolosità criminale e di eccezionale immoralità.<sup>18</sup> Tutte queste componenti della retorica dell'esclusione consentivano all'oratore di costruire nella percezione del pubblico un'immagine quanto mai aberrante dell'avversario di fazione, avvertito come individuo di elevata perniciosità sociale, destinato a essere privato di ogni protezione umana e divina (pena capitale o esilio).<sup>19</sup>

Molte sono le definizioni impiegate per evidenziare la pericolosità delinquenziale dell'avversario e per suscitare, attraverso la paura per la minaccia criminale sul territorio dell'urbe, avversione nei suoi confronti: *civis perniciosus, pernicius, pestis, labes, calamitas, horribilis tempestas, flamma rei publicae, pestifer civis, procella patriae, naufragium rei publicae, furia patriae*.

Accanto al modello tradizionale del tiranno e del mostro di bestiale criminalità, emerge perciò dalle aringhe di Cicerone anche un'altra figura retorica, quella del *sector et sicarius*, che è implicato negli eccidi dei proscritti e nelle spoliazioni dei patrimoni di ricchi concittadini; che minaccia nuove ritorsioni e confische in danno dei *boni cives*; che, per una

*così detto diritto internazionale antico*, in A. GUARINO, L. LABRUNA (a cura di), *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 373 ss. Per lo scarto, nell'alterità al *civis Romanus*, tra l'*hostis* e il pirata, quale figura paradigmatica di delinquente abituale che Cicerone contrappone al 'nemico' della *civitas* rispetto ai valori che presiedevano ai rapporti internazionali tra Roma e le altre comunità politiche (*ius fetiale*), v. segnatamente P. JAL, *Hostis (publicus) cit.*, 53 ss., spec. 71; A. MAIURI, *Hostis, hospes, extraneus. Divagazioni etimo-antropologiche sul senso dell'alterità nella civiltà romana*, in S. BOTTA, M. FERRARA, A. SAGGIORO (a cura di), *La storia delle religioni e la sfida dei pluralismi. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia delle Religioni, Roma, Sapienza 8-9 aprile 2016*, Brescia 2017, 463 s.; R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino 2012, 53 e 54 ss. Torna sul tema più di recente A. TARWACKA, *The Term pirate cit.*, 59 ss. (con altra bibl.). Definizioni analoghe a quella di Cic., *off.* 3.107 sono in Cic., *Verr.* 2.4.21 e 2.5.76.

<sup>16</sup> Sul tema è fondamentale J.R. DUNKLE, *The Greek Tyrant cit.*, 151 ss.; ID., *The Rhetorical Tyrant cit.*, 12 ss.

<sup>17</sup> Sull'impiego nelle invettive a Verre della figura del despota orientale cfr. in part. CH. GUERIN, *La construction de la figure de l'adversaire dans le De signis de Cicéron*, in *Vita Latina* 179, 2008, 50 ss., 53 s.

<sup>18</sup> Tra i principali luoghi v. Cic., *dom.* 47; *Pis.* frg. 1, 9, 31; *Cluent.* 188; *Mil.* 63; *Phil.* 13.49 e 14.8; *Verr.* 2.1.40, 2.2.79, 2.4.47. Per quest'aspetto della rappresentazione dei nemici di fazione nell'oratoria ciceroniana cfr. N. DONADIO, *Verre e la figura del mostro criminale nell'invettiva ciceroniana*, in *BStudLat.* 52 (2022) 421 ss. Sulla mostruosità politica dell'avversario sempre in Cicerone, v. per tutti J.M. MAY, *Cicero and the Beasts*, in *SyllClass* 7, 1996, 143 ss.; C. LÉVY, *Rhétorique et philosophie: la monstruosité politique chez Cicéron*, in *REL* 76, 1998, 139 ss.; A. CORBEILL, *Ciceronian Invective*, in J.M. MAY (ed. by), *Brill's Companion to Cicero. Oratory and Rhetoric*, Leiden 2002, 197 ss.; B. CUNY-LE CALLET, *Du bétail à la bête fauve. Monstruosité morale et figures de l'animalité chez Cicéron*, in *Anthropozoologica* 33-34, 2001, 131 ss.; EAD., *Rome et ses monstres. Naissance d'un concept philosophique et rhétorique*, Grenoble 2005; EAD., *Le monstre politique et la destruction de l'identité romaine dans les discours de Cicéron*, in M. SIMON (ed. by), *Identités romaines: conscience de soi et représentations de l'autre dans la Rome antique (IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C. - VIII<sup>e</sup> siècle apr. J.-C.)*, «Études de Littérature Ancienne», 18, Paris 2011, 73 ss.

<sup>19</sup> Cicerone ribadisce più volte nelle sue orazioni la necessità di mandare a morte gli avversari pericolosi per lo stato, dei quali dice che *odio supplicioque digni sunt*, come ho cercato di dimostrare in *Da avversario di fazione a criminale pericoloso cit.*, 238 ss. Sul punto cfr. inoltre A. DUPLÁ ANSUATEGUI, *Incitement to Violence in Late Republican Political Oratory*, in C. ROSILLO LÓPEZ (ed. by), *Political Communication in the Roman World*, Leiden-Boston 2017, 181 ss. La tendenza ad ascrivere il rivale politico al novero dei nemici della *civitas Romanorum* rappresentava anche un espediente per escluderlo dalla cittadinanza con le sue prerogative: su ciò v. per tutti P. JAL, *Hostis (publicus) cit.*, 79.

delittuosità grave diretta contro i *sui*, viene percepito alla stregua di *praedones piratae latrones* in seno alla *civitas*.

L'accusa all'avversario di coinvolgimento nelle *proscriptiones* sillane, di ostilità verso i concittadini e di *cupiditas dominandi*, compare già nella *pro Roscio Amerino* dell'80 a.C.,<sup>20</sup> dove essa viene impiegata sebbene in modo diversificato sia contro il liberto sillano Crisogono, sia contro T. Roscio Magno e T. Roscio Capitone, complici nell'illegittima vendita all'asta dei possedimenti della vittima<sup>21</sup> e (forse) anche nel suo assassinio.<sup>22</sup> Dunque questo *locus* compare già nell'oratoria forense, come conferma ancora il suo significativo impiego nel 70 a.C. contro Verre<sup>23</sup> e nel 66 contro Oppianico *pater*;<sup>24</sup> ma viene adattato anche all'oratoria deliberativa, ricorrendo in particolare contro Catilina e i congiurati (Cic., *Cat.* 2.20, 3.24, 4.11), contro Clodio (Cic., *dom.* 43-44 e 55) e ancora nel 43 contro Marco Antonio (Cic., *Phil.* 5.43). Non sempre esso si fonda sulla possibilità di imputare all'avversario un reale coinvolgimento nelle proscrizioni, come accade ad esempio per Marco Antonio nelle *Filippiche*; ma il richiamo alla ferocia del regime sillano (nel contesto delle *proscriptiones*) diventa strumento per rappresentare efficacemente la *crudelitas* connessa alla *cupiditas regni* del nemico di fazione, richiamando così nell'uditorio l'orrore per quelle morti cruenti di cittadini innocenti volute da Silla, il clima di terrore vissuto con la pubblicazione delle liste e con i primi eccidi, la paura di un ritorno alle proscrizioni in città.

Come mostrerò in seguito, il ricorso al *metus* di *novae proscriptiones* rappresenta un abile strumento retorico, di cui Cicerone si avvale per esacerbare le emozioni del suo pubblico, inducendone avversione contro i propri oppositori.<sup>25</sup> Questo motivo dell'invettiva giudiziaria e deliberativa ricorre con maggiore frequenza comprensibilmente nelle arringhe cronologicamente più vicine all'evento, quelle cioè tra l'80 e il 63 a.C., sia perché alcuni degli avversari che si collocano in quest'arco della produzione oratoria ciceroniana furono effettivamente coinvolti a pieno titolo nelle proscrizioni e nelle esecuzioni dei mariani (come i mandanti dell'accusa nella *pro Roscio Amerino*, Verre, Oppianico *pater* e alcuni tra i catilinari), sia perché il ricordo dell'orrore vissuto sotto Silla rappresentò verosimilmente una ferita ancora molto dolorosa nelle classi egemoni, almeno per tutto il ventennio dalla chiusura delle liste di proscrizione il primo giugno dell'81 a.C.<sup>26</sup> Sbandierando il timore di

<sup>20</sup> Per la datazione dell'arringa cfr. in part. T.E. KINSEY, *The Dates of the Pro Roscio Amerino and Pro Quinctio*, in *Mnemosyne* 20, 1967, 61 ss.; L. FANIZZA, *Il parricidio nel sistema della lex Pompeia*, in *Labeo* 25, 1979, 276; M. RAVIZZA, *Lex Cornelia de sicariis et poena cullei*, in *IVRA* 52, 2001, ma pubbl. 2005, 227 nt. 4. Sul rapporto cronologico tra la declamazione dell'orazione e la sua pubblicazione v. spec. D.H. BERRY, *The Publication of Cicero's Pro Roscio Amerino*, in *Mnemosyne* 57, 2004, 80 ss.

<sup>21</sup> V. Cic., *Rosc. Am.* 21, 80-81, 93-94, 126-130, 137, 150-154.

<sup>22</sup> Del rapporto tra l'uccisione di Roscio *senior*, in quanto inserito tra i proscritti, e il fondamento dell'accusa di parricidio contro il figlio si è occupato spec. J.E.G. ZETZEL, *A Contract on Ameria: Law and Legality in Cicero's Pro Roscio Amerino*, in *AJPh* 134, 2013, 425 ss. Per la discussione sulle modalità di inserimento di Roscio *pater* tra i proscritti v. F. HINARD, *Les proscriptions de la Rome républicaine*, Roma 1985, 57.

<sup>23</sup> Cic., *Verr.* 2.1.38, 43, 123-124; 2.3.81; 2.5.119; 2.5.153.

<sup>24</sup> Cic., *Cluent.* 25, 123, 125, 151, 161, 188.

<sup>25</sup> Sul ruolo e la funzione di *spes* e *metus* nell'impostazione retorica del dibattito forense dell'oratore v. adesso A. GARCEA, *Due passioni dell'incertezza: paura e speranza nelle orazioni ciceroniane*, in G. PETRONE, A. CASAMENTO (a cura di), *Lo spettacolo della giustizia. le orazioni di Cicerone*, Palermo 2007, 199 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Cic., *Rosc. Am.* 128.



un ripristino delle *proscriptiones*, Cicerone sapeva di trovare immediata solidarietà negli ascoltatori, estratti dai ceti più fortemente colpiti dagli eccidi sillani e che avevano avuto certamente familiari o amici tra i proscritti.

La pericolosità criminale degli avversari per la crudeltà e l'ostilità ai *sui* (e ai concittadini), dimostrata con l'imputazione di coinvolgimento nelle proscrizioni sillane,<sup>27</sup> consente all'oratore di trasformare l'immagine del destinatario delle sue invettive, fino a sovrapporla con quella del nemico pubblico e della *calamitas rei publicae*: egli è fonte di sciagure per la comunità cittadina e come tale è anche assimilato al *monstrum vel portentum*, destinato a essere allontanato dalla città (anche attraverso la distruzione fisica). Questa soluzione emerge, riferita all'azione dei nemici piuttosto che alla loro rappresentazione, dall'associazione tra la stagione delle proscrizioni, da un lato, e l'idea di vendetta politica<sup>28</sup> o di brigantaggio e latrocinio,<sup>29</sup> dall'altro. Ma su quest'aspetto tornerò più avanti.

## 2. PROSCRITTI, 'SICARII' E 'SECTORES' NELLA STRATEGIA IN DIFESA DI SESTO ROSCIO AMERINO.

La denuncia di coinvolgimento nelle proscrizioni sillane degli avversari di Roscio Amerino *filius*, come infimi *sectores* e feroci *sicarii*, rappresenta una componente fondamentale della strategia difensiva ideata per la sua prima *causa publica* da Cicerone<sup>30</sup>, che è anche la più vicina agli eventi tragici che contrassegnarono l'avvento di Silla al potere<sup>31</sup>. Tale de-

<sup>27</sup> Nell'imputare *crudelitas in suppliciis* a Verre per la crocefissione di Gavio di Compsa, Cicerone ne evidenzia l'ostilità ai *cives Romani* e lo ascrive al novero dei nemici pubblici, come si inferisce da Cic., *Verr.* 2.5.169: *Sed quid ego plura de Gavio, quasi tu Gavio tum fueris infestus ac non nomini, generi, iuri civium hostis?* La violazione dei *iura civitatis* da parte di Verre nel caso di Gavio è stata fortemente contestata da J. CARCOPINO, *Observations sur le De suppliciis*, in RIDA 3, 1950, 229 ss., secondo cui i casi narrati da Cicerone nella *De suppliciis* si ridurrebbero in realtà a due: quello di Lucio Erennio, sospettato di complicità con i sertoriani e la cui innocenza secondo lo studioso non sarebbe ben argomentata da Cicerone; quello di Gavio, al quale sarebbe stata estesa la cittadinanza romana soltanto nel 70 a.C.

<sup>28</sup> V. in part. Cic., *Cat.* 3.24.

<sup>29</sup> Su quest'aspetto v. più avanti nel testo.

<sup>30</sup> Per la strategia dell'orazione v. W. STROH, *Taxis und Taktik. Die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden*, Stuttgart 1975, 55 ss.; T.E. KINSEY, *Cicero's Case against Magnus, Capito and Chrysogonus in the Pro Sex. Roscio Amerino and its Use for the Historian*, in AC 49, 1980, 173 ss.; A.R. DYCK, *Evidence and Rhetoric in Cicero's Pro Roscio Amerino: the Case against Sex. Roscius*, in CQ 53, 2003, 235 ss.; Y. BENFERHAT, *Vita rustica: un idéal politique et moral? Réflexions sur le Pro Roscio Amerino*, in Caesariodunum 37-38, 2003-2004, 259 ss. (con bibl.); P. PARRONI, *La prima causa publica di Cicerone: una rilettura della Pro Sex. Roscio Amerino*, in Myrtia 30, 2015, 61 ss.; M. BLANDENET, *Stratégie discursive et valorisation de la vita rustica dans le Pro Roscio Amerino de Cicéron*, in CH. HUNZINGER, G. MEROT, G. VASSILIADES (textes réunis par), *Tours et détours de la parole dans la littérature antique*, Bordeaux 2017, 189 ss.

<sup>31</sup> Sul nesso tra l'orazione, il contesto politico del tempo e le proscrizioni sillane v. segnatamente R. SYME, *The Speech for Roscius of Ameria*, in R. SYME, F. SANTANGELO (ed. by), *Approaching the Roman Revolution: Papers on Republican History*, Oxford 2016, 79 ss. Sulla discussa portata politica dell'orazione cfr. con posizioni differenti V. BUCHHEIT, *Ciceros Kritik an Sulla in der Rede für Roscius aus Ameria*, in Historia 24, 1975, 570 ss.; F. HINARD, *L. Cornelius Chrysogonus et la portée politique du pro Roscio Amerino*, in LCM 4, 1979, 75 s.; T.E. KINSEY, *Cicero's Case cit.*, 173 ss.; ID., *The Political Insignificance of Cicero's Pro Roscio*, in LCM 7, 1982, 39 s.; R. SEAGER, *The Political Significance of Cicero's Pro Roscio*, in LCM 7, 1982, 10 ss.; Y. BENFERHAT, *Vita rustica cit.*, 49 ss., 269 e 275 s.; K. KUMANIECKI,

nuncia serve all’oratore innanzitutto per dimostrare alla giuria della *quaestio de sicariis et veneficiis*,<sup>32</sup> dinanzi alla quale venne portata la delazione di parricidio in danno del cliente, che il nominativo di Roscio *senior* tra i proscritti era stato inserito a liste ormai chiuse,<sup>33</sup> che l’imponente patrimonio fondiario dell’uomo era stato confiscato e venduto all’asta in contrasto con le disposizioni della *lex Cornelia de proscriptionibus*,<sup>34</sup> per assecondare in realtà la cupidigia di individui infidi e spietati come Crisogono e i due Rosci suoi complici; che la vittima era stata assassinata premeditatamente in piena pace a Roma, mentre rincassava da una cena (Cic., *Rosc. Am.* 126), con la connivenza e il sostegno di questi ultimi.<sup>35</sup>

La strategia retorica scelta dall’Arpinate è dunque segnata, sotto questo profilo, dall’opportunità di evitare un’aperta contestazione alle proscrizioni e agli assassini realizzati sotto la spinta della vendetta politica, nella fase di consolidamento del regime sillano (per effetto appunto delle *proscriptiones*). Si mette perciò in discussione la riconducibilità delle vicende di Roscio *pater* ai termini esatti della *lex Cornelia*, s’imputa agli avversari un’appropriazione illecita dei suoi immensi possedimenti terrieri, perché realizzata in danno di un individuo che non era proscritto né aveva militato tra i reparti nemici; ma non si entra con toni polemici nel merito delle scelte sottese all’indizione delle liste di proscrizione da parte di Silla, come si può evincere in particolare da questi passaggi dell’orazione: ‘... *si lege, bona quoque lege venisse fateor; sin autem constat contra omnis non modo veteres leges, verum etiam novas occisum esse, bona quo iure aut quo modo aut qua lege venierint quaero*’ (Cic., *Rosc. Am.* 126); ‘... *Profecto aut haec bona in tabulas publicas nulla redierunt nosque ab isto nebulone facitius eludimur quam putamus, aut, si redierunt, tabulae publicae corruptae aliqua ratione sunt; nam lege quidem bona venire non potuisse constat*<sup>36</sup> ... (Cic., *Rosc. Am.* 128); ‘... *Quod animadversum est in eos qui contra omni ratione pugnarunt, non debeo reprehendere ... Sin autem id actum est et idcirco arma sumpta sunt ut homines postremi pecuniis alienis locupletarentur et in fortunas uniuscuiusque impetum facerent, et id non modo re prohibere non licet sed ne verbis quidem vituperare, tum vero in isto bello non recreatus neque restitutus, sed subactus oppressusque populus Romanus est*’ (Cic., *Rosc. Am.* 137).

La contestazione diretta alle *proscriptiones* non avrebbe procurato all’oratore la disposizione favorevole dei giudici sia per l’ovvia considerazione che Silla era ancora in vita, sia per la circostanza che confutare il fondamento delle uccisioni di concittadini, inclusi nelle liste di proscrizione come nemici pubblici, significava esporsi al sospetto di aver militato tra le fila dei mariani e di conseguenza al rischio di essere accusati come *hostes rei publicae*. La polemica che Cicerone conduce contro le proscrizioni, che può farsi più aspra e diretta nelle orazioni più vicine al giugno dell’81, nella *pro Roscio Amerino* è però contenuta

*Cicerone e la crisi della repubblica romana*, trad. it. a cura di L. COSTANTINI, Roma 1972, 84 ss.; E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma-Bari 2009, 45 ss., al quale rinvio anche per un quadro di sintesi delle relazioni politico clientelari coinvolte nella causa di Roscio.

<sup>32</sup> Sulla natura della *quaestio* v. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 644 con nt. 3; L. FANIZZA, *Il parricidio* cit., 267; D. MANTOVANI, *Il problema d’origine dell’accusa popolare. Dalla quaestio unilaterale alla quaestio bilaterale*, Padova 1989, 218 ss.

<sup>33</sup> Sulla questione v. *supra* nt. 22.

<sup>34</sup> Cfr. segnatamente Cic., *Rosc. Am.* 125-126.

<sup>35</sup> V. in part. Cic., *Rosc. Am.* 126. Sul fondamento delle accuse mosse da Cicerone a Magno e Capitone cfr. in part. T.E. KINSEY, *Cicero’s Case* cit., 173 ss.; e R. SEAGER, *The Guilt or Innocence of Sex. Roscius*, in *Athenaeum* 95, 2007, 895 ss.

<sup>36</sup> Cfr. Cic., *Rosc. Am.* 128-130.

dall'obiettivo pragmatico del *patronus*, di perseguire l'assoluzione del suo cliente dall'odiosa delazione di parricidio, e dalla difficoltà di costruire nel quadro di quella congerie politica un persuasivo contrasto tra la figura moralmente edificante di Roscio *filius* e quella aberrante del potente liberto sillano Crisogono (con i suoi complici).<sup>37</sup> In quest'orazione la critica alle *proscriptiones* segue dunque uno specifico percorso argomentativo e retorico, incentrato fondamentalmente sulla denuncia del clima di disordini sociali e abusi individuali seguiti all'indizione delle liste di proscrizione, che erano stati o venivano ancora commessi all'ombra del dittatore, spesso a sua insaputa, come conseguenza della licenza data a chiunque di denunciare inseguire uccidere.

La polemica al fondamento della vendita all'asta del patrimonio di Roscio rappresenta un efficace espediente retorico per ricordare ai giudici, in modo continuativo nel corso dell'orazione, che all'indizione delle proscrizioni sillane aveva fatto seguito una fase di abusi, di ingiustificati assassini, di appropriazioni indebite in danno di ricchi esponenti degli ordini egemoni, commessi in concreto da infimi individui, estratti per lo più dai ceti subalterni, spesso in condizione servile o di semi dipendenza, avidi e spietati oltre ogni limite di ragionevolezza umana. Cicerone perciò identifica costantemente la stagione delle proscrizioni come momento di brigantaggio o latrocinio incontrollato contro i *boni cives* e di disordini sociali in città; e assimila i suoi oppositori a *piratae* e *gladiatores*, per un verso, a *sectores* e *sicarii*, per l'altro. In questo modo, egli evita di sollevare l'indignazione dei giudici direttamente contro le proscrizioni e il suo ideatore, per eccitarne il risentimento verso gli scaltri partigiani e collaboratori di Silla, che avevano approfittato delle ritorsioni contro i mariani per arricchirsi illecitamente in danno di facoltosi senatori e cavalieri (non di rado innocenti), o contro gli esecutori materiali dei massacri di proscritti.

Al novero di queste figure socialmente pericolose, l'oratore ascrive emblematicamente anche Crisogono, T. Roscio Magno e T. Roscio Capitone, che vengono perciò raffigurati mediante il ricorso al metaforico dell'esclusione e al lessico latino del vizio, del *periculum*, dell'ostilità, della bestialità e mostruosità, della crudeltà e del dispotismo. Il metaforico dell'esclusione – connesso principalmente con il richiamo a figure di malviventi abituali e per tendenza quali i *praedones* e *piratae*, i *gladiatores* e *lanistae*, i *latrones* e i *fures* – serviva a ricondurre alla condizione di soggetto *out-law* o di *a non-person* i mandanti dell'accusa di parricidio contro Roscio.<sup>38</sup> Il loro coinvolgimento nell'illegittima vendita all'asta<sup>39</sup> dei possedimenti di Roscio d'Ameria *pater* – un *latrocinium* nell'ottica dell'Arpinate (Cic., *Rosc. Am.* 61) – viene enfatizzato con lo scopo di accostare le figure di Crisogono e dei complici a quelle topiche per i ceti dai comportamenti devianti, che, posti ai margini della società civile, erano avvertiti come soggetti altamente pericolosi per l'inclinazione a commettere reati contro l'integrità collettiva e la sicurezza dei patrimoni individuali.

Dei tre antagonisti nella causa, Cicerone sottolinea innanzitutto la scelleratezza e la consuetudine a procacciarsi denaro con il delitto,<sup>40</sup> onde dimostrare la probabilità che

<sup>37</sup> Sulla figura del liberto sillano in relazione alla rappresentazione del dittatore, segnalo in part. V. BUCHHEIT, *Chrysgonus als Tyrann in Ciceros Rede für Roscius aus Ameria*, in *Chiron* 5, 1975, 193 ss.

<sup>38</sup> In merito a queste qualificazioni rinvio a M. CLAVEL-LÉVÊQUE, *Brigandage* cit., 17 ss. e B.D. SHAW, *Bandits* cit., 326 ss.

<sup>39</sup> La denuncia ciceroniana dell'illegittimità di questa vendita è discussa: cfr. in part. T.E. KINSEY, *The Sale of the Property of Roscius of Ameria: how Illegal was it?*, in *AC* 57, 1988, 296 s.

<sup>40</sup> Tra i luoghi più significativi ricordo: Cic., *Rosc. Am.* 6 (... *sperat* [ovvero *Chrysgonus*] *se posse, quod adeptus est per scelus, id per luxuriam effundere atque consumere*); *Rosc. Am.* 7 (... *deinde a vobis, iudices, ut*

anche nelle vicende connesse al processo contro Roscio si sarebbero resi colpevoli di una criminosa appropriazione dei beni della vittima attraverso un grave delitto di sangue. Così i tre (presunti) istigatori della delazione di parricidio, prevalentemente Crisogono in realtà, sono ricondotti alla masnada dei *sectores collorum et bonorum* che imperversarono appunto durante il periodo delle proscrizioni sillane:<sup>41</sup> essi vengono perciò definiti *sectores ac sicarii*, con riferimento alle presunte responsabilità nella morte di Roscio d’Ameria senior e nel latrocinio dei suoi immensi possedimenti fondiari.<sup>42</sup> E ancora, Magno è denunciato dall’Arpinate più genericamente di *furta* e *rapinae*,<sup>43</sup> onde mostrarne la propensione a reati contro il patrimonio, che presentavano un elevato grado di pericolosità sociale; mentre altrove se ne ricordano le criminose consuetudini di vita (*‘multa scelerate, multa audaciter, multa improbe fecisti ...’*).<sup>44</sup> Quanto a Capitone, infine, con riferimento al *probabile e anteaucta vita*, Cicerone dice che non si può immaginare misfatto di cui questi non si sia macchiato impunemente.<sup>45</sup>

Ma forse il quadro del malfattore per tendenza socialmente pernicioso non poteva essere meglio completato che con l’assimilazione di Crisogono e dei Rosci a tipologie di delinquenti posti ai margini della società, *inimici* dell’umanità intera o addirittura *monstra* e *nefariae beluae*.<sup>46</sup> Così del potente liberto sillano si denuncia la *fera immanisque natura*<sup>47</sup> e di Magno si dice che è insieme *inimicus* e *sicarius*.<sup>48</sup> I tre complici vengono definiti, a seconda delle circostanze, *gladiatores*, *domestici praedones*, *piratae*, *latrones*, *proditores*, *transfugae*, *lanistae*.<sup>49</sup> ‘... *Nam duo isti sunt T. Roscii ... homines eiusmodi: alter plurimarum palmarum vetus ac nobilis gladiator habetur, hic autem nuper se ad eum lanistam contulit, qui-que ante hanc pugnam tiro esset, quod sciam, facile ipsum magistrum scelere audaciaque superavit*’ (Cic., *Rosc. Am.* 17).

Riguardo all’impiego della metafora del *gladiator* o del *lanista* contro Magno e Capitone, Imholtz<sup>50</sup> ha sottolineato la polivalenza dei due lemmi nelle fonti della tarda repubbli-

*audacium sceleris resistatis ...*); *Rosc. Am.* 8 (*homines sicarios atque gladiatores*); *Rosc. Am.* 15, dove si parla di *domestici praedones* alludendo a Magno e Capitone; *Rosc. Am.* 78 (... *in caede atque ex caede vivunt*); *Rosc. Am.* 81 (*‘Ii denique qui tum armati dies noctesque concursabant, qui Romae erant assidui, qui omni tempore in praeda et sanguine versabantur ... e illam sicariorum multitudinem, in qua ipsi duces ac principes erant ...’*); *Rosc. Am.* 100, dove su Capitone si osserva che *audio praeterea non hanc suspicionem nunc primum in Capitonem conferri; multas esse infamis eius palmas ...*; *Rosc. Am.* 123 (... *dixi initio, iudices, nolle me plura de istorum scelere dicere quam causa postulare ac necessitas ipsa cogeret*); *Rosc. Am.* 152, dove Magno è definito *sector*, *inimicus*, *sicarius*.

<sup>41</sup> V. Cic., *Rosc. Am.* 80.

<sup>42</sup> Cic., *Rosc. Am.* 151-152.

<sup>43</sup> Cfr. Cic., *Rosc. Am.* 24.

<sup>44</sup> Cic., *Rosc. Am.* 104. Cfr. Cic., *Rosc. Am.* 8.

<sup>45</sup> Cic., *Rosc. Am.* 116.

<sup>46</sup> Come si può inferire ad es. da Cic., *Rosc. Am.* 146.

<sup>47</sup> Cfr. Cic., *Rosc. Am.* 146.

<sup>48</sup> Cic., *Rosc. Am.* 152.

<sup>49</sup> V. ad es. Cic., *Rosc. Am.* 8, dove, riferendosi ai mandanti dell’accusa, Cicerone parla di *homines sicarii atque gladiatores*; *Rosc. Am.* 15 (i due Rosci sono detti *domestici praedones*); *Rosc. Am.* 24 (Magno è qui *praedo nefarius*); *Rosc. Am.* 27 (i due Rosci vengono qui definiti *latrones*); *Rosc. Am.* 117-118 (Capitone è presentato come *proditor*, *perfuga* e *lanista*).

<sup>50</sup> A.A. IMHOLTZ JR., *Gladiatorial Metaphors in Cicero’s Pro Sex. Roscio Amerino*, in CW 65, 1972, 228 ss.

ca, a indicare sia i gladiatori e gli addestratori di combattenti nell'arena, sia soggetti di pessima *fama* per l'estrazione sociale, *sordidi, viles, sicarii, latrones*. In realtà, la figura del *gladiator*, come quelle analoghe del *praedo* o *pirata*, del *latro*, del servo fuggitivo, sono assunte topicamente nell'argomentare la propensione al crimine e la malvagità d'animo degli avversari, per il fatto di rappresentare in termini paradigmatici tipologie di individui che, per le condizioni sociali e gli stili di vita, erano percepite comunemente come altamente pericolose, inclini a delinquere e alla recidiva. Ricordo la rappresentazione di Crisogono come spietato brigante e feroce pirata, delinquenti tra i più dannosi per la tranquillità individuale e la pace sociale: '... *Quis umquam praedo fuit tam nefarius, quis pirata tam barbarus ut, cum integram praedam sine sanguine habere posset, cruenta spolia detrahere mallet?*' (Cic., *Rosc. Am.* 146).

La figura più rappresentativa delle proscrizioni, nella visione ciceroniana, ovvero quella dell'infimo e avido collaboratore/partigiano di Silla disposto a ogni crimine sotto l'impulso della cupidigia di denaro, viene riassunta dall'oratore come detto nell'immagine del *sector* e *sicarius*. Quella del *sector* è una figura retorica impiegata già nella commedia romana: in Plauto, ad esempio, ricorre il lemma *sector* (Plaut., *Persa* 172).<sup>51</sup> L'oratoria tardorepubblicana e l'invettiva politica ciceroniana recuperano quest'uso negativo del termine, conservandolo anche in contesti idealmente e cronologicamente distanti dalla stagione delle proscrizioni sillane.<sup>52</sup> Nei riferimenti a queste ultime e ai coinvolgimenti in esse dei nemici di fazione, Cicerone persegue il fine di creare una rapida associazione – nella mente degli ascoltatori – tra l'avversario nella causa e il *sector* o *sicarius* di sillana memoria,<sup>53</sup> sollecitando così la paura per la minaccia delinquenziale in città e per un ritorno alle arbitrarie uccisioni di *cives* e alle brigantesche appropriazioni di patrimoni individuali (come consentite da Silla). Si legga il seguente testo:

Cic., *Rosc. Am.* 80: *Nescimus per ista tempora eosdem fere sectores fuisse collorum et bonorum?*

Nella *pro Roscio Amerino*, questo modello serve appunto a delineare un'immagine fortemente negativa di Crisogono e dei complici e a contrapporre ad esse quella positiva del cliente, secondo lo schema della giustapposizione tra *vituperatio* e *laudatio* adattato all'oratoria giudiziaria. Cicerone si oppone in particolar modo al tentativo della controparte (l'*accusator* Gaio Erucio<sup>54</sup>) di far apparire l'imputato un *adulescentulus corruptus* (e *perditus filius*)<sup>55</sup> che, sotto la spinta di passioni irrefrenabili come il *furor* criminale, arriva fino a

<sup>51</sup> C. LODGE, *Lexicon Plautinum*, II, Hildesheim-New York 1971, 596.

<sup>52</sup> Per l'invettiva v. Cic., *Pis.* 38 (per Pisone); Cic., *Phil.* 2.39, 2.65, 2.75 (per Marco Antonio). Sulla metafora *sector* in Cicerone impiegata contro gli avversari di fazione, v. in part. I. OPELT, *Die lateinischen Schimpfwörter und verwandte Erscheinungen: Eine Typologie*, Heidelberg 1965, 135 e 209.

<sup>53</sup> Alla figura del *sicarius* Cicerone ascrive anche l'immagine di Silla nel noto riferimento in Cic., *off.* 2.27.

<sup>54</sup> Sulla veridicità della posizione delineata da Cicerone per Erucio, rispetto all'accusa di Roscio, cfr. in senso dubitativo T.E. KINSEY, *Cicero's Case* cit., 185 e 189. Sul personaggio v. FR. MÜNZER, v. 'Erucius' nr. 2, in *PWRE* 6, Stuttgart 1907, 552; R. DYCK, *Evidence and Rhetoric* cit., 241.

<sup>55</sup> V. rispettivamente Cic., *Rosc. Am.* 39 e 41. Sui rapporti effettivi tra Roscio *senior* e il figlio, e sulla loro raffigurazione retorica nell'arringa di Cicerone, v. in part. R. DYCK, *Evidence and Rhetoric* cit., 237 s., 244 (con bibl.).

concepire l’assassinio del padre. Di contro, dimostra che lo stile di vita di Roscio (*vita rustica*) è quello che meno si confà a un delinquente pericoloso e di disumana crudeltà quale un patricida: dedito a sovrintendere alla coltivazione dei campi aviti ad Ameria, lontano dagli eccessi della capitale, il giovane ha da sempre condotto un’esistenza semplice, agendo in armonia con i principi morali di un tempo e mostrando in ogni circostanza una buona indole e un amor filiale esemplare.<sup>56</sup> Quest’immagine di Roscio *filius* riceve ulteriore persuasività dal confronto che l’oratore instaura tra il suo cliente e le figure topiche del *latro praedo proditor gladiator e sicarius*, a cui riconduce Crisogono e i suoi complici.

I riferimenti alle *proscriptiones* e alle responsabilità degli avversari nella vendita all’asta del patrimonio della vittima servivano perciò ad adattare, alle specifiche esigenze della strategia difensiva della *pro Roscio Amerino*, il meccanismo della contrapposizione tra *vituperatio* e *laudatio*, proprio del genere epidittico e dell’invettiva politica.<sup>57</sup> Il suo impiego nella definizione del confronto tra Roscio *filius* e i suoi oppositori emerge in particolare da questo brano:

Cic., *Rosc. Am.* 81: *Idenique qui tum armati dies noctesque concursabant, qui Romae erant assidui, qui omni tempore in praeda et sanguine versabantur, Sex. Roscio temporis illius acerbitatem iniquitatemque obicient et illam sicariorum multitudinem, in qua ipsi duces ac principes erant, huic crimini putabunt fore? Qui non modo Romae non fuerit, sed omnino quid Romae ageretur nesciret, propterea quod ruri assiduus, quemadmodum tute confiteris, fuit.*

L’associazione delle proscrizioni ai disordini sociali, agli abusi di potere, agli assassini non giustificati dalla logica della vendetta pubblica emerge in numerosi passaggi dell’arringa<sup>58</sup> e serve a infondere nei giudici avversione verso quanti rappresentarono l’espressione più feroce dei *sectores* che imperversarono in città in quel periodo, come appunto Crisogono e i due Rosci. Nel paragrafo 21 dell’orazione, Cicerone ricorda alla giuria che la vendita dei beni di Roscio *pater* sarebbe avvenuta *Sulla impudens*: l’espedito non serviva solo ad allontanare il sospetto di voler attaccare pubblicamente il regime sillano, ma era utile per ascrivere gli avversari al novero degli infidi e meschini trafficanti di vite umane e patrimo-

<sup>56</sup> In merito alla contrapposizione di stili di vita tra Roscio *filius* e gli avversari nella strategia difensiva della *pro Roscio Amerino*, cfr. segnatamente A. VASALY, *The Masks of Rhetoric. Cicero’s Pro Roscio Amerino*, in *Rhetorica* 3, 1985, 1 ss.; Y. BENFERHAT, *Vita rustica* cit. 259 ss. La valorizzazione della vita di campagna avrebbe rappresentato una mera soluzione retorica diretta a rendere persuasiva la dimostrazione della personalità e indole dell’accusato: così in part. M. BLANDENET, *Stratégie discursive et valorisation de la vita rustica* cit., 189 ss. Riguardo alla caratterizzazione degli *homines ex municipiis rusticanis* come elemento della difesa di Roscio, v. E. LO CASCIO, *Realtà e rappresentazione: la caratterizzazione degli homines ex municipiis rusticanis nella Pro Roscio Amerino*, in G. PETRONE, A. CASAMENTO (a cura di), *Lo spettacolo della giustizia* cit., 49 ss. Per la costruzione dell’immagine di Roscio come uomo dedito alla vita rusticana, vista per il suo valore di argomento in favore dell’innocenza dell’imputato, interessanti considerazioni sono in A.R. DYCK, *Evidence and Rhetoric* cit., 235 ss., il quale sottolinea l’artificiosità della dicotomia tra stili di vita nel cliente e nei mandanti dell’accusa e l’«abuse of stereotypes» da parte di Cicerone.

<sup>57</sup> Sulla funzione della *vituperatio* nell’oratoria romana cfr. adesso V. ARENA, *Roman Oratorical Invective*, in W. DOMINIK, J. HALL (ed. by), *A Companion to Roman Rhetoric*, Oxford-Malden (Mass.) 2007, 149 ss., con discussione della bibl. precedente; J.G.F. POWELL, *Invective and the Orator* cit., 1 ss.; A.PH. CORBEILL, *Ciceronian Invective* cit., 197 ss.

<sup>58</sup> Su ciò cfr. per tutti A. LINTOTT, *Violence* cit., 51.

ni, che agirono all'ombra di Silla (spesso a sua insaputa) e all'insegna dell'avidità durante la stagione delle *proscriptiones*.<sup>59</sup>

Il riferimento alle proscrizioni è utilizzato da Cicerone già nell'epilogo, per sollecitare nei giudici emozioni utili a predisporli in senso favorevole all'assoluzione di Roscio: come, la paura di un ritorno a quella stagione di crudeltà e barbarie; il timore di farsi strumento dell'eliminazione dei *liberi proscriptorum* attraverso una sentenza di condanna alla pena capitale contro l'accusato (verosimilmente la *poena cullei*);<sup>60</sup> il ricordo del dolore e sgomento provati con lo spettacolo dei cadaveri insepolti nelle strade della città.<sup>61</sup> Si leggano in particolare i seguenti testi:

Cic., *Rosc. Am.* 151: *Ad eamne rem vos reservati estis, ad eamne rem delecti ut, eos condemnaretis quos sectores ac sicarii iugulare non potuissent ... Di prohibeant, iudices, ut hoc, quod maiores consilium publicum vocari voluerunt, praesidium sectorum existimetur.*<sup>62</sup>

Cic., *Rosc. Am.* 154: ... *Hanc tollite ex civitate, iudices, hanc pati nolite diutius in hac re publica versari; quae non modo id habet in se mali quod tot cives atrocissime sustulit, verum etiam hominibus lenissimis ademit misericordiam consuetudine incommodorum.*<sup>63</sup>

L'uso a fini retorici dell'accusa di volere instaurare nuove proscrizioni, in questo caso attraverso la condanna di Roscio per parricidio da parte della giuria della *quaestio de sicariis et veneficiis*, è ben evidente in questo testo: '... *cavete, per deos immortales, iudices, ne nova et multo crudelior per vos proscriptio instaurata esse videatur*' (Cic., *Rosc. Am.* 153). L'emozione che l'oratore vuole suscitare nel pubblico è connessa con il timore nei giurati di subire un'accusa di *crudelitas adversus cives* (o contro municipali legati a importanti famiglie della capitale, come Roscio), per aver emesso la sentenza capitale di un innocente. Il motivo ritorna frequentemente nelle orazioni della maturità, dove viene impiegato per ascrivere il comportamento degli avversari politici a quello proprio del tiranno di disumana ferocia.

### 3. COMPLICI NELLE PROSCRIZIONI, 'HOSTES' E 'PRODITORES' NELLE 'VERRINAE'.

Nelle argomentazioni che Cicerone svolge nelle *Verrinae* contro il rivale, l'accusa di coinvolgimento nelle proscrizioni sillane diventa un espediente retorico per indurre i lettori

<sup>59</sup> L'associazione delle proscrizioni con un'epoca di disordini sociali e di criminalità impunita ricorre in molti altri luoghi dell'orazione: v. spec. Cic., *Rosc. Am.* 80-81, 93-94, 137, 151-152.

<sup>60</sup> In favore del ricorso alla *poena cullei* al tempo del processo contro Roscio d'Ameria e sulla discussa ammissibilità dell'esilio per il parricida v. almeno M. RAVIZZA, *Lex Cornelia de sicariis* cit., 226 ss. («a differenza dell'omicida comune, l'uccisore del proprio padre non può evitare la pena capitale con l'esilio», p. 234); e L. FANIZZA, *Il parricidio* cit., 277, secondo cui Cicerone attesta che la pena richiesta nell'80 contro il suo cliente fosse la *poena cullei*.

<sup>61</sup> Lo strazio dei corpi dei proscritti mutilati e privati dell'inumazione trova un'eco suggestiva in App., *bell. civ.* 4.16.62 e Luc., *Phars.* 2.169-173.

<sup>62</sup> V. anche Cic., *Rosc. Am.* 152.

<sup>63</sup> Sull'atteggiamento di Cicerone di fronte alla *crudelitas* nelle ritorsioni sillane, come riassunto in Cic., *Rosc. Am.* 154, cfr. segnatamente A. LINTOTT, *Violence* cit., 51, che vi vede riflessa la visione dominante nella morale dei ceti egemoni tardorepubblicani, propensi piuttosto a condannare l'eccesso nella crudeltà, che non i risultati della stessa.

a identificare in Verre un traditore e un nemico della *res publica*. E così già in queste arringhe del 70 a.C., l’oratore finisce per invertire lo schema concettuale che era alla base della considerazione tradizionale delle *proscriptiones* come mezzo necessario per eliminare dalla città *cives perniciosi*: se Silla nel proscrivere gli avversari aveva fatto ricorso all’immagine del nemico pubblico, nelle sue strategie accusatorie l’Arpinate al contrario assimila a *hostes* e traditori i responsabili delle morti di concittadini e delle vendite all’asta dei beni dei proscritti, con ciò ascrivendo quella stagione politica all’immagine del brigantaggio e del latrocinio.<sup>64</sup> Sotto questa prospettiva viene enfatizzato il coinvolgimento di Verre negli eccidi della dittatura sillana. In un noto passo della *De praetura urbana* si ricordano le responsabilità del personaggio nell’accaparramento dei beni dei proscritti in *agro Beneventano*<sup>65</sup> e, in questo contesto, l’avversario è definito *hostis suorum*: ‘*Omnium est communis inimicus qui fuit hostis suorum*’ (Cic., *Verr.* 2.1.38). In *Verr.* 2.1.123-124, Cicerone ricorda la mancata concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* a un liberto del cavaliere Publio Trebonio, da parte di Verre mentre era pretore urbano,<sup>66</sup> decisa in conformità alla prescrizione della *lex Cornelia* che ribadiva il divieto di recare aiuto ai proscritti,<sup>67</sup> ed evidenzia così la propensione del governatore di Sicilia ad agire sotto l’impulso della crudeltà e dell’*avaritia* contro i valori della solidarietà familiare e sociale.

L’orrore delle proscrizioni e la loro rievocazione da parte dell’oratore contro l’oppositore nella causa offrono un contesto di immediata identificazione di quest’ultimo con la figura del *tyrannus*<sup>68</sup> e di credibile imputazione delle difettosità d’animo che vi erano tipi-

<sup>64</sup> Cfr. Cic., *Verr.* 2.1.43: *In quibus illud tempus Sullanarum proscriptionum ac rapinarum praetermittam ...*

<sup>65</sup> Sul riferimento in questo testo ad attribuzioni dirette dei *bona proscriptorum* da parte di Silla, cfr. F. HINARD, *Les proscriptions* cit., 201.

<sup>66</sup> Sul punto cfr. C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 114 nt. 51, la quale segnala il passo come testimonianza della discrezionalità pretoria in questo ambito. Cfr. anche A. CALORE, *La rimozione del giuramento. Condicio iurisiurandi e condicio turpis nel testamento romano*, Milano 1988, 256 s.; e R. ASTOLFI, *Riflessioni in tema di condicio iurisiurandi*, in SDHI 55, 1989, 369 s., secondo cui è più verosimile che il testamento di Trebonio fosse pretorio anziché civile. Sul valore di Cic., *Verr.* 2.1.123-124 come attestazione della clausola della *lex Cornelia* che interdiceva il soccorso ai proscritti, rinvio per tutti a F. HINARD, *Les proscriptions* cit., 81 ss., 161; e A. CALORE, *L’aiuto ai proscritti sillani*, in *Labeo* 35, 1989, 195 ss.

<sup>67</sup> Su questo divieto v. segnatamente F. HINARD, *Les proscriptions* cit., 52; e A. CALORE, *L’aiuto ai proscritti sillani* cit., 194 ss.

<sup>68</sup> Questo riferimento suggerisce un collegamento con l’assimilazione del regime sillano a un’epoca di dispotismo e sospensione delle garanzie del *civis Romanus*, quale si può leggere per l’oratoria ciceroniana in particolare nel noto testo di Cic., *Verr.* 2.3.81. Sull’impiego della figura del tiranno nella costruzione dell’immagine di Silla nella tradizione letteraria e storiografica romana di età repubblicana, v. almeno S. LANCIOTTI, *Silla e la tipologia del tiranno nella letteratura latina repubblicana I*, in *Quaderni di Storia* 3, 1977, 129 ss.; ID., *Silla e la tipologia del tiranno nella letteratura latina repubblicana II*, in *Quaderni di Storia* 4, 1978, 191 ss.; U. LAFFI, *Il mito di Silla*, in *Athenaeum* 45, 1967, 175 ss., 255 ss.; F. HINARD, *La naissance du mythe de Sylla*, in *REL* 62, 1984, 81 ss.; e più di recente A. ECKERT, *Reconsidering the Sulla Myth*, in A. ECKERT, A. THEIN (ed. by), *Sulla: Politics and Reception*, Berlin 2019, 159 ss., dove si può trovare ulteriore bibl. Sull’accusa di aspirazione alla tirannide come *locus* dell’invettiva politica e giudiziaria cfr. adesso V. ARENA, *Roman Oratorical Invective* cit., 150 (con bibl.). Per l’uso a fini retorici della paura collettiva verso la tirannide e la perdita della *libertas* nelle invettive ad Antonio, v. da ultimo F. PINA POLO, *Rhetoric of Fear in Republican Rome: the Ciceronian Case*, in C. ROSILLO-LÓPEZ (ed. by), *Communicating Public Opinion in the Roman Republic*, Stuttgart 2019, 203 ss.



camente associate, come l'avidità, la crudeltà, il *furor* criminale insieme con la propensione al dispotismo.<sup>69</sup> A questo proposito è opportuno ricordare quanto, sotto un profilo più generale, sottolinea Eckert allorché osserva che nel pensiero di Cicerone le proscrizioni diventano contestualizzazione precipua della *crudelitas* sillana.<sup>70</sup> Seguendo questa notazione, perciò, si può osservare che la rievocazione-denuncia da parte dell'Arpinate dell'implicazione di avversari, come Verre, negli eccidi seguiti alle *proscriptiones* dell'82 a.C. serviva alla costruzione della loro immagine secondo il modello retorico del *tyrannus* e despota.

In un testo tratto dalla *De suppliciis*, nella quale com'è noto Cicerone denuncia gli abusi commessi da Verre nell'esercizio della repressione criminale in Sicilia, l'*avaritia* il *furor* la *crudelitas* dell'avversario vengono amplificati attraverso il richiamo al timore di una *nova proscriptio*, espediente certamente diretto all'*animum flectere* dei lettori.

Cic., *Verr.* 2.5.153: ... *Meum enim crimen avaritiae te nimiae coarguit, tua defensio furoris cuiusdam et immanitatis et inauditae crudelitatis et paene novae proscriptiois.*<sup>71</sup>

L'immagine infine dei corpi dei proscritti insepolti, privati del capo e abbandonati nelle strade della città, è rievocata in un altro commovente passaggio della *De suppliciis*, dove Cicerone ricorda l'esecuzione dei navarchi siciliani che guidavano la flotta del propretore sconfitta dai pirati al largo di Siracusa<sup>72</sup> e denuncia la crudeltà e avidità di Verre che, con la complicità dello spietato littore Sestio<sup>73</sup>, estorceva denaro ai condannati a morte per ridurre i colpi di mannaia nell'esecuzione o per concedere il permesso di sepoltura ai parenti:

<sup>69</sup> In Cic., *Verr.* 2.1.82, Verre è definito *tyrannus libidinosus crudelisque*, in relazione alle vicende di Lampsaco (su cui *Verr.* 2.1.63-76). In *Verr.* 2.3.25 Cicerone, nel denunciare l'iniquità dell'editto voluto da Verre per la riscossione delle decime, impiega l'immagine retorica del tiranno pazzo, avido e crudele, e parla di *insani edictum atque imperium tyranni*. In *Verr.* 2.5.21, nel contestare all'avversario *crudelitas in suppliciis* per la feroce e iniqua gestione della repressione criminale in Sicilia, l'oratore definisce *tyrannica interdita* le disposizioni con cui Verre aveva proibito ai parenti di Apollonio di Palermo (su cui Cic., *Verr.* 2.5.16-24) di fargli visita in carcere, come era invece consuetudine per l'epoca [al riguardo cfr. per tutti Y. RIVIÈRE, *Carcer et vincula: la détention publique à Rome (sous la République et le Haut-Empire)*, in *MEFRA* 106, 1994, 595 e 596 nt. 49]. Cfr. ancora Cic., *Verr.* 2.4.51 (*Metus erat summus; ipse enim tyrannus non discedebat longius*); *Verr.* 2.4.123 (*Ac videte quanto taetrius hic tyrannus Syracusanis fuerit quam ...*); *Verr.* 2.5.103, dove Verre è detto *importunus atque amens tyrannus*; *Verr.* 2.5.117, dove l'oratore avverte che il processo si celebra non soltanto contro un propretore disonesto, ma contro un *nefarius tyrannus*.

<sup>70</sup> Su ciò A. ECKERT, *Reconsidering the Sulla Myth* cit., 160. Un orientamento interpretativo ampiamente seguito nella storiografia moderna è quello che, con riferimento precipuo al pensiero ciceroniano, considera le proscrizioni come schema descrittivo della crudeltà di Silla: v. sul punto A. CALORE, *Silla e la fazione mariana*, in A. CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto*, Milano 1995, spec. 37, con altra bibl. Per l'immagine di Silla in relazione alla crudeltà delle *proscriptiones* sono fondamentali F. HINARD, *Les proscriptions* cit., 145 ss.; ID., *La naissance du mythe in Sylla* cit., 81 ss.; U. LAFFI, *Il mito di Silla* cit., spec. 185 s.

<sup>71</sup> Sull'interpretazione del testo nel quadro della ricostruzione dei rapporti tra il senato e le proscrizioni sillane v. in part. A. CALORE, *Silla e la fazione mariana* cit., 47 s.

<sup>72</sup> Sulla vicenda v. Cic., *Verr.* 2.5.34 ss. Per l'accusa in essa di *crudelitas* e tirannia cfr. Cic., *Verr.* 2.5.103.

<sup>73</sup> Sul littore v. Cic., *Verr.* 2.3.156; *Verr.* 2.5.14; *Verr.* 2.5.113; *Verr.* 2.5.118-119; *Verr.* 2.5.141. Altri riferimenti al personaggio sono in Cic., *Verr.* 2.5.125 e 2.5.140.

‘Multi et graves dolores inventi parentibus et propinquis, multi; verum tamen mors sit extremum. Non erit. Estne aliquid ultra, quo crudelitas progredi possit? Reperietur; nam illorum, cum erunt securi percussi ac necati, corpora feris obicientur. Hoc si luctuosum est parentibus, redimant pretio sepeliendi potestatem’ (Cic., *Verr.* 2.5.119).

#### 4. LE PROSCRIZIONI A LARINO E LA STRATEGIA DIFENSIVA DELLA ‘PRO CLUENTIO’.

L'accusa di coinvolgimento nelle *proscriptiones* dell'82 dell'avversario nella causa (in realtà, del defunto Oppianico *pater*, la vittima) rappresenta un importante nucleo argomentativo intorno a cui si svolge la strategia difensiva della *pro Cluentio*,<sup>74</sup> costruita fondamentalmente com'è noto sulla diversione dell'accusa da Aulo Cluenzio Abito – il giovane cliente di Cicerone accusato di avvelenamento<sup>75</sup> in danno del padrino, dal figlio di questi – alla vittima, alla moglie Sasia e ai testimoni degli *accusatores*. L'esigenza retorica di tracciare un quadro convincente dell'immagine negativa di Oppianico, presentato come un mostro criminale che sconvolge con la sua inaudita crudeltà i legami familiari e sociali nel contesto di un ambiente municipale aberrante,<sup>76</sup> induce Cicerone ad accostare, all'espediente di enumerare i crimini che gli imputa (veri o presunti),<sup>77</sup> anche elementi utili a rievocare metaforici propri dell'invettiva politica, come ad esempio quello dell'inimicizia al popolo romano o quello dell'aspirazione al potere di stampo tirannico. Ripercorrendo la *vita anteacta* della vittima, Cicerone ne denuncia anche responsabilità dirette nelle proscrizi-

<sup>74</sup> Per la strategia difensiva impiegata da Cicerone in questa celebre arringa rinvio, segnatamente, a C.J. CLASSEN, *Diritto, retorica, politica. La strategia retorica di Cicerone*, trad. it. a cura di P. LANDI, Bologna 1998 (ed. orig. *Recht-Rhetorik-Politik. Untersuchungen zu Ciceros rhetorischer Strategie*, Darmstadt 1985), 31 ss., con lett. precedente; J.T. KIRBY, *The Rhetoric of Cicero's Pro Cluentio*, Amsterdam 1990; E. NARDUCCI, *Cicerone cit.*, 139 ss.; ID., *Criminali di provincia: la Pro Cluentio di Cicerone*, in E. NARDUCCI (a cura di), *Eloquenza e astuzie della persuasione in Cicerone. Atti del V Symposium Ciceronianum Arpinas*, Arpino 7 maggio 2004, Firenze 2005, 42 ss.; V.M. PATIMO, *La strategia giudiziaria della Pro Cluentio di Cicerone*, in *Euphrosyne* 37, 2009, 105 ss.; V. GIUFFRÈ, *Una singolare coerenza di Cicerone tra il De inventione e la Pro Cluentio oratio*, in B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia 2009, 251 ss. Sui profili più squisitamente giuridici del processo e dell'orazione v. in part. G. PUGLIESE, *Aspetti giuridici della Pro Cluentio di Cicerone*, in *IVRA* 21, 1970, 157 ss. [= *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli 1985, 135 ss.]; ID., *Un nuovo esame della ciceroniana Pro Cluentio. Recensione a V. GIUFFRÈ, Imputati, avvocati e giudici nella pro Cluentio ciceroniana*, Napoli 1993, in *Labeo* 40, 1994, 248 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nel sistema delle quaestiones perpetuae*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano 2007, 123 ss.

<sup>75</sup> In realtà, è molto controverso il contenuto della delazione mossa da Oppianico *iunior* nei confronti di Cluenzio, discutendosi se quest'ultimo fosse stato accusato dinanzi alla *quaestio* competente, oltre che di veneficio, anche di corruzione giudiziale. Sul tema v. segnatamente G. PUGLIESE, *Aspetti giuridici della Pro Cluentio cit.*, 157 ss.; ID., *Un nuovo esame cit.*, spec. 251 s.; C.J. CLASSEN, *Diritto cit.*, 38 ss. (con bibl.); B. SANTALUCIA, v. ‘*Omicidio (diritto romano)*’, in *Enc. dir.* 29, Milano 1979, 891 nt. 49; ID., *Cicerone e la nominis delatio*, in *Labeo* 43, 1997, 408; ID., *Ancora in tema di nominis delatio*, in *Labeo* 44, 1998, 462 ss.; G. LA BUA, *Diritto e retorica: Cicerone iure peritus in Seneca retore e Quintiliano*, in *Ciceroniana. Atti del XII Colloquium Tullianum, Salamanca, 7-9 ottobre 2004*, 12, Roma 2006, 185 s.; E. NARDUCCI, *Cicerone cit.*, 141.

<sup>76</sup> La pericolosità delinquenziale di Sasia e in parte anche di Oppianico è ricondotta a fini retorici allo schema del mostro criminale di inaudita immoralità: v. in part. Cic., *Cluent.* 188.

<sup>77</sup> Un'elencazione dei terribili misfatti attribuiti al defunto Oppianico *pater* è in Cic., *Cluent.* 125.

zioni di diversi abitanti di Larino, insieme con una serie impressionante di omicidi familiari, di diversi delitti di sangue, di misfatti di vario genere, commessi prevalentemente sotto l'impulso della *pecuniae aviditas*.

Così in *Cluent. 25*, l'oratore ricorda che Oppianico *pater* aveva proceduto alla proscrizione ed esecuzione di alcuni degli Auri, "vraisemblablement" una famiglia mariana di Larino,<sup>78</sup> sottolineando per un verso l'estrema crudeltà del personaggio e, per altro, il timore degli abitanti del piccolo municipio per le esecuzioni di cui Silla aveva incaricato Oppianico.

Cic., *Cluent. 25*: ... *Itaque illis crudelissime interfectis non mediocri ab eo ceteri proscriptionis et mortis metu terrebantur.*

Nel testo si trovano così riassunti due espedienti retorici, in connessione con il *locus* dell'implicazione nelle uccisioni dei proscritti sillani: ovvero, la denuncia di *crudelitas* come elemento fondamentale della rappresentazione dell'avversario e il *metus proscriptionis*.<sup>79</sup> Quest'ultimo come detto è utilizzato più volte nell'oratoria ciceroniana per suscitare nell'uditorio immediata condivisione con le soluzioni argomentative, che erano sottese alle strategie di difesa o di accusa da lui adottate nelle singole orazioni; e partecipa delle finalità proprie di un *locus* più generale, consistente appunto nella sollecitazione delle paure del pubblico per raggiungere lo scopo di *animum flectere*.<sup>80</sup>

La critica alla crudeltà e alla delittuosità, dirette contro i *sui*, rappresenta lo schema valoriale di cui Cicerone si serve per amplificare la disumanità e pericolosità sociale di Oppianico, per la connivenza nelle esecuzioni connesse alle proscrizioni sillane,<sup>81</sup> e per le responsabilità in una lunga serie di gravi crimini di sangue contro i familiari, ancora in un altro testo:

Cic., *Cluent. 125*: *Dum vero eum fuisse Oppianicum constabit qui tabulas publicas municipi manu sua corrupisse iudicatus sit, qui testamentum interleverit, qui supposita persona falsum testamentum obsignandum curaverit, qui eum, cuius nomine id obsignatum est, interfecerit, qui avunculum filii sui in servitute ac vinculis necaverit, qui municipes suos proscribendos occidendosque curaverit, qui eius uxorem quem occiderat in matrimonium duxerit, qui pecuniam pro abortione dederit ...*

Qui l'oratore vuole realizzare una diversione dell'*invidia* che aveva investito Cluenzio Abito – per le (presumibili) responsabilità che gli vennero imputate per corruzione giudiziale nei processi per l'avvelenamento<sup>82</sup> tentato in suo danno con l'attivismo di Oppianico, di C. Fabrizio e di Scamandro –, facendola ricadere sulla vittima della causa in corso (ap-

<sup>78</sup> Su ciò e sui personaggi vittime delle proscrizioni a Larino, rinvio a F. HINARD, *Les proscriptions* cit., spec. 335 s., 126 nt. 101, 128.

<sup>79</sup> V. ad es. Cic., *Cat. 2.20* e *dom. 55*.

<sup>80</sup> Su questo tema più generale dell'oratoria ciceroniana, cfr. il recente contributo di F. PINA POLO, *Rhetoric of Fear in Republican Rome* cit., 191 ss.

<sup>81</sup> Sulla portata di queste responsabilità cfr. in part. F. HINARD, *Les proscriptions* cit., 56, il quale sostiene che le esecuzioni realizzate da Oppianico non sarebbero state frutto di vendetta contro nemici personali, ma attuazione di un incarico conferito da Silla su una lista di nomi predefiniti.

<sup>82</sup> Su ciò rinvio alla chiara sintesi di C.J. CLASSEN, *Diritto* cit., 36 s.

punto *Oppianicus pater*), attraverso la proposizione di una convincente rappresentazione negativa di quest’ultimo.<sup>83</sup>

In un altro luogo della *Cluentiana*, l’attacco all’avversario si realizza ancora una volta attraverso la condanna della *crudelitas* nelle esecuzioni dei proscritti; ma indirettamente, attesa la struttura narrativa dell’orazione che – come ha osservato in particolare Narducci<sup>84</sup> – vede le storie private dei personaggi intrecciarsi con eventi di più grande portata (come appunto le *proscriptiones* sillane): ‘*Quod si fieri posse existimasset, pro illo odio quod habuit in equestrem ordinem, nihil fecisset libentius quam omnem illam acerbitatem proscriptionis suae, qua est usus in veteres iudices, in hanc unam quaestionem contulisset*’ (Cic., *Cluent.* 151). Ai riferimenti nei passi precedenti dell’arringa alla disumanità di Oppianico *senior*, per il coinvolgimento negli eccidi a Larino, si sovrappone nella critica a Silla (*‘homo a populi causa remotissimus’*) la condanna dell’*acerbitas proscriptionis suae*. Quest’ultimo motivo, rispetto al precedente, si ascrive al modello retorico della crudeltà collettiva, per così dire “istituzionalizzata”, in quanto è connesso con l’introduzione *ex lege* nel quadro del regime sillano delle liste di proscrizione<sup>85</sup> e con le particolari forme di reclutamento dei sicari prevalentemente tra centurioni e schiavi.<sup>86</sup> Dal piano della disumanità e avidità del dittatore e dei suoi *sicarii*, si ritorna, in altri testi, a quello delle responsabilità private e dei *vitia animi* individuali che connotano le personalità di Oppianico e di Sassia, nella visione dell’oratore. Ricordo in particolare la condanna che Cicerone esprime per Sassia nel narrare come A. Aurio,<sup>87</sup> diventato da genero marito della donna, fosse stato proscritto e ucciso con l’intervento di Oppianico *pater* e come ella non provasse alcun turbamento al pensiero di vivere nella casa che era stata del precedente marito e godere dei suoi beni:

Cic., *Cluent.* 188: ... *Nihil est enim mali, nihil sceleris quod illa non ab initio filio voluerit, optaverit, cogitaverit, effecerit ... Praetereo quod A. Aurium, cuius illa quondam socrus, paulo ante uxor fuisset, cum Oppianici esse opera proscriptum occisumque cognosset, eam sibi domum sedemque delegit, in qua cotidie superioris viri mortis indicia et spolia fortunarum videret.*

Per la partecipazione alle proscrizioni a Larino, la ferocia di Oppianico verso i *sui* (o meglio, verso gli abitanti del municipio) si amplia nel suo valore, da motivo di biasimo per la sua individuale personalità a occasione per deplorare le responsabilità pubbliche negli eccidi sillani. La medesima trasposizione si può osservare nel testo appena riportato, dove la critica alla disumanità verso un familiare proscritto è evidentemente funzionale all’im-

<sup>83</sup> Sull’*invidia* nella *pro Cluentio* c’è un’ampia letteratura. Qui rinvio tra i lavori recenti segnatamente a V. CHINNICI, ... *Et sine culpa invidia ponatur* (*Cluent.* 5). *Le ‘finzioni’ di Invidia in Cicerone oratore*, in G. PETRONE, A. CASAMENTO (a cura di), *Lo spettacolo della giustizia* cit., 213 ss.

<sup>84</sup> E. NARDUCCI, *Cronaca criminale e letteratura nella Pro Cluentio*, introd. a Cicerone, *Difesa di Cluentio*, trad. it. e note a cura di M. FUCECCHI, Milano 2004, 8.

<sup>85</sup> Un altro luogo in cui è rievocata la *crudelitas* connessa con le proscrizioni, non di un individuo ma di una stagione politica e istituzionale, è in Cic., *Cluent.* 123, dove l’oratore assimila i possibili effetti negativi della nota censoria a quelli prodotti dalle *proscriptiones* sillane, sempre in danno dei *cives*.

<sup>86</sup> Sul ruolo degli schiavi nella denuncia e uccisione dei proscritti e sulla questione delle forme della loro ricompensa v. adesso A.G. THEIN, *Rewards to Slaves in the proscriptions of 82 B.C.*, in Tyche 28, 2013, 163 ss., con bibl. precedente.

<sup>87</sup> V. F. HINARD, *Les proscriptions* cit., 128.

magine aberrante che Cicerone vuole restituire per Sassia.<sup>88</sup> Quest'espedito serve a ricordare ai giudici la deplorazione comune delle *proscriptiones* e degli eccidi cruenti voluti da Silla, sebbene un altro intento dell'oratore sia, in connessione con la strategia difensiva scelta per Cluenzio Abito, quello di censurare la vittima per i suoi *vitia animi* – in special modo, per la *crudelitas* quale motivo topico tra gli *argumenta a persona* della retorica classica<sup>89</sup> – e per la sua reputazione (*anteactae vitae aestimatio*).<sup>90</sup>

Un altro testo della *Cluentiana* conferma che l'addebito di crudeltà nel trattamento e nelle esecuzioni dei proscritti rappresentava un motivo topico dell'aggressione oratoria all'avversario di fazione; e che in sede giudiziaria andava confutato dal *defensor*. Si tratta del seguente brano: '*Cn. Decidio Samniti, ei qui proscriptus est, iniuriam in calamitate eius ab huius familia factam esse dixit*', Cic., *Cluent.* 161.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Sulla figura di Sassia rinvio, anche per ulteriore bibl., a J.T. KIRBY, *The Rhetoric of Cicero's pro Cluentio*, Amsterdam 1990, 41 ss.; S. CITRONI MARCHETTI, *Lo spazio straniato. Percorsi psicologici e percezione del tribunale nelle orazioni di Cicerone pro Fonteio, pro Q. Roscio comoedo, pro Cluentio (II)*, in MD 36, 1996, 33 ss., spec. 43 s.; S. IGE, *Rhetoric and the Feminine Character: Cicero's Portrayal of Sassia, Clodia and Fulvia*, in *Akroterion* 48, 2003, 45 ss., che esamina il metodo utilizzato da Cicerone nel costruire l'immagine di madre crudele di Sassia, in contrapposizione al modello positivo di *mater* nella cultura romana; V.M. PATIMO, *Sassia: un'amante elegiaca ante litteram nella Pro Cluentio?*, in *ECLás* 135, 2009, 30 ss. Interessanti riflessioni sugli espedienti stilistici impiegati da Cicerone nella descrizione di Sassia sono in C.J. CLASSEN, *Diritto cit.*, 48 ss. Sull'uso dell'invettiva in un discorso criminale di difesa, contro Sassia, v. J.G.F. POWELL, *Invective and the Orator cit.*, 16.

<sup>89</sup> Come emerge ancora per l'età domiziana da Quint., *inst.* 5.10.27: ... *animi natura, etenim avaritia, iracundia, misericordia, crudelitas, severitas, aliaque his similia adferunt fidem frequenter aut detrahunt* ... Per gli *argumenta a persona* più in generale v. Cic., *inv.* 2.34 ss., *Rhet. Her.* 3.10-15 e Quint., *inst.* 5.10.23-31. Una trattazione di sintesi dei *loci a persona* si può trovare in G. SPOSITO, *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli 2001, 73 ss. Quanto alla letteratura più recente, segnalò in part. E.A. GALLEGU CEBOLLADA, *Retrattistica de la sospecha: los adtributa y los argumenta de las personas como medio para la descripción de personajes literarios*, in *ECLás* 5, 2019, 29 ss. (con ampia bibl.), il quale approfondisce l'idea che gli *argumenta a persona* impiegati nell'oratoria forense siano stati assunti tra le tecniche della narrazione letteraria per la descrizione dei personaggi; L. CALBOLI MONTEFUSCO, *Die adtributa personis und die adtributa negotiis als loci der Argumentation*, in T. SCHIRREN, G. UEDING (hrsg. von), *Topik und Rhetorik: ein interdisziplinäres Symposium*, Tübingen 2000, 37 ss., che concentra l'analisi dei luoghi argomentativi con specifico riferimento agli *adtributa personis*; EAD., *Omnis autem argumentatio ... aut probabilis aut necessaria esse debet* (Cic. *inv.* 1.44), in *Rhetorica* 16, 1998, 1 ss., dove si analizzano in particolare gli *argumenta* in rapporto alla teoria retorica greca; M.C. LEFF, *The Topics of Argumentative Invention in Latin Rhetorical Theory from Cicero to Boethius*, in *Rhetorica* 1, 1983, 23 ss., il quale discute i *topoi* associati alla persona e all'azione nella teoria retorica latina, per il ruolo centrale che essi assumono rispetto ai principi dell'argomentazione.

<sup>90</sup> Cfr. spec. Quint., *inst.* 5.10.28. Sulle forme di impiego del fondamentale espediente retorico consistente nel richiamo ai trascorsi di vita dell'imputato, cfr. tra gli studi romanistici in part. V. GIUFFRÉ, *De vita anteacta*, in *Labeo* 44, 1998, 98 ss.; A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita*, in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano 2009, 269 ss., il quale analizza il persistere nella tradizione retorica latina del richiamo all'*anteacta vita* come elemento dell'*eloquentia* non verbale, utile alla mozione degli *affectus* e al *movere lacrimas* rivolto ai giudici; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell'anteacta vita nell'esperienza processuale romana*, in *AUPA* 60, 2017, 119 ss. (con altra lett.), che svolge un'interessante analisi su casi concreti in tema di incidenza degli *argumenta* e *anteacta vita* sulla valutazione del giudicante.

<sup>91</sup> Sul valore dell'argomento per il 66 a.C., cfr. F. HINARD, *Les proscriptions cit.*, 161.

## 5. I CATILINARI, TRA GLI SPIETATI ASSASSINI AL SEGUITO DI SILLA.

Ancora nel 63 con le *Catilinariae*, Cicerone segue nella strategia di attacco verbale ai congiurati un’inversione dello schema concettuale che, nell’ottica del regime sillano e di parte della tradizione successiva, era alla base della considerazione più diffusa delle *proscriptiones*, come mezzo necessario per eliminare i *cives perniciosi* alla *res publica* (in realtà, nemici personali di Silla). In un noto passaggio della seconda *Catilinaria*, l’oratore rivolto al popolo descrive un *tertium genus* dei seguaci di Catilina, ricordando che essi provenivano dalle colonie fondate da Silla e che, sbalzati inaspettatamente e improvvisamente all’agitazione, avevano cominciato a sperperare denaro in lussi vistosi fino a indebitarsi. Il riferimento denigratorio alle consuetudini di vita dei catilinari è amplificato attraverso la loro assimilazione ai *praedatores* e *direptores*, con la conseguenza che le *proscriptiones* vengono ricondotte dall’oratore, a fini retorici, al concetto di pirateria e illecita depredazione, vale a dire di fenomenologia antisociale e antiggiuridica anche oltre la compagine cittadina. Se con Silla gli individui finiti nelle liste di proscrizione erano proposti e intesi come nemici pubblici (evitati da tutti anche all’interno della famiglia, per il divieto di soccorso ai malcapitati); nell’invettiva politica ciceroniana del 63 (a congiura ormai scoperta) gli speculatori e gli assassini delle *proscriptiones* dell’82 sono invece additati al popolo come individui “fuori-legge” e in sostanza nemici dell’umanità per la loro ferocia e pericolosità sociale. Il passo è del seguente tenore:

Cic., *Cat.* 2.20: ... *Hi sunt homines ex eis coloniis quas Sulla constituit; quas ego universas civium esse optimorum et fortissimorum virorum sentio, sed tamen ii sunt coloni, qui se in insperatis ac repentinis pecuniis sumptuosius insolentiusque iactarunt ... Quos ego utrosque in eodem genere praedatorum direptorumque pono; sed eos hoc moneo, desinant furere ac proscriptiones et dictaturas cogitare. Tantus enim illorum temporum dolor iniustus est civitati, ut iam ista non modo homines sed ne pecudes quidem mihi passurae esse videantur.*

Il ricorso alle metafore del bandito e del ladrone consente all’Arpinate di ascrivere i *sectores* e *sicarii* al seguito di Silla a un modello di immoralità e antiggiuridicità che trova la sua estrinsecazione all’interno dell’urbe e che, anche per questo, è esorbitante rispetto al sistema valoriale e al contesto sociale di identità del *civis* repubblicano: tali figure retoriche richiamano alla mente dell’uditorio immediatamente il *commune periculum* di aggressioni alla vita e ai patrimoni individuali da parte di spietati corsari. Se la *crudelitas* verso i *boni cives* rappresentava una componente fondamentale dell’esclusione dei sicari sillani dal genere umano e dal novero dei *cives Romani*; pari importanza assume nella visione dell’oratore anche l’indole e la condotta degli stessi: in questa componente infatti prevale l’addebito di *aviditas pecuniae*, nei confronti di Catilina e dei seguaci tra i ceti meno abbienti, come quello dei poveri coltivatori liberi.<sup>92</sup> Tale imputazione si riconduceva, a sua volta, agli argomenti *a persona* che si inferivano dalle condizioni di indigenza di un individuo (*Rhet. Her.* 3.10-15 per la ricchezza tra i motivi del genere epidittico; e *Quint., inst.* 5.10.26), come ad esempio l’assunto per cui i *pauperes* erano più propensi a procurarsi ricchezze

<sup>92</sup> Su questi catilinari e i loro sostenitori tra i contadini liberi, v. adesso U. AGNATI, *Il censore e il centurione. Considerazioni sugli assetti fondiari collettivi*, in *Studi Urbinati* 71, 2020, 412, che richiama il riferimento ciceroniano in connessione con il tema dell’impoverimento che interessò il ceto dei coltivatori liberi in età post annibalica.

con il delitto.<sup>93</sup> Cicerone riesce così a rapportare convincentemente le *proscriptiones* all'immagine del banditismo, contrassegnato da instabilità della proprietà individuale e da aggressione alla vita dei *boni cives*.

Nella parte finale del testo appena trascritto, l'Arpinate rievoca nell'uditorio il terrore e il dolore vissuti con le proscrizioni sillane, per sollecitare negli animi la paura di un ritorno a quella stagione di barbarie e crudeltà. Un'analogia emozione sembrerebbe suscitata con la descrizione di scene di cumuli di cittadini insepolti e l'immagine di Cetego ebbro del sangue dei nemici, in Cic., *Cat.* 4.11: '*... cerno animo sepulta in patria miseris atque insepultos acervos civium; versatur mihi ante oculos adspectus Cethegi et furor in vestra caede bacchantis*'. Questo stratagemma retorico valeva a sollecitare l'immediata ostilità verso i congiurati, alcuni dei quali erano effettivamente passibili dell'imputazione di coinvolgimento nelle vendite all'asta e negli eccidi dei proscritti sotto Silla. Si tratta com'è noto di un motivo più generale, che viene utilizzato dall'oratore a fini politici contro Catilina nel 63 e poi ripreso nelle fonti epiche, storiografiche e letterarie successive.<sup>94</sup> Tutti gli elementi fin qui evidenziati contribuivano a delineare nella visione dell'oratore un'immagine quanto più aberrante possibile dell'avversario.<sup>95</sup>

Se l'indizione delle liste di proscrizione e le stragi dei proscritti indicano la forza implacabile e la capacità vendicativa del vincitore, in un riferimento di Cic., *Phil.* 5.43 lo schema concettuale e propagandistico, sotteso alla tradizione filosillana, si inverte completamente, per il fatto che la *magnitudo proscriptorum* è segnalata come indizio di un dissenso diffuso alla causa di Silla: '*Non enim omnibus Sullae causa grata: declarat multitudo proscriptorum, tot municipiorum maximae calamitates*'. Il *locus proscriptionum* è qui impiegato per contrapporre, alla rappresentazione edificante di Pompeo, la figura retorica del tiranno crudele, il cui potere è fondato sulla paura incalzata da un incontrollabile furore vendicativo, rievocata attraverso l'immagine di Silla. A questa, l'oratore può perciò assimilare la figura di Marco Antonio e ricondurre lo scontro ideologico tra i due statisti tardorepubblicani al meccanismo retorico della contrapposizione tra *laudatio* (per Pompeo) e *vituperatio* (per Antonio), già riscontrato sopra per altre figure di avversari nelle orazioni politiche o giudiziarie dell'Arpinate.

<sup>93</sup> Sull'argomentazione generale v. però *Rhet. Her.* 2.20.32. Quanto al nesso tra criminale (*homo improbus, perditus, facinerosus*) e povertà nella visione ciceroniana, rinvio in part. a F. PINA POLO, *Cupiditas pecuniae: Wealth and Power in Cicero*, in H. BECK, M. JEHNE, J. SERRATI (ed. by), *Money and Power in the Roman Republic*, Bruxelles 2016, 169.

<sup>94</sup> Cfr. segnatamente Plut., *Sulla* 32.3. V. ancora Liv. *per.* 88; Val. Max. 9.2.1; Lucan. 2.193 ss. Sull'attacco a Catilina nella corsa al consolato del 63, per i crimini commessi nel periodo sillano, torna adesso A. ECKERT, *Reconsidering the Sulla Myth* cit., 170 e nt. 60, con indicazione di altre fonti.

<sup>95</sup> Sull'*imago Catilinae* proposta dall'Arpinate o su quella restituita nelle studiatissime pagine del *De Catilinae coniuratione* di Sallustio, come sulle implicazioni motivazionali e propagandistiche della tradizione sul movimento da questi inaugurata e raccolta più tardi da storici di età imperiale, c'è una letteratura sterminata. Qui mi limito a rinviare in part. a E. NARDUCCI, *Catilina e i suoi amici. La fortuna di un ritratto ciceroniano (da Sallustio a Leon Battista Alberti)*, in E. NARDUCCI (a cura di), *Cicerone nella tradizione europea. Dalla tarda antichità al Settecento. Atti del VI Symposium Ciceronianum Arpinas. Arpino 6 maggio 2005*, Firenze 2006, 77 ss.; L. FEZZI, *Sulle tracce del 'falso': una lettura della congiura di Catilina*, in *Hormos* nv. sr. 1, 2008-2009, 318 ss.; A. FILIPPETTI, *Cicerone e Sallustio. L'effictio di Catilina*, in *Lexis* 28, 2010, 385 ss., che mette in luce il ricorrere nelle invettive ciceroniane delle componenti caratteriali topiche nella raffigurazione letteraria dell'*hostis publicus* (*scelus, furor e cupiditas*) e il loro riflesso sulla fisiognomica del personaggio. A questi autori rinvio per un più mirato orientamento bibliografico.

## 6. L’ATTIVISMO POLITICO DI CLODIO E LA MINACCIA DI ‘NOVAE PROSCRIPTIONES’.

Per Clodio, Cicerone non può imputare il coinvolgimento nelle proscrizioni sillane; ma la critica a questa stagione politica e al clima di terrore che s’instaurò con la pubblicazione delle liste dei proscritti è utilizzata per relegare l’avversario tra i nemici della *civitas Romanorum*. Mutate le finalità politico-retoriche dell’arringa, rispetto in particolare a quelle delle *Catilinariae*, in cui Cicerone si presentava come salvatore della patria, nella *De domo* l’oratore raffigura le proscrizioni sillane attraverso un modello retorico che riflette sulla condizione dei proscritti quella sua personale, di individuo ingiustamente privato dei diritti connessi con la cittadinanza romana, messo al bando *nominatim* e senza giudizio, trattato con inaudita *crudelitas*. Così in *dom.* 43, l’oratore equipara la legge fatta votare da Clodio in occasione del suo esilio<sup>96</sup> a una forma di *proscriptio*, perché sanciva la morte (civile) di un *civis* senza processo e senza condanna: ‘... *Proscriptionis miserrimum nomen illud et omnis acerbitas Sullani temporis quid habet quod maxime sit insigne ad memoriam crudelitatis? Opinor, poenam in cives Romanos nominatim sine iudicio constitutam*’.

In questo passo, dunque, la *proscriptio* non è rappresentata come un atto di brigantaggio o un’aggressione piratesca ai patrimoni e alla vita dei *boni* all’interno dell’urbe, come accade invece in Cic., *Cat.* 2.20; bensì come violazione delle garanzie costituzionali del *civis* repubblicano, realizzata attraverso un uso temerario e iniquo della *crudelitas in suppliciiis*. Si tratta di una raffigurazione retoricamente orientata a determinare l’ostilità dell’uditorio verso l’avversario di fazione, che ricorre più volte in orazioni giudiziarie dell’Arpinate, come in particolare nella *De suppliciis*: inosservanza delle prerogative del *civis Romanus* e crudeltà nell’esercizio della repressione criminale in Sicilia sono, tra le imputazioni rivolte a Verre, quelle di maggiore impatto oratorio sul pubblico dei lettori. L’espedito si collega, tanto per il corrotto governatore di Sicilia quanto per Clodio nella *De domo*, con un altro addebito, quello di arbitrio e corruttibilità nell’esercizio delle funzioni consolari o tribunizie. Quest’accusa è ancora ricondotta alla paura di un ritorno alle proscrizioni, per mano del facinoroso tribuno della plebe, in Cic., *dom.* 44: ‘*Hanc vos igitur, pontifices, iudicio atque auctoritate vestra tribuno plebis potestatem dabit, ut proscribere possit quos velit?*’<sup>97</sup>

La minaccia di nuove proscrizioni nel quadro della lotta politica tardorepubblicana torna in un testo successivo della medesima orazione, in connessione con l’invettiva a Gabinio e Pisone, accusati anche in questo contesto di avere appoggiato con la minaccia di stragi di cittadini e la guerriglia armata i piani scellerati del *vaesanus tribunus plebis*<sup>98</sup>

<sup>96</sup> La *lex Clodia de exilio Ciceronis*. Su questo provvedimento (e sulla *lex Clodia de capite civis*), come più in genere sull’esilio dell’Arpinate, mi limito qui a rinviare, anche per l’ampia bibl., a L. FEZZI, *La coerenza di Cicerone su XII tab. 9.1-2 e il silenzio di Cotta sui privilegia*, in *Revue de Philologie, de Littérature et d’Histoire Anciennes* 88, 2014, 79 ss., spec. 85 nt. 5; ID., *Exile in Ancient Rome: The Case of Marcus Tullius Cicero, The Scapegoat*, in A. CIUGUREANU, L. MARTANOVSKI, N. STANCA (ed. by), *(Ex)Patriation (The Proceedings of the (Ex)Patriation Conference, Constanta, September 20-22, 2007)*, Constanta 2008, 209 ss.; ID., *Falsificazione di documenti pubblici nella Roma tardorepubblicana (133-31 a.C.)*, Firenze 2003, 57 ss.; ID., *La legislazione tribunitia di Publio Clodio Pulcro (58 a.C.) e la ricerca del consenso a Roma*, in *SCO* 47, 1999, spec. 300 ss.; E. NARDUCCI, *Perceptions of Exile in Cicero: The Philosophical Interpretation of a Real Experience*, in *AJPh* 118, 1997, 55 ss.; J.-M. CLAASSEN, *Cicero’s Banishment: tempora et mores*, in *Acta Classica* 35, 1992, 19 ss.

<sup>97</sup> Sul testo v. in part. A. BIAVA, *Le proscrizioni dei triumviri*, in *SDHI* 70, 2004, 314.

<sup>98</sup> Com’è noto, attraverso tutta la *De domo* il motivo del furore e della sregolatezza di Clodio: cfr. Cic., *dom.* 2 (dove il rivale è detto *amens ac perditus magistratus*); *dom.* 3 (*demens, homo furiosus, homo vaesanus*



(a ostacolare il rientro di Cicerone dall'esilio). Si tratta del seguente passo:

Cic., *dom.* 55: *Verum haec furiosa vis vesani tribuni plebis facile superari frangique potuit virorum bonorum vel virtute vel multitudine. Quid? Cum Gabinio Syria dabatur, Macedonia Pisoni, utrique infinitum imperium, ingens pecunia, ut tibi omnia permetterent, te adiuverant, tibi manum, copias, tibi suos spectatos centuriones, tibi pecuniam, tibi familias compararent, te suis sceleratis contionibus sublevarent, senatus auctoritatem inriderent, equitibus Romanis mortem proscriptionemque minitarentur, me terrentur minis, mihi caedem et dimicationem denuntiarent, meam domum refertam viris bonis per amicos suos complerent proscriptionis metu, me frequentia nudarent virorum bonorum, me praesidio spoliarent senatus, pro me non modo pugnare amplissimum ordinem, sed etiam plorare et supplicare mutata veste prohiberent, ne tum quidem vis erat?*

L'intento dell'oratore è qui restituire un'immagine negativa di Clodio,<sup>99</sup> dipinto come despota crudele improprio e scellerato<sup>100</sup> che, per un'azione ispirata a furore ed eccesso, è

*ac furiosus*); *dom.* 11 (*tuus furor*); *dom.* 40 (*hominis amentia*); *dom.* 66 (*hominis furor*); *dom.* 68 (dove si parla del *furor* e della *vis* nell'azione del tribuno e di sua scelleratezza ed eccesso); *dom.* 91, dove Clodio è ancora una volta accusato di *scelus* e di *praeceps furor*; *dom.* 99 (*furia atque pestis patriae*); *dom.* 102 (*fax ac furia patriae*); *dom.* 103 (*furor tribunicius*); *dom.* 107 e 109 (*furor*); *dom.* 113 (*tribunus furens*); *dom.* 119 (*impetus furoris*); *dom.* 129 (*furor animi et caecitas*); *dom.* 130 (*scelus et furor*); *dom.* 133 (*furor*); *dom.* 140 (*tantum scelus e tanta dementia*). Sulla valenza di *furor* (e simili) nell'invettiva politica ciceroniana, a esprimere la manifestazione violenta della passione, v. adesso G. RIZZELLI, *Modelli di 'follia' nella cultura dei giuristi romani*, Lecce 2014, 18 s., con bibl.; e F.R. BERNO, *La Furia di Clodio in Cicerone*, in *BStud-Lat* 37, 2007, 69 ss., la quale ha ben messo in luce come delittuosità e *furor*, in connessione con l'immaginario delle Furie vendicatrici, connotino figure emblematiche di nemici politici come Clodio.

<sup>99</sup> Sull'immagine di Clodio, come elaborata da Cicerone e accolta nella tradizione storiografica successiva, c'è una letteratura sterminata, accresciutasi negli ultimi decenni di contributi importanti. Segnalo fra i tanti L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, Roma-Bari 2008, spec. 13 ss. per il profilo biografico e la carriera politica del tribuno, 27 ss. per i rapporti con Catilina, 52 ss. per l'attività legislativa; ID., *La legislazione tribunitia di Publio Clodio Pulcro* cit., spec. 246 ss. (con discussione della lett. precedente); F.R. BERNO, *Fuoco e fiamme su Cicerone: il personaggio di Clodio nella De domo sua*, in *Pan* 23, 2005, 113 ss.; W.J. TATUM, *The Patrician Tribune, Publius Clodius Pulcher (Studies in the History of Greece and Rome)*, Chapel Hill-London 1999, su cui cfr. L. FEZZI, *Recensione a W.J. TATUM, The Patrician Tribune* cit., in *Rivista Storica dell'Antichità* 30, 2000, 254 ss. Per la ricostruzione della copiosa legislazione tribunitia di Clodio rinvio, oltre agli studi già citati, ancora a L. FEZZI, *Tadeusz Łoposzko studioso di Publio Clodio Pulcro: spunti sulla carestia del 57 a.C.*, in *Res historica. Terra, mare et homines. Studies in memory of Professor Tadeusz Łoposzko*, II, Lublin 2010, 17 ss.; ID., *In margine alla legislazione frumentaria di età repubblicana*, in *CCG-G* 12, 2001, 91 ss., dove si ripercorre la personalità e le forme dell'attivismo politico di Clodio alla luce delle reazioni e, al contrario, del consenso che la *lex Clodia frumentaria* trovò in alcuni settori dell'aristocrazia terriera, interessata a preservare utili minacciati dai provvedimenti in materia agraria.

<sup>100</sup> Per i riferimenti della *De domo* v. spec. Cic., *dom.* 110, 130-131, 141. Quanto alla *Miloniana*, parte della strategia dell'orazione si fonda com'è noto sull'idea del legittimo tirannicidio (verso Clodio). Su quest'aspetto v. l'analisi giuridica di M. VARVARO, *Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone*, in *AUPA* 56, 2013, 215 ss. (con bibl.). Più in generale sull'orazione cfr. B. FORSCHNER, *Die Einheit der Ordnung. Recht, Philosophie und Gesellschaft in Ciceros Rede pro Milone*, München 2015, *passim*. Sulle vicende politiche che ruotarono intorno al processo v. adesso K. MORRELL, *Cato, Pompey's Third Consulship and the Politics of Milo's Trial*, in H. VAN DER BLOM, CH. GRAY, C. STEEL (ed. by), *Institutions and Ideology in Republican Rome. Speech, Audience and Decision*, Cambridge 2018, 165 ss.

estraneo al sistema valoriale del *bonus vir*, ascrivendosi all’immagine del cittadino socialmente pericoloso<sup>101</sup> e del sicario di sillana memoria.<sup>102</sup>

## 7. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I passi esaminati consentono, pur nella varietà dei contesti e delle finalità retoriche perseguite dall’oratore, alcune considerazioni di carattere generale. Cicerone impiega diverse figure retoriche per stigmatizzare la pericolosità sociale dei nemici di fazione e il carattere ‘eversivo’ dei loro progetti politici. Tra queste spiccano le figure del *praedo pirata* e *latro*, del *gladiator*, che definiscono la condizione di ‘fuorilegge’ dell’avversario e la sua ostilità non soltanto alla *civitas Romanorum*, ma all’intero genere umano. Il ricorso a quest’espedito serviva a stimolare nell’uditorio il timore per gli atti di brigantaggio, per i latrocinii e per gli eccidi all’epoca molto frequenti, che erano usualmente realizzati in occasione di aggressioni piratesche e rivolte servili. La natura diffusa di questa paura in ogni territorio dell’impero e classe sociale spiega la fortuna del metaforico del banditismo nell’oratoria tardorepubblicana. Alle suddette figure, poi, è assimilata quella dell’*hostis rei publicae*, che veniva impiegata per finalità retoriche analoghe, connesse cioè con l’induzione dell’uditorio a provare avversione nei confronti dell’avversario di fazione. Un’altra immagine ampiamente utilizzata in contesti retorici – com’è noto – è quella del tiranno pazzo, avido e crudele, che per la smisurata ambizione di potere identificava il polo opposto ai valori sottesi alla *libertas Romanorum* nel quadro dell’assetto ideologico e politico di età repubblicana. La figura del despota non manca mai nelle invettive politiche di Cicerone, ma essa è presente anche nelle arringhe giudiziarie, dove il ricorso all’immagine del *nefarius tyrannus* vale a indurre nei giudici la paura per gli *imperia* personali straordinari e per l’aspirazione al potere di stampo ellenistico in politici senza scrupoli nella Roma del I sec. a.C. Un altro modello utilizzato dall’Arpinate contro i propri avversari è quello del mostro di inaudita immoralità e pericolosità delinquenziale (*monstrum vel portentum, prodigium, ostentum, propudium*), che, reso folle dai gravi crimini commessi tentati o ideati, medita sempre nuove azioni delittuose in danno dei congiunti, degli amici, degli *hospites*, dei *cives*, della patria. In questo caso, il *locus* fa leva sulla paura per la minaccia delinquenziale nell’urbe e in tutto il territorio dell’impero, come mostra la costante denuncia da parte dell’oratore della propensione nel nemico di fazione, nei partigiani e complici, a commettere reati contro l’incolumità pubblica, la proprietà individuale, l’integrità dello stato e degli organi costituzionali (stragi, incendi, rapine, devastazioni, sovvertimento dell’ordine costituito, aggressione ai magistrati e al senato etc.).

Per tutte queste soluzioni retoriche, il confronto con l’immagine stereotipa del *praedo pirata* e *latro*, del *tyrannus* e despota orientale, del *monstrum* di elevata perniciosità criminale, serve a due scopi fondamentali: per un verso, a evocare il coinvolgimento di fasce di diseredati in movimenti reazionari che fanno leva sull’antagonismo di classe<sup>103</sup> (gli infimi

<sup>101</sup> Clodio è definito ad es. *homo ad omne facinus paratissimus* (Cic., *Mil.* 25); *pestis* (*Mil.* 40, 68, 88) e *funesta rei publicae pestis* (*dom.* 5); *pernicies* (*Mil.* 84); *labes ac flamma rei publicae* (*dom.* 2); *communis omnium hostis* (*Mil.* 78); *oti et pacis hostis* (*dom.* 12), *nefanda et perniciose labes civitatis* (*dom.* 133); *procella patriae* e *turbo ac tempestas pacis atque oti* (*dom.* 137); *pestifera et nefaria flamma* (*dom.* 144).

<sup>102</sup> Sulla propensione al delitto e sulla pericolosità criminale di Clodio, N. DONADIO, *Da avversario di fazione a criminale pericoloso* cit., 59 ss.

<sup>103</sup> Per questa chiave di lettura del dissesto sociale seguito alle proscrizioni, resta fondamentale L.

esecutori sillani che aggrediscono la proprietà privata dei ceti egemoni, che denunciano, che inseguono, che decapitano); per altro, a isolare date caratteristiche dell'avversario di fazione, che si ricongiungono direttamente con un'indole particolarmente malvagia e pericolosa. Le componenti di questa *natura animi* – definita da Cicerone *fera immanisque natura; importuna natura; immanis acerbaque natura; effrenatus animus importunaque natura*<sup>104</sup> – si possono sintetizzare nell'avidità e crudeltà, in cui Cicerone indica la matrice di tutti i misfatti e i crimini che imputa ai suoi nemici; nella follia criminale, come eccesso nelle più aberranti inclinazioni d'animo, non contenute entro i limiti della ragionevolezza umana; nella temerarietà e audacia inaudite, cause di delitti scandalosi commessi senza tema della vendetta divina, delle leggi, dell'opinione pubblica. Alcuni di questi tratti caratteriali del nemico di fazione sono evocati all'uditorio attraverso la sollecitazione del *metus proscriptiois* e attraverso l'assimilazione ai sicari che imperversarono in città, nei municipi e nelle colonie vicino Roma durante la terribile fase delle proscrizioni sillane. La figura del *sector* e *sicarius* è frequentissima nelle invettive politiche (contro Marco Antonio,<sup>105</sup> ad esempio), così come nell'oratoria giudiziaria, dove è usata in modo emblematico contro Crisogono e i Rosci suoi complici, che vengono definiti più volte *sicarii* e *sectores*.

L'accostamento alla figura del *sector* e *sicarius*, che ben rappresenta l'immagine degli individui implicati nelle proscrizioni sillane, serve a tracciare contorni morali ben precisi dei rivali politici, a denunciare una pericolosità sociale grave e una propensione permanente al male, indotte da un'indole incorreggibile. Le *proscriptiones* così, negli attacchi agli avversari nella causa o ai nemici di fazione, identificano ormai nell'immaginario del pubblico a cui si rivolge l'oratore un atto di brigantaggio, un'aggressione piratesca ai *cives* e ai loro beni, l'attacco di nemici dell'umanità alle fondamenta stesse della *civitas Romanorum*; rivelano l'aspirazione alla tirannide di politici avidi e crudeli nella fase più acuta della crisi repubblicana. La condivisione di questa visione con l'uditorio sembra rivelare nell'accusa di implicazione nelle *proscriptiones* sillane dell'oratoria ciceroniana anche una «eco dell'opposizione senatoria a questo massacro della classe dirigente»<sup>106</sup> (specie ove l'accusa è impiegata nei discorsi al senato).

Il riferimento all'effettivo coinvolgimento nelle proscrizioni dell'82, dunque, rappresenta una soluzione utile a delineare – con altre componenti – l'immagine negativa degli oppositori di Cicerone: da Crisogono e i due Rosci, a Verre, a Oppianico *pater*, a Catilina e Clodio, per le arringhe analizzate in queste pagine. Tale accusa può dirsi perciò un motivo diffuso dell'invettiva oratoria, anche se non ricorre nella *Pisoniana* e nella seconda *Philippica* per l'ovvia ragione che Cicerone non può imputare a Pisone e a Marco Antonio alcun coinvolgimento negli eccidi dei proscritti: tuttavia, contro questi rivali l'oratore ricorre più volte all'immagine del *sector* e *sicarius* di sillana memoria (Cic. *Pis.* 38; *Phil.* 2.39, 2.65, 2.75).

L'uso retorico della figura del *sector et sicarius* coinvolto nelle esecuzioni dei proscritti o del despota folle e crudele, che minaccia *novae proscriptiones*, mostra delle proscrizioni sil-

CANFORA, *Proscrizioni e dissesto sociale nella repubblica romana*, in A. GIARDINA, A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari 1981, 212.

<sup>104</sup> Cfr. rispettivamente Cic., *Rosc. Am.* 146 (per Crisogono); *Cluent.* 195 (per Sassia); *Cluent.* 44 (per Oppianico); *Verr.* 2.5.139 (per Verre).

<sup>105</sup> Cfr. Cic., *Phil.* 2.39, 2.65, 2.75, 13.30.

<sup>106</sup> Così, per la storiografia senatoria, L. CANFORA, *Proscrizioni e dissesto sociale* cit., spec. 208.

lane la prospettiva propria delle classi dominanti (dopo il primo giugno dell’81 a.C.), portate ad assimilarle ad aggressioni illecite alla vita e ai patrimoni dei *boni cives* (atto di brigantaggio, latrocinio, strage di cittadini per mano di nemici della patria, attentato ai *iura propria civium Romanorum*). Anche sotto questa prospettiva si può parlare di un’applicazione del più generico espediente consistente nel far combaciare – attraverso linee difensive o accusatorie predisposte per la singola causa – la realizzazione dell’interesse di parte con la salvaguardia dei privilegi dell’*ordo* a cui appartenevano i giudici e l’uditorio nelle aggregazioni politiche della città: attraverso l’accusa di complicità negli eccidi sillani, Cicerone trasforma il nemico di parte in *hostis rei publicae* e *inimicus humani generis*. Il *locus* retorico consistente nell’elevare la discussione della causa dal particolare al generale,<sup>107</sup> che in un secondo momento si consolida nella precettistica di scuola e nella prassi di età imperiale, trovava nelle arringhe dell’Arpinate un’espressione non solo eccelsa ma anche per certi aspetti innovativa, in quanto egli vi traduceva una sintesi tra *ethos* e *pathos*:<sup>108</sup> tra l’affermazione della propria autorevolezza e credibilità come *patronus*, da un lato, e la capacità di predisporre emotivamente il pubblico in senso favorevole alla soluzione auspicata, dall’altro.

<sup>107</sup> Cfr. Cic., *Brut.* 93.322. Un esempio chiaro dell’impiego di quest’argomentazione topica si ha – per l’età tiberiana – nell’orazione che Marco Emilio Lepido svolse in favore del cavaliere gallo romano Clutorio Prisco, accusato di lesa maestà su indicazione del *princeps*: v. Tac., *ann.* 3.49-51 e Cass. Dio 57.20.3-4. Su questo processo cfr. adesso F.M. PETRINI, *Considerazioni su Clutorio Prisco e il suo processo* (*Tac. ann.* III 49-51, *Cass. Dio LVII* 20,3-4), in *Klio* 90, 2008, 76 ss., con lett. precedente; e N. DONADIO, *Documentum supplicii et documentum criminis. Il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico*, Napoli 2017, 228 ss., con altra bibl.

<sup>108</sup> Sulla forte componente emotiva dell’*ethos* in Cicerone e sulla differenza con quella, ovviamente amplificata, del *pathos* v. in part. E. NARDUCCI, *Eloquenza, retorica, filosofia nel De oratore*, saggio introd. a Cicerone, *Dell’oratore*, trad. it. a cura di M. MARTINA, M. OGRIN, I. TORZI, G. CETTUZZI, Milano 2016, 56 ss.



Gianfranco Purpura

Il PSI XIV, 1449 e l'*actio utilis ex lege Aquilia*

ABSTRACT

The PSI XIV, 1449 is examined, together with D. 19.2.13.4 and D. 9.2.5.3, to verify a reading hypothesis on the concession of the *actio utilis ex lege Aquilia* in the well-known case of liability of the *magister, qui eluscaverat discipulum in disciplina*. D. 9.2.52.1 is also used in order to reconstruct the disputed case.

PAROLE-CHIAVE

*Actio utilis ex lege Aquilia; actio locati; actio iniuriarium; responsabilità per culpa; azione risarcitoria; locazione.*



## IL PSI XIV, 1449 E L'ACTIO UTILIS EX LEGE AQUILIA\*

Il minuscolo frammento pergameneo PSI 1449, acquistato in Egitto nel 1903 e pubblicato solo nel 1957 da Vincenzo Arangio Ruiz in maniera «imparaggiabile»<sup>1</sup> (così Bernardo Albanese<sup>2</sup>), pur non implicando temi di vasta portata, come l'editto di Caracalla o le Istituzioni di Gaio, ma soltanto quelli relativi alla responsabilità per *culpa*, all'azione risarcitoria e alla locazione, è stato preso in considerazione fino a oggi da folte schiere di romanisti<sup>3</sup> da fare dichiarare: «la

\* Il testo apparirà anche in *Cinquant'anni di Papirologia* (Atti della Conferenza Internazionale in onore di Rosario Pinaudi – Pisa 9-12 novembre 2022), in preparazione.

<sup>1</sup> Nel vol. XIV dei *Papiri della Società Italiana (PSI)* n. 1449, Firenze 1957, 159 ss.

<sup>2</sup> B. ALBANESE, *PSI XIV, 1449 (Ulp. 32 ad Ed.) e le testimonianze ulpianee già note*, in *Studi in onore di Biondo Biondi* I, Milano 1965, 22 (estratto) = *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, 385-406.

<sup>3</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum in una pergamena di provenienza egiziana*, in AG 153, 1957, 140 ss. (= *Studi papirologici ed epigrafici*, Napoli 1974, 463 ss.); riconsiderato alla luce della letteratura successiva in ID., *Di nuovo sul frammento di Ulpiano in PSI 1449 R*, in BIDR 63, 1960, 281 ss.; A. D'ORS, *Los nuevos fragmentos florentinos de Ulpiano: PSI 1449*, in AHDE 27-28, 1957-58, 1255-1261; E. SEIDL, *Juristische Papyrskunde*, in SDHI 24, 1958, 426 s.; M. AMELOTI, Rec. a "Papiri greci e latini XIV", in SDHI 24 1958, 385 s. (= *Scritti giuridici*, a cura di L. MIGLIARDI ZINGALE, Torino 1996, 955 s.); R. ROCA PUIG, *Panorama de los papiros latinos, En el bimilenario de Cicerón*, in *Helmantica* 30, 1958, 480; L.E. SIERL, *Nachträge zu Lenel's Palingenesia Iuris Civilis anhand der Papyri*, Fürth (Bayern) 1958, 53 ss.; E. VOLTERRA, Rec. a "Pubblicazioni della Società Italiana per la ricerca dei papiri, vol. XIV", in IVRA 9, 1958, 312 s.; H.J. WOLFF, *Zur Palingenesie und Textgeschichte von Ulpian's Libri ad Edictum*, in IVRA 10, 1959, 1 ss.; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 255 ss.; 432; C.A. CANNATA, *Alcune osservazioni e ipotesi su PSI 1449*, in AG 159, 1960, 25 ss.; F. ZUCKER, *Urkundenreferat*, in *Archiv* XVIII/1, 1960, 113; J.A.C. THOMAS, *An Aquilian couplet. The case of the apprentice's eye*, in RIDA 8, 1961, 357 ss. (= *Studi Biondi*, II, Milano 1965, 161 ss.; G. PUGLIESE, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Annali di Storia del Diritto* 5-6, 1961-62, 81 ss. (= *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli 1985, 39 ss.); F. PRINGSHEIM, *Die Verletzung Freier und die lex Aquilia*, in SDHI 28, 1962, 9 ss.; M.J. GARCIA GARRIDO, *Problemas en torno a las fuentes*, in *Rev. Dro. Notarial*, Madrid 1964, 266 ss.; B. ALBANESE, *PSI XIV, 1449 cit.*, 165 ss. (= *Scritti giuridici*, I cit., 387 ss.); TH. MAYER-MALY, *Aus der Rechtsgeschichte des Lehrlingswesens*, in *Festschrift für H. Schmitz*, I, München-Wien 1967, 161 ss.; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (Corso di Diritto romano nell'Univ. di Cagliari, anno accademico 1967/68), Milano 1968, 311 ss.; diversamente in G. PUGLIESE, *Scritti cit.*, III, 41 s.; FR. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien-Köln-Graz 1969, 120; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione e problemi della colpa*, Torino 1969, 275



critica testuale originata da PSI 1449 è così immensa, da non poterla neppure esporre». <sup>4</sup> Occorre dunque giustificare l'attenzione che rivolgo al tema dopo tanti autorevoli studi.

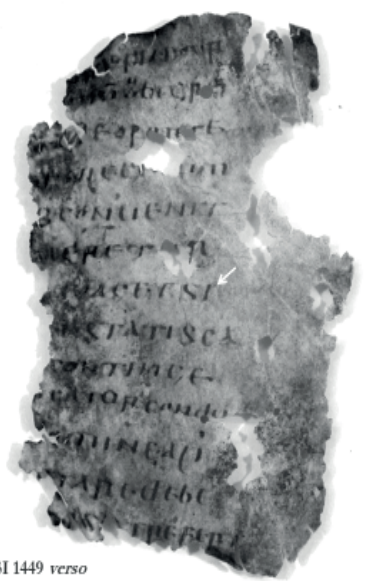
La scelta è stata determinata da un antico invito del Maestro Bernardo Albanese, che mi suggeriva di verificare una sua acuta ipotesi di lettura della l. 8 del *recto*. Per far ciò, mi ero recato da Rosario Pinaudi presso la Biblioteca Laurenziana di Firenze e, tramite l'Istituto Papirologico "G. Vitelli" avevo pure ottenuto, nel 1999, una copia fotografica del *recto* e del *verso*, ma la scarsa qualità delle immagini era quella del tempo e non aveva permesso di sciogliere i dubbi di lettura di Albanese. Già nel 2005 una scansione digitale, inviata da Rosario, consentiva una migliore visione:

ss.; M. LEMOSSE, Rec. a S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, in RHDfE 48, 1970, 440 ss.; C.A. CANNATA, Rec. a S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, in Labeo 17, 1971, 64 ss.; E.A. LOWE, *Codices latini antiquiores*, suppl., Oxford 1971, n. 1697; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 116 ss. e lett. ivi cit.; R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, 83 ss. (= BL VI 187); E. VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona 1973, 97 ss.; M. SCHUBERT, *Der Schlag des Schuster*, in ZSS 92, 1975, 267 ss.; G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in SDHI 41, 1975, 64 ss.; E.G. TURNER, *The Typology of the Early Codex*, Haney Foundation Series XVIII, Pennsylvania 1977, 126 nt. 475; J. THOMAS, *Actiones ex locato/conducto and Aquilian liability*, in *Essays B. Beinart*, III, Capetown 1979, 127 ss.; K. MCNAMEE, *Abbreviations in Greek Literary Papyri and Ostraca*, in *BASP*, suppl. 3, Ann Arbor 1981, XXXV; 73; 74; 91; 121; N. VAN DER WAL, *Die Schreibweise der dem Lateinischen Entlehnten Fachworte in der Frühbyzantinischen Juristensprache*, in *Scriptorium* XXXVII/1, 1983, 30 nt. 4; L.E. DEL PORTILLO, *El farol del posadero*, in Labeo 29, 1983, 157 ss.; P.W. DE NEEVE, *Remissio mercedis*, in ZSS 100, 1983, 310 nt. 45; V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, Firenze 1988, 185 s.; F. STURM, *Le contrat de apprentissage dans l'Antiquité*, in *Festschr. Niederländer*, Heidelberg 1991, 127 ss.; F. GINESTA-AMARGÓS, *La responsabilidad del maestro zapatero por las lesiones causadas a sus discipulos. Algunas consideraciones a D. 9,2,5,3 Ulp. 18 ad ed., D. 19,2,13,4 Ulp. 32 ad ed. y PSI XIV, 1449 ll. 1-9*, in RIDA 39, 1992, 127 ss.; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, 457 s.; M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien 1998, 109; K. MCNAMEE, *Another Chapter in the History of Scholia*, in CQ XLVIII/1, 1998, 278, 281; EAD., *Annotations in Greek and Latin texts from Egypt*, New Haven 2007, 503; E. CRISCI, *Papiri Letterari della Biblioteca Medicea Laurenziana*, CD-Rom, Cassino 2002, scheda nr. 246; P. RADICIOTTI, nr. 8. PSI XIV, 1449, in G. CAVALLO, E. CRISCI, G. MESSERI, R. PINTAUDI (cur.), *Scrivere libri e documenti nel mondo antico, Mostra di papiri della Biblioteca Medicea Laurenziana*, 25 agosto-25 settembre 1998), 169; M.FL. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 103; Th. FINKENAUER, *Pönale Elemente der lex Aquilia*, in *Symposium zum 80. Geburtstag von Herbert Hausmaninger*, Wien 2017, 35 ss.; A. TORRENT, *Ad legem Aquilianam. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa*, I, Madrid 2019, 22; 63 ss.; 79 ss.; ID., *Ad legem Aquilianam. Estudios procesales*, Madrid 2021, 114 ss.; sino alla recente riedizione preliminare del PSI XIV, 1449 di M. FRESSURA E S. ALESSANDRÌ (*DCLP/Trismegistos 62939 = LDAB 4131 = HGV PSI 14 1449 = Trismegistos 62939 (papyri.info)*), prodotta nell'ambito del progetto REDHIS, 2014-2019 [*Project (unipv.it)*], che ha dato luogo al conclusivo contributo di S.R. ALESSANDRÌ, *PSI XIV 1449. Ulpianus 32 Ad edictum*, in D. MANTOVANI, S. AMMIRATI (cur.), *Giurisprudenza romana nei papiri. Tracce per una ricerca*, Pavia 2018, 61 ss.

<sup>4</sup> L.E. DEL PORTILLO, *El farol del posadero* cit., 161 nt. 19.



PSI 1449 recto



PSI 1449 verso

In occasione dunque del 75° genetliaco dell'amico e collega, che nell'ultimo cinquantennio tanto ha meritato anche per la promozione della collaborazione tra appartenenti a settori diversi dell'Antichistica, persino noi, giuristi, mi è sembrato opportuno rispolverare quell'antico invito.

	<p>•DCLP transcription: 62939</p> <p>•marginalia left (hand 2) σημ(είωσι) οὖν ὄτ(ι) [τ]οῦ πάτ(ρ)ος [ο]ῦ [τ]ῶν ini- [uria]rum [-ca.?-]</p> <p>•marginalia left (diple obelismene) [έ]ν τῷ Aquilio τῶν de iud(iciis)· ἐδάξ(α)το δὲ ἐκ το(ύτο)υ εἰναι Aquil(ion) ὁ[ν]ήσιμον ?)*</p> <p>* McNamee</p>	<p><b>PSI XIV, 1449 <i>recto</i></b></p> <p>...igit[ur esse act(ionem) ex locato pa[tri eius Iul(ianus)] dicit iniu[riarum a(u)t(em) ne-] g[a]t, quia n(on) in[iuriae fa-] ciendae c(ausa) ho[c fecerit] sed praeci[piendi. Se-] d et de Aquil[ia quid sen-] tiamus sup[ra osten-] dimus.</p> <p>Si servum i[n pistrinum (?)] coicercero et [pistrina] rius, scribit [Pomponius(?)] esse act(ionem) ex [locato (?)] si cus[t]o...</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Va subito precisato che sono state le prime nove linee di scrittura del *recto* che hanno attirato la viva attenzione dei romanisti, mentre è stata dedicata minore attenzione alle restanti cinque linee finali del *recto* e alle dodici linee del *verso*:

	<p><b>PSI XIV, 1449 <i>verso</i></b></p> <p>... [aut villa no]n reficitur [v(el) stabulu]m v(el) ubi gre- [ges eius s]tare oportet- [at, v(el) si qui]d in lege [c]on- ductionis convenit, [si hoc non p]raestatur [ex condu]cto aget&lt;ur&gt;. Si [vis temp]estatis ca- [lamitosae] contige- [rit, an l]ocator condu- [ctori hoc] nomine ali- [quid prae]stare debe- [at videam]us; <u>et refert</u> ...</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sottolineati i termini omessi nella *Littera Florentina*

Ciò si giustifica con la circostanza che le prime nove linee del *recto* trovano un riscontro sostanziale, ma non puntuale, con un celebre testo del Digesto (D. 19.2.13.4), tratto da Ulpiano XXXII *ad edict.*, da un libro dedicato alla trattazione della *locatio conductio*, invece le cinque linee restanti del *recto* appartengono ad un testo non inserito dai compilatori nel Digesto, né a noi pervenuto, ma ritenuto da Arangio Ruiz con acuta congettura affine a D. 16.3.1.9. Tale testo, escerpito da Ulpiano XXX *ad edict.*, concerne l'esperibilità o meno dell'*actio locati* in base al tipo di contratto adottato nel caso di uno schiavo dato in deposito e poi fuggito da un *pistrinum*.

Le dodici linee del *verso* della pergamena si riferiscono inoltre ad una versione quasi identica a quella offerta da D. 19.2.15.1-2, che espunge però il termine finale *refert* e il pleonastico '*hoc nomine*', anch'essa ricavata dal libro XXXII *ad edict.* di Ulpiano. Versione che non suscita particolari questioni, sempre in riferimento alla concedibilità dell'*actio locati*.

Le omissioni rispetto alla pergamena (l'*hoc nomine* e il *refert*), per Arangio Ruiz si giustificano per la nota «tendenza dei compilatori a raccorciare i testi classici» e, smentendo «la supposta sciatteria di Ulpiano scrittore», conferiscono fiducia che la pergamena tramandi «la dizione originaria di Ulpiano».<sup>5</sup>

A rinforzare l'attrazione dei romanisti verso le prime nove linee del *recto* concorrono due glosse marginali in greco, che si riferiscono alle prime righe, e soprattutto la possibilità di confrontare la parte iniziale del *recto* con un frammento parallelo del Digesto, D. 9.2.5.3, ove Ulpiano nel libro XVIII *ad edict.*, pur trattando della *lex Aquilia*, e non della *locatio*, richiamava tanto la medesima fattispecie, che la derivazione della questione dal giurista Giuliano. Questi, per primo nell'LXXXVI dei suoi *Digesta*, affrontava il noto caso della responsabilità del *magister*, '*qui eluscaerat discipulum in disciplina*', occupandosi appunto della *lex Aquilia*, come si apprende solo da D. 19.2.13.4, e non dagli altri due testi, ove è ricordato solo il nome del discepolo di Giavoleno.

Sembra dunque che il frammento pergameneo, come propose per primo Arangio Ruiz,<sup>6</sup> possa ascriversi ad un codice del IV sec. d.C., con linee brevissime, da sedici a venti lettere ciascuna, a due colonne di 45/50 righe del XXXII libro del commentario *ad edict.* di Ulpiano del titolo *de actione locati*, come confermato dal secondo dei due scolii del *recto* che fa riferimento a uno dei libri *de iudiciis* della stessa opera.<sup>7</sup> Certamente non proviene dal XXXIV *ad edict.*, *locati conducti* di Paolo, come isolatamente propose Cannata,<sup>8</sup> costretto a giustificare l'affinità del parallelo frammento del commentario ulpiano tramandato nel Digesto (D. 19.2.13.4) e il PSI 1449 r, tentando di accentuare le differenze tra i due testi, come quella del generico riferimento a Giuliano nella pergamena, senza l'indicazione precisa del libro conservata nel testo del Digesto, ove invece avrebbe potuto essere omessa per la già accennata tendenza compilatoria alla sintesi. Seidl<sup>9</sup> però, convinto come Arangio Ruiz «che quanto si legge nella pergamena sia dettato originale ulpiano», ha pro-

<sup>5</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Frammenti di Ulpiano* cit., 144 s. (= *St. Pap. ed Ep.* cit., 467).

<sup>6</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Frammenti di Ulpiano* cit., 140 ss. (= *St. Pap. ed Ep.* cit., 463-464); ID., *Di nuovo sul frammento di Ulpiano* cit., 281 ss. (= *St. Pap. ed Ep.* cit., 591 ss.).

<sup>7</sup> S.R. ALESSANDRÌ, *PSI XIV 1449* cit., 63.

<sup>8</sup> C.A. CANNATA, *Alcune osservazioni ed ipotesi su PSI 1449* cit., 27 ss.; cfr. anche ID., *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., 311 ss.

<sup>9</sup> E. SEIDL, *Juristische Papyruskunde* cit., 426 s.

posto che il giurista di Tiro si sia «questa volta, come tante altre, contentato di ricordare sommariamente il suo grande predecessore» e ciò costituirebbe «un esempio sicuro di tribonianismo operato integrando Ulpiano con parole genuine di Giuliano», lamentando quindi «che un così patente esempio non abbia potuto essere presente all'indimenticabile autore dei *'Confronti testuali'*, il compianto Chiazzese». <sup>10</sup>

Ma ciò non ha convinto giustamente Arangio-Ruiz, <sup>11</sup> che ha osservato che «solo dividendo quanto nella pergamena precedeva» si sarebbe potuto arrivare a chiarire la portata di quel *Iulianus dicit*. La necessità della precisazione in D. 19.2.13.4 da parte di Ulpiano dell'LXXXVI libro di Giuliano e la sua omissione nella pergamena e in D. 9.2.5.3 potrebbero dipendere dalla banale circostanza che la prima menzione veniva effettuata nel contesto del XXXII libro del commentario ulpiano dedicato alla trattazione di altra materia, la *locatio*, rispetto a quella trattata da Giuliano nell'LXXXVI *Digestorum*, la *lex Aquilia*, e dunque il giurista di Tiro ritenne opportuno precisare il libro di provenienza della citazione, nell'altro caso Ulpiano si occupava della medesima materia di Giuliano nel XVIII *ad edict.*, l' *Aquilia* appunto, e quindi appariva del tutto superfluo precisarne meglio l'origine.

Dunque è l'omogeneità dei contenuti con i due passi ulpiani del commentario editale contenuti nel Digesto, ma soprattutto la corrispondenza quasi totale con il frammento editale di Ulpiano del *verso*, che induce a far propendere che si tratti di Ulpiano, di un'unica versione, meno fedele, dell'originale libro XXXII *ad edict.*, ma più estesa, rispetto a quella, più precisa, utilizzata dai commissari giustiniani. Tale versione ha subito qualche omissione, come quella delle ultime cinque linee del *recto* (PSI 1449 r, ll. 10-14), e tuttavia ha mantenuto fedelmente nel Digesto la precisa indicazione della originaria provenienza giuliana del commento ulpiano.

Quanto alla natura e genesi del codice pergameneo, si è a lungo discusso per un'ipotesica derivazione dalle scuole d'Oriente, <sup>12</sup> ma adesso si propende per una copia privata di ambiente alessandrino, tenendo conto della probabile origine egiziana <sup>13</sup> e soprattutto, come ha osservato Alessandrì, della natura privata degli scolii, «ben diversi da quelli dei codici di nuova impostazione di V e oltre, e che non mirano a commentare il testo, ma piuttosto accennano al contenuto del passo ('si tratta dell'*actio ex locato* e non di quella *iniuriarum*') o effettuano un richiamo a un'altra sezione dell'opera di Ulpiano, nella quale si accenna all'*actio ex lege Aquilia (utilis)*». <sup>14</sup>

Dopo i cenni alle complesse vicende documentali, un'altra differenza, che finalmente ci induce a trattare della fattispecie giuridica specifica, si rileva tra il frammento egiziano e

<sup>10</sup> V. ARANGIO RUIZ, *St. Pap. ed Ep.* cit., 593.

<sup>11</sup> V. ARANGIO RUIZ, *l.c.*; ma anche tutti gli autori cit. *supra* nella nt. 3; si vedano in particolare le obiezioni di G. PUGLIESE, *Orientamenti* cit., 83 s. nt. 18 (*Scritti*, cit. III, 41-42 nt. 18); J.A.C. THOMAS, *An Aquilian couplet* cit., 182 nt. 50; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 279 nt. 27; G. VALDITARA, *Superamento* cit., 424 nt. 422; M.F. CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 102 nt. 49; S. ALESSANDRÌ, *PSI XIV 1449* cit., 63 nt. 8.

<sup>12</sup> Da Berito, per E.A. LOWE, *Codices latini antiquiores* cit., n. 1697; ma anche orientale per P. RADI-CIOTTI, *PSI XIV* cit., 169 e K. MCNAMEE, *Annotations* cit., 503.

<sup>13</sup> Frammento acquistato a Ghizeh da Vitelli, Schiaparelli e Breccia nel 1903.

<sup>14</sup> F. PRINGSHEIM, *Die Verletzung Freier* cit., 12; R. ROCA PUIG, *Panorama de los papiros latinos* cit., 480; F. GINESTA-AMARGÓS, *La responsabilidad del maestro* cit., 132; S. ALESSANDRÌ, *PSI XIV 1449*, cit. 62 s.

D. 19.2.13.4 da un lato, e il parallelo passo del Digesto, D. 9.2.5.3 dall'altro. Nei primi due testi si asserisce decisamente che '*esse actionem ex locato patri eius Iulianus dicit*' o '*scripsit*', nel secondo invece il medesimo giurista '*... an ex locato dubitat*'.

Come è ben noto, nei tre passi si affrontava il caso in cui un ciabattino, al quale era stato affidato un *filius familias* affinché gli insegnasse il mestiere di calzolaio attraverso un contratto di apprendistato, configurabile nelle forme romane di una *locatio/conductio*, avesse accecato il giovane mentre intendeva punirlo per non avere bene eseguito le sue istruzioni. A tal proposito tre erano i rimedi astrattamente proponibili al *pater* per il risarcimento del danno subito e la punizione dell'incauto *magister*: l'*actio locati*, l'*actio iniuriarum* e l'*actio legis Aquiliae*.

La delicata questione era da Ulpiano in D. 9.2.5.3 inizialmente trattata in connessione con il più semplice caso del danneggiamento di un *servus* nel quadro del commentario editale sulla *lex Aquilia*, ricordando che Giuliano ne aveva ammesso l'applicabilità nel caso di accecamento e si aggiungeva: '*multo magis igitur in occiso idem erit dicendum*'. Ulpiano ricordava quindi che ciò aveva dato occasione a Giuliano di trattare il caso del *puer ingenuus*, percosso al capo con la *forma calcei*, *ut oculus puero perfunderetur*, escludendo l'applicabilità dell'*actio iniuriarum*, poiché il colpo sarebbe stato inferto non per arrecare ingiuria, ma per ammonire e insegnare. Se poi fosse spettato in base ad un rapporto di locazione, ne dubitava, *quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti*.<sup>15</sup> Il testo di Ulpiano si concludeva quindi con la brusca ammissibilità della *lex Aquilia*.

La medesima questione era affrontata da Ulpiano in D. 19.2.13.4 nel quadro del commentario editale della *locatio* richiamando con precisione, come si è già detto, la trattazione giuliana della *lex Aquilia*, ma modificando l'ordine della applicabilità delle possibili azioni: prima l'*actio ex locato*, ammettendola senza alcun dubbio, quindi l'*Aquilia*, mediante un rapido rinvio, ed infine l'*actio iniuriarum*, negandola per i motivi già esposti. A complicare le cose, nel frammento pergameneo quest'ultimo ordine di esposizione si inverte: dopo la trattazione dell'*actio ex locato*, l'*actio iniuriarum* precede il fugace e finale accenno all'*Aquilia*.

Credo che a questo punto sia evidente quanto possa essere complessa ed ipotetica la ricostruzione della storia testuale, che ha dato luogo alle proposte più disparate e contrastanti.

Lungi quindi dal procedere ad una esposizione ordinata della letteratura, che travalicherebbe certamente il tempo a disposizione e forse alla fine ci condurrebbe all'esasperazione, è preferibile affrontare singole questioni particolari e innanzitutto quella accennata del contrasto giuliano tra la decisa applicabilità dell'*actio ex locato* nei primi due testi e il dubbio nell'altro.

<sup>15</sup> R. WITTMANN, *Die Körperverletzung* cit., 92 ss., come S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 280 nt. 29, propone d'intendere il *dumtaxat* nel senso di «almeno» e non, come abitualmente, in quello di «solo, soltanto». Cfr. G. VALDITARA, *Superamento* cit., 430 s. nt. 441; CURSI, *Iniuria cum danno*, cit., 108 nt. 63; S. ALESSANDRÌ, *PSI XIV 1449* cit., 68 nt. 28 osserva che «una lettura non strumentale della suddetta espressione evidenzia, tuttavia, la forzatura operata sul significato del termine». L'interpretazione di *dumtaxat* ha quindi dato luogo ad ampia discussione, ricordata in F. GINESTA-AMARGÓS, *La responsabilidad del maestro* cit., 144 ss. B. ALBANESE, *PSI XIV, 1449* cit., 20 (estratto) finisce per supporre l'interpolazione compilatoria di *dumtaxat*, o di *levis dumtaxat*. È comunque chiaro che la determinazione del giusto limite del potere correttivo è una delle cause che avrebbe potuto suscitare incertezza.

Ulp. 18 *ad ed. D.* 9.2.5.3: si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui cluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit. ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percussit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed Aquilia posse agi non dubito.

Paul. 22 *ad ed. D.* 9.2.6: praceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur.

Ulp. 18 *ad ed. D.* 9.2.7 pr.: qua actione patrem consecutum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitium oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.

Ulp. 32 *ad ed. D.* 19.2.13.4: item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praeci- piendi.

da M.F. Cursi, *Iniuria cum damno* Milano, 2002.

PSI XIV.1449, *recto*, 1-9:  
 Σημ(είωσαι) ὄν ὄν(η) ἢ τ[ο]ῦ πατρὸς  
 [κ(α)ὶ] ὄχ(η) ἢ τ[ο]ῦν ini-  
 [uria]rum  
 [ἔστ(ε)]

\*g\*{\*\*\* esse actionem ex] locato pa[tri eius Iulianus] dicit, iniu[riarum a(u)t(em) ne-] gat, quia no[n iniuriae fa-] ciendae c[ausa] id [fecerit,] sed praeci[piendi]. Se-] d et de Aquil[ia quid sen-] tiamus alio [(com)m(en)tar[io] tradi-] dimus. [

[E]ν τῷ Aquilio τῶν δε iud(iciis). 'Εδέξα- το δὲ ἐκ τοῦ(του) εἶναι Α- quill(τον) οἴτρ(ἰλιον).

Si servum\*[ s\* fecero\*\*[ rius scribit[ esse actio[nem] si cus[t]o[ ]

Tale dubbio innanzitutto non sussisterebbe per Schipani, per il quale non vi sarebbe stata in realtà alcuna contraddizione: «*Dubito* esprime un'incertezza;» scrive Schipani, «*an dubito* introduce anche un'interrogazione in forma tale da essere tendenzialmente assertoria, espressione modesta di una convinzione soggettiva».<sup>16</sup> E quindi cerca di suffragare tale convinzione attraverso l'uso specifico del termine *dubito* in Ulpiano, constatando «che il più delle volte non vi è coincidenza fra il giurista a cui viene attribuita la formulazione del dubbio – che quindi è effettivo – e giurista a cui è attribuito il parere che lo scioglie, ... ma quando è l'autore stesso del dubbio che lo supera, in tre casi ci troviamo di fronte ad Ulpiano che parla in prima persona e tosto dà una risposta positiva». D'altra parte, conclude, «in D. 19.2.13.4 Giuliano ammette la responsabilità contrattuale senza alcuna esitazione, e questa posizione è confermata da PSI 1449 ».

Ma subito la Cursi ha obiettato: «Una simile interpretazione, fondandosi su un argomento quantitativo (l'omogeneità di due fonti su tre) mi sembrerebbe attribuire al *dubito an* un significato che priva l'espressione del suo naturale carattere dubitativo, con il rischio di appiattare D. 9.2.5.3 sulle altre due fonti, non lasciando spazio a quella che potrebbe essere stata una diversa possibilità in un più ampio ventaglio di ipotesi prese in considerazione dal giurista».<sup>17</sup> «In ogni caso», ha soggiunto Valditara, «se anche può essere ammessa la compatibilità di '*dubito an*' con la concessione dell'*actio locati*, la contrapposizione con il '*non dubito*' successivo e il confronto con la Parafraresi di Doroteo,<sup>18</sup> sembrano far affiorare

<sup>16</sup> S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 281 s.

<sup>17</sup> M.F. CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 105 nt. 57.

<sup>18</sup> Cfr. Bas. 60.3.5.14 (ed. Scheltema).

in modo inequivocabile, come è costretto a riconoscere lo stesso Schipani,<sup>19</sup> un 'irriducibile contrasto' della posizione di Giuliano nei tre testi circa l'ammissibilità nel caso di specie dell'azione contrattuale». <sup>20</sup> Il maestro bizantino Doroteo ha infatti tentato di illustrare alcuni possibili dubbi sulla proponibilità dell'*actio locati* in riferimento ad un'eventuale mercede, all'entità della ferita e alla possibile ripresa del lavoro dell'apprendista. E di dubbi, come vedremo, ne possono sussistere diversi.

Non essendo neppure verosimile per spiegare l'«irriducibile contrasto» tra i testi ipotizzare una inavvertita contraddizione dello stesso Ulpiano, che è stata esclusa pure da Valditarà e Ginesta-Amargos,<sup>21</sup> occorre congetturare, come proposta conciliativa, quale possa essere stato il contenuto originario del pensiero giuliano, se non si vuol ricadere in quella ridda contrastante di ipotesi di interpolazioni di parti diverse dei tre testi in questione, variamente distribuendole tra il livello classico, postclassico e giustiniano, che via via nel tempo i diversi studiosi hanno proposto.

Oggi, placatasi l'epoca dell'*Interpolationenjagd* e dimostrata la centralità, persistente nel tempo della letteratura giurisprudenziale, anche per merito del progetto REDHIS,<sup>22</sup> che ne ha documentato la larga diffusione nei papiri fra il IV e VI sec. d.C., segno di una vasta circolazione e utilizzazione, soprattutto di commentari editi, come quello di Ulpiano, sembra essere stata accolta dall'opinione dominante il convincimento tendenzialmente conservativo di Albanese.

Secondo Albanese, il dubbio di Giuliano in D. 9.2.5.3 è classico e osserva con Wolff che anche la citazione del l. 86 dei *Digesta* giuliani in D. 19.2.13.4 è, con ogni verosimiglianza, da ritenersi originale di Ulpiano. Sicché nella analoga parte a noi non pervenuta della pergamena, si doveva contenere un discorso di una certa lunghezza.<sup>23</sup> E poiché nella medesima si riscontra un secondo riferimento espresso a Giuliano (*Iulianus dicit*), «l'unica soluzione possibile consiste nel supporre che Ulpiano esponesse, in quella parte a noi ignota una disputa giurisprudenziale a proposito dell'*actio ex locato*; disputa imperniantesi sulla perseguibilità, o meno, con quell'azione, del pregiudizio arrecato dal maestro all'apprendista, nel caso che non si potesse addebitare al primo un comportamento esorbitante dalla normale (e corrispondente alla *bona fides* su cui è fondato il rapporto di locazione) potestà di correzione nei confronti del secondo».<sup>24</sup>

Così entriamo nel vivo della questione, cercando di «divinare quanto nella pergamena precedeva», per esprimersi con le parole di Arangio Ruiz.<sup>25</sup> Se le conseguenze del caso concreto descritto in entrambi i testi che ne trattano sono pressoché simili (... *ut oculus puero perfunderetur* ... o ... *effunderetur* ...), poiché la differenza verbale è pressoché irrilevante, e la condotta lesiva, pur essendo descritta in modo identico nelle due versioni a noi pervenute del

<sup>19</sup> Cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 283; v. tra l'altro anche TH. MAYER MALY, *Locatio conductio*, Wien 1956, 187, nt. 54.

<sup>20</sup> G. VALDITARA, *Superamento* cit., 430.

<sup>21</sup> G. VALDITARA, *Superamento* cit., 430 nt. 440, ma anche F. GINESTA-AMARGÓS, *La responsabilidad del maestro* cit., 145.

<sup>22</sup> Cfr. *supra*, nt. 3. In particolare, D. MANTOVANI, *Costantinopoli non è Bologna. La nascita del Digesto fra storiografia e storia*, in *Giurisprudenza romana nei papiri* cit., 1 ss.

<sup>23</sup> B. ALBANESE, *PSI XIV, 1449* cit., 9.

<sup>24</sup> B. ALBANESE, *l.c.*

<sup>25</sup> V. ARANGIO RUIZ, *St. Pap. ed Ep.* cit., 593.

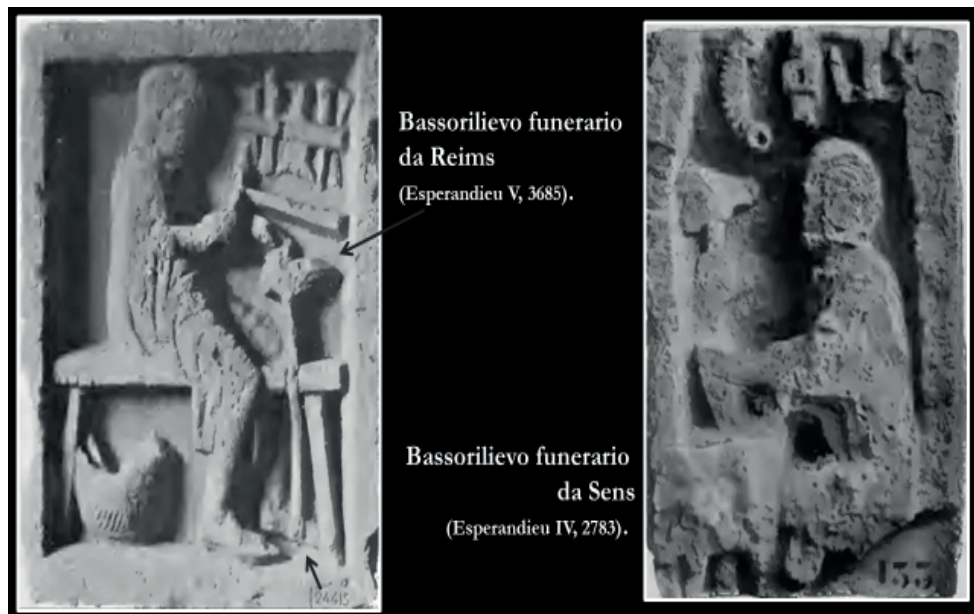


passo (... *forma calcei cervicem percussit ut* ...), è anch'essa chiara, anche se in D. 19.2.13.4 con l'anomala enfaticizzazione della gravità della percossa (... *tam vehementer* ...) <sup>26</sup>, poiché il colpo al capo del povero ragazzo è indiscutibilmente sferrato dal ciabattino con la *forma calcei* in entrambe le versioni pervenute, tale sproporzionata modalità lesiva appare incongrua con quanto subito si asserisce, e, meno che mai, con eventuali dubbi di sorta!

Si è arrivati anche a sostenere che l'interpretazione del modo in cui si sarebbero svolti i fatti avrebbe potuto essere diversa:<sup>27</sup> per alcuni un colpo del maestro con la mano avrebbe spinto il capo del ragazzo verso un oggetto aguzzo, un punteruolo o un gancio della *forma calcei*, per altri invece il colpo sarebbe stato assestato direttamente con la *forma*, come sembra che i due testi concordemente indichino.<sup>28</sup>

Anche se le tre fonti appaiono concordi nell'escludere il ricorso all'*actio iniuriarum* e la letteratura in proposito, forse per tale unanimità, non ha sollevato gravi perplessità, non v'è dubbio che nell'ottica di noi moderni un colpo sferrato al capo di un fanciullo libero con un oggetto contundente come la *forma calcei*, in ogni caso di grande mole e peso, sia essa di ferro o pur di legno, avrebbe dovuto consentire il ricorso all'*actio iniuriarum*, non il suo diniego.

Se la *forma calcei* sino ad un passato non troppo lontano è consistita infatti in una massiccia incudine di ferro sulla quale modellare la suola e la tomaia, le rappresentazioni coeve di età imperiale appaiono, in verità, ancora più temibili.

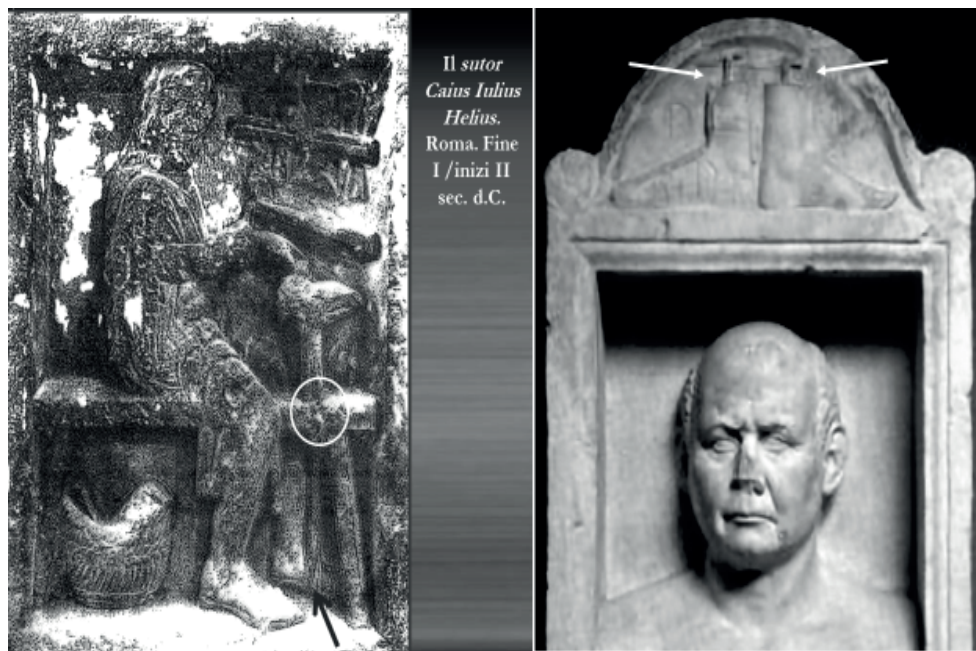


<sup>26</sup> Cfr. *infra* nt. 28; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 287 ss. e la lett. *ivi* cit.

<sup>27</sup> F. GINESTA-AMARGÓS, *La responsabilidad del maestro* cit., 133 s. e la lett. *ivi* cit.

<sup>28</sup> Sulla dinamica dell'incidente v. S. ALESSANDRÌ, *PSI XIV 1449* cit., 68 nt. 22 e la lett. *ivi* cit.

Infatti Schubert, utilizzando un bassorilievo funerario di età imperiale da Reims, ha ipotizzato che esso raffiguri un ciabattino a cavalcioni su un panchetto che batte su di una *forma calcei* smontabile, dotata di un micidiale chiodo ricurvo, impiegato per fissarla stabilmente alla panca e renderla smontabile. Ciò può plausibilmente desumersi dal noto rilievo funerario da Roma del *sutor Caius Iulius Helius* della fine del I /inizi del II sec. d.C., sormontato da due *formae calcei* smontate dotate dei pericolosi ganci.



Il *sutor*  
*Caius Iulius*  
*Helius*.  
Roma. Fine  
I /inizi II  
sec. d.C.

Anche se il rilievo di Reims sembra che in verità raffiguri un fabbricante di zoccoli di legno, che attraverso una correggia azionata dal piede sinistro poteva far ruotare lo zoccolo inserito nella *forma* per una rapida lavorazione (accostabile ad un altro falegname in un bassorilievo, stavolta da Sens),<sup>29</sup> non credo che si possa dubitare che la *forma calcei* fosse dotata di ganci per fissarla solidamente al panchetto e agevolarne lo smontaggio, come si osserva sulla sommità della tomba del ciabattino romano, e che tali attrezzi funzionali e pratici fossero diffusi e, come avviene per gli attrezzi artigianali più utili, siano stati stabilmente persistenti nel tempo.

Sembra tuttavia che nell'ottica romana dell'epoca la legittimazione all'esercizio del potere disciplinare del *magister* nei confronti del *discipulus* si accompagni al riconoscimento di una assenza di un *animus iniuriandi*, anche se esercitato palesemente *tam vehementer*,<sup>30</sup> al di là di limiti per noi francamente ammissibili.

<sup>29</sup> E. ESPERANDIEU, *Recueil général des bas-reliefs, statues et bustes de la Gaule romaine*, V, Paris 1923, 41 n. 3685; IV, 2783.

<sup>30</sup> Sui dubbi d'interpolazione dell'espressione *tam vehementer* e la vasta lett. connessa cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 288 nt. 42.

Tralasciando i comprensibili dubbi d'interpolazione e discussioni che quest'ultima espressione ha quindi suscitato,<sup>31</sup> sembra che la questione si focalizzi piuttosto sull'*actio locati* e sulle perplessità, come si diceva, di Giuliano. La ragionevole opinione di Albanese, che cioè Giuliano avesse distinto tra il caso della lesione dovuta ad una normale *castigatio* da quello di una lesione *supra modum*, concedendo l'azione *ex locato* in questa seconda ipotesi, poiché il comportamento violento avrebbe violato il rapporto contrattuale basato sulla buona fede, sembra ormai essere ammessa dall'opinione prevalente.<sup>32</sup>

Il problema consiste, semmai, nel tentare di ricostruire la controversia giurisprudenziale in proposito, segnalata dal probabile *igitur* iniziale del frammento,<sup>33</sup> in rapporto alle possibili dinamiche dell'incidente, dibattito che chiaramente è stato sintetizzato, creando le problematiche in precedenza evidenziate.

Una eventualità in aggiunta, che emerge dai dati relativi alla *forma calcei* impiegata dai ciabattini romani, è che un incidente possa essersi verificato, non solo come conseguenza materiale della botta inferta (non certo esorbitando il bulbo oculare per effetto della gravissima percossa),<sup>34</sup> sia con un colpo proprio con la *forma* o quando il capo dell'apprendista viene dal *sutor* spinto contro un ago che colpisce, seppure preterintenzionalmente, l'occhio,<sup>35</sup> ma il danno si genera invece senza la relazione *corpore corpori datum*, richiesta dalla *lex Aquilia*, (cioè prodotto direttamente e immediatamente dalla forza muscolare del *magister* rivolta all'integrità fisica dell'occhio del ragazzo), soltanto per effetto di una schivata effettuata dal *discipulus*, ma purtroppo involontariamente rivolta verso il temibile gancio svincolato dal panchetto.

In tale ipotetico caso, al quale – bisogna ammettere – i tre testi considerati nello stato attuale non accennano, non solo non avrebbe potuto essere impiegata l'*actio iniuriarum* per risarcire il danno, ma anche l'*actio ex locato* avrebbe potuto suscitare qualche perplessità, in quanto il danno, magari conseguenza di una semplice minaccia di uno schiaffo, non solo sarebbe stato inflitto senza *animus iniuriandi* e in corretto adempimento della *bona fides*, ma sarebbe stato conseguenza del movimento involontario del ragazzo, come sua naturale reazione istintiva.

Ovviamente, ciò avrebbe potuto essere oggetto di un variegato dibattito giurisprudenziale e dunque di una incertezza da parte di Giuliano, se cioè un comportamento

<sup>31</sup> B. ALBANESE, *PSI XIV, 1449* cit., 9 (estratto), ad es., rileva «la sgraziata struttura della parte corrispondente di D. 19.2.13.4 ad una risoluzione legislativa del dubbio medesimo, in senso positivo: in particolare, in quest'ultimo testo, ci sembrava intrusa – e volta, appunto, alla soluzione positiva realizzata dai compilatori – la precisazione *tam vehementer*, contrastante con la stessa possibilità del dubbio, poi adombrata nel tratto *quamvis* etc.».

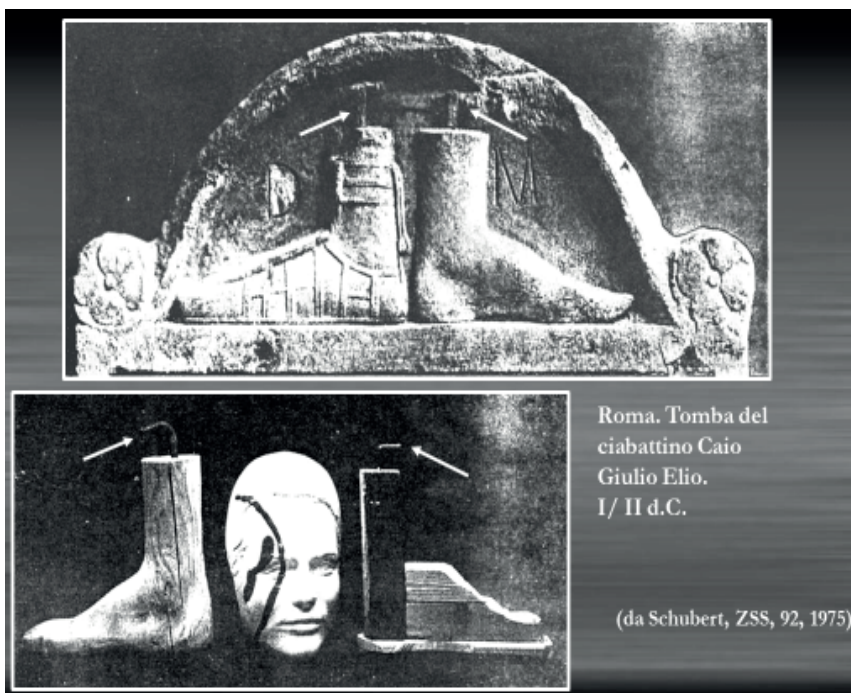
<sup>32</sup> S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 292 ss.

<sup>33</sup> Sull'*igitur* iniziale cfr. V. ARANGIO RUIZ, *St. Pap. ed Ep.* cit., 596 ss.; B. ALBANESE, *PSI XIV, 1449* cit., 12 nt. 19; F. GINETA-AMARGÓS, *La responsabilidad del maestro* cit., 152.

<sup>34</sup> In tal senso V. ARANGIO RUIZ, *St. Pap. ed Ep.* cit., 602 nt. 10<sup>a</sup> ma contraddetto da J. THOMAS, *An Aquilian couplet* cit., 174 nt. 12.

<sup>35</sup> F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, 56; ma anche G. VON BESLER, *Romanistische Studien*, in ZSS 50, 1930, 31 ritiene, come segnala M.F. CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 108 nt. 62 che «la fattispecie descritta da Ulpiano in D. 19.2.13.4 si debba integrare lavorando di fantasia».

tanto sconsiderato, come quello del ciabattino in presenza di un così pericoloso gancio, potesse costituire titolo valido per una richiesta di risarcimento, innescando una discussione tra la colpa e l'evento imprevedibile che esonera dal risarcimento del danno,<sup>36</sup> dibattendolo nel caso specifico sull'esigenza di risarcire in qualche modo un danno, che evidentemente senza il gesto avventato del calzolaio non si sarebbe certo prodotto.



Roma. Tomba del  
ciabattino Caio  
Giulio Elio.  
I/ II d.C.

(da Schubert, ZSS, 92, 1975)

Da tempo i giuristi discutevano di colpa e risarcibilità di lesioni arrecate in modo accidentale.

Un celebre testo di Alfeno, tratto dal II libro dei suoi *Digesta*, lo dimostra già per il I sec. a.C.:

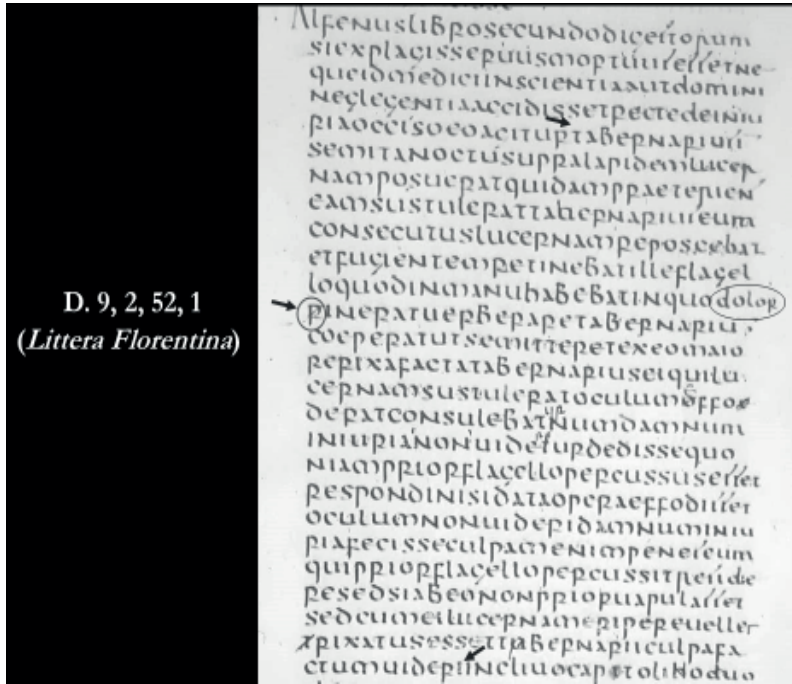
D. 9.2.52.1: *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpa enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.*

Anche questo testo ben noto, come i precedenti, ha dato occasione a vari sospetti d'in-

<sup>36</sup> Così M.F. CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 110 nt. 69.

terpolazione e a numerose interpretazioni, talune totalmente divergenti, che sarebbe troppo lungo esaminare dettagliatamente.<sup>37</sup>

Innanzitutto per una più chiara comprensione del testo occorre correggere la lezione della *Florentina* del termine *dolor*, vergato in onciale b/r e addirittura duplicato dal correttore per non spezzare il vocabolo ponendo la *r* nel rigo inferiore), in *dolon* (secondo Varro- ne, citato da Servio, *dolon est flagellum intra cuius virgam latet pugio*<sup>38</sup>), già acutamente proposta da Huvelin.<sup>39</sup>



Il *dolon* era quindi una sorta di bastone animato, fornito di una punta con una impugnatura a gancio, come una sorta di picca.<sup>40</sup> La correzione, accolta dalla moderna traduzione del Digesto a cura di Schipani («... con una sferza che aveva in mano, in cui era una

<sup>37</sup> P. HUVELIN, *Sur un texte d'Alfenus Varus (D. 9,2,52,1)*, in *Mél. Girard*, I, Paris 1912, 552 ss. e la lett. precedente ivi cit.; F.H. LAWSON, *Negligence in the Civil Law*, Oxford 1950, 131; J. GAUDEMET, *Le probleme de la responsabilité pénale dans l'Antiquité*, in *St. Betti*, 2, 1961, 480 nt. 62 (= *Études de droit romain*, 3, 1979, 504 nt. 62); J.M. KELLY, *Meaning of the Lex Aquilia*, in *LQR* 89, 1964, 77 nt. 17; M. GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano, 2. Casos y decisiones jurisprudenciales*, 1980, 155-156; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 168 ss.; L.E. DEL PORTILLO, *El farol del posadero* cit., 157 ss. (convincente interpretazione del testo che qui si segue); diversamente M. MIGLIETTA, *Intorno al metodo dialettico della scuola serviana: cenni in materia di conflitto logico tra quaestio e responsum nei Digesta di Alfenus Varo*, in *Diritto@storia* 3, 2004, 6 s.

<sup>38</sup> Serv., *Ad Aen.* 7.664.

<sup>39</sup> P. HUVELIN, *Sur un texte d'Alfenus Varus* cit., 561 nt. 4.

<sup>40</sup> E. SAGLIO, in *DS* 2.1, 333 e le fonti ivi cit.

punta ...»), ma non ancora da Miglietta che ripropone la superata ipotesi dell'interpolazione dell'intera frase priva di senso espungendola,<sup>41</sup> concorre a confermare che l'incidente si verificò preterintenzionalmente (infatti, ... *nisi data opera* ...). Quanto poi all'ipotesi per giustificare la supposta minaccia di un'*actio legis Aquiliae directa* che il passante ferito fosse uno schiavo, è stato correttamente osservato che il testo non riferisce di un *servus praeteriens*, ma di un *quidam praeteriens* e che la prima è un'ipotesi speciale, mentre la seconda, che si tratti cioè di un uomo libero, è un'ipotesi normale.<sup>42</sup> Giustamente L. Del Portillo osserva che, se si fosse trattato di uno schiavo, Alfeno non avrebbe potuto non dirlo, come nel testo non compare né il termine *fur*, né *furtum*, quindi sembrerebbe mancare l'*animus furandi*.<sup>43</sup> Ma anche il dubbio che ci si trovi dinanzi ad una minaccia, non dell'*actio legis Aquiliae*, bensì dell'*actio iniuriarum*, e che la confusione terminologica dipenderebbe dal fatto che il *damnum iniuria datum* non sia che uno smembramento dell'*iniuria* primitiva,<sup>44</sup> può essere risolto, mancando anche l'*animus iniuriandi* a causa dell'accidentalità dell'evento. Seguendo Schipani si rileva che la terminologia di questo paragrafo è estremamente precisa e, se anche si accettassero tutti i sospetti di interpolazione sollevati da Huvelin, relativamente alla seconda parte del testo, finendo per capovolgere il *responsum*,<sup>45</sup> essa non verrebbe oscurata, «né l'ipotesi di una unità originaria con l'*iniuria* potrebbe essere ritenuta operante sul piano interpretativo all'epoca di Alfeno».<sup>46</sup> Non resta quindi che concludere che la coscienza giuridica era già matura, al tempo di Alfeno, per riconoscere l'estensione della tutela aquiliana alle lesioni al corpo di persone libere e dunque l'oste, che non aveva per primo iniziato la rissa (... *ille*, cioè il passante che fuggiva, *flagello, quod in manu habebat, in quo dolon inerat verberare tabernarium coeperat* ...) mirava a difendersi dalla ventilata minaccia di un'*actio utilis ex lege Aquilia*.<sup>47</sup>

Se così stanno le cose – e cioè che già nel I sec. a.C. fosse possibile un'estensione della tutela aquiliana in una applicazione utile per le lesioni al corpo di persone libere – i successivi dubbi di Giuliano, dai quali siamo partiti, sia che riguardino la concessione dell'*actio ex locato* o dell'*actio utilis ex lege Aquilia* per un *puer liber*, sembra possano ridursi sostanzialmente all'eventualità di una controversa fattispecie determinata da una schivata del *discipulus*, che poteva far dubitare di una violazione del vincolo contrattuale per incauto comportamento del *magister* (*actio ex locato*), o per l'assenza della relazione *corpore corpori datum* (*actio utilis ex lege Aquilia*), e non per la semplice determinazione del limite del suo potere punitivo.

La classicità dell'*actio utilis ex lege Aquilia, ficticia*, come è probabile, per le lesioni al corpo di persone libere, adesso prevalentemente accolta in dottrina,<sup>48</sup> se non addirittura la sua

<sup>41</sup> M. MIGLIETTA, *Intorno al metodo dialettico* cit., 6.

<sup>42</sup> P. HUVELIN, *Sur un texte d'Alfenus Varus* cit., 565.

<sup>43</sup> L.E. DEL PORTILLO, *El farol del posadero* cit., 160 e 164.

<sup>44</sup> TH. MOMMSEN, *Röm. Strafrecht* cit., 825-826 (*Droit pén. Romain*, III cit., 145); P. HUVELIN, *Sur un texte d'Alfenus Varus* cit., 566.

<sup>45</sup> P. HUVELIN, *Sur un texte d'Alfenus Varus* cit., 562 ss.; lo segue M. MIGLIETTA, *Intorno al metodo dialettico* cit., 6.

<sup>46</sup> S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri d'imputazione* cit., 169 nt. 1.

<sup>47</sup> S. SCHIPANI, *l.c.*; L.E. DEL PORTILLO, *El farol del posadero* cit., 163 e s.

<sup>48</sup> Cfr. già V. ARANGIO RUIZ, *Frammenti di Ulpiano* cit., 149 nt. 16 e la lett. anteriore agli studi di Albanese e S. Riccobono ivi cit. ed ora la maggior parte delle opere sopra cit. nella nt. 2. Sul punto, in particolare, cfr. G. VALDITARA, *Superamento* cit., 425-6.

precocità, o sia essa pur *in factum*, sembra trovare conferma nel secondo degli scolii della pergamena, tanto che si legga: ἰ Αἰσυλ(ιον) οἰ(τίλιον), come proponeva Arangio Ruiz,<sup>49</sup> o ἰ Αἰσυλ(ιον) ὀ[νήσιμον?], come adesso propone McNamee, poiché il significato in entrambi i casi non muta.<sup>50</sup> Né sembra ammissibile l'ipotetica aspettativa di Pringsheim<sup>51</sup> del termine latino *u*[(*tilion*)] in luogo dell'integrazione in greco οἰ(τίλιον), che comunque non inciderebbe sul senso.

Una seconda conferma dell'applicazione utile della *lex Aquilia* in PSI 1449 *r* è stata avanzata con cautela da Albanese, proponendomi, come dicevo, di effettuare una verifica, che ha coinvolto Rosario Pintaudi.

Alle ll. 6-9 si legge:

...S]

*ed et de Aquil[ia quid sen-]*  
8 *tiamus sup[ra osten-]*  
*dimus*<sup>52</sup>.

Albanese acutamente proponeva di verificare se alla l. 8 in particolare invece si potesse leggere:

...S]

*ed et de Aquil[ia e-]*  
8 *tiam u(ilem) sup[ra osten-]*  
*dimus*.

Ciò avrebbe potuto costituire «uno splendido argomento ulteriore in favore dell'*actio utilis*».<sup>53</sup>

Purtroppo le immagini, adesso più chiare della pergamena, non mi sembra che possano avallare tale acuta proposta, leggendosi invece alle ll. 7-9, come già detto:

... *quid sen-]*

8 *tiamus sup[ra osten-]*  
*dimus*.

La parte finale del termine ... *sentiamus* ... appare alquanto evidente, in particolare la *s* finale, confrontabile con identici caratteri della pergamena.

Tuttavia, raccogliendo una valida osservazione di Valditara che sottolinea l'irrilevanza in età postclassica nei *iudicia extraordinem*, della distinzione tra *actio directa* ed *utilis*, che veniva definita *supervacua subtilitas* e che si accompagnava alla tendenza ad eliminare ogni riferimento al carattere utile dell'azione concessa, dal momento che l'anonimo commentatore, autore del secondo scolio della pergamena, «operava in un contesto geografico – l'Egitto – e storico – l'epoca postclassica – che implicava l'esclusione dell'applicazione del processo formulare, sarebbe oltremodo improbabile supporre che il maestro orientale abbia

<sup>49</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Frammenti di Ulpiano* cit., 149-150.

<sup>50</sup> K. MCNAMEE, *Another chapter* cit., 281. Cfr. anche S. ALESSANDRÌ, *PSI XIV 1449* cit., 75 nt. 57.

<sup>51</sup> F. PRINGSHEIM, *Die Verletzung Freier* cit., pp. 12-13; S. ALESSANDRÌ, *PSI XIV 1449* cit., 75 nt. 57.

<sup>52</sup> La lettura originaria delle ll. 8-9: ... *alio [(com)m(en)tarario tradi-]dimus* è ora superata.

<sup>53</sup> B. ALBANESE, *PSI XIV, 1449* cit., 7 (estratto); E. VALIÑO, *Acciones pretorias* cit., 108.

voluto inserire l'allusione al carattere utile dell'azione aquiliana concessa da Ulpiano, se questa mancava nel testo originale». <sup>54</sup>

Dunque Ulpiano intendeva riferirsi in D. 9.2.5.3 ad una legittimazione, concessa in via utile ad agire *ex lege Aquilia*; ma anche Giuliano ad essa si riferiva, mostrando incertezza solo nel caso di un evento accidentale, quale quello ipotizzato di un *discipulus*, cioè, che si fosse scansato procurandosi la ferita con il suo movimento istintivo, fattispecie tale da generare qualche perplessità, come già detto, tanto per la concessione dell'*actio ex locato*, quanto per l'impiego dell'*actio utilis ex lege Aquilia*, a causa di un *damnum* in tale caso evidentemente arrecato ad un libero, ma anche *non corpore datum* dal *magister*, ma da costui indirettamente determinato, come nei noti casi di età classica di danneggiamento mediante omissione o senza alcuna lesione materiale. <sup>55</sup>

<sup>54</sup> G. G. VALDITARA, *Superamento* cit., 443.

<sup>55</sup> Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994, 532 nt. 256 e le fonti ivi cit.





Giuseppe Romano

*Contrahere e animus contrahendi* in Salvio Giuliano

ABSTRACT

The paper deals with the category of *negotium* in Salvius Iulianus. The author rejects the thesis according to which the jurist would have developed a concept of *negotium* as an objective relationship between two distinct assets. From the examination of Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 and Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20 has rather taken shape the image of a jurist attentive to the will of the contracting parties, in the determination of *id quod actum est*.

PAROLE-CHIAVE

*Negotium, negotium contrahere; consensus-conventio-contractus; conversio.*

Si ringrazia l'Università di Palermo per il supporto alla ricerca attraverso il FFR 2021 – Romano.

## CONTRAHERE E ANIMUS CONTRAHENDI IN SALVIO GIULIANO

SOMMARIO: 1. Gai 3.91 e il tema dell'*animus contrahendi*. – 2. Consenso e *animus* in Salvio Giuliano. Per una riconsiderazione dell'idea di Giuliano quale portavoce di una visione oggettiva del *negotium* e del *contractus*. La teoria del *negotium* in Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33. – 3. Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr. e la *potestas conventionis*. – 4. Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20 e il caso della *donatio pecuniae ut mihi eandem crederes*. – 5. Conclusioni.

### 1. GAI 3.91 E IL TEMA DELL'*ANIMUS CONTRAHENDI*.

Per affrontare il tema del rilievo del consenso o della *voluntas* in Salvio Giuliano in materia di *negotium* o di contratto non si può non partire dal celeberrimo Gai 3.91, in cui Gaio affronta la questione dell'obbligazione da indebito e del suo inquadramento nell'ambito delle *causae obligationum*, in termini che portano il giurista antoniniano a esprimere riserve su una sua riconduzione all'interno della categoria dell'*obligatio ex contractu*, non essendo l'atto costitutivo dell'obbligazione sorretto dalla volontà di dar vita a un negozio, quanto piuttosto dall'intento di estinguerlo: *qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*.

Gai 3.91 *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

Quello dell'*animus contrahendi* rappresenta notoriamente un tema assai dibattuto, così come del resto non meno controversa è la questione dell'intelaiatura sistematica delle *causae obligationum* che gli fa da cornice, nel noto intreccio tra le (*duae*) *species* e i (*quattuor*) *genera obligationum*, sulle cui origini e paternità molto si è discusso e si continua a discutere. Basti qui ricordare come la dottrina sia in genere orientata a vedere nella quadripartizione il residuo di un più antico modello articolativo, al quale si sarebbe sovrapposto il più tardo schema della *summa divisio* (Gai 3.88): il che potrebbe anche spiegare, si è detto, l'inversione logica tra *species* e *genus* che si rinviene nell'impianto sistematico gaiano.<sup>1</sup> Senza

<sup>1</sup> In questo senso F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation ex delicto*, in RHD 7, 1928, 352 s.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*<sup>3</sup>, Torino 1963, 6 nt. 3; M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*

che si possa certo pensare di affrontare qui la questione, si può tuttavia rilevare come appaia nel complesso poco verosimile l'opinione che vorrebbe attribuire a Gaio l'ideazione della *summa divisio*, con un'ipotesi che rischia in effetti di determinare (ancor più) gravi tensioni sul piano della coerenza logica dell'intero squarcio discorsivo racchiuso tra i §§ 88-91, tenuto conto soprattutto delle considerazioni finali espresse nel § 91, che certo sarebbero davvero incongruenti se si dovesse ritenere che a fissare per la prima volta il principio, secondo il quale '*omnis [...] obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*', sia stato lo stesso Gaio, dovendosi a questo punto credere, e non si vede come, che il giurista abbia in sostanza preso le distanze da sé stesso.<sup>2</sup> Guardando proprio alla chiusa del § 91,

*nelle sistematiche dei giuristi romani. La filosofia greca e il diritto romano. II. Atti del colloquio italo-francese*, Roma 1977, 213; R. MARTINI, «Genus-species» e i giuristi romani, in *Labeo* 24, 1978, 333, con evoluzione rispetto al punto di vista espresso in ID., «Genus» e «species» nel linguaggio gaiano, in *Syntelesia Vincenzo Arangio Ruiz*, I, Napoli 1964, 467 s.; C. A. CANNATA, v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. civ.* 12, Torino 1995, 419, 422 nt. 78, con un'opinione che non ritroviamo più, però, in ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008, 79 s., ove si pensa piuttosto a un condizionamento imputabile alla particolarità della struttura diairetica gaiana, impostata su tre livelli divisorii, anziché due, come di regola; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002, 480 ss.; S. PIETRINI, *Gai 3.91 e la volontà del creditore volta a «negotium contrahere»*, in *Index* 44, 2016, 286 e ivi nt. 4; R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino 2021, 313 s. Di avviso contrario J. PARICIO, *Sull'idea di contratto in Gaio*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino 1997, 153 ss., il quale è piuttosto dell'idea di attribuire a Gaio l'elaborazione tanto della *summa divisio* quanto della quadripartizione delle *obligationes ex contractu*; per una svalutazione della denunciata inversione logica vd. da ultimo G. FALCONE, *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio. I. Formazione e natura del testo*, Roma 2022, 90 s. nt. 368, per il quale Gaio potrebbe aver concepito le due articolazioni diairetiche come autonome, considerando così, per un verso, l'*obligatio ex contractu* «quale 'species' rispetto ad un sottinteso *genus*-'*obligatio*'» e assumendo, per altro verso, «le tipologie *obligatio re, verbis, litteris, consensu* esse stesse quali *genera* contenenti al loro interno diverse figure». Sulla più specifica questione del rapporto *genus-species* in Gaio, ma più in generale nei giuristi romani, vd. ancora utilmente R. MARTINI, «Genus» e «species» cit., 462 ss.; ID., «Genus-species» cit., 331 ss.; M. TALAMANCA, *Lo schema* cit., 208 ss.; L. WINKEL, *Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominati nel diritto romano*, in *BIDR* 103-104, 2000-2001 (pubbl. 2009), 51 ss.; indicazioni più di recente anche in G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M. CURSI (a cura di), *Obbligazione-obligatio. Un confronto interdisciplinare* (Atti Convegno Roma 2010), Napoli 2011, 43 s. nt. 58.

<sup>2</sup> A nulla varrebbe aderire alla proposta (certo arguta) di L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP* 5, 2012, 103, di intendere '*summa divisio*' nel senso letterale di «più elevata e importante ripartizione», lontano dunque da una classificazione esaustiva, con un'interpretazione che si scontra però con le parole fatte seguire immediatamente dopo a chiarimento (*enim*) della *divisio* stessa: *omnis enim obligatio* rell. Sulla questione vd. con letteratura A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 490 nt. 52, anch'egli contrario a un'interpretazione esemplificativa; ID., *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 35, 2014, 12; negli stessi termini J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, in *AUPA* 53, 2009, 79 s.; S. PIETRINI, *Gai 3.91* cit., 285 nt. 3; A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen 2017, 77 ss. Nel segno della non esaustività della *divisio* vd. tuttavia L. WINKEL, *Alcune osservazioni* cit., 58. Per un'innovazione gaiana vd. (tra le righe) G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 5 s.; M. KASER, *Divisio obligationum*, in P. G. STEIN, A. D. E. LEWIS (a cura di), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J. A. C. Thomas*, London 1983 = ID., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, 157 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 481 ss., 503 s., che discorre di congettura «inattacabile»; ID., *Dall'obbligo* cit., 12; G. FALCONE, *Studi* cit., 10 nt. 39; E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico roma-*

va detto che sulla genuinità della riflessione gaiana non è oggi legittimo avanzare riserve.<sup>3</sup>

nistico tra legge e dottrina, Roma 2020, 107 s.; sempre nell'ottica di una sovrapposizione, ma in termini che escludono (più ragionevolmente) un'attribuzione della bipartizione a Gaio, F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano II*, Torino 1995, 33 s.; S. PIETRINI, *Gai 3.91 cit.*, 286 nt. 4, 290. Per un'ascendenza pediana sulla quadripartizione vd. A. PERNICE, *Parerga 3. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in ZSS 9, 1888, 221 s.; evidenza piuttosto derivazioni muciane (sulla scorta soprattutto di Pomp. 4 ad Q. Muc. D. 46.3.80) P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 79 ss., che non manca di sottolineare l'interesse della giurisprudenza tardo-repubblicana, e di Q. Mucio in particolare, verso la classificazione per genera; sempre per un riferimento a Q. Mucio vd. C. A. CANNATA, *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in W. G. BEKKER, L. SCHNORR VON CAROLSFELD (a cura di), *Sein und Werden. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin 1970, 439 ss., in un ordine di idee che tende però a valorizzare i successivi contributi dottrinali di Labeone e Pedio, ai quali si dovrebbe in definitiva riconoscere il merito di aver reimpostato la distinctio dalla prospettiva del contrarius actus a quella del contractus, nell'ambito di una rielaborazione che avrebbe comportato un allargamento della categoria alle obbligazioni consensu contractae, da ritenersi invece estranee allo schema originario della distinctio muciana, concepita come articolazione interna al fenomeno del credere: di qui la proposta di attribuire a Pomponio la parte conclusiva del brano, a partire dalle parole 'aeque cum emptio venditio', in cui il discorso si sposta (per l'appunto) sui contratti consensuali: proposta che verrà però abbandonata in ID., *Materiali 2 cit.*, 63 ss., ove si propenderà per un'attribuzione al giurista più antico; sempre nel segno di una risalenza a Q. Mucio vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur cit.*, 481 nt. 30, 503; L. WINKEL, *Alcune osservazioni cit.*, 63 s.; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016, 287, 299 s., che discorre di resistenza dell'elaborazione muciana «nello strato più antico delle Institutiones gaiane»; ID., *Fondamento cit.*, 314, 459; S. SCHIPANI, in S. MASUELLI, L. ZANDRINO (a cura di), *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti della Giornata di Studi in onore del Professor Lelio Lantella* (Torino, 22 marzo 2013), Napoli 2014, 143; cautela in F. GALLO, *Synallagma 2 cit.*, 33 s., che si limita a congetturare una risalenza a Capitone o ad allievi di Quinto Mucio; si mostra apertamente scettico rispetto all'ipotesi di una derivazione muciana E. STOLFI, *Commento ai testi. Iuris civilis libri XVIII*, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2019, 197 nt. 68; una risalenza della quadripartizione a Q. Mucio è in definitiva esclusa anche da C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 410 ss., che tiene anzi a precisare (431) come «– allo stato delle nostre conoscenze – quella di Gaio sia la prima ricorrenza della quadripartizione»: considerazione resa possibile dal fatto che l'autore attribuisca a Pomponio la chiusa di Pomp. 4 ad Q. Muc. Per una derivazione aristotelica dello schema partitorio adottato in Gai 3.88 vd. P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati 2*, Pavia 1916, 449 ss., ove si affaccia l'ipotesi di una corrispondenza con la classificazione dei συναλλάγματα di Eth. Nic. 5.2.12-13; 1130 b-1131 a; in questo senso anche G. GROSSO, *Influenze aristoteliche sulla sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese* (Roma 14-17 aprile 1973), Roma 1976, 139 ss.; con cautela pure A. SACCOCCIO, *Si certum petetur cit.*, 503 e ivi nt. 84, che pensa a una mediazione per il tramite della traduzione latina di Andronico da Rodi; un'apertura anche in L. WINKEL, *Alcune osservazioni cit.*, 64, che più in generale (56 ss.) evidenzia un'influenza del pensiero aristotelico sulla sistematica romana delle obligationes, a partire da Labeone (Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19).

<sup>3</sup> Per la genuinità del brano si erano già pronunciati S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note*, Bologna 1903, 100 nt.; E. BETTI, *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non classicità della denominazione 'quasi ex contractu obligatio'*, in BIDR 25, 1912, 66; ID., *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 52 ss.; G. SEGRÈ, *Sulla classificazione delle causae delle obligationes nelle istituzioni di Gaio*, in Rend. Acc. Lincei 5, 1929, 54 ss.; G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 15 ss., 34 ss.; ID., *La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droits modernes*, in W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsovie 1978, 87 ss.; C. A. CANNATA, *La distinctio cit.*, 437 nt. 28; M. KASER, *Divisio obligatio-*

È da tempo superata la posizione di chi aveva congetturato potesse trattarsi di una glossa rientrata nel testo,<sup>4</sup> con un'ipotesi che parve azzardata anche a un settore autorevole della dottrina interpolazionistica.<sup>5</sup> A farsi strada è stata semmai l'idea di un allontanamento da parte di Gaio rispetto a un precedente indirizzo di scuola sabiniana, incapace di ammettere obbligazioni da atto lecito che non derivassero da contratto, tanto si era

*num (Römische Rechtsquellen)* cit., 168, che pure bacchetta Gaio per il suo modo di esprimersi («das etwa naiv ausweichende Wortspiel»); per gli studi più recenti ci limitiamo a segnalare J. PARICIO, *Sull'idea* cit., 154; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 83 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 489 ss.; S. PIETRINI, *Gai 3.91* cit., 287 nt. 10; A. WEGMANN STOCCKEBRAND, *Obligatio re contracta* cit., 156 e ivi nt. 233. La stessa prospettiva ritorna, in materia di *agere per conditionem*, in Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.3, («*quoniam non contrahendi animo dederim*»): su quest'ultimo brano, vd., in un quadro ricostruttivo che, seppur con qualche cautela, tende fondamentalmente ad ammettere la genuinità della testimonianza, P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 408, 411, il quale discute di «accenno timido e isolato [...] al momento della volontà»; la connessione con Gai 3.91 è stata opportunamente evidenziata da S. RICCOBONO, *La voluntas negli istituti di ius gentium*, in *Lecture londinesi (maggio 1924). "Diritto romano e diritto moderno"*, a cura di G. FALCONE, Torino 2004, 83 e ivi nt. 102, ove si tende a svalutare la presenza qui di un duplice profilo motivazionale (*quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta*), dovendosi pensare più che a un intervento bizantino, a una stratificazione di logiche solutive, in cui la più recente «dottrina della volontà, affermatasi nell'epoca adrianea» sarebbe andata ad affiancarsi all'originaria motivazione del giurista annotato (Plauzio). Espunge invece il tratto «*quia causa-non secuta*», ma in termini che non compromettono il rilievo della testimonianza in tema di *animus contrahendi*, A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Dritter Band. Erste Abteilung*, Halle 1892, 242 nt. 4; così anche P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 408; sempre nel senso di una connessione con Gai 3.91 E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano. Volume secondo. Parte prima*, Padova 1960, 114.

<sup>4</sup> Non lo escludeva del tutto, pur preferendo l'ipotesi di uno sviluppo critico gaiano, P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte*, Varallo Sesia 1915, 138 («potrebbe ritenersi un glossema o meglio un'aggiunta di Gaio»); nel senso di un glossema soprattutto E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in RISG 1, 1923 = *Studi di diritto romano* 3. *Le obbligazioni*, Milano 1936, 79 s. e ivi nt. 1; ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in RIL 59, 1926 = *Studi* 3 cit., 100 nt. 1; ID., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale* 3, Milano 1938, 255, con la proposta di sopprimere l'intero periodo finale <sed haec species-contrahere>; così anche S. SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti*, in *Memorie dell'Accademia di Scienze morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, 18, 1939 = *Scritti di diritto romano* 4, Napoli 1963, 145 ss., il quale suggeriva di espungere anche le parole *per errorem* che si leggono due volte nel testo, con revisione della posizione dubitativa ancora tenuta in ID., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*,<sup>2</sup> I, Napoli 1935, 33 nt. 2. Per una manipolazione postclassica, da ritenersi in qualche modo anticipatrice della dottrina (che poi sarebbe stata anche) bizantina del quasicontratto, vd. U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, 141 ss., ove si proponeva la seguente ricostruzione: Gai 3.91 [...] non teneri condictione, non magis quam mutui datione. [sed] <nam et> haec species obligationis [non] videtur ex contractu consistere, [quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere] <quamquam is, qui indebitum solvit, non contrahit sed distrahit obligationem>. Sull'origine bizantina del quasicontratto vd., nello stesso ordine di idee, E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni (Studi 3)* cit., 90 s.; ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione (Studi 3)* cit., 98 ss. Un'energica presa di posizione contro l'ipotesi di un glossema (allora appena abbozzata da Bonfante) può trovarsi già in E. BETTI, *Sul significato* cit., 65 s. («spiegazione troppo semplice e priva di prove per meritare una confutazione diretta»); ID., *Sul valore* cit., 52 s.; negli stessi termini S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano 1930, 165 ss.; G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 15.

<sup>5</sup> Così, ad es., P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 371: «ardita ma inverificabile».

prigionieri dell'idea, alla quale aveva formalmente aderito anche il giurista antoniniano, per cui ogni obbligazione non poteva che sorgere da contratto o da delitto (Gai 3.88 'omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto').<sup>6</sup>

La questione, com'è risaputo, non era puramente accademica, ma era destinata ad assumere rilevanza pratica.<sup>7</sup> Ed era anzi proprio da un caso concreto che traeva spunto la riflessione gaiana. L'ipotesi era quella di pagamento di indebito effettuato a favore di soggetto incapace (pupillo, mulier) senza l'intervento del tutore (*sine tutoris auctoritate*), per la quale (ipotesi), a detta di taluni (*quidam putant*), andava esclusa l'azione di ripetizione (*condictio*), analogamente a quanto si faceva per il mutuo (*non teneri condictione, non magis quam mutui datione*). Soluzione che non trovava d'accordo il giurista antoniniano,<sup>8</sup> per il quale non poteva non considerarsi la strutturale differenza tra i due rapporti obbligatori, non potendosi l'obbligazione restitutoria da indebito ritenere propriamente contrattuale (*sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere*), per le ragioni prima chiarite.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Così S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 100 s. nt. 1, ove si rimprovera a Gaio di non aver inteso, da provinciale «che vive fuori dal cenacolo giuridico romano» la «ragione intima» della teoria sabiniana, con una critica che ha il torto di attribuire a Gaio ciò che egli non dice affatto, non essendo certo intenzione del giurista antoniniano negare la presenza di un *negotium gerere* nella *solutio indebiti*; («il contrasto fra i §§ 88-89 e il § 91 è certo evidentissimo») P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 371, 378 («ammettendo che un <>obligatio re possa nascere anche all'infuori del contractus [...] non era più vero che omnis obligatio nascitur vel ex contractu vel ex delicto»), 390 s.; in questo senso anche E. BETTI, *Sul significato* cit., 65 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971, 126 s.; di «evidente [...] divergenza» discute F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 33 s.; così («mi pare convincente aderire alla tesi [...] secondo la quale Gaio con l'ultima frase di 3,91 starebbe reagendo ad un orientamento che inquadrava dal punto di vista meramente oggettivo alcuni di quei contenuti da lui sussunti nel contratto») anche A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 493 ss., 501 ss., che pure è tra quanti attribuiscono a Gaio la *summa divisio*, da interpretarsi peraltro in senso tassativo (*omnis*): quindi, come si diceva, Gaio prenderebbe le distanze da sé stesso: una critica all'opinione dello studioso può trovarsi in S. PIETRINI, *Gai 3.91* cit., 289 s. nt. 18. Più in generale e da altro punto di vista, sulla questione della nozione di contratto che fa da sfondo alla *summa divisio* gaiana, e più precisamente sul rilievo che in essa avrebbe o meno assunto l'elemento del consenso, vd. (in aggiunta all'appena citata Pietrini), in termini che tendono a negare una sua rilevanza («Nach Gaius bildet der Konsens keine allgemeine Grundlage des contrahere»), A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta* cit., 85 ss., 155, ove riferimenti alla principale letteratura.

<sup>7</sup> Lo sottolinea A.M. GIOMARO, 'Unde quidam putant'. (*Gai 3.91*): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di *contractus*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano 2009, 300; nega invece che vi fossero ricadute, dal punto di vista pratico, per ciò che riguarda la posizione del pupillo H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Weimar 1953, 20 s.; critico M. TALAMANCA, *In tema di azioni di arricchimento*, in AG 146-147, 1954, 44 ss.

<sup>8</sup> Poco verosimile l'ipotesi di una citazione adesiva all'opinione dei *quidam* secondo quanto si è talvolta congetturato in dottrina: in questo senso vd. J.C. VAN OVEN, *La 'forêt sauvage' de la condictio classique*, in TR 22, 1954, 271 ss.; per una valutazione critica si rinvia a A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 499 e ivi nt. 74.

<sup>9</sup> Sull'interpretazione di *videtur* vd., con riferimenti alla letteratura, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 501 nt. 78.

<sup>10</sup> Diversamente, prende le distanze dall'ipotesi di una critica indirizzata ai *quidam* («non è contro costoro che viene rivolta l'osservazione contenuta nella frase finale di 3,91») A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 500 ss., che fa a questo proposito osservare come la frase venga mantenuta nel corrispondente passo delle Istituzioni giustinianee (I. 3.13.1), nonostante l'adesione al punto di vista dei *quidam*. Nessun dubbio però sul fatto che Gaio stesse qui «reagendo» a un indirizzo dottrinale che guardava al contratto da



Anche grazie a Iul. 21 *dig.* D. 26.8.13<sup>11</sup> e Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33 venne del tutto naturale vedere nei *quidam* un riferimento ai giuristi di scuola sabiniana<sup>12</sup> e in particolare a Salvio Giuliano, che fu anzi considerato l'esponente più rappresentativo di questa teorizzazione dogmatica.<sup>13</sup>

un «punto di vista meramente oggettivo» e che questo indirizzo facesse capo proprio a Salvio Giuliano; ritiene che la frase in questione (*sed haec species* rell.) vada messa in diretta relazione col tratto immediatamente precedente, in cui appunto si affronta la questione (specificata) del pagamento di indebito a donne e minori fatto *sine tutoris auctoritate*, più che con l'affermazione di carattere generale '*Is quoque, qui non debitum accepit* rell.' posta in apertura del § 91, A.M. GIOMARO, '*Unde quidam putant*' cit., 319 s., con un'interpretazione che non sembra comunque modificare più di tanto il senso complessivo del brano, finendo comunque la stessa considerazione per riflettersi sulla (più generale) questione dello statuto dogmatico dell'*obligatio indebiti*, come del resto ammette la stessa studiosa (319 s., in particolare: «ma – vuol dirci Gaio – la situazione è differente, perché il mutuo è un contratto mentre il pagamento di indebito non è un contratto»).

<sup>11</sup> D. 26.8.13 (Iul. 21 *dig.*) *Impuberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant: nam cum pecuniam mutuatam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. Quare etsi non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut condicione teneantur*, da cui, a contrario, si è ricavata l'idea di una improponibilità dell'azione di ripetizione nei confronti del pupillo in caso di mancata prestazione dell'*auctoritas tutoris*: in questo senso già A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Erster Band*, Halle 1873, 423; ID., *Labeo* 3.1 cit., 246; E. BETTI, *Sul significato* cit., 69 s.; S. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, 93; G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 39 ss.; che l'*interpositio auctoritatis* costituisse una «condizione necessaria [...] per l'esperibilità della *condictio*» è più recentemente evidenziato da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 496.

<sup>12</sup> In tal senso vd. A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 246; S. SOLAZZI, '*Quidam*' (*Gli innominati delle Istituzioni di Gaio*), in *Scritti di diritto romano* 5 (1947-1956), Napoli 1972, 418; C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti* 1. *Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano 1943, 23; B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato: modelli storici*, Padova 2009, 20; per una identificazione dei '*quidam*' con i «Neo-sabiniani» Paolo e Ulpiano (Paul. 1727 e Ulp. 2737 D. 46.3.14.8) e «sopra tutti Giuliano» vd. E. BETTI, *Sul valore* cit., 53. In relazione alla possibilità che nel pronome *quidam* si debba vedere un riferimento a posizione minoritaria vd., per la positiva, M. TALAMANCA, *In tema di azioni di arricchimento* cit., 44 ss.; in termini che vanno al di là del caso specifico, A. PLISECKA, *Tabula picta: aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Padova 2011, 68; con cautela A.M. GIOMARO, '*Unde quidam putant*' cit., 300; in senso contrario («nulla mi pare emergere in relazione alla diffusione di tale opinione») A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 495 e ivi nt. 66, il quale pensa piuttosto a un'opinione «abbastanza diffusa al tempo di Gaio»; in proposito vd. H.G. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*,<sup>2</sup> Jena 1926, 486 s.

<sup>13</sup> Così E. BETTI, *Sul significato* cit., 68 nt. 4; in particolare ID., *Sul valore* cit., 53, su cui vd. nt. prec.; in termini che segnalano quasi una polemica (80 nt. 1: «Giuliano, con cui [...] polemizza Gaio») G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 35 s., 60 s., 80 e ivi nt. 1, che pure denuncia un eccesso di «schematismo», da parte di Betti e de Francisci, nell'individuazione e contrapposizione di correnti dogmatiche in seno alla giurisprudenza; riferimenti alla letteratura in H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 89; sempre nel senso di una opposizione al punto di vista di Giuliano vd. G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*,<sup>2</sup> Napoli 1994, 64 s. Sulla questione vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 497 ss., ove si svaluta l'ipotesi di uno specifico riferimento al punto di vista del solo giurista adrianeo, dovendosi prendere perlomeno in considerazione la possibilità di un richiamo anche all'opinione di Pomponio espressa in Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 46.3.66, in cui il giurista contemporaneo di Gaio prendeva posizione per l'irripetibilità mediante *condictio* di quanto indebitamente prestato in favore del *pupillus sine tutoris auctoritate*, ammettendo semmai un'*actio utilis in quantum pupillum locupletior factus est*, in estensione di quanto già previsto, in materia di mutuo, in Ulp. 40 *ad Sab.* D. 26.8.5 pr., secondo una soluzione disposta con rescritto da Antonino Pio. Per una svalutazione di Iul.

Quanto a Gaio, si formò il convincimento che egli avesse aderito a un diverso indirizzo maturato nell'ambito della scuola rivale.<sup>14</sup> Prima ancora che dal giurista antoniniano, la configurabilità di un'*obligatio re* pur in assenza di contratto sarebbe stata infatti ammessa da Celso, secondo quanto si sarebbe potuto ricavare da Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, in cui giurista proculiano, si è detto, si sarebbe ben guardato «dal chiamare *contractus* una *datio pecuniae* (*obligationis solvendae causa*) che non è una *mutui datio* (*datio ob rem*)». <sup>15</sup> Su questo punto si trovarono d'accordo studiosi lontanissimi tra di loro, come de Francisci e Betti.

Non su tutti gli aspetti si raggiunse un punto di vista comune. Significativi margini di incertezza rimasero anzi su una questione essenziale come quella del livello di condivisione delle dottrine proculiane da parte di Gaio. Non sempre fu (ben) chiarito se l'adesione all'indirizzo proculiano si fosse arrestata al solo impianto sistematico entro il quale erano regolati i rapporti *contractus-obligatio re*, o se avesse piuttosto condotto a una più incisiva condivisione dei presupposti dogmatici sui quali tale relazione si fondava e soprattutto quali fossero questi presupposti. Sul punto in particolare de Francisci tenne una posizione decisamente vaga.<sup>16</sup> È a Betti che si deve invece l'idea di inserire Gai 3.91 all'interno di un

21 *dig.* D. 26.8.13 ai fini di una riconduzione di Giuliano tra i *quidam putant* di Gai 3.91 vd., diversamente, A.M. GIOMARO, 'Unde quidam putant' cit., 301, a detta della quale la precisazione giuliana sul silenzio del pupillo (*quamvis tacuerint*) potrebbe prefigurare diversi scenariolutivi in caso di dichiarazione espressa del minore: sempre agli stessi fini la studiosa adduce Iul. 51 *dig.* D. 16.1.15.

<sup>14</sup> In questo senso S. PEROZZI, *Le Obbligazioni* cit., 100 nt. 1; E. BETTI, *Sul valore* cit., 52; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 371, 378, 390 s. («Il § 91 del libro III di Gaio segna [...] il prevalere della dottrina Proculiana [...] egli si mette dal punto di vista di Celso. Né deve sembrar strano [...] non è questa la prima volta che egli abbandona la dottrina Sabiniana e la critica»). Fortemente critico («*De Francisci* findet die Verlegenheitslösung, daß Gaius hier prokulianische Gedanken verarbeitet habe!») U. VON LÜBTOW, *Beiträge* cit., 143 nt. 493, il quale, è bene dire, aveva una conoscenza frammentaria e soprattutto *de relato* del lavoro dello studioso italiano, non avendo egli avuto modo di consultarlo direttamente (a precisarlo è lo stesso autore tedesco: 141 nt. 485).

<sup>15</sup> E. BETTI, *Sul valore* cit., 52 s., il quale, sempre con riferimento a Celso, osserva: «al *contractus* [...] contrappone la pura e semplice *obligatio ob rem dati re non secuta*»; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 372 ss., 390 s.

<sup>16</sup> P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 390 ss. Se per un verso lo studioso discute ripetutamente di adesione alla dottrina celsina («Gaio si mette dal punto di vista di Celso»: 390) o ancora ci presenta Gai 3.91 come indice della «prevalenza ottenuta nelle scuole della dottrina Proculiana» (401), per altro verso nulla dice in relazione alla più significativa questione di una condivisione delle sottostanti logiche argomentative da parte di Gaio. L'unica cosa che può affermarsi con certezza è che, secondo l'autore, la precisazione dei rapporti *contractus-obligatio re* si sarebbe legata per i proculiani al tema del *credere*, nel senso che questi avrebbero ristretto la categoria del *contractus re* alle sole ipotesi riconducibili al *credere* in senso tecnico: così appunto P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 391 ss., 399 s.: «se [...] con i Proculiani si limita il concetto del *contractus re* al caso del *credere* (in senso tecnico) rimangono compresi nella sfera del *contractus re* solamente quei negozi in cui si dà *recepturi tantundem eiusdem naturae*, cioè in realtà solo il mutuo». Certo non era esattamente così per Gaio, le cui conclusioni erano dettate, come si è visto e come riconosceva lo stesso de Francisci, da valutazioni che evidenziavano l'assenza di un *animus contrahendi*, ed erano dunque diversamente calibrate sul profilo soggettivo dell'intenzionalità dell'autore della consegna. Supplendo al silenzio dello studioso, si potrebbe in qualche modo tentare di conciliare le due prospettive, provando a valorizzare al massimo il profilo dell'intenzionalità negoziale insito nel participio futuro '*recepturi*', come a dire che vi è un *contractus re*, nel caso in cui la consegna è diretta o meglio ancora è fatta con l'intenzione di ottenere la restituzione (*recepturi*, appunto) del *tantundem eiusdem naturae*: intenzione che naturalmente non poteva sussistere in capo a chi dava qualcosa *solutionis causa*. Rimarrebbe comunque il fatto che la riflessione gaiana si proiettava su un piano più generale, riguardando ogni ipotesi

percorso di valorizzazione del consenso nelle dinamiche contrattuali che avrebbe in effetti preso le mosse già con Pedio<sup>17</sup> (Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3 ‘*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*’)<sup>18</sup> e al quale si sarebbero ispirati, in ordi-

di indebito (*Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur*), non solo il più ristretto caso di indebita prestazione di cose fungibili, come potrebbe pur suggerire il richiamo esplicitivo al mutuo fatto dal giurista (*proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset*) o la stessa l'inteliatura discorsiva: si consideri, da questo punto di vista, che nel § prec. Gaius si era occupato proprio del mutuo, seppure in chiave esemplificativa (*‘Re contrahitur obligatio v e l u t mutui datione’*); per la natura meramente esemplificativa vd., tra i tanti, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 487 ss., con letteratura; C. CASCIONE, *Consensus* cit., 437 e ivi nt. 149, 439; S. SCHIAVO, *A proposito delle obligations ex contractu nell'Epitome Gai*, in *Ravenna Capitale. Disciplina degli atti negoziali inter vivos nelle fonti di IV-VII secolo*, in *Occidente*, Santarcangelo di Romagna 2019, 5 s., alla quale si rinvia per una valutazione dello scostamento lessicale ([velut] <quoties>) che si registra in Gai Ep. 2.9.1; ancora più recentemente G. FALCONE, *Studi* cit., 39 ss. e ivi nt. 167, il quale, sempre da questo punto di vista, invoca l'impiego dell'avverbio *proprie*, nonché la precisazione contenuta nel tratto successivo ‘*quas res-reddantur*’, nei quali l'autore sceglie un riferimento sotto traccia («almeno») a deposito e comodato: per un'esigenza di chiarezza che doveva essere particolarmente avvertita per quest'ultimo, in ragione della «promiscuità» che tale contratto faceva registrare, a livello terminologico e concettuale, rispetto al mutuo (*mutui dare, utendum dare*): maggiore cautela, riguardo al deposito, in ID., *Sistematiche gaiane* cit., 18 s. nt. 3. Per un'interpretazione tassativa dell'avverbio, da intendersi nel senso di «zwar», «nämlich», vd. tuttavia, con riferimenti bibliografici, A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta* cit., 131, 151, che adduce a tal fine il già richiamato Pomp. 4 ad Q. Muc. D. 46.3.80 ‘*ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus*’, in cui, sempre a detta dell'autore, «für Q. Mucius die mutui datio den einzigen Tatbestand des re contrahere und nicht nur ein Beispiel darstellte»; con conclusioni differenti vd. R. CARDILLI, *Damnatio* cit., 300, che anzi proprio nella «corrispondenza muciano-gaiana del *veluti mutuum dedimus* come esemplificazione del *re contrahere*» sceglie un ulteriore argomento a supporto dell'idea di una sopravvivenza dello schema muciano (di Pomp. 4 ad Q. Muc.) nel nucleo più antico del manuale gaiano.

<sup>17</sup> E. BETTI, *Sul valore* cit., 42 ss.

<sup>18</sup> Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3 *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* La letteratura sul brano è sterminata. Per la genuinità sostanziale si era già espresso E. BETTI, *Sul valore* cit., 42, pur in una lettura critica che segnalava diversi interventi compilatori e che portava in particolare lo studioso a sopprimere le parole ‘*nullam obligationem, quae*’ subito dopo la frase ‘*ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum*’, con una diagnosi che non ha avuto successo in dottrina. In difesa del tratto in questione ci limitiamo a segnalare G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 54 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 130 s.; A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *SCDR* 5, 1993, 62; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 207; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, 67; J. PARICIO, *Una historia* cit., 106 s.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*,<sup>2</sup> Torino 2017, 386 s.; G. FALCONE, *Riflessioni sulla conventio in D. 2.14.1.3*, in *AUPA* 62, 2019, i quali prendono tutti (in sostanza) posizione per un'endiadi (*‘nullum esse contractum, nullam obligationem’*); sempre per la genuinità, ma in un'ottica che respinge l'ipotesi di un'endiadi, provando piuttosto a delineare reminiscenze della contrapposizione labeoniana tra *contractus* (bilaterale) e *obligatio* (unilaterale), vd. R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 133; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 350 s.; ID., *Gratuità* cit., 93 ss. e ivi nt. 123; ID., *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche atipiche nel pensiero dei giuristi classici*, in L. GAROFALO, L. VACCA (a cura di), *Studi in ricordo di C. A. Cannata*, Napoli 2021, 407; C.A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in P. PICHONNAZ (a cura di), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit*

ne di tempo, Celso<sup>19</sup> e Gaio. L'ipotesi che Gaio seguisse l'innovativo indirizzo pediano,

*romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Genève-Zürich-Bâle 2009 = L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*, III, Torino 2012, 8 ss.; C. PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d. C.*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 107 nt. 38; R. SCEVOLA, 'Obligamur lege' (Mod. 2 reg., D. 44.7.52 pr.). *Alle radici di un problema antico e moderno*, in G. LUCETTI (a cura di), *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea. Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano* (Bologna-Ravenna, 25-28 de marzo de 2015), Bologna 2016, 707 ss. In termini ancora differenti R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*, I, Palermo 2020, 75 ss., 76 nt. 338, 83 s., il quale rigetta sia l'ipotesi di un'endiadi, in cui *obligatio* dovrebbe indicare il rapporto obbligatorio derivante da contratto, sia l'ipotesi di una differenziazione tra *contractus* e *obligatio* in ragione della latitudine degli effetti obbligatori (bilaterale, l'uno; unilaterale, l'altro): il che è del resto coerente con l'interpretazione 'soggettivistica' dell'*ultra-citroque obligatio* labeoniana, quale accordo produttivo di obbligazione, in più occasioni difesa dall'autore. Di qui l'idea che *contractus* ed *obligatio* siano piuttosto adoperati da Pedio come sinonimi, essendo il sostantivo *obligatio* utilizzato nel suo significato originario di atto obbligante, in continuità con l'uso fattone da Labeone in Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19: così già in ID., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 193 ss.; ID., *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, in AUPA 55, 2012, 578 ss. Sul punto vd., con diverse conclusioni e in un ordine di idee che più ampiamente contesta la sussistenza di apprezzabili ragioni per ipotizzare una relazione tra il pensiero di Pedio e «l'operazione teorico-sistemica di Labeone», G. FALCONE, *Riflessioni cit.*, 216 s. nt. 65. Rimane in ogni caso assai difficoltoso interpretare e isolare con precisione il pensiero di Pedio, soprattutto con riferimento alla frase finale 'nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est', la cui attribuzione al giurista è oggetto di accesa discussione. Per un'attribuzione a Pedio si pronunciano, tra i tanti, P. CERAMI, *D. 2.14.5. (Ulp. 4 ad ed.) Congetture sulle 'tres species conventionum'*, in ANA 85, 1974 = AUPA 36, 1976, 199; R. SANTORO, *Il contratto cit.*, 196 ss.; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano*, Siena 14-15 aprile 1989, Napoli 1991, 136; ID., *Ius<sup>2</sup> cit.*, 387; pensano piuttosto a una riflessione ulpiana E. BETTI, *Sul valore cit.*, 46; G. GROSSO, *Il sistema<sup>3</sup> cit.*, 55 nt. 6; ID., *Da Pedio ai Bizantini in D. 2.14.1.3-4*, in *Studi in onore di E. Volterra I*, Milano 1971, 57; così, ma in una visione ricostruttiva che non segnala discontinuità tra i due giuristi, anche F. GALLO, *Synallagma 2 cit.*, 216; ID., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 7, 1999, 30, per il quale Ulpiano avrebbe semplicemente «esplicitato le conseguenze» del *dictum Pedii*; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, in SDHI 61, 1995, 256; propende per Ulpiano anche L. GAROFALO, *Gratuità cit.*, 95 nt. 123. Segnala da ultimo la problematicità della questione G. FALCONE, *Riflessioni cit.*, 209 s. 210 nt. 43, 213 s., il quale, nell'ambito (va detto) di un'indagine che si preoccupa principalmente di evidenziare lo scarto semantico tra le nozioni di *conventio* e *consensus* – ove *conventio* indicherebbe il «risultato oggettivo di un *consentire*» (e dunque il «contenuto negoziale concordato»), più che l'atto del *consentire* stesso –, sembra prendere in concreta considerazione la possibilità di un'attribuzione a Pedio del tratto finale 'nam-nulla est' e, con esso, del «collegamento tra la prospettiva oggettiva della *conventio* e quella soggettiva del *consensus*» che traspare nella «porzione di testo 'nullum esse – nulla est'». Il che potrebbe spiegare l'apprezzamento di Ulpiano (*eleganter*) per la notazione pediana, «giacché, ai suoi occhi, essa ottimamente si prestava a confermare il collegamento tra *conventio*, *convenire* e *in unum consentire* che egli stesso aveva in precedenza stabilito ('*Conventionis verbum – decurrunt*').». Da respingere in ogni caso (213 s. e ivi nt. 56) i sospetti formulati sulla genuinità della chiusa per il «semplice fatto che essa esplicita in termini di *consensus* una precedente affermazione imperniata, invece, sul differente concetto di *conventio*». Sulla più specifica questione del rapporto *conventio-consensus* vd. anche G. ROMANO, *Conventio e consensus. A proposito di Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3*, in AUPA 48, 2003, 241 ss.

<sup>19</sup> E. BETTI, *Sul valore cit.*, 49 ss., che richiama, tra l'altro, Cels. 5 dig. D. 12.1.32: sul brano vd., nello stesso ordine di idee di Betti, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche cit.*, 155, il quale parla di «concetto generale di *contractus* costruito pedianamente sulla *voluntas*». Per la correzione dell'*inscriptio* ([42]<6>) vd. O. LENEL, *Pal.* 1.134 nt. 2.

anche se in una prospettiva più specificamente incentrata sul punto di vista di una delle parti del rapporto (*'is qui solvendi animo dat'*),<sup>20</sup> ha riscosso via via prestigiose adesioni.<sup>21</sup> Circostanza della quale non vi è certo da stupirsi, se solo si considera il prestigio e l'autorevolezza di chi l'aveva proposta. Eppure sono molti gli aspetti della tesi di Betti che lasciano in qualche modo perplessi.<sup>22</sup>

A colpire è innanzitutto l'indecisione che accompagna la ricostruzione della dottrina pediana, condannata a oscillare senza una precisa direzione tra gli opposti paradigmi della considerazione meramente empirica e del canone dogmatico, lasciando così indeterminato uno degli aspetti più controversi su cui ancora oggi si affatica la dottrina.<sup>23</sup> Basti a questo proposito osservare che se da un lato Betti esaltava il ruolo della *conventio* al punto da farne (parrebbe) un elemento essenziale del contratto,<sup>24</sup> dall'altro si premurava di precisare come Pedio si sarebbe limitato a enunciare «un fatto di esperienza generale» e non, come Ulpiano, «un *canone d'interpretazione*».<sup>25</sup> E da questo punto di vista non può ritenersi senza

<sup>20</sup> E. BETTI, *Sul valore* cit., 52 s. («Alla conseguenza di una obligatio pura e semplice [...] perveniva Gaio sotto influenze Proculiane, da una premessa affine a quella Pediana, in quanto *accentua il momento della volontà* delle parti contraenti, ma diversa, in quanto non argomenta dalla conventio di entrambe, bensì dall'*animus contrahendi* dell'una»).

<sup>21</sup> Così, e sempre per una valorizzazione della specificità della visione gaiana, costruita sulla più ristretta prospettiva dell'*animus contrahendi* di una delle parti, anziché su quella più ampia della *conventio* (di entrambe), anche G. GROSSO, *La conception* cit., 92 ss., il quale non escludeva che ciò potesse costituire retaggio di una concezione originaria legata all'antico formalismo romano, che tendeva a privilegiare il punto di vista del soggetto che assumeva un ruolo attivo nella realizzazione del negozio; ID., *Sistema*<sup>3</sup> cit., 55; aderisce alle conclusioni di Betti, rilanciando l'ipotesi di un'ascendenza pediana sul pensiero di Celso e Gaio, anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 159 s. e ivi ntt. 240 e 242.

<sup>22</sup> Al di là del fatto che l'autore avesse talvolta mescolato temi tra loro assai differenti, pretendendo di leggere, all'insegna di un'unica chiave interpretativa, testimonianze che toccavano argomenti e, soprattutto, rispondevano a logiche di diversa natura. Si pensi proprio a Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, in cui la decisione celsina, anche a volere dare per buone le considerazioni di Betti (E. BETTI, *Sul valore* cit., 52: «Egli dunque riconosce una *obligatio re* a prescindere da *negotium contractum* e non crede che il *negotium contrahere* sia termine comprensivo di tutti gli atti leciti fonti di *obligatio*»), non ha evidentemente a che vedere con questioni legate a una valutazione delle intenzioni degli autori del negozio, ed è piuttosto impostata secondo una valutazione obiettiva della funzione e dei meccanismi attuativi del negozio, in un'ottica che, a tal fine, prova a valorizzare (ma senza successo) eventuali analogie con lo schema dell'*emptio-venditio*.

<sup>23</sup> Per una valutazione sociologica della riflessione pediana vd. M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain* cit., 195 ss. = N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane* cit., 211 s.; A. BURDESE, *Sulle nozioni* cit., 62 («constatazione di una realtà fattuale, senza immediata rilevanza pratica»); M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in IVRA 39, 1988, 53; R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in IVRA 42, 1991, 102 s.; in senso contrario, respingono l'ipotesi di una semplice constatazione empirica S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 130; P. CERAMI, *D. 2.14.5* cit., 190 ss.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 187 ss.; L. GAROFALO, *Gratuità* cit., 93 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius*<sup>2</sup> cit., 387; nella già chiarita ottica di una differenziazione tra *conventio* e *consensus*, G. FALCONE, *Riflessioni* cit., 208 («il termine *conventio* indica una determinazione concordemente divisata dalle parti, la cui mancanza impedisce che sussista un contratto»), 121 s.

<sup>24</sup> E. BETTI, *Sul valore* cit., 45 s. («Conventio è per Pedio *predicato generico* di ogni *contrahere* [...] Nella mente di Pedio tra conventio e contractus [...] intercede una relazione concettuale di *contenuto a forma*, di *volontà a manifestazione*»).

<sup>25</sup> E. BETTI, *Sul valore* cit., 45.

significato il fatto che, come si è accennato,<sup>26</sup> lo studioso attribuisse ad Ulpiano (in Ulp. 4 *ad ed. D. 2.14.1.3*) la frase ‘*nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*’, in cui troviamo fissato il principio della ‘nullità’ del contratto stipulatorio in assenza di consenso.<sup>27</sup>

A ciò si aggiunge una non meno incerta rappresentazione dei concreti rapporti intercorrenti tra i giuristi protagonisti di tale rielaborazione dottrinale (Pedio, Celso, Gaio): con una considerazione che vale in particolare per Gaio, rispetto al quale rimangono assai sfocati i termini effettivi di dipendenza dalla dottrina pediana.<sup>28</sup> Né si tratta degli unici rilievi. Bisogna più in generale ammettere che è l’intera analisi dello studioso a soffrire di una esposizione faticosa, che procede attraverso uno scambio lessicale tra *negotium*, *negotium contrahere*, *negotium contractum*, *contrahere obligationem* e infine *contractus*, che lascia non poco disorientato il lettore, impedendogli (soprattutto) di capire (con certezza) in che misura la teoria dei *quidam* avrebbe predicato una identificazione del contratto con la categoria oggettiva del *negotium*, assumendo così come equivalenti le espressioni *negotium gestum*, *negotium contractum* e quindi *contractus*.<sup>29</sup> Più precisamente non è dato apprezzare se ciò dovesse avvenire nell’ambito delle sole *obligationes quae re fiunt*, in base a quanto ad es. ipotizzato da de Francisci,<sup>30</sup> anche qui in un contesto discorsivo che richiede estrema

<sup>26</sup> *Supra* nt. 18.

<sup>27</sup> E. BETTI, *Sul valore cit.*, 46 («Ulp. andando più oltre afferma “che anzi persino la stipulatio è nulla se non manifesta un consenso reale”»). Ciò è decisamente sorprendente: soprattutto se si considera che, sempre a detta di Betti, sarebbe stata proprio la recezione del punto di vista pediano ad indurre Celso a prendere posizione per la nullità della *stipulatio* di delega in Cels. 5 *dig. D. 12.1.32* («iussus restato inefficace per la invalidità della stipulatio [...] caduta la stipulatio come invalida»).

<sup>28</sup> Si consideri appunto E. BETTI, *Sul valore cit.*, 52 ss. («sotto influenze Proculiane, da una premessa affine a quella Pediana»), in un contesto discorsivo in cui d’altra parte sembra prospettarsi una più stretta relazione col pensiero di Pedio.

<sup>29</sup> Questione che, almeno in parte, verrà più opportunamente precisata in un noto corso sulla teoria (generale) delle obbligazioni in diritto romano tenuto sul finire degli anni cinquanta nel quale saranno meglio delineate le relazioni tra le diverse categorie del *negotium*, del *negotium gerere*, *distrabere*, e infine *contrahere*, risolvendo così buona parte delle tensioni logiche ed espressive che turbavano la coerenza concettuale della ricostruzione dogmatica proposta nei suoi primi studi, in cui le suddette categorie non sempre erano adeguatamente tenute separate tra loro. Si consideri appunto E. BETTI, *Appunti di teoria dell’obbligazione in diritto romano. Sezioni: I, II, e III*, Roma 1958, 36 s., in cui si delinea una più netta distinzione tra la superiore categoria del *negotium* e le sue articolazioni interne del *negotium contrahere* e del *negotium gerere*, al cui interno è fatta rientrare anche quella del *negotium distrabere*: «l’accezione del termine *negotium* risulta dalle fonti essere molto più lata, tale da abbracciare anche delle fattispecie da cui esula qualsiasi profilo obbligatorio [...] ci sembra particolarmente istruttivo l’antitesi che Gaio (Inst. III, 91) pone tra il “*contrahere*” e il “*distrabere negotium*”: in quest’ultimo testo il “*negotium distrabere*” non designa certo il “*contrahere obligationem*”, ma non si può negare che rappresenti un “*negotium gerere*”». Per il resto rimane immutata l’idea di una identificazione del *contractus* col *negotium contractum* (*infra* in questo stesso §), in un quadro ricostruttivo delle singole dottrine che vorrebbe (peraltro) continuare a tenere saldamente distinta, a livello teorico, la posizione di Giuliano da quella di Gaio e dei suoi seguaci, ma che nei fatti, guardando alle singole decisioni, finirà per ridurre sempre più lo spazio di divergenza tra i due impianti dogmatici, sino a renderlo impercettibile, non senza cadere in più occasioni, proprio per questo motivo, in più o meno vistose aporie: in proposito vd. quanto si osserverà di volta in volta nel prosieguo della trattazione.

<sup>30</sup> P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 *cit.*, 361 ss., 371 s., soprattutto 376 («Risulta quindi evidente che nel campo delle *obligationes quae re fiunt* per i Sabiniani il campo d’applicazione del termine *negotium*

attenzione da parte del lettore e nel quale pur non mancano spunti che potrebbero condurre a diverse conclusioni;<sup>31</sup> o se invero in una prospettiva che abbracciasse più ampiamente l'intero ambito delle *obligationes ex contractu*, in modo che, più in generale, risultasse irrilevante ogni considerazione circa la volontarietà dei soggetti (contraenti) di porre in essere un vincolo obbligatorio, come si potrebbe per certi versi ritenere<sup>32</sup> e come del resto è stato sostenuto, in tempi a noi più vicini, da Schiavone,<sup>33</sup> in un ordine di idee complessivo che si richiama espressamente al pensiero di Betti e che prova (egualmente) a valorizzare in tal senso Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33 e Iul. 13 *dig.* D. 30.60,<sup>34</sup> ventilando peraltro dirette connessioni con la soluzione giuliana di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2<sup>35</sup> e più ampiamente con la posizione tenuta dal giurista in materia di *nova negotia*, in termini che dovrebbero spiegare, a detta dell'autore, i motivi del ricorso da parte di Giuliano all'*a. in factum* anziché alla *condictio* verso cui diversamente si orientava Celso nel già richiamato Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, visto che la concessione dell'azione (civile) di ripetizione avrebbe assunto, ai suoi occhi, il significato implicito di inglobare tali vicende negoziali nell'area del contratto.<sup>36</sup>

*contractum* e *contrahere* coincide perfettamente col campo di applicazione della *condictio* [...] Diversamente invece i Proculiani: per essi l'*obligatio* può nascere *re* anche all'infuori dalla categoria del *contractus*»).

<sup>31</sup> In questo senso vd. G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, II, Torino 2021, cap. IV § 4.1 e ivi nt. 294.405

<sup>32</sup> Così sembrerebbe, leggendo tra le righe («ogni «obligari»»), E. BETTI, *Sul valore* cit., 58: «La particolare caratteristica del solvere quale «negotium distrahere» (Gai. I. 3, 91) in contrapposto col «negotium contrahere» diretto ad «obligare» appare a Giuliano irrilevante dal punto di vista superiore del negotium gerere o contrahere quale atto di parte che ogni «obligari» presuppone, e nel quale si riassumono entrambi quegli actus contrarii».

<sup>33</sup> A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 161, il quale con riferimento a Giuliano discute per l'appunto di «organizzazione delle teorie contrattualistiche che consapevolmente misura tutta la propria distanza dalle posizioni volontaristiche che una parte della giurisprudenza tra il primo ed il secondo secolo aveva portato faticosamente avanti». In termini non differenti, da ultimo, E. TOTI, *Diritto cinese* cit., 111 ss.

<sup>34</sup> A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 159 s.: «Giuliano [...] parte da un concetto di *contractus* affatto diverso da quello «pediano» [...] La sua analisi – come si ricava da un testo famoso del 39° libro dei suoi *digesta*, ora in D. 30.60 e in D. 12.6.33 [...] – tende alla costruzione di una categoria del *negotium contractum* che trova il suo momento caratterizzante ed unificante non nell'elemento volontaristico della *conventio*, ma nella oggettiva bilateralità del negozio quale «relazione obiettiva di due individualità patrimoniali distinte» [...] una simile nozione di *contractus* permette a Giuliano di ricomprendervi ogni tipo di rapporto previsto dall'ordinamento (oltre i suoi limiti Giuliano, sabinianamente, non va mai) e non *ex delicto*, da cui nasca una *obligatio*»).

<sup>35</sup> Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 [...] *Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.* In proposito ci permettiamo di rinviare, con discussione della letteratura, a G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, I, Torino 2021, in particolare cap. II §§ 1-3.

<sup>36</sup> A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 159 ss. («Egli quindi non può negare la natura contrattualistica dei *nova negotia* e tutelarli con una *condictio*, come fa Celso, per cui il *contractus* non è esaustivo di ogni fonte di *obligatio*, senza contraddire rovinosamente le sue premesse. Non gli resta pertanto, in questa prospettiva, che ricorrere all'estremo rimedio dell'*actio in factum*»). È inutile dire che si tratta di punto di vista al quale non si può in alcun modo aderire e che dimostra anzi a quali (gravi e inverosimili) conclusioni si rischi di approdare a voler percorrere sino in fondo (e, va detto, con assoluta e impeccabile consequenzialità logica) l'idea di una perfetta equivalenza del *negotium* (e con esso della *condictio*) al *contractus*. Che a Giuliano fosse precluso l'impiego della *condictio* o, per meglio dire, che ciò ai suoi occhi avrebbe

## 2. CONSENSO E ANIMUS IN SALVIO GIULIANO.

Per una riconsiderazione dell'idea di Giuliano quale portavoce di una visione oggettiva del *negotium* e del *contractus*. La teoria del *negotium* in Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33.

Sulla questione del rilievo della volontà sulle dinamiche contrattuali per i Sabiniani di vecchia scuola e per Giuliano in particolare, su cui si è basata (in sostanza) l'idea di una corrispondenza (seppur in varia misura)<sup>37</sup> tra *contractus* e *negotium*, si è in effetti ampiamente speculato,<sup>38</sup> arrivando a conclusioni difficilmente sostenibili per gli stessi fautori di tale indirizzo interpretativo. Ciò spiega le oscillazioni (per non dire contraddizioni) che in più di un'occasione emergono nel pensiero di tali autori con riferimento al tema del rapporto contratto-negozio.<sup>39</sup> Soprattutto non si può ignorare che già allora era lo stesso Betti a collocare Giuliano al fianco di Pedio tra i giuristi maggiormente impegnati nello sforzo di far emergere il profilo dell'accordo nell'ambito di ogni negozio giuridico, compresa la *stipulatio*, che pure era strutturata secondo una rigorosa logica di tipo formale.<sup>40</sup> Così come

assunto il significato (pratico e dogmatico) di un implicito riconoscimento dei *nova negotia* come *contractus*, è ipotesi che va però decisamente respinta e che non può certo fondarsi, come vorrebbe Schiavone, su Ulp. 4 *ad ed.*, ove ad essere in discussione non era la tutela del contraente primo esecutore, autore della *datio*, quanto quella del contraente autore della manomissione: in riferimento dunque a una fattispecie per la quale neppure Celso avrebbe potuto prospettare il ricorso alla *condictio (certi)*. Poco utile, ai fini di un chiarimento dell'impostazione giuliana del rapporto dogmatico *negotium-condictio-contractus* e delle sue possibili implicazioni sul piano dell'individuazione degli strumenti di tutela dei *nova negotia*, si rivela, sempre di Schiavone, *Ius*<sup>2</sup> cit., 396, 543 nt. 60, ove pure l'autore mostra di prendere le distanze dall'idea, alla quale aveva inizialmente aderito (sempre sulla scia di Betti), di una intransigente opposizione giuliana all'eventualità di un allargamento dell'area del contratto oltre i tipi edittali, abbracciando piuttosto l'ipotesi di un'apertura, seppur cauta e in casi sporadici, agli indirizziolutivi labeoniani (*a. praescriptis verbis*): «doveva probabilmente ridurre di molto la possibilità del ricorso a questo tipo di analogia, prospettando per la maggioranza dei casi formule “in fatto” in senso stretto».

<sup>37</sup> Si è detto delle differenze che sembrano sussistere in proposito tra le posizioni di de Francisci e Betti.

<sup>38</sup> Non a torto, a un'«estremizzazione» della controversia di Gai 3.91 pensa A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 285, che pure aderisce all'ipotesi di un'elaborazione oggettiva del *negotium* in Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33.

<sup>39</sup> Ciò vale, crediamo, anche per Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3, ove è stata la stessa dottrina a escludere che il riferimento al *contractus* potesse in quell'occasione risalire a Salvio Giuliano, con una posizione che mal si concilia con la prospettiva di una corrispondenza concettuale tra *negotium (contractum)* e *contractus*, che avrebbe dovuto avere il diverso effetto di allargare l'area del contratto anche a quelle situazioni per le quali fosse previsto l'impiego di uno strumento processuale che, come la *condictio*, fosse rivolto alla semplice ripetizione. Considerazione che nella sostanza varrebbe, se non fosse per la natura pretoria del rimedio, anche per l'*a. in factum*, presupponendo anch'essa, di fatto e in senso lato, la presenza di un *negotium*, ovvero di un (altrui) vantaggio patrimoniale non giustificato da una *causa donationis*. In proposito vd. E. BETTI, *Sul valore* cit., 39; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 343; ID., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 359, 446, ove si sostiene che l'uso non classico del termine *contractus* sarebbe indice del «prevalere» nei giuristi bizantini «della dottrina Proculiana in confronto alla Sabiniana, che pure in quei casi parlava di *negotium contractum*», con un'affermazione che finisce per contraddire integralmente l'idea, ripetutamente ribadita, di una corrispondenza, in ottica sabiniana, tra le due espressioni (*contractus-negotium contractum*). Su Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3 vd., con riferimenti alla letteratura, G. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. III § 4.

<sup>40</sup> E. BETTI, *Sul valore* cit., 46 s.: «nella interpretazione delle stipulationes e di altri negozi giuridici già Pedio aveva accentuato il momento della volontà [...] Né egli era solo [...] anche per Giuliano la conventio non entra [...] nelle caratteristiche peculiari (natura) della acceptilatio e in genere della obligatio verbis



sarebbe stato sempre lo stesso autore, (anche se) ben più avanti negli anni, ad attribuire ai Sabiniani «un indirizzo d'interpretazione rivolto a mettere in luce l'elemento soggettivo».<sup>41</sup>

Ciò che più di ogni altra cosa non sembra convincere in questa teoria è proprio l'equivalenza posta tra la categoria del *negotium* (*gestum* o *contractum*) e quella del *contractus*, che si è voluta (soprattutto)<sup>42</sup> riferire ai Sabiniani (potremmo dire) *ante Gaium*.

A dispetto di talune suggestioni lessicali,<sup>43</sup> si tratta in realtà di questioni autonome, per

facta ma pure la contiene in sé in potenza e per implicito». Il riferimento è a Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr., su cui vd. *infra* § seg.

<sup>41</sup> E. BETTI, v. *Conversione del negozio giuridico (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.* 4, Torino 1959, 810.

<sup>42</sup> È appena il caso di osservare che quella dell'identificazione del *negotium gerere* o *contrahere* col *contractus* rappresenta un'idea assai ricorrente in dottrina, anche tra quanti, con prospettive ricostruttive spesso non coincidenti se non addirittura antitetiche, hanno ridimensionato o addirittura escluso espresamente l'ipotesi di una disputa giurisprudenziale tra scuole o interna alla scuola sabiniana: in quest'ottica, si veda, in un ordine di idee orientato a valorizzare il momento soggettivistico dell'accordo, A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 245 s.; ID., *Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze*, in *ZSS* 19, 1898, 165; V. ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo 1936, 381 s. («Giuliano tradisce il suo imbarazzo: "is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit": un certo qual contratto»). Nell'ambito di un'interpretazione oggettiva della categoria, vd., sempre per l'equivalenza delle due espressioni (*negotium contractum-contractus*, non però *negotium gerere*), almeno per le origini, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 4 (*Le obbligazioni*) cit., 252 ss.; per una piena identificazione del *contractus* col *negotium* (affare), com'è noto, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* II,<sup>2</sup> Roma 1928, 17 e ivi nt. 1, il quale, lo si è visto (*supra* nt. 6), aveva provato a rintuzzare la testimonianza di Gai 3.91, attribuendo l'osservazione gaiana alla *mala interpretatio* di un poco accorto giurista di provincia, quale avrebbe dovuto considerarsi, in definitiva, Gaio; nonché (con critica a Perozzi: 79 s. nt. 1) E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni* (*Studi* 3) cit., 78 ss. («Nella dottrina classica il *contractus* equivale ad affare, a negozio: precisamente è il *negotium* che il *ius civile* riconosce produttivo di obbligazione: il consenso, la *conventio*, non ne è un requisito essenziale»), che, come si è detto (*supra* nt. 4), figura tra quanti giudicavano un'innovazione postclassica il riferimento all'*animus contrahendi* in Gai 3.91. Sempre nel segno di una equivalenza, vd. di recente S. HEINE, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, Berlin 2006, 29 s. («*Negotium contrahere* bedeutet nichts weiter als „einen Vertrag abschließen“»).

<sup>43</sup> Non si può non considerare che il termine *contractus* è tradizionalmente considerato espressione elittica di *contractus negotii*: così P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.* 6, 1908, 115 ss. = ID., *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926, 129; ID., *Lucri a causa di morte* cit., 134; ID., *Sui contractus e sui pacta*, in *Riv. dir. comm.* 18, 1920 = *Scritti* 3 cit., 135, con un punto di vista che è stato ampiamente ripreso in dottrina. In questo senso S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D. 10.3.14 [Paul. 3 ad Plaut.]). Appendice III. Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in particolare dell'uso dell'avverbio «quasi»*, in *AUPA* 3-4, 1917, 303 s. («non è se non una ellissi e un sinonimo del *negotium contractum* o *contractus negotii*»); E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 67; G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 31; ID., *Rec. a S. WUNNER, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, in *BIDR* 68, 1965, 350; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, in *ANRW* II 14, Berlin-New York 1982, 454; negli stessi termini A. BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Iuris vincula*. *Studi in onore di M. Talamanca* 1, Napoli 2001, 317; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 105 nt. 37. Così, in qualche modo («*Contractus quid est? negotium quod contrahitur*»), già J. CUJACIUS, *Ad lib. LXXX. Digest. Salvii Juliani, Recitationes solemnes*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus tertius*, Prati 1837, (*Ad L. XIX. de Mortis causa donat.*) 1423.

quanto certamente collegate.<sup>44</sup> Per esserci un *contractus* deve esservi a monte un *negotium* (*gestum* o *contractum* che dir si voglia): il primo costituisce una specificazione dogmatica del secondo.<sup>45</sup> Non vale naturalmente il contrario. Non è vero cioè che, là dove vi sia un *negotium* (*gerere* o *contrahere*), debba anche esservi un *contractus*.<sup>46</sup>

Del resto, anche convinti sostenitori della teoria oggettiva, come de Francisci, si erano visti costretti ad ammettere, tra le righe, la sostanziale autonomia delle due questioni, potendosi dare il caso di *negotium contractum* senza *contractus*. Poco conta che ci si sforzasse di circoscrivere questa possibilità solo per coloro che avessero aderito all'indirizzo proculeiano;<sup>47</sup> rimane comunque la constatazione che venivano di fatto rinnegati i presupposti stessi su cui era stata costruita l'intera teoria di una equivalenza concettuale tra le due espressioni, dimostrando che di per sé *negotium contractum* e *contractus* non rappresentassero locuzioni evocative di una medesima nozione.<sup>48</sup>

Proprio da questo punto di vista va detto che se Giuliano è stato annoverato tra i principali e più autorevoli esponenti dell'indirizzo per così dire oggettivo, lo si deve in

<sup>44</sup> Così già A. UBELOHDE, *Ueber das precarium an körperlichen Sachen*, in AcP 59, 1876, 246 nt. 56 a; un importante contributo in tal senso si deve a S. RICCOBONO, *La voluntas (Lecture londinesi)* cit., 83 s. («si commette l'errore di identificare *negotium* e *contractus* [...] *Negotium gerere* è concetto più largo del *contractus*»), che pure in precedenti occasioni aveva mostrato di ritenere equivalenti *contractus* e *negotium contractum* (vd. nt. prec.); respinge l'ipotesi di una riconduzione della *solutio indebiti* all'interno della categoria del *contractus* anche S. WUNNER, *Contractus* cit., 89 ss., il quale fa per l'appunto osservare come a essere in discussione in Iul. 39 dig. D. 12.6.33 fosse soltanto la sussistenza di un *negotium* o *negotium contractum*, concetti non identificabili con quello di *contractus*; tiene giustamente separate le due prospettive («da escludere l'equiparazione del *negotium contrahere/gerere* di D. 12.6.33 con la nozione di *contractus*») A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 285, 291, che, proprio con riferimento al caso della *traditio possessionis* effettuata dal costruttore di opera su fondo altrui (esaminato, per l'appunto, in Iul. 39 dig.), osserva come, di fronte all'impossibilità di ricorrere alla *condictio*, «si poteva solo considerare quale tipo di strumento (*actio in factum*; *actio praescriptis verbis*, ecc.) l'ordinamento avrebbe potuto apprestare per porre rimedio alla sostanziale ingiustizia che l'arricchimento del *dominus* avrebbe perpetrato»; così anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008, 17 s. e ivi nt. 12; da ultimi respingono una identificazione delle due nozioni M. LABORENZ, *Solutio als causa. Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien 2014, 120 e ivi nt. 139; A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta* cit., 154.

<sup>45</sup> In questo senso P. VOCI, *La dottrina* cit., 51. Seppur con riferimento alla più specifica categoria del contratto sinallagmatico aristoniano, evidenzia il rapporto di genere a specie che lega le due nozioni T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 208, 230 s.; così anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 18.

<sup>46</sup> Così ancora una volta P. VOCI, *La dottrina* cit., 51.

<sup>47</sup> Così appunto, in relazione alle ipotesi di *do ut des*, *ut facias* («le due combinazioni *do ut des*, *do ut facias* potevano [...] dai Sabiniani essere considerate come un *negotium contractum* per il rilievo dato alla *datio*, ma non furono più considerate come *contractus*, quando prevalse la dottrina dei Proculeiani»), P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 230, 321, con riferimento appunto allo sviluppo configurativo che sarebbe seguito alle aperture di Gaio (Gai 3.91) all'indirizzo dogmatico della scuola rivale.

<sup>48</sup> Ciò spiega perché la *solutio indebiti* può essere un negozio, seppur particolarissimo (*aliquid negotii*), senza per questo dover essere necessariamente ricondotta all'interno della categoria contrattuale. Allo stesso tempo ci consente di apprezzare perché si potesse coerentemente ammettere l'impiego della *condictio*, negando al tempo stesso il ricorso all'azione contrattuale per l'adempimento. Basterebbe pensare da questo punto di vista a Cels. 3 <8> dig. D. 12.4.16, in cui alla concessione della *condictio* si arriva sul presupposto espresso della configurazione di una *obligatio ob rem dati*, in relazione a vicenda per la quale si era preventivamente esclusa la presenza di un contratto, anche solo *pro portione emptio venditionis*.

larghissima misura<sup>49</sup> a Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33, trovandosi qui affermato il principio per cui anche ‘*qui non debitam pecuniam solverit*’, per il fatto stesso di adempiere (*hoc ipso*), pone in essere un negozio (‘*aliquid negotii gerit*’). Il brano non sembra però legittimare né l’ipotesi di una piena corrispondenza del *negotium* (*gerere, contrahere*) al *contractus*,<sup>50</sup> né (soprattutto, per ciò che più ci interessa) l’idea di una visione meramente oggettiva dell’uno e dell’altro.

L’assenza di riferimenti al profilo dell’intenzionalità (diremmo oggi: negoziale) si spiega in effetti benissimo con la particolarità della vicenda che si trovava ad affrontare in quel-

<sup>49</sup> In questo senso vd. anche Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36, su cui vd., seppur solo per brevissimi cenni, *infra* § 5.

<sup>50</sup> Lo nota correttamente P. VOCI, *La dottrina* cit., 50 s. Diversamente, ma in un ordine di idee che nega l’esistenza di un dissenso sulla nozione di *contractus* tra i giuristi classici, ritenendo non genuina la precisazione di Gai 3.91 (*sed haec species* rell.), G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, in *Studi parmensi* 1, 1950 = R. REGGI (a cura di), *Studi di diritto romano*, II, Milano 1977, 722 ss., il quale, proprio per questa ragione, prende nettamente posizione per la natura contrattuale della *solutio indebiti* («il riconoscimento del pagamento indebito quale *contractus* è cosa pacifica pei classici»); per i seguaci della tesi bettiana ci limitiamo a segnalare G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 36 ss. e ivi nt. 3, 113 («qui si innesta poi il problema del *contractus*, cioè del *negotium contractum*»). In senso contrario sarebbe già sufficiente citare Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.* D. 39.6.35.3 ‘Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, *negotium gerit*’ (su cui vd. G. ROMANO, *Giuliano* 2 cit., cap. V § 3). Lo stesso sembra si possa affermare anche per Ulp. 16 *ad Sab.* D. 12.6.2 pr. ‘repetitio locum habebit: *negotium enim contractum est inter eos*’ (vd. sempre G. ROMANO, *Giuliano* 2 cit., cap. V § 8), ove sempre in tema di ripetizione di indebito Ulpiano ricorre alla stessa espressione (*negotium contractum*) utilizzata da Giuliano in Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33, e sulla quale si è preteso di edificare l’idea di una rigida identificazione delle due nozioni, nel segno peraltro di una costruzione oggettiva del *contrahere*. Per coerenza, si dovrebbe o, meglio ancora, si sarebbe dovuto ritenere che alle stesse logiche ricostruttive avessero aderito, ancora in tarda età severiana, sia Paolo sia Ulpiano (questo è il punto di vista di G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones* [Studi 2] cit., 725), con una conclusione davvero inaccettabile e che d’altra parte si porrebbe in aperta contraddizione con le linee evolutive tracciate sia da de Francisci sia da Betti, che vorrebbero la più antica visione oggettiva del *negotium* superata nella tarda età classica. A nulla varrebbe d’altra parte obiettare che in Ulp. 16 *ad Sab.* D. 12.6.2 pr. ci si trova in presenza di un’ipotesi particolarissima, nel senso che le parti si erano qui espressamente accordate per una restituzione nell’eventualità in cui (ad es.) l’adempimento fosse risultato non dovuto (Si quis *ita solverit, ut* si apparuisset esse indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur [...]): così, neanche troppo velatamente, E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 285 («secondo il parere di Ulpiano, ci troviamo di fronte ad un *negotium contractum* in quanto colui che pagò ebbe a dichiarare esplicitamente o almeno verosimilmente che avrebbe voluto riottenere quanto diede senza causa: Ulpiano insomma è molto vicino al Gaio di Inst. 3.91»). Rimarrebbe comunque il fatto che la riflessione ulpiana, pur prendendo spunto dal caso in questione, si proiettava su di un piano evidentemente generale, che coinvolgeva qualunque ipotesi applicativa della *condictio* (*repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter eos*): così, correttamente, P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 374 s.: «doveva essere vera la reciproca: si ha un *negotium contractum*, dovunque sia ammissibile la *condictio*». Per una stretta relazione di dipendenza tra il pensiero espresso qui da Ulpiano e quello di Giuliano in Iul. 39 *dig.* vd. del resto già A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 247; e, come si è accennato, G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones* (Studi 2) cit., 725. Per una svalutazione del rilievo della ‘condizione’ qui apposta all’atto di adempimento vd., ancor prima, lo sch. Τοῦτο νόησον a Bas. 24.6.2 (Hb. III 30 = Schelt. V 1752): Τοῦτο νόησον, κἄν μὴ σύμφωνον γέγονε ἰδικόν, μήτε ἐπὶ τούτῳ δέδωκε, ἴνα τοῦ Φαλκιδίου χώραν λαβόντος ῥεπετιτεύει ὡς φησιν ἐν τῷ κβ’. βιβλίῳ τιτ. α’ (Schelt.: ὡς φησιν ἐν γ’ βιβ. τῶν ἀντιπαπιανῶν); per l’attribuzione dello scolio a Stefano vd. G.E. HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX. Tom. VI. Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 256. Su Ulp. 16 *ad Sab.* D. 12.6.2 pr. vd. G. ROMANO, *Giuliano* 2 cit., cap. V. § 8.

l'occasione Giuliano. A questo proposito è il caso di leggere il brano provando a fare qualche riflessione, nei pur ristretti limiti che l'indagine consente.

D. 12.6.33 (Iul. 39 dig.): *Si in area tua aedificassem, et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contrahetur; nam<sup>51</sup> is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.*

Sulla genuinità della testimonianza non vi è motivo di dubitare.<sup>52</sup> Giuliano sta qui affrontando il tema dell'esercizio della *condictio* da parte di chi abbia edificato su suolo altrui. Tenuto conto della *sedes materiae* (l. 39 dig.), gli studiosi sono soliti ritenere che il frammento sia tratto da una più ampia discussione in tema di fedecommeso, ponendo peraltro, già a partire da Cuiacio,<sup>53</sup> una più stretta relazione palinogenetica con Iul. 39 dig. D. 30.60.<sup>54</sup> Di qui l'opinione che anche nel brano esaminato il giurista si stesse occupando di un caso di edificazione fatta dall'erede su suolo lasciato a titolo di fedecommeso.<sup>55</sup> Le

<sup>51</sup> Rilievi sulla congiunzione («senza ragione apparente che lo leghi a quanto precede») si trovano in G. BORTOLUCCI, *Note sul contratto romano*, in *Acta Congressus iuridici internationalis* 1, Roma 1935, 256, ove si ipotizza conseguentemente una «contrazione del testo».

<sup>52</sup> In favore della genuinità vd. E. BETTI, *Sul valore* cit., 55 e ivi nt. 1, con semplici correzioni formali; non muovono rilievi al brano P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 373 s.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 189 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 280 («sostanzialmente genuino»), 287 s. Per una diagnosi interpolazionistica vd. invece W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar 1925, 53 s., il quale, in aggiunta al verbo '*constat*' (et ideo [constat] si quis [...] impensas servare [posse] poterit), uncinava le frasi '*quia nullum negotium-negotium contrahi*' e '*quia nihil-incipiat*'; sospetti sull'intero squarcio centrale '*quia nullum-Et ideo*' si trovano in H. H. PFLÜGER, *Zum Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München-Leipzig 1937, 77 s., il quale arriva a ipotizzare che l'intero frammento costituisca una parafrasi postclassica di Iul. 39 dig. D. 30.60; rilievi sul tratto '*nam is-aliquid negotii gerit*' si trovano in S. SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti* (Scritti 4) cit., 147 nt. 189, ove si propende per l'origine glossematica; espunge l'intero tratto '*nam is-negotium contrahit*' («glossa esemplificativa ed esplicativa») E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano. I. Fonti e casi*, Milano 1947, 428 s., il quale fa in più notare come il passaggio incriminato sia «l'unico che abbia i verbi [...] al presente indicativo», nel quadro, sempre a detta dello studioso, di un più generale disordine dal punto di vista sintattico-grammaticale per ciò che riguarda le concordanze dei tempi verbali; aderisce alla diagnosi di Solazzi («nonostante il *nam*, l'inciso non spiega nulla») G. DONATUTI, *Le causae delle conductiones* (Studi 2) cit., 717 nt. 77, ove inoltre si osserva come per Giuliano «il pagamento indebito costituiva un *negotium*, non soltanto "*aliquid negotii*"».

<sup>53</sup> J. CUJACIUS, *Ad liber XXXIX Digestorum Salvii Juliani, Recitationes solemnes. Ad L. LX. De leg. I. et L. XXXIII. de Cond. indeb.* (Opera III) cit., 1140 s.: «l. 60 cui copulabitur lex 33. de condict. Indeb. quae est de specie eadem, et ex eodem libro».

<sup>54</sup> Iul. 39 dig. D. 30.60: *Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit*. Così O. LENEL, *Pal.* 1.419 n. 551; E. BETTI, *Sul valore* cit., 54 s.; G. DONATUTI, *Le causae delle conductiones* (Studi 2) cit., 717; evidenziano il legame palinogenetico tra i due brani anche A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 280 e ivi nt. 4; M. LABORENZ, *Solutio* cit., 120 nt. 142.

<sup>55</sup> Così già J. CUJACIUS, *Ad liber XXXIX Digestorum Salvii Juliani, Recitationes solemnes. Ad L. LX. De leg. I. et L. XXXIII. de Cond. indeb.* (Opera III) cit., 1141 s.: «hic quoque ponitur haeres aedificasse in area

due testimonianze sono addirittura ricucite in un'unica trama narrativa, in cui Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33 costituisce l'immediata prosecuzione del discorso intrapreso in Iul. 39 *dig.* D. 30.60. Di qui anche la proposta di inserire *autem* tra le parole *si* e *in area tua* poste in apertura di frammento («*si <autem> in area tua*») al fine di raccordare i due brani.<sup>56</sup> Si tratta di congettura però non altrimenti suffragata e che non tiene conto dell'intonazione chiaramente generalizzante del discorso giuliano (*si aedificassem [...] si, qui in aliena area aedificasset [...] si quis cum existimaret se heredem esse*), in cui non si dice mai che a costruire è l'erede,<sup>57</sup> e che per di più si scontra col fatto che nel brano si afferma con chiarezza che l'area appartiene ad altri già al momento dell'edificazione (*Si in area tua aedificassem*), quando sarebbe invece dovuta appartenere all'erede stesso in caso di fedecommissio, tenuto conto degli effetti (solo) obbligatori dello stesso.<sup>58</sup>

Ciò precisato, conta piuttosto osservare che il giurista adrianeo esclude l'impiego della *condictio* contro il proprietario del fondo,<sup>59</sup> divenuto possessore dell'edificio (*et tu aedes possides*), in ragione del fatto che si trattava di vicenda per la quale non era possibile ravvisare quel carattere negoziale che rappresentava il presupposto stesso per l'esercizio dell'azione di ripetizione (*quia nullum negotium inter nos contrahetur*). Requisito che invece non mancava nella diversa ipotesi di *solutio indebiti*, ove il fatto stesso (*hoc ipso*) di pagare una somma di denaro non dovuta (*'qui non debitam pecuniam solverit'*),<sup>60</sup> imprimeva all'attività del *solvens* natura negoziale<sup>61</sup> o comunque ad essa assimilabile (*'aliquid negotii gerit'*).<sup>62</sup>

domus tibi per fideicommissum relictæ, et te possidere aedes ab hærede hæredis tibi traditas ex causa fideicommissi».

<sup>56</sup> E. BETTI, *Sul valore cit.*, 55; con cautela E. NARDI, *Studi* 1 cit., 428 s.

<sup>57</sup> Significativo, dal punto di vista sintattico-grammaticale, appare l'impiego della prima persona singolare adoperata in apertura di D. 12.6.33 (*Si in area tua aedificassem*), rispetto alla terza persona utilizzata in D. 30.60 (*quod si [...] domum tradidisset [...] quasi plus debito solverit*), che nell'ipotesi di una continuità discorsiva tra i due frammenti segnalerebbe comunque un mutamento di prospettiva, sia per ciò che riguarda la fattispecie, sia per ciò che concerne l'individuazione del soggetto autore dell'attribuzione patrimoniale: così come del resto sembra potersi ricavare dal tratto immediatamente successivo di Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33, in cui il giurista passa a impiegare la terza persona singolare nell'introdurre la nuova questione della *solutio indebiti* (*is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit*).

<sup>58</sup> Da farsi valere (peraltro e com'è noto) nell'ambito del processo cognitorio (Gai 2.278 '*Praeterea legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae*'): in proposito vd. E. BETTI, *Sul valore cit.*, 55.

<sup>59</sup> Ritiene che la *condictio* di cui si discute nel brano sarebbe stata eventualmente rivolta al recupero delle spese sostenute per la costruzione dell'edificio o dei materiali a tal fine impiegati A. SACCOCCIO, *Si certum petetur cit.*, 279 e ivi nt. 1.

<sup>60</sup> *Solvit* secondo E. BETTI, *Sul valore cit.*, 55 («*solv[er]it*»).

<sup>61</sup> In questo senso P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 373 s.: «La *solutio indebiti* costituisce quindi per Giuliano un *negotium gestum*»; così, ma in termini che finiscono per enfatizzare il ricorso al verbo *gerere* anziché al verbo *contrahere*, adoperato invece per l'ipotesi dell'*aedificatio* posta all'inizio del brano («Giuliano dice soltanto che: *is qui [...] negotium gerit*. E non '*negotium contrahit*'. Nel *negotium gerere* sta tanto '*negotium contrahere*', quanto '*negotium distrabere*'»), G. BORTOLUCCI, *Note cit.*, 256 nt. 10, con conclusioni che non sembrano tenere pienamente conto dello scambio terminologico tra i due temi verbali che si registra nel brano (*nullum negotium inter nos contrahetur; nam [...] aliquid negotii gerit: cum autem aedificium [...] nullum negotium contrahit*) e che sembra piuttosto orientare verso un impiego sostanzialmente sinonimico, anziché specificativo (di genere a specie), secondo quanto invece sostenuto dall'autore: per l'equivalenza delle due espressioni vd. già P. VOCI, *La dottrina cit.*, 50 s. nt. 3, il quale opportunamente insiste sulla fungibilità delle espressioni *negotium gerere-contrahere*, per sottolineare il

Dal seguito del discorso si comprende che per Giuliano la differenza tra le due ipotesi dipendeva dal prodursi o meno di un effetto traslativo del *dominium*, direttamente ricollegabile al comportamento tenuto e i cui effetti si intendevano neutralizzare.<sup>63</sup> Nel

valore generico (anche) della seconda espressione (*negotium contrahere*), qui impiegata nel senso di porre in essere un'attività negoziale; W. WOŁODKIEWICZ, *Contrahere-contractum-contractus dans le droit romain classique*, in W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain cit.*, 298 nt. 10.

<sup>62</sup> Una vera e propria riconduzione alla sfera del *negotium* è esclusa da S. RICCOBONO, *La voluntas (Lecture londinesi)* cit., 84 («si noti la cauta e fine espressione del giurista, il quale non dice “*negotium gerit* o *contrahit*”, bensì “*aliquid negotii*”; appunto per indicare una certa analogia che la specie ha con un *negotium*, cioè col *mutuum*»); sempre per un'interpretazione assimilativa G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2)* cit., 717 nt. 77, il quale tuttavia escludeva che ciò corrispondesse al punto di vista di Giuliano, per il quale la *solutio indebiti* avrebbe invece costituito un *negotium* in senso stretto, non una sua approssimazione: di qui i sospetti sull'intero tratto ‘*nam-aliquid negotii gerit*’; di «situazione [...] intermedia nella quale non si ha il negozio in senso pieno» o ancora di «negozialità dimezzata» discute F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 191 ss., 196 ss. e soprattutto nt. 46; idea ribadita in ID., *Contratto e atto* cit., 29. Perplesità rispetto alla posizione di Gallo si trovano in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 282 s. («a rigor di logica, la volontà o c'è o non c'è, e non mi pare possibile affermare che ce ne è un poco, e questo poco basta»). In effetti non sembra che alla locuzione si possa attribuire un significato tanto differente rispetto a quello con cui è adoperata l'espressione ‘*aliquid negotium*’ in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15 (ma anche nel meno celebre Afr. 7 *quaest.* D. 4.4.4), volendosi in sostanza qui affermare che anche nell'adempimento non dovuto si ha una qualche forma di negozio: un qualche negozio. Interpretazione che sembra peraltro trovare significativo conforto dalla lettura di Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.3, unico frammento in cui la nostra locuzione ritorna e curiosamente sfuggito all'attenzione degli studiosi, in cui non vi sono margini per prospettare un riferimento a vicende solo parzialmente negoziali: Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.3 *Quae autem in testamento diximus super prohibendis testimoniis eorum, qui in potestate sunt, in omnibus testimoniis accipias, ubi aliquid negotii geritur, per quod adquiratur*: per un'attribuzione a Ulpiano di questa parte del brano (§ 3) vd. R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*,<sup>2</sup> Padova 1983, 62 s. È appena il caso di osservare che al di fuori del lessico dei giuristi l'espressione in questione si trova anche in Cic. *ad fam* 3.6 ‘*ut, dum tempus anni esset idoneum, aliquid negotii gerere possem*’, in un'accezione chiaramente non differente da quella qui indicata. Nulla cambia, comunque, per ciò che riguarda la questione centrale, nel senso che in nessun modo l'affermazione di Giuliano può invocarsi a sostegno di un'appartenenza dell'*indebiti solutio* al *contractus*: così giustamente F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 191 nt. 28. Nell'ottica di un mero accostamento alla nozione di *negotium* («eine Art *negotium*») vd. più recentemente S. HEINE, *Condictio* cit., 30 e ivi nt. 38, con un'interpretazione che serve all'autrice, per un verso, per togliere forza all'idea di una identificazione del *negotium* con la *datio*, per altro, per respingere l'ipotesi di una divergenza di vedute in materia tra Gaio e Giuliano, intravedendo anzi nel modo di esprimersi di Giuliano le stesse esitazioni che si colgono in Gai 3.91 e sulle quali, come si è detto, si è costruita la congettura di un allontanamento gaiano dalla dottrina sabiniana e giuliana in particolare («Doch die *solutio indebiti* ist ein wirksames Übereignungsgeschäft, so daß ihre Bezeichnung als ‚eine Art *negotium* geradezu falsch wäre, wenn *negotium* ein bereicherungsrechtlicher Oberbegriff wäre, der insbesondere die *datio* mitumfaßt. Versteht man unter *negotium contrahere* dagegen wie auch sonst den Abschluß eines bindenden Vertrages, ist die *solutio (indebiti)* mit den Worten von Gaius tatsächlich nur eine Art Geschäft, *quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*»); sull'interpretazione della locuzione ‘*aliquid negotii gerit*’ vd. anche M. LABORENZ, *Solutio* cit., 141 ss.

<sup>63</sup> Così giustamente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 288 s. («trasferimento [...] collegabile ad un *factum dantis*»); nello stesso ordine di idee lega la decisione di Giuliano all'assenza di un «comportamento trasmissivo» della proprietà anche A. CORBINO, *Fondamento e presupposti della condictio causa data causa non secuta*, in A. PALMA (a cura di), *Civitas e civilitas. Studi in onore di F. Guizzi 1*, Torino 2013, 151 s.; così pure M. LABORENZ, *Solutio* cit., 120; A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta* cit., 154. In termini parzialmente differenti D. SCHANBACHER, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch traditio und beim Leistungsversprechen durch stipulatio*, in TR 60, 1992, 18 s., il quale,

caso dell'*aedificatio* su fondo altrui, si assiste certamente a un arricchimento del *dominus* del fondo,<sup>64</sup> nel senso che questi diviene proprietario di quanto edificato, solo che l'acquisto si produce *iure proprio*, a titolo originario, per accessione: non è in altri termini giuridicamente riferibile al *fatto* del costruttore.<sup>65</sup> Appare dunque evidente che a impedire la configurazione di una vicenda negoziale non è l'assenza di un «incontro di volontà degli interessati», come pur si è ipotizzato.<sup>66</sup> Se non c'è un *negotium* lo si deve piuttosto alla circostanza che non c'è un atto in grado di determinare un effetto traslativo (*nihil accipientis faceret*),<sup>67</sup> o per meglio dire al quale ricollegare *direttamente* l'effetto

se per un verso riconosce che ad impedire il ricorso alla *condictio*, nell'ipotesi dell'*aedificatio in area aliena*, fosse la mancanza di un acquisto derivativo (*datio*), avvenendo l'acquisto in favore del proprietario dell'area in via di accessione, per altro esclude la necessità di un passaggio di proprietà per il caso di pagamento di indebito, essendo sufficiente, a detta dello studioso «ein auf Eigentumsverschaffung lediglich hinzielendes Handeln»: differenza di regime che l'autore vorrebbe ricollegare ai diversi presupposti di esercizio (e alle diversa finalità) della *condictio certae (creditaе) pecuniae* rispetto alla *condictio certae rei*. Di qui peraltro il ricorso da parte di Giuliano all'espressione '*aliquid negotii gerit*', a segnalare la distanza tra le due vicende: «Bei der Geldzahlung bedurfte es keines vollen *negotium contractum*. Es genügte *aliquid negotii gestum*, auf Eigentumsverschaffung lediglich hinzielendes Handeln». Per un'efficace critica al punto di vista dell'autore vd. M. LABORENZ, *Solutio* cit., 141 ss.

<sup>64</sup> Lo mette bene in evidenza G. DONATUTI, *Le causae delle conductiones (Studi 2)* cit., 821.

<sup>65</sup> Così già J. CUJACIUS, *Ad liber XXXIX Digestorum Salvii Juliani, Recitationes solemnes. Ad L. LX. De leg. I. et L. XXXIII. De cond. indeb. (Opera III)* cit., 1142 («Dominium enim aedificii suo iure habet is, qui et soli dominus est»); negli stessi termini del resto anche E. BETTI, *Sul valore* cit., 56 s.: «atto unilaterale (autonomo) di *percezione* (esercizio) d'un diritto *proprio*, l'*occupatio* (possessio) da parte del dominus dell'aedificium ab alio in area sua exstructum: perché questo non è che un'*accessio* di cosa già sua [...] non è insomma un trasferimento, dal punto di vista giuridico»); H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung* cit., 16; più recentemente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 290; M. LABORENZ, *Solutio* cit., 120, pur in un ordine di idee che tende a tenere distinta la questione del *negotium contrahere* da quella dell'*accipientis facere*, quasi si trattasse di due differenti presupposti («Julian liefert zwei Begründungen für die Versagung der *condictio*: Das fehlende *negotium contractum* auf der einen, das fehlende *accipientis facere* auf der anderen Seite»), quando piuttosto l'*accipientis facere* descrive più propriamente il concreto atteggiarsi dell'attività negoziale perché questa possa condurre all'esercizio dell'azione di ripetizione.

<sup>66</sup> F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 197 («Quello che difetta è l'elemento soggettivo [...] per l'inesistenza del *negotium* era quindi decisivo [...] il difetto [...] del consenso»); in senso contrario, giustamente, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 283 s. Una posizione per certi versi analoga a quella di Gallo può rinvenirsi già in V. ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta* cit., 382 («Ad ammettere un 'contractus', e in genere un 'obligatio', quando nessuno sforzo di pensiero può riuscire a ravvisare la dichiarazione di volontà che crea fra le parti il legame, Giuliano stesso si rifiuta nettamente»).

<sup>67</sup> Così H.H. PELÜGER, *Ueber die condictio incerti*, in ZSS 18, 1897, 87; U. VON LÜBTOW, *Beiträge* cit., 146 («Dieses negotium ist die datio, die rechtsgeschäftliche Übereignung»); S. WUNNER, *Contractus* cit., 89 ss.; R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in AUPA 32, 1971, 9 nt. 6; F. STURM, Rec. a S. HEINE, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, in ZSS 126, 2009, 547. In senso contrario F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti*, in ZSS 17, 1896, 113 ss., il quale, com'è noto e come si avrà anche modo di precisare (*infra* nt. 73), respinge l'idea di una identificazione del *negotium* con la *datio*; negli stessi termini J. VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, 219 ss., 223; tra gli autori recenti S. HEINE, *Condictio* cit., 26 ss. Quanto alla questione se possa attribuirsi ai Proculiani il requisito del passaggio di proprietà quale presupposto dell'esercizio della *condictio* – secondo quanto dubitativamente ipotizzato in E. BETTI, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, Roma 1915, 84 s. nt. 1 –, un invito alla cautela si trova in P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2* cit., 373 s. nt. 1 («forse su questo punto non esiste tanto

acquisitivo.<sup>68</sup> Ciò ci consente di comprendere perché a non differenti conclusioni giungesse Giuliano, pure nell'ipotesi in cui il proprietario del fondo fosse stato immesso nel possesso del manufatto direttamente dal costruttore, mediante *traditio* dell'edificio ('*Sed et si, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset*') e dunque per il tramite di un atto (la consegna, per l'appunto) che difficilmente avrebbe potuto ritenersi non espressivo di un sottostante accordo tra le parti.

Quanto appena detto non deve però indurre a cadere nell'equivoco di segno opposto, ritenendo cioè che l'aspetto soggettivo fosse irrilevante per il giurista: secondo quanto è stato sostenuto da chi ha attribuito a Giuliano l'elaborazione di un modello empirico o fattuale del *negotium*, da intendersi (appunto) come «relazione obiettiva di due individualità patrimoniali distinte».<sup>69</sup> Al contrario. Pur nel silenzio del brano, non può esservi alcun dubbio che in questa, come in ogni altra ipotesi applicativa, per l'esercizio della *condictio* non ci si potesse limitare all'empirica registrazione di un trasferimento patrimoniale, dovendosi più attentamente indagare sulla funzione che tale trasferimento era in concreto chiamato ad assolvere: si rendeva quantomeno necessario accertare che il comportamento, i cui effetti si intendevano neutralizzare, non fosse sorretto dall'intenzione di arricchire l'altro (*animus donandi*).<sup>70</sup>

una differenza di scuole [...] quanto una differenza di epoche»). Per un'interpretazione (qui) dell'espressione '*nihil accipientis faceret*' in chiave economica più che giuridica, vd. diversamente S. SCHLOBMAN, *Zur Geschichte des römischen Kaufes*, in ZSS 24, 1903, 169 e ivi nt. 1, in termini che si pongono però in evidente contrasto col brano di Giuliano.

<sup>68</sup> M. LABORENZ, *Solutio* cit., 120 s.

<sup>69</sup> Le parole sono, com'è noto, di E. BETTI, *Sul valore* cit., 54 ss., 62; ID., *Istituzioni* 2 cit., 8; nello stesso ordine di idee G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 36 s.; per un ridimensionamento del rilievo dell'accordo nella configurazione della categoria di *negotium contractum* elaborata da Giuliano, qui come in D. 30.60, vd., più recentemente, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 159 s., ove si prospettano, peraltro, non meglio chiarite relazioni col pensiero labeoniano («Quanto nella formazione di questo concetto abbia giocato il peso dell'originaria intuizione labeoniana [...] non mette conto qui stabilire») che sembrano peraltro contraddire quanto prima affermato dallo stesso autore, ove si ventilava piuttosto un allontanamento dalle vedute ricostruttive del giurista augusteo («Giuliano [...] pur respingendo lo schema logico labeoniano»); per certi versi anche A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 283 s., 289: «È possibile che per Giuliano il *negotium contractum/gerere* comprendesse ogni fattispecie che, ponendo in contatto un *factum dantis* con la sfera giuridica dell'accipiente fosse in grado di operare un trasferimento patrimoniale (eventualmente anche un trasferimento della proprietà) permanente, ma non definitivo, dall'una sfera patrimoniale all'altra, come diretta conseguenza dell'attività posta in essere dal *dans*». Si deve in senso contrario notare che, così ragionando, sono destinate a rimanere in ombra le ragioni che consentono per l'appunto di valutare se la *datio* debba ritenersi o meno definitiva. È solo in base a una valutazione della causa, ovvero della funzione che in concreto le parti intendono perseguire, che si può stabilire se sussista in capo all'accipiente il diritto di trattenere quanto ricevuto. Di «*datio* non definitiva» parlava U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in *Studi P. Bonfante* cit., II, 567.

<sup>70</sup> Per una valorizzazione dell'elemento soggettivo vd. A. PERNICE, *Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze*, in ZSS 19, 1898, 165 («ist die private Willenseinigung der wesentlich bestimmende Faktor. Wo diese Grundlage nicht herzustellen ist, da ist auch die Kondiktion unzulässig»); F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 114; G. DONATUTI, *Le causae delle conditiones (Studi 2)* cit., 720 s. e ivi nt. 97 («elemento spirituale valevole per ogni *datio*, fondamento di *condictio*») con la precisazione per cui «non si tratta di volontà finta o presunta, ma soltanto manifestata implicitamente», 762 ss. Che ai fini dell'esercizio della *condictio* occorresse un'attenta valutazione delle finalità che si intendevano perseguire attraverso l'attribuzione patrimoniale è in sostanza ammesso («Auch ich bin davon überzeugt, dass ein spirituelles Element in jeder *datio* enthalten ist, nämlich die gemeinsame Zwecksetzung der Parteien»)



Il testo si preoccupa di dirci piuttosto qualcosa di diverso. Ci informa che, perché si configurasse quel tipo di *negotium (contractum)* richiesto ai fini dell'esercizio dell'azione di ripetizione, era (altresì) necessario, come si è sottolineato, che si trattasse di atto in grado di determinare direttamente, per sé stesso (*hoc ipso*, dirà Giuliano per il caso di indebito), un trasferimento della proprietà e dunque, in ultima analisi, un acquisto a titolo derivativo. Di qui l'impossibilità di ricorrere alla *condictio* nell'ultima ipotesi presa in considerazione, pur in una vicenda che deve ritenersi evidentemente non guidata da intenti liberali (*si quis cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset*), in cui non vi è altro modo per ottenere il rimborso delle spese se non quello di farle valere in via di ritenzione:<sup>71</sup> 'nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse'.<sup>72</sup>

In sostanza nel brano di Giuliano parrebbe prendere forma, in maniera definitiva, il nuovo modello di *condictio*, intesa come azione diretta a una *datio* e concessa sul presupposto di una precedente *datio* (e dunque di un acquisto qualificato).<sup>73</sup>

anche da F. SCHWARZ, Rec. a G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, in IVRA 3, 1952, 300 s., ove si finisce in definitiva coll'identificare il *negotium* con il «dare zu Eigentum unter Vereinbarung eines Zweckes, das eine *obligatio* deswegen nach sich zieht, weil der Zweck verfehlt wird».

<sup>71</sup> Propone di sostituire *retentionem* con *doli mali exceptionem* G. BESELER, *Textkritische Studien*, in ZSS 53, 1933, 37; in senso contrario E. NARDI, *Studi cit.*, 430, il quale adduce in proposito (l'insospettabile) Iul. 3 *ex Minic.* D. 47.2.60(59) 'per retentionem eas servare', suggerendo semmai di inserire 'eum' tra 'fulsisset' e 'nullo alio modo', quale «soggetto di servare posse», da ricollegarsi al *si quis* della frase immediatamente precedente.

<sup>72</sup> Così di recente P. PASQUINO, *Rimedi pretori in alcuni casi di accessione*, in TSDP 4, 2011, la quale richiama nello stesso ordine di idee, tra gli altri, Paul. 3 *resp.* D. 44.4.14: *Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione*. Non sembra si possa dunque condividere il punto di vista di quanti ammettevano qui il ricorso alla *condictio incerti*, invocando a tal fine Iul. 39 *dig.* D. 30.60, senza però valutare l'evidente differenza che si pone tra le due vicende: per una perimetrazione della soluzione negativa di Giuliano alla sola *condictio certi* vd. comunque e già J. CUJACIUS, *Ad liber XXXIX Digestorum Salvii Juliani, Recitationes solemnes. Ad L. XXXIII. De cond. indeb. (Opera III) cit.*, 1140 s. («respondeam, non de conditione incerti [...] Julianus loquitur [...] de conditione certi [...] de eadem conditione certi, non de conditione incerti etiam accipienda est regula [...] ratio illa excludit tantum conditionem certi, non conditionem incerti. Illi locus non est, nisi res facta accipientis fuerit: huic locus est, etiamsi res facta accipientis non fuerit»). Una critica al punto di vista del giurista culto può trovarsi in G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2) cit.*, 821 nt. 565, per quanto essa si basi su una diagnosi interpolazionistica della soluzione di Iul. 39 *dig.* D. 30.60 (822 nt. 567).

<sup>73</sup> Così ad es. G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones cit.*, 708 ss., 713 s. («Quello che per Proculo è ancora un principio da far prevalere [...] per Giuliano è ormai fuori discussione»), 821 s., il quale tiene a precisare come si sarebbe trattato di un mero relitto storico all'interno della compilazione, non in armonia con i nuovi principi della *condictio* che si erano affermati in epoca giustiniana e che ne avevano esteso l'impiego per qualunque ipotesi di indebito arricchimento, ancorché questo non scaturisse da un acquisto a titolo derivativo. Con conclusioni opposte vd. F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti cit.*, 113 ss., per il quale Giuliano avrebbe al contrario superato il più antico modello della *condictio*, come *repetitio dati*, legandola piuttosto all'innovativa e più ampia prospettiva del *negotium*, adducendo in proposito proprio Iul. 39 *dig.* D. 30.60 («das Negotium als selbständige Klagegrundlage im Gegensatz zur Datio, der Tradition der domus, hervortritt: es wird hier nicht das datum oder dessen Werth selbst zurückgefordert, sondern es wird eine neue Leistung, die Impensen, vom Empfänger condicirt»); tra gli autori recenti S. HEINE, *Condictio cit.*, 28 ss. Modello (quello della *repetitio dati*) che pure in circostanze particolarissime Giuliano sembrerebbe non seguire sino in fondo, ammettendo l'impiego dell'azione di ripetizione anche in ipotesi per le quali dalla consegna non fosse scaturito il richiesto acquisto a titolo derivativo, per carenza di legittimazione attiva al trasferimento, a condizione che questo fosse comunque sopraggiunto ad altro

Come si è già anticipato, se nelle parole del giurista non vi è alcun riferimento all'aspetto soggettivo, lo si deve alla specificità della fattispecie qui discussa, in cui l'acquisto opera in via di accessione, in assenza dunque di un atto traslativo di proprietà. Ciò rendeva del tutto superfluo un approfondimento circa le finalità dell'atto, visto che non era comunque in base a tale atto che il proprietario del fondo avrebbe acquistato la proprietà di quanto edificato.<sup>74</sup> Né era questo l'aspetto al quale il giurista intendeva rivolgere la propria attenzione.

Ciò non significa, è bene ripeterlo, che la teoria del *negotium* (*contrahere/gerere*) potesse in genere prescindere da un'analisi delle finalità a cui l'operazione economica era indirizzata. Si trattava anzi di un'indagine indispensabile per arrivare a un'esatta valutazione della definitività dell'attribuzione patrimoniale: era sull'esame delle sue finalità che in sostanza (ed inevitabilmente) si basava, anche per Giuliano, la costituzione di un eventuale obbligo restitutorio.<sup>75</sup> Il dato è talmente incontrovertibile che non poteva essere negato neppure da

titolo. In questo senso G. DONATUTI, *Le causae delle conditiones* cit., 737 ss., con la precisazione per cui si sarebbe comunque trattato di interpretazione estensiva limitata ai casi in cui l'*accipiens* avesse ricevuto la cosa con l'intesa di restituirla una volta venuta meno «la ragione per la quale è avvenuta la *datio*»; sul punto vd. S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, 318 ss. Si pensi a Iul. 17 *dig.* D. 39.6.13 pr., ove viene affrontato il caso di una *donatio* (*mortis causa*) di cosa altrui, cui abbia fatto seguito un acquisto a titolo di usucapione; o ancora a Iul. 10 *dig.* D. 12.1.19.1, ove viene diversamente presa in esame l'ipotesi di credito concesso da pupillo senza la necessaria *auctoritas* del tutore con successiva *consumptio* della *pecunia*, in cui va comunque sottolineato come, a fondamento della propria decisione, Giuliano invochi la circostanza che il percettore del denaro ne ha acquistato la proprietà (o comunque così può ritenersi) per fatto del pupillo ('*Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia conditionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod factio eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse*'). Per il primo brano vd. M. VOIGT, *Ueber die conditiones ob causam und ueber causa und titulus in Allgemeinen*, Leipzig 1862, 331 e ivi nt. 280, ove si ipotizza l'impiego di una *condictio incerti possessionis*; diversamente, per un'applicazione qui della *condictio certae rei*, vd. R. VON JHERING, *Abhandlungen aus dem Römischen Recht*, Leipzig 1844, 22 ss., il quale invoca a tal fine il modo di esprimersi del giurista adrianeo (*eam condicere*); adesivamente F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 114 s.; G. DONATUTI, *Le causae delle conditiones* cit., 737 ss.; un accenno più recentemente in S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 319 nt. 79. Per il secondo vd. G. DONATUTI, *Le causae delle conditiones* cit., 737 ss., che espunge il riferimento al pagamento (*aut solvendi causa dederit*); negli stessi termini A. BURDESE, *In tema di consumptio nummorum*, in Riv. dir. comm. 51, 1953, 277 s., con indicazioni al riguardo (277 nt. 28); M. KASER, *Das Geld in römischen Sachenrecht*, in TR 29, 1961, 208 ss., che mostra prudenza sul punto; per gli studi più recenti si rinvia a D. SCHANBACHER, *Zur Bedeutung* cit., 20 s.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 309 ss.

<sup>74</sup> Occorre in più considerare che, fra le varie ipotesi prese in considerazione, l'unica per la quale si sarebbe potuto astrattamente porre la necessità di un'indagine soggettiva volta a escludere la sussistenza di una volontà donativa, è chiaramente la seconda, ovvero quella della *traditio* dell'edificio effettuata dallo stesso edificatore. Solo per questa fattispecie possono e potevano in effetti ritenersi sussistenti i requisiti minimi per una ricostruzione della vicenda in termini tali da consentire un accostamento credibile alla figura moderna del negozio giuridico.

<sup>75</sup> Non ci sembra costituire un reale ostacolo, da questo punto di vista, il fatto che in Pomp. 6 *ad Plaut.* D. 12.1.12 (= Pomp. *l. s. reg.* D. 44.7.24) il giurista adrianeo ammetta l'esercizio della *condictio* anche in favore di chi, come il *furiosus*, non è in grado di esprimere una precisa intenzionalità e, come dice Gaio, non è in condizione di concludere alcun 'negozio' (Gai 3.106 '*nullum negotium gerere potest*': ovviamente neanche di carattere, per così dire, donativo). Basta anche una semplice lettura del brano per comprendere come la concessione della *condictio* sia da mettere qui in relazione al verificarsi della *consumptio* del denaro che determina l'impossibilità di agire mediante rivendica, lasciando così spazio alla *condictio* (extracontrattuale), secondo una logicaolutiva che valeva per il *furiosus* come (e ancor prima)

Betti, il quale, dopo aver con cura liberato la nozione giuliana di *negotium* da ogni caratterizzazione volontaristica, e per questa via costruito il (suo) modello della relazione obiettiva, si trovava in concreto costretto a ripercorrere percorsi dogmatici in cui il profilo intenzionale (l'*animus*, per l'appunto) riacquistava tutta la centralità che gli spettava e che (inevitabilmente) rivestiva nell'ambito delle dinamiche negoziali, prima, e contrattuali, poi:<sup>76</sup> salvo poi tornare nuovamente a negarlo.<sup>77</sup>

per il sano di mente (*nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furioso adquiri*). Nulla a che vedere dunque con la questione del *negotium* agitata in Iul. 39 dig. D. 12.6.33: segnala la differenza tra le due vicende anche A. BURDESE, *In tema di consumptio nummorum* cit., 284 e ivi nt. 47, il quale invoca in tal senso l'appena richiamato Iul. 10 dig. D. 12.1.19.1, in modo che (attraverso la stessa approssimazione concettuale: *intellegitur* [228 nt. 57]) «anche la *numeratio* effettuata dal *furiosus*, per quanto incapace di volere» potesse essere considerata, da Giuliano, quale *factum* legittimante l'impiego della *condictio*; U. BABUSIAUX, *Celsus und Julian zum Edikt si certum petetur - Bemerkungen zu Prozess und Aktionenendenken*, in CH. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento 2012, 393 s., per la quale Giuliano, non diversamente da Celso in Cels. 5 dig. D. 12.1.32, avrebbe qui supplito all'assenza di un *negotium contractum*, ricorrendo all'idea dell'*habere ex iniusta causa apud aliquid*. In senso contrario («coerente con la regola di D. 12.6.33») vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 292 ss.: «il pazzo, benché giuridicamente incapace, è comunque in grado di porre in essere atti che determinino la nascita di una relazione tra i patrimoni, a seguito della quale chi ha ricevuto da lui denaro è tenuto a restituirlo [...] nella fattispecie l'azione si acquisterebbe al *furiosus* indipendentemente dalla sua volontà, perché di essa non ci sarebbe bisogno alla luce del *negotium contrahere/gerere*». Per una identificazione della *in rem verso* di cui si discute in Pomp. 6 *ad Plaut.* D. 12.1.12 con la *consumptio* e in difesa della genuinità della soluzione vd. A. BURDESE, *In tema di consumptio nummorum* cit., 283 ss. e ivi nnt. 44 e 48, ove si prendono le distanze dalla proposta di von Lübtow (*infra* in questa stessa nt.); nello stesso ordine di idee (di Burdese) vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 297 nt. 36, il quale adduce in proposito Bas. 23.1.2 (Hb. II 605 = Schelt. III 1097), ove il tratto '*eamque in rem tuam versa fuerit*' è reso con '*δαπανήσης τὰ νομίσματα*'; U. BABUSIAUX, *Celsus und Julian* cit., 393. Sulla questione della natura della *condictio ex consumptione* vd. A. BURDESE, *In tema di consumptio nummorum* cit., 286, il quale prende posizione per la natura extracontrattuale («La *condictio ex consumptione* [...] risulta [...] essere in ogni caso azione extracontrattuale»); più di recente U. BABUSIAUX, *Celsus und Julian* cit., 393 s.; sul punto vd., con letteratura, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 295 ss., il quale da parte sua ritiene la questione «male impostata» («non sembra mai emergere una strutturazione del ragionamento in chiave di divisione della *condictio* in un settore contrattuale ed uno extracontrattuale; il discorso [...] sembra invece presupporre una *condictio* ancora unitaria, come del resto quella che appare concessa in D. 12.6.33»). Per una diagnosi interpolazionistica, rispetto a un'originaria applicazione (in via adietizia) dell'*a. de in rem verso*, vd. U. VON LÜBTOW, *Beiträge* cit., 41 s.; così anche G. DONATUTI, *Le causae* cit., 802 s., che attribuisce la soluzione al nuovo indirizzo bizantino che avrebbe allargato l'impiego della *condictio* anche alle ipotesi di arricchimento ingiustificato, pur in assenza di *datio* in senso tecnico; bizantina la soluzione anche per G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS 47, 1927, 364.

<sup>76</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico* cit., 59: «Il solvere della obligatio esistente solo nella mente del solvente o invalido, *fonda* esso stesso per la prima volta il vincolo obbligatorio [...] L'intenzione reale di chi pagò credendosi obbligato fu di fare una prestazione *dovuta, onerosa*, non gratuita e senza condizioni: l'*animus solvendi* *implica* come tale l'*animus negotii gerendi*, esclude l'*animus donandi*».

<sup>77</sup> Così, in un ordine di idee in cui il punto di vista di Giuliano sembrerebbe (peraltro) rappresentare un allontanamento dalle originarie posizioni sabiniane, E. BETTI, *Sul valore dogmatico* cit., 62: «La costruzione della *solutio indebiti* quale *negotium contractum* nello scopo di giustificare la *condictio* era [...] tradizionale nella scuola Sabiniana. Ma la costruzione tradizionale fondava il *negotium* sul *volere* esplicito o almeno verosimile del solvente, di riottenere il danaro pagato: *si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum reddatur, repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter eos*. La nuova teoria di Giuliano e dei Neosabiniani, per contro, non costruisce uno speciale volere, non trascende l'atto stesso del

## 3. IUL. 15 DIG. D. 18.5.5 PR. E LA POTESTAS CONVENTIONIS.

Quanti hanno aderito all'ipotesi di una visione oggettiva del *contrahere* in Salvio Giuliano non hanno peraltro dato il giusto risalto a non meno significative testimonianze del pensiero giuliano, che, al contrario, fanno di Giuliano un attento indagatore dell'intento perseguito dagli autori del negozio, o se vogliamo del profilo soggettivo della causa. Il contributo del giurista adrianeo al rafforzamento del rilievo del consenso nei processi formativi del contratto era stato ben evidenziato dalla dottrina più antica, che a questo proposito aveva innanzi tutto richiamato Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr. Brano per il quale Giuliano si sarebbe addirittura meritato l'elogio di Pernice per aver egli riscatto la volontà dai più stringenti vincoli formali cui era stata sino ad allora assoggettata.<sup>78</sup>

D. 18.5.5 pr. (Iul. 15 *dig.*) *Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio*<sup>79</sup> *in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*

Il passo è ben noto,<sup>80</sup> soprattutto a quanti si sono occupati del tema della conversione del negozio giuridico. Vi si ammette la validità come *pactum de non petendo* reciproco ('*ut neuter ab altero quicquam peteret*') di una *acceptilatio* prestata nell'ambito di un rapporto di

solvere [...] il solvere indebitum è come tale un negotium gerere: basta la mancanza obiettiva di una obligatio precedente da sciogliere [...] Il negotium per Giuliano [...] consiste nell'attribuzione patrimoniale (accipientis facere) come *onerosa, dovuta* (nel presupposto errato di un debito), *non gratuita*: in ciò sta il momento della *bilateralità* del negotium, quale *relazione obiettiva* di due individualità patrimoniali distinte».

<sup>78</sup> Così appunto («Die grundsätzliche Wendung, welche die Unfreiheit des Willens der Form gegenüber aufhub, ist wol auf Julian zurückzuführen») A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 406. Il contributo di Giuliano nel rafforzamento del rilievo della volontà nelle dinamiche negoziali si trova ben evidenziato, sulle orme di Pernice, anche nelle parole di C. FERRINI, *Sesto Pedio*, in RISG 1, 1886 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere. Volume secondo. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, 46: «colpo decisivo al vecchio formalismo per cui la volontà venne a considerarsi in ogni negozio giuridico come l'elemento precipuo»; in tema di donazione G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano 1960, 40 s., 47; per un'opportuna valorizzazione del brano vd., più recentemente, M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 50 («prezioso indice del travaglio attraverso cui si andava precisando il ruolo del consenso nei negozi giuridici»); un deciso invito a rivedere «la frequente contrapposizione tra Gaio e Giuliano in merito al rilievo attribuito all'elemento volontaristico per l'individuazione del contratto» si trova anche in F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 191 ss.; sul contributo di Giuliano nello sviluppo di una Willentheorie, nella sua qualità di caposcuola sabiniano, vd. M. AVENARIUS, *Benignior interpretatio: Origin and Transformation of a Rule of Construction in the Law of Succession*, in RLT 6, 2010, 14 ss.

<sup>79</sup> Così TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti. Volumen I*, Berolini 1898, 536 nt. 3 «accadat: itaque acceptilatio ins.».

<sup>80</sup> R. RÖMER, *Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen*, in AcP 36, 1853, 79 ss.; A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 406; ID., *Zur Vertragstheorie* cit., 213; C. FERRINI, *Sesto Pedio (Opere 2)* cit., 46; G. SATTA, *La conversione dei negozi giuridici*, Milano 1903, 35; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli 1962, 308 ss.; C. KRAMPE, *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur - D. 46.4.8 pr. (Ulp. 48 ad Sab.)*, in TR 53, 1985, 18 s.; U. BABUSIAUX, *'Id quod actum est'. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, 116 s.; R. MARINI, *Actus contrarius e pacisci nel mutuo dissenso*, Roma 2016, 153 ss.

compravendita, sul rilievo per cui *'acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet'*.

Non occorre davvero ricordare che il brano non fu risparmiato dalla critica interpolazionistica,<sup>81</sup> la quale, insospettata proprio dall'attenzione riposta dal giurista nella ricostruzione della volontà delle parti (*voluntas utriusque ostenditur id agentis [...] ac si convenisset inter eos [...] sed potestate conventionis valet*), oltre che dal richiamo a uno dei concetti privilegiati dei bizantini come la *natura negotii* o *contractus*,<sup>82</sup> provò a sbarazzarsene, uncinando la frase *'voluntas-discedatur et'*,<sup>83</sup> allargando i sospetti alla chiusa *'sed ut-valet'*,<sup>84</sup> con una

<sup>81</sup> Per l'origine bizantina della soluzione, tesa a un recupero dell'*acceptilatio* nulla, vd. S. PEROZZI, *Istituzioni*<sup>2</sup> cit., 403 nt. 1; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4, Tübingen 1920, 132; ID., *Einzelne Stellen* (1927) cit., 358, il quale ribaltava la soluzione indicata nel testo ('Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat <nihil agitur>'); non classica la soluzione anche per S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1<sup>2</sup> cit., 268 ss.; ID., v. *Acceptilatio*, in *Noviss. dig. it.* 1, Torino 1957, 123. Contro le osservazioni di Solazzi vd. PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labéon*, in *Studi S. Riccobono* 4 cit., 293; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 55 s.; così anche V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 312 ss. Su Lab. 5 *pith. a Paul. epit. D.* 46.4.23 vd. *infra* in questo stesso §.

<sup>82</sup> S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 155 («certamente spurie»), su cui vd. nt. seg.; per la genuinità invece (ed è certo significativo) G. ROTONDI, *Natura contractus*, in *BIDR* 24, 1912, 109 s. nt. 2 («'natura' qui [...] rappresenta non tanto il contenuto e l'efficacia positiva che la legge riconosce all'*acceptilatio* [...] quanto piuttosto la struttura intima [...] di questa solennità»); adesivamente M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 50 s. nt. 127.

<sup>83</sup> Così H. SIBER, *Contrarius consensus*, in *ZSS* 42, 1921, 73 nt. 5; H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in *ZSS* 44, 1924, 62 s., che propone pertanto di correggere *habeatur* con l'indicativo presente *habetur*, non dipendendo più il verbo dalla congiunzione *ut*; E. BETTI, *Diritto romano* 1. *Parte generale*, Padova 1935, 340 nt. 2; ID., *Declarare voluntatem*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1953, 459, ove si suggerisce di leggere: «[voluntas utriusque ostenditur id agentis] <id agi videtur>, ut a negotio discedatur et perinde habe[a]tur»; ID., *Appunti* (1958) cit., 55 s.; pensa a un'interpolazione o anche più semplicemente a una glossa pure V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 310 nt. 265, in un ordine di idee che tende però a ridimensionare le conseguenze sul piano dell'attendibilità complessiva della testimonianza; per la genuinità invece S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 133; PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 294. Lascia aperta la questione C. KRAMPE, *An inutilis acceptilatio* cit., 19.

<sup>84</sup> E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS* 42, 1921, 561 nt. 1; H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung* cit., 62; G. LONGO, *Diritto romano. Le obbligazioni*, Catania 1934, 238, ove sembra però mettersi in dubbio più ampiamente l'attendibilità dell'intera testimonianza («è assai problematico il dire quanto vi sia di classico e quanto di giustiniano»); per la fattura bizantina anche PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 292 s.; l'intero tratto è soppresso anche da E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 340 nt. 2; ID., *Declarare voluntatem* cit., 459; ID., *Appunti* (1958) cit., 447 («diretto [...] a mettere in luce il dogma giustiniano dell'accordo tacito come fondamento della conversione»); ID., *Istituzioni* 2 cit., 203 nt. 48, 475, su cui vd. però nt. seg.; ritiene «oltremodo probabile» che il periodo finale costituisca un'aggiunta esplicativa post-classica», non incisiva comunque sulla genuinità complessiva del brano, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anni 1951-1953*,<sup>2</sup> Napoli 1954, 221; negli stessi termini V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 310 nt. 266; si limitava ad avanzare rilievi formali sulla frase *sed ut evidentius appareat*, nonché sulle parole *'sua natura'*, S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 155, in un'ottica che metteva però al riparo da critiche la decisione giuliana e che anzi segnalava una stretta affinità tra l'impostazione del giurista adrianeo e quella pediana («Giuliano [...] si riferiva precisamente alla dottrina di Pedio [...] l'*acceptilatio*, diceva Giuliano seguendo Pedio, consta di due elementi, uno formale [...] l'altro sostanziale, la *conventio*»).

diagnosi che appare oggi in larga misura eccessiva<sup>85</sup> e che in ogni caso non intaccherebbe la genuinità sostanziale della soluzione, in particolare per ciò che riguarda il rilievo che l'elemento soggettivo del consenso sarebbe destinato comunque ad assumere nell'impianto argomentativo giuliano (*ac si convenisset*).<sup>86</sup> Senza considerare la significativa continuità di indirizzo che troviamo in Ulp. 48 *ad Sab. D.* 46.4.8 pr.<sup>87</sup>

A essere incerta è la questione in concreto affrontata dal giurista. Sul punto non vi è per

<sup>85</sup> Per la classicità del brano e della chiusa '*sed-valet*' vd. già A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 406; C. FERINI, *Sesto Pedio (Opere 2)* cit., 46; G. ROTONDI, *Natura contractus*, in *BIDR* 24, 1912, 109 nt. 2; E. BETTI, *Sul valore* cit., 46, che si limitava ad espungere le parole *sed ut evidentius appareat* sostituendole con *itaque*, con delle conclusioni che sarebbero state però abbandonate, come si è appena visto (nt. prec.), negli studi successivi; H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 221; S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 155 («nella sostanza tutto il testo è genuino»); ID., *La voluntas (Lecture londinesi)* cit., 56, («vigorosa e lucida motivazione»); A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in *ZSS* 90, 1973, 255 e ivi nt. 161; non avanza critiche M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio (Le teorie)* cit., 277; dello stesso autore vd., sempre in difesa della genuinità sia sostanziale sia formale, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 post. a lav. epit. D. 19.1.50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, II, Torino 1997, 411 ss., che discorre anzi di «ingiustificati attacchi ad opera della critica interpolazionistica»; per la genuinità sostanziale P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto (diritto romano)*, in *Enc. dir.* 40, Milano 1989, 1286 nt. 45; si limita a semplici appunti di tipo formale, che colpiscono il solo l'inciso '*sed ut evidentius appareat*', F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 192 s.: vd. il precedente punto di vista espresso in ID., *Sulla asserita sopravvivenza del pactum de non petendo nel diritto civile italiano*, in *FI* 83, 1960, 136 s. e ivi nt. 24. Non muovono rilievi alla fonte da ultimi R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 153 ss.; S. VALLAR, *La nature de la iusta conventio*, *Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2*, in U. BABUSIAUX, P. NOBEL, J. PLATSCHEK (a cura di), *Der Bürge einst und jetzt. Festschrift für A. Bürge*, Zürich-Basel-Genf 2017, 421 s.

<sup>86</sup> In questo senso V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 310 nt. 266, il quale, per l'appunto, rivendica il rilievo dell'«elemento volontaristico [...] nel procedimento di conversione», confermato dalla notazione '*ac si convenisset*'; lo mette bene in luce anche M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 51 («il significato non verrebbe meno neppure se si volesse espungere la frase finale»). Così inizialmente pure E. BETTI, *Sul valore* cit., 46 s.

<sup>87</sup> Ulp. 48 *ad Sab. D.* 46.4.8 pr. *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. dicit aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensus paciscendi non habuerit?* La letteratura sul brano è vastissima, così come diffusi sono i sospetti sulla genuinità della soluzione indicata nel brano, ritenuta in contrasto col principio dell'irrelevanza della riserva mentale. In attesa di tornare sul brano, ci limitiamo qui a segnalare, in favore della genuinità A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 406; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico in diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in *RISG* 28, 1899 = ID., *Scritti giuridici*, I, Cortona 1930, 239 nt. e ivi nt. 2; A. WACKE, *Zur Lehre* cit., 256 e ivi nt. 164, il quale tuttavia non sembrerebbe escludere del tutto la possibilità di una rielaborazione postclassica; J. PLATSCHEK, *Pecunia constituta und stipulatio. Grenzen des Rechtsschutzes für formlose Geschäfte im römischen Recht*, in U. YIFTACH-FIRANKO (a cura di), *The Letter, Law, State, Society and the Epistolary Format in the Ancient World. Proceedings of a Colloquium held at the American Academy in Rome 28–30.9.2008*, Wiesbaden 2013, 246. Rilievi invece in G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1, Tübingen 1910, 112 s.; F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, 22 ss.; S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 154, che però prende posizione in difesa della genuinità sostanziale della questione affrontata nel brano; E. BETTI, *Consapevole divergenza della determinazione causale nel negozio giuridico (simulazione e riproduzione dicis causa o fiduciae causa)*, in *BIDR* 42, 1934, 320 nt. 1; ID., *Diritto romano* 1 cit., 316 s., 340 nt. 2; ID., *Istituzioni* 2 cit., 474 s.; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1<sup>2</sup> cit., 265 nt. 2, soprattutto 268 nt. 1; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 321 nt. 307; C. KRAMPE, *An inutilis acceptilatio* cit., 12 s.

nulla accordo in dottrina.<sup>88</sup> Secondo un più antico indirizzo, Giuliano si sarebbe occupato di un'ipotesi di *acceptilationes* reciproche nulle, perché non riguardanti *obligationes verbis contractae*, le quali sarebbero state recuperate come semplice patto risolutivo.<sup>89</sup> Secondo altri si sarebbe piuttosto trattato di un caso di *acceptilatio* prestata da una sola delle parti, nell'ambito di vicenda contrattuale in cui le obbligazioni di entrambi i contraenti sarebbero state però riversate in apposite e reciproche stipulazioni.<sup>90</sup> Vera questa ipotesi, l'intervento del giurista non sarebbe stato diretto a far fronte alla nullità dell'*acceptilatio*, la quale sarebbe stata al contrario del tutto valida ed efficace,<sup>91</sup> quanto ad allargarne gli effetti,<sup>92</sup> considerandola alla stregua di un patto risolutivo (*ut a negotio discedatur*),<sup>93</sup> in termini che dunque impediscono di pensare a un'ipotesi di conversione in senso proprio. Altri ancora

<sup>88</sup> L'unico punto sul quale sussiste condivisione di vedute è che la vicenda riguardasse un'ipotesi di remissione avvenuta *re adhuc integra*: in questo senso, tra i tanti, H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung* cit., 53; PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 295 e ivi nt. 51; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 221; P. CERAMI, v. *Risoluzione (dir. rom.)* cit., 1286 nt. 45; M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio* cit., 414; da ultima R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 154 e ivi nt. 413. In senso contrario S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1<sup>2</sup> cit., 269 («L'*acceptilatio* del compratore al venditore attesta che egli ha ricevuto la tradizione della cosa; e come potrebbe tale dichiarazione liberare il compratore dall'obbligo di pagare il prezzo?»).

<sup>89</sup> J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad libros XC. digestorum Salvi Juliani. Commentarius in librum XV. Digestorum Salvii Juliani*, in *Opera* III cit., (*Ad L. V. De rescind. vend.*) 859 («*venditor emptori pretium, et emptor venditori rem tuleri acceptam: haec enim acceptilatio pro nuda conventionem habetur [...] non ut acceptilatio: quia acceptilatio, cum verbis fiat, eam tantum obligationem tollere potest, quae verbis contracta est*»); in questo ordine di idee H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73 s.

<sup>90</sup> Così S. RICCOBONO, *La voluntas (Lecture londinesi)* cit., 56; PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 298 s.; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, 75; più recentemente anche P. CERAMI, v. *Risoluzione (dir. rom.)* cit., 1285: «una delle parti [...] faccia all'altra accettazione del debito (solenne ed intera remissione)».

<sup>91</sup> H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., 75 («die *acceptilatio* [...] wirksam war»); P. CERAMI, v. *Risoluzione (dir. rom.)* cit., 1286.

<sup>92</sup> In questo senso parrebbe E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 475, che sembra così superare il diverso punto di vista espresso alcuni anni prima in E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 56, in cui la prospettiva dell'estensione dell'efficacia estintiva dell'*acceptilatio* si trova mescolata con quella, ben differente e certo non compatibile, del recupero di *acceptilatio* inefficace mediante «conversione del negozio [...] reinterpretando l'atto come un "pactum de non petendo"»: prospettiva, quest'ultima, che sembra assumere peraltro un ruolo preminente nell'impostazione complessiva del pensiero dello studioso.

<sup>93</sup> Sulla risoluzione convenzionale dei contratti consensuali, nonché sulle diverse forme espressive a tal fine impiegate, tra le quali anche quella qui adoperata di '*discedere ab*', vd. P. CERAMI, v. *Risoluzione (dir. rom.)* cit., 1278 s.; M. MILANI, *I poteri del giudice nei bonae fidei iudicia e il patto risolutivo viziato da metus. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad ed. D. 4.2.21.4*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, Padova 2015, 229 ss.; sulla questione del *contrarius consensus* e della sua ricostruzione in termini di *pactum de non petendo* (da parte di Giuliano) da farsi valere in virtù del principio di inerenza dell'*exceptio pacti conventi* ai *iudicia bonae fidei* vd. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, 111 ss., ove si ipotizza l'emergere di una nuova visione ricostruttiva (fatta propria poi da Paolo) che avrebbe piuttosto guardato al *contrarius consensus* come autonomo negozio con effetti *ipso iure* estintivi dell'obbligazione; in senso contrario, contestano l'ipotesi di uno scarto di prospettiva tra i due giuristi A. BURDESE, *Rec. a R. KNÜTEL, Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, in SDHI 34, 1968, 260 s.; A. GUARINO, *Per la storia del contrarius consensus*, in *Labeo* 14, 1968, 279 s.

si sono orientati per un' *acceptilatio* (sempre) unilaterale ma *inutilis*,<sup>94</sup> sul diverso presupposto che l'obbligazione (*consensu contracta*), sulla quale si sarebbe successivamente intervenuti in via remissiva, non fosse stata nel frattempo riversata in apposita *stipulatio*.<sup>95</sup>

I termini molto stringati in cui la vicenda è prospettata non consentono di arrivare a risultati realmente affidanti. Soprattutto non offrono elementi sufficienti per stabilire se alla conclusione del contratto avesse fatto effettivamente seguito la prestazione reciproca di negozi stipulatori: questione, questa, come si comprende, tutt'altro che marginale e anzi dirimente. Bisogna ammettere che tra le proposte passate in rassegna ad apparire più coerente col modo di esprimersi di Giuliano è (certamente) la seconda. Per un verso le due *acceptilationes* sono prospettate come due distinte ipotesi tra loro alternative (*Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat*). Per altro, la notazione finale parrebbe suggerire l'idea di un atto remissivo valido (*acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet*), per quanto al riguardo occorra essere assolutamente cauti.<sup>96</sup>

D'altra parte, non si può però non considerare che l'adesione a un'interpretazione di questo genere finirebbe per attribuire al giurista una ricostruzione della volontà negoziale decisamente forzata. In effetti, appare quantomeno arbitrario ricavare, dalla volontà di una singola parte di liberare l'altra, una più generale volontà di entrambi i contraenti di sciogliere il vincolo contrattuale,<sup>97</sup> come se le due cose fossero necessariamente collegate.<sup>98</sup> L'obiezione, già argutamente sollevata da Siber<sup>99</sup> e ripresa (in un'ottica però interpolazionistica) da Solazzi,<sup>100</sup> è stata per lo più glissata se non addirittura ignorata in dot-

<sup>94</sup> G. ROTONDI, *Natura contractus* cit., 109 nt. 2; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 220 s.; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 308 s. e ivi nt. 262; R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 154 s. e ivi nt. 415.

<sup>95</sup> Così V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 220 s.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 56, con la precisazione di cui si è appena detto (*supra* nt. 92); V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 309 nt. 263, come si ricava dalle osservazioni dell'autore («L'*acceptilatio* [...] non è un modo di estinzione delle obbligazioni contratte *consensu*»); A. WACKE, *Zur Lehre* cit., 255 e ivi nt. 156, con critica all'ipotesi novatoria formulata (anche) da Meylan («findet im Text keinerlei Anhalt»); C. KRAMPE, *An inutilis acceptilatio* cit., 18 s.; così sembrerebbe pure F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 192, ma nell'ambito di un'analisi che lascia del tutto inesplorati gli aspetti problematici relativi alla ricostruzione della fattispecie sottoposta all'attenzione del giurista; con una presa di posizione molto netta M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio* cit., 413 e ivi nt. 206, 424 («in nessun modo può essere ragionevolmente riportato ad una fattispecie diversa da quella della compravendita come *obligatio consensu contracta*»).

<sup>96</sup> Non c'è dubbio, infatti, che si potrebbe anche approdare a conclusioni di segno opposto. Come a dire: l'*acceptilatio* non vale di per sé, in quanto tale (*sua natura*), ma come semplice accordo, e dunque in quanto *acceptilatio* sarebbe non valida, inefficace: così in sostanza G. ROTONDI, *Natura contractus* cit., 109 s. nt. 2; sempre per l'invalidità della *stipulatio* C. KRAMPE, *An inutilis acceptilatio* cit., 19; R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 157 s. Rimarrebbe il fatto che si tratterebbe comunque di circonlocuzione alquanto insolita per riferirsi a un atto invalido o inefficace (*non sua natura [...] valet*).

<sup>97</sup> In senso contrario, ma con un giudizio che non può in alcun modo condividersi, PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 294 («Au point de vue logique, l'argumentation est impeccable»).

<sup>98</sup> È quanto sostiene ad es. G. ROTONDI, *Natura contractus* cit., 109 s. nt. 2 («Giuliano osserva che coll'acc. le parti hanno manifestato l'intenzione di discedere a *contractu*»).

<sup>99</sup> H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73, che proprio per tale ragione proponeva di correggere *vel con et*: «Da die *acceptilatio* des Käufers oder des Verkäufers nicht den Willen ergibt, die beiderseitigen Forderungen zu erlassen, ist statt *vel* offenbar *et* zu schreiben».

<sup>100</sup> S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1<sup>2</sup> cit., 268 s. («come potrebbe tale dichiarazione liberare il compratore dall'obbligo di pagare il prezzo? Nell'*acceptilatio*, secondo la sua struttura genuina, si cercherebbe invano una convenzione bilaterale "ut neuter ab altero quicquam peteret"»), 270 nt. 1 («Ma nell'ac-



trina.<sup>101</sup> Eppure la questione che pone è seria e non pare possa essere facilmente superata. Neppure ammettendo, con parte della dottrina, che a guidare Giuliano nel proprio percorso decisionale possa essere stata la preoccupazione di evitare gli effetti distorsivi sul sinallagma contrattuale che sarebbero potuti derivare dall'autonomia delle obbligazioni stipulatorie.<sup>102</sup> Pure in questo caso mancherebbero i presupposti per giustificare quegli automatismi interpretativi della volontà che si verrebbero qui a prospettare, anche a voler aderire alla scarnificata ricostruzione del brano cui si arriverebbe se si dovessero espungere le frasi su cui si sono appuntati gli strali della critica (leggendo dunque: *Cum emptor venditori vel venditor emptori acceptum faciat, perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam petere*).<sup>103</sup>

Rimarrebbe comunque il riferimento all'accordo *de non petendo*, che, per quanto formulato in termini che potrebbero anche far pensare a un mero procedimento interpretativo di tipo analogico-assimilativo, in assenza dunque di effettiva *conventio* (*perinde habeatur, ac si convenisset*),<sup>104</sup> rappresenterebbe in ogni caso un argomento evidentemente

cettizzazione del prezzo che il venditore faceva al compratore, quale sarà stata la *conventio*? Giuliano non poteva, se mai, ammettere altra convenzione che quella relativa al prezzo [...] E invece l'attuale fr. 5 ricava dall'accettizzazione del venditore al compratore un *contrarius consensus*, una convenzione di recesso dalla compravendita. Ecco un salto acrobatico, che i classici non avrebbero spiccato nemmeno dal trampolino "che ogni negozio solenne ha *in se* una *conventio*"») con critica rivolta a S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 155.

<sup>101</sup> Si limita a ritenerla non convincente V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 312; critico, ma anche in questo caso senza addurre specifici argomenti, se non l'accusa rivolta a Solazzi di trasferire «gratuitamente la propria rigidità mentale al giurista romano», M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio* cit., 414 nt. 208.

<sup>102</sup> Per una valorizzazione della logica sinallagmatica tra le due obbligazioni vd. F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht. II. Periculum est emptoris*, in ZSS 41, 1920, 57 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 221 («sembra [...] testimoniare per un riconoscimento ben notevole dell'interdipendenza delle reciproche prestazioni»); E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 56; ID., *Istituzioni* 2 cit., 203 e ivi nt. 48 («si vede come l'esigenza di riconoscere il sinallagma funzionale porti ad una interpretazione estensiva della remissione»), 475; così («il recesso dal contratto era tecnicamente giustificato dalla interdipendenza fra le reciproche *obligationes*») anche V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 308 nt. 262, 310 s.; A. WÄCKE, *Zur Lehre* cit., 255; P. CERAMI, v. *Risoluzione (dir. rom.)* cit., 1286; da ultima R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 158 s.

<sup>103</sup> F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts. Erster Teil*, Weimar 1936, 93.

<sup>104</sup> Invita a riflettere sul modo di esprimersi di Giuliano già H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73 s., il quale ritiene di togliere così argomenti alla tesi che vorrebbe identificare il *contrarius consensus* col patto reciproco *de non petendo*, essendo quello proposto da Giuliano un semplice accostamento: «Julian sagt nicht etwa, daß die beiderseitigen acceptationes als beiderseitige pacta de non petendo auszulegen wären, sondern daß sie ebenso wie (perinde ac) [...] also daß beiderseitige Akzeptationen ebenso wie beiderseitige pacta de n. p. als contrarius consensus auszulegen oder in einen solchen zu „konvertieren“ sind. Die Stelle ist darum auch nach Digestenrecht kein Beleg dafür, daß der contrarius consensus in zwei pacta de non petendo aufzulösen wäre»; così in definitiva («il n'entend pas qu'il appartienne aux parties [...] Il veut, tout au contraire, signifier que la disposition même des choses ne permet pas de leur prêter une autre intention. La présomption de volonté qu'il établit, dans l'hypothèse, est absolue») PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 300, con un punto di vista che, a nostro modo di vedere, fa in realtà proprio emergere l'anomalia di un ragionamento (giuliano?) che finisce per escludere *a priori* (e senza che se ne comprendano le ragioni) diversi scenari interpretativi del fatto remissivo. Si orienta per un'interpretazione assimilativa («la situazione non deve ricevere un trattamento giuridico diverso da quello che riceverebbe se

estraneo alla logica sinallagmatica che si vorrebbe alla base della soluzione giuliana: la quale logica presentava uno statuto dogmatico che prescindeva e soprattutto non aveva bisogno di un'analisi del profilo psicologico delle parti in causa, essendo integralmente impostata sul vincolo oggettivamente operante tra le opposte attribuzioni patrimoniali. Non c'era quindi motivo perché Giuliano dovesse ricorrere all'idea di un accordo remissivo anche solo presunto (*ac si*), al fine di giustificare lo scioglimento del vincolo.<sup>105</sup>

È pur vero che, guardando al risultato concreto,<sup>106</sup> la soluzione non si discosterebbe da quella suggerita da Paolo in Lab. 5 *pith. a Paul. epit.* D. 46.4.23,<sup>107</sup> rispetto a un'ipotesi di *acceptilatio* prestata da una sola delle parti.<sup>108</sup> Solo che in quel contesto non c'è alcuna specifica attenzione da parte del giurista severiano per il tema della volontà, anche solo ipotetica (*ac si convenisset*), delle parti.<sup>109</sup> Né vi sono motivi per credere a un intervento soppressivo.<sup>110</sup> Per il resto, invece, vi è la stessa incertezza sul fatto che ci si trovi in presenza di un recupero di una *acceptilatio inutilis*.<sup>111</sup> Si legga appunto il brano:

entrambe le parti avessero convenuto di non richiedersi più l'adempimento») E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 448, in termini che sembrano proprio voler ridimensionare le incongruenze argomentative che vengono a determinarsi con l'inquadramento della soluzione giuliana all'interno di logiche di tipo sinallagmatico.

<sup>105</sup> Diversamente, ma senza reali argomenti, PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 300 («la même bilatéralité fondait la présomption de volonté admise par Julien»).

<sup>106</sup> Per una distinzione dal punto di vista formale, vd. (per le ragioni che saranno chiarite *infra* in nt. 111) V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 221: «l'*acceptilatio* è rappresentata come efficace a liberare *ipso iure* dall'obbligazione (senza convertirsi in *pactum de non petendo*): non così in Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr., per il quale si sarebbe piuttosto trattato (come si è detto: *supra* nt. 94) di *acceptilatio inutilis*; sulla stessa linea V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 312 ss., 316 («le *acceptilationes* non possono essere considerate di per sé invalide e neanche [...] inoperative»).

<sup>107</sup> Sul brano vd., con riferimenti alla letteratura, H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., 73 s.; per una stretta connessione tra le soluzioni adottate dai due giuristi vd. PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 298 ss.; G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano 1962, 696 nt. 14: «Paolo (il quale [...] conferma la soluzione prospettata, per la stessa ipotesi, da Giuliano in D. 18.5.5.pr.)»; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 313 ss.; sempre nel senso di una relazione tra le due testimonianze anche P. CERAMI, v. *Risoluzione (dir. rom.)* cit., 1286 nt. 45; R. MARIANI, *Actus contrarius* cit., 159 ss.

<sup>108</sup> Che la soluzione nel brano di Paolo non possa riferirsi a un caso di *acceptilatio* reciproca, secondo quanto, congetturato da H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73 s. nt. 6, è stato già opportunamente evidenziato in dottrina: in questo senso vd. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1<sup>2</sup> cit., 269 s.; e più recentemente, seppur con diversa motivazione, V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 317 nt. 292.

<sup>109</sup> La notazione non è sfuggita a M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio (Le teorie)* cit., 178 nt. 54 («latita la *quaestio voluntatis*»).

<sup>110</sup> Così invece («potrebbe dar l'impressione di essere stata accorciata») M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio (Le teorie)* cit., 178 nt. 54.

<sup>111</sup> Incertezza che, non diversamente da Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr., è da mettere in relazione coi meccanismi di costituzione del rapporto contrattuale e più precisamente con la possibilità di un impiego di stipulazioni (reciproche) in fase di formazione del rapporto o in funzione novativa. Va da sé che quanti ammettono il ricorrere di una delle due ipotesi escludono qui un recupero in via conversiva di *acceptilatio inutilis*. Quanto alle posizioni in concreto tenute, si orienta nel senso di «una vendita eseguita mediante duplice stipulazione» (senza che venga però scartata l'eventualità di una novazione stipulatoria) V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 221 s., il quale pur osserva come nulla si dica in proposito nella nota di Paolo e come anzi il riferimento alla *conventio* dovrebbe indurre a «escludere l'impiego della forma verbale»; pensa alla conclusione del contratto direttamente nella «forma di duplice stipulazione» anche V.

D. 46.4.23 (Lab. 5 *pith. a Paul. epit.*) *Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. Paulus: immo cum locatio conductio, emptio venditio conventione facta est et non dum res interessit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur*<sup>112</sup> *obligatione.*

Non è certo questa la sede per provare a fare chiarezza sulle ragioni che stavano alla base della diversa soluzione labeoniana (*Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum*),<sup>113</sup> e soprattutto per valutare se questa debba essere messa in relazione con l'annosa questione dell'emersione del sinallagma nell'ambito dei rapporti contrattuali consensuali e della compravendita in particolare, ipotizzando per questa via che essa fosse ancora ignota a Labeone e ai suoi contemporanei.<sup>114</sup> Qui interessa piuttosto la prospettiva di Paolo e da

GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 312 ss., 316; diversamente, ritengono preferibile l'ipotesi di una novazione (mediante *sipulationes*) delle obbligazioni nascenti *ex consensu* (del tipo: *quidquid te mihi ex vendito etc. dare facere oportet*), con un'ipotesi che non ha comunque alcuna incidenza per ciò che riguarda la validità dell'*acceptilatio*, F. LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen. Eine civilistische Abhandlung*, Braunschweig 1840, 274; U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta* cit., 558; da ultimo D. DOZHDEV, *Reconstructing the Jurist's reasoning: bona fides and synallagma in Labeo (D. 19,1,50)*, in *Jus* 62, 2015, 40 s. e ivi nt. 40.

<sup>112</sup> Suggestisce di leggere '*liberamur*', non accordandosi la terza personale plurale con i soggetti *Ego e Tu*, PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 289 s., che invoca a sostegno Siber (H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73 s. nt. 6), senza che in effetti l'autore tedesco prendesse posizione sul punto, limitandosi piuttosto ad osservare come, nell'attuale stesura del brano, il verbo avrebbe come soggetto *emptio venditio e locatio conductio* («*ferner ist Subjekt zu liberantur grammatisch locatio c., emptio v.*»); per la correzione vd. anche V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 220.

<sup>113</sup> Ammesso che Labeone e Paolo si stessero occupando della medesima fattispecie: questione, com'è noto, assai controversa. Al riguardo, ma anche per una valutazione del significato con cui viene qui impiegato l'avverbio *immo* da parte di Paolo, dalla cui interpretazione dipende in larga misura l'interpretazione stessa del brano, vd. P. COLLINET, *Une émondation à la loi 50 Dig. 19.1 (les caractères de la vente consensuelle dans l'oeuvre de Labéon)*, in *Studi P. Bonfante* cit., III, 417; PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 282 ss., 288 ss.; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., 73 ss., con ulteriori riferimenti alla letteratura; A. WATSON, *Studies in Roman Private Law*, London-Rio Grande 1991, 212; D. DOZHDEV, *Reconstructing* cit., 40 s. Rilevante da questo punto di vista si rivela, naturalmente, anche l'interpretazione della frase *cum locatio conductio, emptio venditio conventione facta est*, che potrebbe segnare l'introduzione di una diversa ipotesi, indipendentemente dal fatto che si attribuisca alla congiunzione significato causale o, più propriamente, ipotetico (potremmo anche dire: *quando*, nel senso, non temporale, ma di: *nel caso in cui*): sul punto vd. H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., 73 nt. 16.

<sup>114</sup> Nega che il brano legittimi l'idea di una mancata emersione del nesso sinallagmatico tra prestazioni nelle visioni ricostruttive labeoniane F. HAYMANN, *Textkritische Studien* 2 cit., 57 s.; negli stessi termini V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 222 («può interessare la storia dell'*acceptilatio*, non quella della interdipendenza delle obbligazioni [...] interdipendenza che risulta operante nel pensiero del grande giureconsulto per il solo fatto che si poneva la questione»); così, per certi versi, anche PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 298 ss., su cui vd. però *infra* in questa stessa nt.; per un ridimensionamento anche E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 56 s., a detta del quale Labeone si sarebbe occupato di un caso in cui la corresponsività delle prestazioni sarebbe stata attuata «attraverso una coppia di "verborum obligationes"», ricavandone la conclusione per cui la soluzione andrebbe tutt'al più messa in relazione con «la struttura del negozio di *acceptilatio*»: dello stesso studioso occorre però considerare il diverso punto di vista espresso di lì a poco in ID., *Istituzioni* 2 cit., 203 nt. 48 («Labeone parte dalla premessa che [...] il sinallagma sia genetico e non funzionale»); esclude che Labeone si riferisse alla remissione di contratti sinallagmatici in quanto tali anche S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1<sup>2</sup> cit., 269 nt. 2. Cautio in proposito («Non ha senso [...] trarre da questo passo illazioni generali astrat-

questo punto di vista non sarebbe certo impossibile sostenere che a guidare nella decisione il giurista severiano possa essere stato proprio il nesso funzionale tra le reciproche prestazioni,<sup>115</sup> per quanto, è bene subito dirlo, lo stato desolante del testo, al di là dei vari rilievi avanzati in dottrina,<sup>116</sup> non consente di approdare ad alcuna conclusione che non abbia

te») G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 216 s.; per un ridimensionamento anche G. PROVERA, *Sul problema del rischio* cit., 696 nt. 14; R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 161 nt. 425, che fa propri gli argomenti di Arangio-Ruiz (risalenti in effetti già ad Haymann: *infra* in questa stessa nt.): «Labeone [...] proprio per il fatto di porsi il problema [...] dimostra di averla ben presente». Diversamente M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio* cit., 409 ss., per il quale «non risulta che Labeone ragioni in base [...] all'interdipendenza funzionale, in senso ampio, delle obbligazioni, ognuna delle quali vive invece di vita propria, indipendentemente dalla sorte dell'altra. È solo Paolo [...] a decidere in base al sinallagma condizionale». Più in generale sul tema, vd. per l'originarietà del carattere, con un punto di vista rimasto però minoritario, F. KNIEP, *Argentaria stipulatio*, in *Festgabe Thon*, Jena 1911, 55; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* 2 cit., 51 ss., il quale anzi, non senza arguzia, invoca in tal senso proprio Lab. 5 *pith. a Paul. epit.* D. 46.4.23 («Wäre in vorklassischer Zeit der Vollzug der Leistungen im gegenseitigen Vertrag nicht wechselseitig voneinander bedingt gewesen, so wäre kaum verständlich, daß bereits Labeo es für notwendig gehalten hätte, besonders zu betonen, daß der Erlaß des ego gegenüber dem tu noch nicht notwendig die Pflicht des ego gegen den tu aufhebe»); P. COLLINET, *Une émendation* cit., 415 ss. In senso contrario ci limitiamo qui a segnalare M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma 1954, 123; ID., v. *Vendita in generale (diritto romano)*, in Enc. dir. 46, Milano 1993, 373 nt. 717; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova 2004, 1 ss.; L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, IV, Padova 2003, 331 ss.; fondamentale sul punto rimane ancora lo studio di A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. Geschichte des Kaufs im römischen Recht* 1, Erlangen 1876, 540 ss. Oscillante il punto di vista di PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 306 ss., il quale, se per un verso segnala – sulla base di Lab. 4 *post. a Iav.* D. 19.1.50 (*bona fides non patitur*) – uno scarto di prospettiva tra l'epoca labeoniana e quella successiva, a partire perlomeno da Giuliano (310 : «si Labéon fait appel à la 'bona fides' [...] c'est sans doute que la structure même du contrat de vente n'empêchait pas l'obligation du vendeur de survivre à l'extinction fortuite de celle de l'acheteur»), per altro non esclude l'ipotesi di una bilateralità funzionale originaria, ma limitata («ce serait une bilatéralité fonctionnelle limitée, dont le jeu aurait eu pour condition l'existence actuelle des obligations de part et d'autre»).

<sup>115</sup> In questo senso (naturalmente) F. HAYMANN, *Textkritische Studien* 2 cit., 57 s.; così anche H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung* cit., 62 («beim gegenseitigen Konsensualvertrag wirkt die acceptatio für beide Parteien befreiend, selbst wenn sie nur von einer Seite erfolgt»); V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 221 ss.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 55 s.; ID., *Istituzioni* 2 cit., 203 nt. 48, 475; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 313, 316 ss.

<sup>116</sup> Al riguardo si veda ad es. S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento. Diritto romano*, Torino 1898, 176 s., il quale suggerisce di espungere il riferimento alla *locatio*, ponendosi altrimenti il brano in contrasto col principio classico che, a detta dell'autore, avrebbe ammesso «l'efficacia risolutiva del *contrarius consensus* re integra solo per la vendita»; adesivamente H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73 s. nt. 6, con una critica che colpisce egualmente l'avverbio *immo*, il riferimento alla *conventio*, nonché l'intero tratto da *tametsi a intercessit*; sopprime le parole '*emptio venditio conventione*' e '*et nondum res intercessit*', oltre che l'avverbio '*immo*', H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung* cit., 61 s.; una severa critica si trova anche in S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1<sup>2</sup> cit., 269 («L'affermazione che ambedue le parti sono liberate, quantunque l'accettillazione "*ab alterutra parte dumtaxat intercessit*", è eretica»); PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 289 s., il quale non risparmia neppure il riferimento all'*emptio-venditio*, facendo d'altra parte salvo l'avverbio; che il testo sia stato profondamente manipolato è sostenuto anche da V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 222; negli stessi termini V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 317 s.

natura meramente congetturale: pure per ciò che riguarda la stessa ricostruzione della fattispecie.<sup>117</sup>

Nel brano di Giuliano, però e al contrario, tutto il discorso verte chiaramente sulle intenzioni dei contraenti, in un percorso di indagine governato da logiche soggettivistiche che, come si è appena detto, sarebbero state del tutto fuori luogo nel contesto di un approccio valutativo che si vorrebbe basato sul differente e oggettivo paradigma della correttezza di prestazioni.<sup>118</sup> Non è del resto un caso se buona parte degli autori che hanno messo in relazione la soluzione giuliana con l'operatività del sinallagma funzionale abbiano poi fatto ricorso all'ipotesi di una manipolazione da parte dei commissari giustiniani, i quali avrebbero sostituito la limpida visione ricostruttiva e decisionale del giurista classico, improntata su schemi argomentativi di tipo funzionale e oggettivo, con l'idea dell'accordo tacito.<sup>119</sup> Si tratta però di un vecchio pregiudizio, oggi del tutto superato, legato a un indirizzo dottrinale che spiegava ogni riferimento all'idea dell'intenzionalità negoziale da parte dei giuristi romani, come espressione del dogma bizantino della volontà.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> Come si è accennato (*supra* nt. 111), non c'è aspetto al riguardo che non appaia incerto o controverso: a partire dalle modalità costitutive dei rapporti indicati nel brano. È discusso se si trattasse di costituzione secondo le ordinarie forme dell'*obligatio consensu contracta* (come il faticoso modo di esprimersi del giurista potrebbe far ritenere: cum locatio conductio, emptio venditio *conventionem* facta est) o se piuttosto a essere preso in considerazione (almeno da Paolo) fosse il caso di una duplice *verborum obligatio* (originaria o anche solo intervenuta *novandi causa*), come più di un autore ha ritenuto, sul presupposto, ovviamente, di una profonda manipolazione del testo attuale: così V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup> cit., 223; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 56 s.; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 316 ss. In termini ancora differenti G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 216 s., per il quale Labeone si sarebbe occupato di un ordinario caso di *acceptilatio* di una delle obbligazioni preceduta da stipulazione novatoria, mentre Paolo, sulla scia di Giuliano (Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr.), si sarebbe piuttosto riferito all'ipotesi di *acceptilatio* prestata su una delle obbligazioni direttamente scaturenti dalla compravendita (e dunque contratte *consensu*).

<sup>118</sup> Che quello della relazione funzionale tra prestazioni fosse uno schema concettuale ormai consolidato ai tempi del giurista adrianeo è un dato del quale non si può certo dubitare. In proposito vd. L. VACCA, *Buona fede* cit., 334 nt. 10, la quale invoca, per Giuliano, Iul. 33 *dig.* D. 30.84.5, ove però l'esercizio dell'azione sembra piuttosto espressione diretta della clausola di buona fede, senza mediazioni dogmatiche come quella ipotizzata dall'autrice.

<sup>119</sup> In questo senso e dunque per la manipolazione vd. E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 55 s., 447 ss., 475; tenta diversamente di conciliare le due prospettive, in un ordine di idee che prova altresì ad attribuire a Paolo il medesimo approccio argomentativo che si vorrebbe qui ascrivere a Giuliano, G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 216 s., con una posizione che non sembra però tenere nella giusta considerazione i diversi statuti dogmatici delle due logiche argomentative; per la genuinità complessiva del brano e dell'argomentazione giuliana, pur aderendo all'ipotesi di una decisione giustificata dall'interdipendenza delle obbligazioni, anche V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 309 ss.; con un punto di vista non differente P. CERAMI, v. *Risoluzione (dir. rom.)* cit., 1286 e ivi nt. 45.

<sup>120</sup> Emblematica, sotto questo aspetto, può ritenersi la posizione di E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni (Studi 3)* cit., 80 s. nt. 1 («Ormai la critica interpolazionistica ha eliminato, come non classici, tutti i riferimenti all'*animus*, fuori della materia possessoria»), con dettagliata elencazione e annessa rassegna bibliografica. Per un approfondimento del pensiero dello studioso italiano in relazione alla questione del rapporto *voluntas-animus* (tra volontà espressa e volontà interna) è bene, però, tenere in considerazione le precisazioni che si trovano, con replica tagliente alle diverse critiche ricevute, in ID., *La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico*, in *Studi P. Bonfante* 1 cit., 611 ss. = ID., *Studi di diritto romano. Volume quinto. Storia metodologia esegesi*, Milano 1937, 67 ss., in particolare 112 ss., 125 ss., che vale certamente la pena leggere: «seno di aver tutto il diritto di concludere che io – che pur credo di esprimermi con una discreta chiarezza – non sono stato assolutamente capito; anzi sono stato, in maniera incredibile, frainteso».

Tutto ciò induce a ritenere che a dispetto della frase iniziale (*emptor venditori vel emptori venditor*) e della (comunque ambigua) chiusa (*acceptilatio [...] non sua natura [...] valet*), e a differenza (ancora) del brano di Paolo appena esaminato, Giuliano si stesse occupando di un caso di *acceptilationes* reciproche nulle, da recuperarsi come patto reciproco *de non petendo* o se si vuole come *contrarius consensus*,<sup>121</sup> con una diversa configurazione che in concreto sarebbe approdata al medesimo risultato processuale, tenuto conto della specificità dei rimedi processuali qui impiegati (*actio empti, actio venditi*).<sup>122</sup> In quest'or-

[...] Ma, di grazia, dove e quando è stato mai negato che il diritto classico possesse l'elemento della volontà come uno degli elementi costitutivi del negozio giuridico e dell'atto illecito [...] ? [...] si esclude l'elemento della volontà del negozio giuridico classico col dire che l'*animus novandi, l'animus contrahendae societatis*, e via e via, sono intrusi nei testi classici? Ma nemmeno per sogno [...] Il Betti [...] mi osserva che nella mia prolusione su *Le fonti delle obbligazioni* [...] io negherei il requisito della volontà nel *contractus* classico. Nientemeno!».

<sup>121</sup> Più in generale, per un'assimilazione delle due prospettive vd. B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*. I. *La inerenza delle exceptiones nei iudicia bonae fidei*, in AUPA 7, 1918, 22 ss., 34 s.; diversamente, rivendica l'autonomia concettuale dei due istituti H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73; in proposito vd., con discussione della principale dottrina, A. GUARINO, *Per la storia* cit., 271 ss.; P. CERAMI, v. *Risoluzione (dir. rom.)* cit., 1280 s., il quale da parte sua prende (condivisibilmente) posizione per un ridimensionamento della questione: «il preteso dualismo fra *contrarius consensus* civilistico e (radicale) *pactum ut [h]abeatur* non trova univoco riscontro nelle fonti classiche»; sempre nel senso di un ridimensionamento M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio* cit., 414 nt. 208; in proposito vd. più di recente R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 3 ss., 235 ss., alla quale si rinvia per una puntuale ricostruzione del dibattito dottrinale in materia, ma anche per ciò che riguarda la questione della configurazione dogmatica variamente assunta dal *contrarius consensus* negli sviluppi della tradizione romanistica.

<sup>122</sup> Che nel caso in esame, data la natura delle azioni, non si rendesse necessario l'inserimento di apposita *exceptio* all'interno del programma di giudizio è ammesso, pur con qualche cautela, anche da V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 311 e ivi nt. 268, il quale tende tuttavia a escludere che il recupero della vicenda in via conversiva maturasse sul piano dello *ius civile*, con un punto di vista che finisce per riproporre le stesse logiche distintive tra eccezione formale e sostanziale che avevano guidato le indagini di O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, 63 ss., 86 ss., 98, e che avevano allora consentito allo studioso tedesco di replicare alla tesi di Birkmeyer (*Die exceptionen im bonae fidei iudicium*, Erlangen 1874), difendendo così la natura pretoria di tutte le eccezioni (98: «wir dürfen uns aus voller Ueberzeugung der Reihe derjenigen Schriftsteller anschliessen, welche der Meinung sind, dass alle Exceptionen dem prätorischen Rechte angehören»), in un quadro storico-ricostruttivo, in cui peraltro si escludeva che il fenomeno della c.d. inerenza dell'*exceptio* nel programma di giudizio di buona fede costituisse un principio originario; in senso contrario vd. B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei* 1 cit., 34 s., per il quale il principio della rilevanza *ipso iure* del *dolus* e dei *pacta* nell'ambito dei *iudicia b.f.* risalirebbe a un periodo addirittura precedente rispetto a quello dell'introduzione delle relative *exceptiones*. Per una svalutazione della questione se il *contrarius consensus* dovesse intendersi come *contrarius actus* o come *pactum ex intervallo*, per lo meno per ciò che riguarda il prodursi dell'effettivo estintivo, che in entrambi i casi avrebbe operato *ipso iure*, vd. A. GUARINO, *Per la storia* cit., 271, 277 ss. Sul tema specifico della rilevanza del dolo si rinvia alla limpida ricostruzione di B. KUPISCH, *Exceptio doli generalis und iudicium bonae fidei. Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glauben*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 203 ss., il quale, da parte sua, è ben propenso ad ammettere che in taluni casi il programma di giudizio, sebbene *ex fide bona*, potesse essere opportunamente modificato attraverso l'inserimento di una *e. doli generalis*, tenuto conto del carattere relativo della nozione stessa di *bona fides*: possibilità che, a detta dell'autore, sarebbe tanto più concreta quanto più si andrebbe indietro nel tempo; sempre con riferimento all'*exceptio doli*, dubbi sul principio si trovano espressi in A. METRO, *Exceptio doli' e 'iudicia bonae fidei'*, in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi* 3, Napoli 2007, 1732 ss. Più in generale, sul tema dell'inerenza dell'*exceptiones* nell'ambito dei *iudicia bonae fidei*, vd. da ultimo T. FINKENAUER, *Zur Inhärenz von Einreden im bonae fidei iudicium*, in IVRA 68, 2020, 77

dine di idee, si potrebbe anche pensare di correggere *vel* in *et*, come è stato variamente suggerito in dottrina,<sup>123</sup> leggendo così: *cum emptor venditori et emptori venditor [...]*,<sup>124</sup> col dubbio che la chiusa rappresenti una malformulata glossa postclassica, sostanzialmente però rispondente al senso dell'originario brano giuliano.

#### 4. IUL. 18 DIG. D. 12.1.20 E IL CASO DELLA *DONATIO PECUNIAE UT MIHI EANDEM CREDERES*.

L'attenzione del giurista adrianeo verso il profilo soggettivo della causa emerge ancor più efficacemente in Iul. 18 dig. D. 12.1.20, che, proprio per tale ragione, è il caso di andare a leggere:

D. 12.1.20 (Iul. 18 dig.) *Si tibi pecuniam donassem, ut mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi, [in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti; nam talem contractum] neque donationem esse, neque pecuniam creditam; donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret, creditam<sup>125</sup> non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam; magis enim meum accepisse intellegi debeo. [Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen, utrumque valeret].*

Ci troviamo di fronte a una vicenda assai complessa, che a detta della maggior parte degli studiosi avrebbe avuto come principale obiettivo quello di aggirare i limiti posti dalla *Lex Cincia* in materia di dote.<sup>126</sup> Ipotesi che parrebbe avvalorata dalla *sedes materiae* da cui

ss., 130 ss., il quale, pur difendendo la classicità del principio, non esclude che in taluni casi il programma di giudizio potesse essere in concreto adattato attraverso l'inserimento di apposita *exceptio (doli o pacti)*: (132) «sind wir der Ansicht, dass eine *exceptio doli* oder *pacti* im *b.f.i.* zwar nicht notwendig, wohl aber zulässig war».

<sup>123</sup> Così, lo si è visto (*supra* nt. 99), H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 73 s.; U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta* cit., 559. In senso contrario H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung* cit., 63; PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 290 nt. 33a («conversion arbitraire de 'vel' en 'et'»), 293; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., 75 e ivi nt. 34; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 308 nt. 262; R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 155 nt. 444.

<sup>124</sup> Sospetti sulla genuinità delle parole '*vel emptori venditor*' si trovano in E. RABEL, *Gefahrtragung* cit., 561 nt. 1; adesivamente H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung* cit., 63; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1<sup>2</sup> cit., 269; in senso contrario PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4* cit., 293; infondati i sospetti anche secondo V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 309 nt. 262; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., 75 nt. 34.

<sup>125</sup> Suggestisce di inserire *pecuniam* B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in AUPA 32, 1971, 154 nt. 101.

<sup>126</sup> Seppur in via residuale, non esclude intenti elusivi della *lex Cincia* E. BETTI, *Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts*, in *Festschrift Paul Koschaker* 1, Weimar 1939, 316 ss.; così anche in ID., *Appunti* (1958) cit., 40, 255; spiega l'utilizzo di una così sofisticata struttura negoziale con la necessità del donante di non privarsi immediatamente della disponibilità del denaro, unitamente al vantaggio (per il donatario) di tutelarsi dai possibili inconvenienti derivanti da un eventuale ricorso a una donazione *in obligando*, che lo avrebbe esposto al rischio di vedersi paralizzare la propria pretesa dal donante, mediante *exceptio legis Cinciae*, G.G. ARCHI, *La donazione* cit.,

è tratto il brano.<sup>127</sup> *Ego* ha donato una somma di denaro a *Tu* con l'intesa (*condicione*)<sup>128</sup> di riceverla (*eandem*)<sup>129</sup> in prestito. Cosa che è in seguito avvenuta. Può considerarsi il denaro dato a credito? Il giurista innanzi tutto risponde osservando (*dixi*)<sup>130</sup> come nella descrizione della fattispecie ci si sia avvalsi di un linguaggio approssimativo, visto che in effetti un tale contratto (*talem contractum*) non sarebbe né una donazione né un mutuo (*pecunia credita*). Non una donazione per via del carattere non definitivo dell'attribuzione patrimoniale (*non ea mente daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*); non un mutuo, perché la somma di denaro non sarebbe stata consegnata (dal donatario apparente) allo scopo di obbligare l'altra parte (alla restituzione), ma al contrario al fine di sciogliere sé stesso da una precedente obbligazione: *quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*. Ne consegue che se *Ego* si vedrà restituita la somma, non la riceverà a titolo di credito, ma come propria,<sup>131</sup> salvo poi precisarsi che ciò vale in base a considerazioni astratte e legate a un rigido formalismo, dovendosi invece ritenere, seguendo un'interpretazione diversamente orientata al bene (*benignius*), validi entrambi i 'negozi'.

Il brano, su cui esiste una copiosa letteratura,<sup>132</sup> non è certo esente da mende,<sup>133</sup> a parti-

40; più di recente pensa a una finalità elusiva dei limiti previsti dalla *lex Cincia* A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 363 s. e ivi nt. 164, ove accurata rassegna bibliografica. Esclude diversamente una connessione con la *lex Cincia* T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz*, München 2010, 148 ss., il quale invoca (150 nt. 657) tra l'altro il dato palingentico, non essendo il frammento ricavato dal *l. 60 dig.*, in cui Giuliano si occupava del tema in questione (*Ad legem Cinciam: de donationibus*).

<sup>127</sup> O. LENEL, *Pal.* 1.368 s. 'soluto matrimonio dos quodammodum petatur'; adesivamente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, 363; nel senso piuttosto di una connessione col titolo *de donationibus inter virum et uxorem*, di cui Giuliano si occupava nel 17° libro, ma che poteva ben continuare nel 18°, vd. D. LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964, 76 nt. 212.

<sup>128</sup> Che il termine *condicio* vada qui interpretato nel senso tecnico di condizione, secondo quanto sostenuto da H. HAUSMANINGER, *Subtilitas iuris*, in H.P. BENÖHR, K. HACKL, R. KNÜTEL, A. WACKE (a cura di), *Iuris Professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, 70 nt. 73, è ipotesi che non può essere accolta, dovendosi piuttosto pensare a un caso di *donatio sub modo*: in questo senso, tra i tanti, H. STORCH, *Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehens-Vertrag und die Bedeutung der l. 20 D. XII.1 (de rebus creditis) für denselben. Ein Beitrag zur Frage der Realkontrakte*, Berlin 1878, 18 s.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 358; R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München 1981, 109 nt. 9; più recentemente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 360 e ivi nt. 157, 363, il quale pensa a un «meccanismo complesso, che consta di una donazione modale più un mutuo», con una ricostruzione della vicenda che finisce però per non considerare che l'operazione creditizia non rappresenta un elemento disgiunto rispetto alla donazione modale, costituendo piuttosto il concreto contenuto del *modus* stesso (*Si tibi pecuniam donassem, ut mihi eandem crederes*).

<sup>129</sup> Per una consegna *in sacculo* della *pecunia* vd. R. BACKHAUS, *Casus perplexus* cit., 109 s. nt. 10.

<sup>130</sup> In relazione alla possibilità che si tratti della riproposizione di decisione già adottata altrove da Giuliano vd. H. HAUSMANINGER, *Subtilitas iuris* cit., 70 nt. 73, che, proprio sotto la suggestione del verbo *dixi*, pensa più nello specifico a un parere espresso in forma orale; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 360 e ivi nt. 158 («ribadisce l'opinione che doveva avere già in altri luoghi e tempi espressa»).

<sup>131</sup> Con una soluzione che ovviamente equivaleva a negare il riconoscimento di una qualche azione in favore dell'apparente donatario-mutuante: G. BORTOLUCCI, *Note* cit., 271.

<sup>132</sup> Sulla testimonianza vd. E. BETTI, *Appunti* cit., 39 s.; G.G. ARCHI, *Animus donandi*, in *Atti del congresso internazionale di Verona (27-29 settembre 1948)*, III, Milano 1951 = *Scritti di diritto romano. Volume II. Studi di diritto privato*, Milano 1981, 1042 ss.; ID., *La donazione* cit., 39 ss.; M. TALAMANCA,



re dalla goffa chiusa, in cui, come si è visto, si finisce sorprendentemente con l'affermare la validità di entrambi gli 'atti', in termini che si pongono in netto e irrimediabile contrasto con la soluzione poco prima adottata. Colpisce peraltro il brusco scarto di prospettiva che porta a una valorizzazione degli aspetti etici della vicenda (*benignius*),<sup>134</sup> a scapito di una valutazione sino a quel momento impostata secondo più stringenti e rigorosi canoni dogmatici. È dunque da condividere l'ipotesi di una manipolazione formulata già da Faber,<sup>135</sup>

*Donazione possessoria e donazione traslativa*, in BIDR 64, 1961, 249 ss.; un'attenta analisi, con ampio apparato bibliografico, si trova in S. BROISE, *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, Pisa 1975, 53 ss., 54 nt. 55; H. HANISCH ESPÍNDOLA, *La intención de donar*, in REHJ 2, 1977, 23 ss.; da ultimi A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 359 ss.; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 134 s. nt. 55; A. SALOMONE, *Donationes sub modo'. Verso un'unità sistematica*, Napoli 2020, 30 s.

<sup>133</sup> P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 358 (bizantina la chiusa '*sed haec-valere*', «ripetizione [...] brutta» il periodo *igitur-creditam*, «la conclusione *magis enim-debeo* è errata e in contraddizione con '*quia exolvendi causa magis daretur*»), 446 s.; E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 322 ss.; ID., *Appunti* (1958) cit., 39, il quale uncinava il tratto '*in-contractum*' e la chiusa; espunge l'intero tratto '*in huiusmodi-creditam*' anche G. BORTOLUCCI, *Note* cit., 270; H.J. WOLFF, *Concerning the transmission of Julian's Digesta*, in Seminar 7, 1949, 82 ss.; rilievi in S. BROISE, *Animus donandi* cit., 54 ss.

<sup>134</sup> Scorge nel riferimento alla *subtilitas verborum* e alla *benignitas* l'indizio di un intervento bizantino. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 361. Sul largo ricorso, nel lessico giustiniano, all'idea di *subtilitas* nelle sue diverse declinazioni (*subtilitas, subtilis, subtiliter*) vd., in un'ottica che però respinge preconette diagnosi interpolazionistiche, H. HAUSMANINGER, *Subtilitas als juristische Wertung in den Codex-Konstitutionen Justinians*, in R. STRASSER, M. SCHWIMANN, H. HOYER (a cura di), *Festschrift F. Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien 1978, 71 ss., il quale fa a questo proposito notare come, dei 53 impieghi totali registrati nel *Codex*, ben 46 appartengano a Giustiniano. Quanto al concetto di *benignitas*, nel senso di una sua appartenenza al pensiero classico, vd., tra i tanti, F.B.J. WUBBE, *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, in *Festgabe für A. Herditzka zu seinem 75. Geburtstag*, München-Salzburg 1972, 295 ss.; A. PALMA, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1997, passim, il quale tiene a precisare come (83) la *benignitas* non rappresentasse «un atto di grazia o di benevolenza, ma piuttosto un criterio utilitaristico di conservazione dell'efficiacia di transazioni commerciali»; J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin 1999, 114 s.; S. MASUELLI, *Regole per l'interpretazione nel diritto romano e nella tradizione romanistica II. Regole per l'interpretazione in presenza di «oscurità»*, in RDR 15, 2015, 11 s., ove ulteriori ragguagli bibliografici.

<sup>135</sup> A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. In tre tomos divisam, Aurelianae 1626, (Ad liber XII. Tit. I. De rebus creditis si certum petatur. Ad L. 20) 52*; adesivamente U. HUBER, *Eunomia romana sive censura censurae Juris Justinianei. Editio altera, Amstelodami 1724, (Ad lib. XII Pandectarum. Juliani Lib. XVIII Digestorum) 474 s.*, ove si pensa più precisamente a un intervento compilatorio volto a raccordare il brano con Hermog. 6 iur. epit. D. 39.5.33.1 (sul brano vd. *infra* nt. 152); così anche S. SCHLOßMANN, *Zu l. 20 D. de rebus creditis 12,1. Ein Beitrag zur Lehre von den Scheingeschäften*, in Jh. Jb. 44, 1902, 384 ss.; e più recentemente O. BEHREND, *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, in SCDR 9-10, 1997-1998, 151; sospetti sulla parte conclusiva si trovano in F. EISELE, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in ZSS 30, 1909, 111; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3, Tübingen 1913, 106, con una diagnosi che non risparmia neppure il tratto immediatamente precedente '*igitur-non fore creditam*'; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 358; E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 322 ss.; F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 276 nt. 1; G. BORTOLUCCI, *Note* cit., 271; H.J. WOLFF, *Concerning* cit., 83, che pensa però a una glossa esplicita attribuibile a un commentatore postclassico; così, con cautela, anche S. BROISE, *Animus donandi* cit., 54 ss., 56 s. nt. 56; per la fattura bizantina G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 40; D. LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae* cit., 77; B. ALBANESE, *Per la storia* cit., 154 nt. 101; O. BEHREND, *Rec. a H.H. JAKOBS*, B. KNOBBE-KEUK, E. PICKER, J. WILHELM (a cura di), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978*, in ZSS 97, 1980, 475; più di recente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 359 ss., al

che pure avrebbe ricevuto diverse critiche, almeno sino agli inizi del XIX sec., da parte di chi avrebbe rimproverato al giurista savoiaro di non aver adeguatamente considerato l'appartenenza (di Giuliano) a una scuola, quella sabiniana, che avrebbe fatto dell'*aequitas* uno dei suoi tratti identitari.<sup>136</sup>

Perplexità ha naturalmente destato l'impiego della locuzione '*talem contractum*' con riferimento alla donazione,<sup>137</sup> anche ad ammettere che essa debba interpretarsi nel (più ge-

quale si rimanda anche per gli ampi ragguagli bibliografici (361 nt. 160); R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 135 nt. 55. In favore della classicità della frase finale vd. invece, per la dottrina più antica, J. CUJACIUS, *In lib. XVIII. Digestorum Salvii Juliani recitationes solemens. Ad L. XX. De reb. credit.*, in *Opera* 3 cit., 900: altre indicazioni in nt. seg.; tra gli studiosi moderni («erscheint denn auch die Schlußentscheidung Julian's [...] durchaus correct») vd. H. STORCH, *Der heutige* cit., 20, per il quale Giuliano avrebbe qui sostanzialmente ricondotto in via analogica (ed *aequitatis causa*) un caso di *donatio sub modo* (*d. impropria*) all'interno della donazione; F. WUBBE, *Benigna interpretatio* cit., 115 nt. 77; H. HAUSMANINGER, *Subtilitas iuris* cit., 70 s. e ivi nt. 73; più recentemente A. PALMA, *Benignior interpretatio* cit., 79 ss., che invoca, sempre di Giuliano, Iul. 2 *ad Urs. Fer. D.* 40.4.18.1 e (indirettamente) Afr. 8 *quaest. D.* 17.1.34 pr.; T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen* cit., 147 ss.; A. SALOMONE, '*Donationes sub modo*' cit., 31; ulteriori indicazioni in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 361 s. nt. 160.

<sup>136</sup> In questo senso, in particolare, E. MERILLIUS, *Ad titulum digestorum de rebus creditis, si certum petetur, et de conditione Commentarius*, in E. OTTO, *Thesaurus Juris Romani, continens rariora meliorum interpretum Opuscula, in quibus Jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur. Tomus III. Editio secunda*, Trajecti ad Rhenum 1733, (*Lex XX. Julianus lib. 18 Digestorum*) 675 s. («videtur fuisse utriusque scholae juris auctorum discrepantia, quod Sabiniani aequum & bonum, seu id, quod benignius erat, sequerentur; Proculejani jus strictum»); ripreso da C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Zwölften Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1809, 44 s.; contro l'ipotesi di Faber vd. anche A. SCHULTING, *Thesium controversarum juxta seriem digestorum decades centum*, Lugduni Batavorum 1762, (*Decas quinta et trigesima* n. 10) 161 s. Per una critica rispetto al punto di vista di Merillius («Sabinianismus mit „aequitas“, oder gar „persönlicher Milde“, zu identificiren ist ganz verkehrt») vd. H. STORCH, *Der heutige* cit., 15 nt. 31, che ricorreva tuttavia allo stesso argomento (20 s.) per salvare la chiusa (nt. prec.): in proposito vd. S. BROISE, *Animus donandi* cit., 54 s. nt. 55. Sulla questione di una possibile contrapposizione metodologica tra le due *sectae*, quanto a *rigor iuris* ed *aequitas*, vd., per la tesi positiva, ma in un ordine di idee opposto a quello di Merillius, V. MORITZ, *Römisches Rechtsgeschichte*, II, Stuttgart 1899, 208 ss.; sul punto vd., con ulteriori riferimenti alla letteratura, G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano 1981, 17 s.; per un ridimensionamento P. STEIN, *Le scuole*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano da Augusto agli Antonini. Atti del Seminario di S. Marino (12-14 gennaio 1995)*, Torino 1996, 1 s.

<sup>137</sup> Bizantino il riferimento al contratto per F. EISELE, *Weitere Studien* cit., 112; F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 275 ss., al quale si rinvia per una valutazione del processo di inclusione della donazione all'interno del contratto a partire da Costantino, con analisi delle principali fonti al riguardo; indice della tendenza bizantina a trattare la *donatio sub modo* come contratto innominato secondo P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 358, 446; rilievi anche in E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 322 ss.; G.G. ARCHI, *Animus donandi (Scritti 2)* cit., 1043 nt. 33; inaccettabile «la comprensione della donazione all'interno del contratto» anche secondo A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 359 ss. Per la genuinità della locuzione '*talem contractum*' vd. invece S. BROISE, *Animus donandi* cit., 56 nt. 56; B. ALBANESE, *Per la storia* cit., 154 nt. 101, che da ciò ricava, contro d'Ors, argomenti per l'inclusione del mutuo all'interno del contratto; non si trovano rilievi in T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen* cit., 152, il quale tiene a precisare come l'espressione non vada riferita ai due elementi della fattispecie singolarmente intesi, ma alla vicenda negoziale osservata nel suo insieme («die Gesamtkonstruktion „Schenkung mit Darlehensaufgabe“), con una presa di posizione che serve all'autore per superare le critiche mosse a suo tempo da Schloßmann (S. SCHLOßMANN, *Zu l. 20 D. de rebus creditis 12,1* cit., 384 s.) verso l'inciso '*utrumque valere*' che si legge nella chiusa; non si rinvencono rilievi neppure in A. SALOMONE, '*Donationes sub modo*' cit., 30 s.

nerale) senso di *negotium (contractum)*,<sup>138</sup> così come svariate critiche ha raccolto, tra gli autori moderni,<sup>139</sup> la frase immediatamente precedente (*‘in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti’*),<sup>140</sup> che pure è del tutto coerente con l’attenzione altrove mostrata dal giurista adrianeo per un uso appropriato del lessico giuridico.<sup>141</sup> Pur se in misura decisamente minore, rilievi sono stati mossi anche verso il tratto *‘neque donationem esse-accipientem manere’*,<sup>142</sup> in cui il giurista si sofferma su una questione che, se certo

<sup>138</sup> Così S. SCHLOßMANN, *Zu l. 20 D. de rebus creditis 12,1* cit., 384.

<sup>139</sup> Si veda il ben differente giudizio di J. CUJACIUS, *In lib. XVIII. Digestorum Salvii Juliani recitationes solemens. Ad L. XX. De reb. credit.*, in *Opera* 3 cit., 900: «Et Julianus ait eleganter [...] Et propositiones vocat (ut solet semper) facti species, sive hypotheses, quasi quaestiones Rethoricas, non Dialecticas».

<sup>140</sup> Espungono la frase G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 105 s.; F. EISELE, *Weitere Studien* cit., 111; che qui sia Giustiniano a parlare «inspirato dalla passione dei nomi» è sostenuto da S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 49 nt.; critiche anche in E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 322 ss.; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 39; di «superficialità dell’osservazione» discorre S. BROISE, *Animus donandi* cit., 56 nt. 56, il quale da altro punto di vista denuncia l’uso sospetto del termine *propositio*, in un significato diverso da quello «peculiarre» che avrebbe nelle fonti, senza che però venga chiarito quale sarebbe questo significato e soprattutto in che senso se ne discosterebbe; espunge l’intero tratto *in huiusmodi-contractum* D. LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae* cit., 77, ove si propende per un’alterazione pregiustiniana; spuria anche per A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 359 ss.; non prende una precisa posizione sul punto R. BACKHAUS, *Casus perplexus* cit., 109 nt. 7. Per la genuinità vd. P. BIRKS, *Ulpian Marcellus and an ancient mystery - part I: multiple transfer and threefold mancipation*, in *The Irish Jurist* 23, 1988, 112 ss.; T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen* cit., 146 ss., il quale vi intravede un’anticipazione della decisione contenuta nella chiusa del frammento; non avanza sospetti sul tratto e in particolare sull’impiego del sostantivo *‘propositio’* M. L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell’avvocato romano e la sua azione*, Torino 2017, 181 s., la quale vi coglie anzi un’eco della «valenza retorica e giuridica» della *propositio* in Quintiliano, intesa come «esposizione dei fatti sintetica ed essenziale», in contrappunto rispetto alla più estesa *narratio*, facendo peraltro osservare come il medesimo impiego ricorra anche in Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.1, Afr. 7 *quaest.* D. 18.4.20.1 e Iul. 38 *dig.* D. 36.4.6 pr.: brani direttamente o indirettamente riferibili al giurista adrianeo.

<sup>141</sup> Si pensi, proprio in tema di donazione, a Iul. 17 *dig.* D. 39.5.1 pr.-1 [...] dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: *haec proprie donatio appellatur*. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: *non proprie donatio appellabitur* [...] item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, *non proprie donatio dicitur* [...] 1 Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, *propria appellatione utimur* [...]. Sul brano vd. *infra* in questo stesso §, nonché in nt. 153.

<sup>142</sup> Così P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 188, con significativa evoluzione rispetto al diverso punto di vista sostenuto in ID., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 358, 446, ove i rilievi dello studioso prendevano di mira (in aggiunta all’avverbio *omnimodo*) il solo tratto *huiusmodi-creditam*: sulla diagnosi dello studioso vd. anche *infra* ntt. 159-160; critiche più recentemente in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 362 ss.; per la genuinità vd. invece S. RICCOBONO, *La voluntas (Lecture londinesi)* cit., 79 s.; S. BROISE, *Animus donandi* cit., 53 ss. e ivi nt. 55; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 40 s., il quale anzi invoca il brano per una valorizzazione del profilo dell’intenzionalità nel giurista adrianeo («elemento subiettivo della *causa donationis*»); ID., *Animus donandi (Scritti 2)* cit., 1045 s., ove opportunamente si sottolinea come, da Giuliano in poi, *mens* e *voluntas* abbiano rappresentato un «elemento dinamico» da impiegarsi per la determinazione della *causa donationis* in contesti per i quali si poneva l’esigenza di «precisare i limiti con altri istituti»; H. HANISCH ESPÍNDOLA, *La intención de donar* cit., 28 s.; R. BACKHAUS, *Casus perplexus* cit., 110 ss.; in difesa del testo più di recente anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 135 nt. 55. Si limitava ad espungere l’avverbio *‘omnimodo’* G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 105.

non estranea,<sup>143</sup> non era, almeno formalmente, oggetto dell'interrogativo iniziale (*an credita fieret?*).<sup>144</sup> Di qui l'ipotesi che l'intero discorso sulla presenza di una donazione rappresenti una digressione assente nell'originario discorso giuliano.<sup>145</sup> Congettura che potrebbe per certi versi essere avvalorata dalla fragilità dell'impianto del ragionamento che guida la decisione del giurista adrianeo.

A tal riguardo può solo dirsi che probabilmente questo è uno dei rari casi in cui l'osservazione conclusiva dei commissari, per quanto impacciata, coglie sostanzialmente nel segno, non mancando alla soluzione un'impostazione vagamente accademica,<sup>146</sup> aggravata peraltro da una assai incerta ricostruzione della vicenda complessiva, per la quale non paiono in effetti sempre sussistere le denunciate incongruenze tra intenzionalità tipica e concreta.<sup>147</sup> Soprattutto per ciò che concerne il carattere non definitivo dell'attribuzione patrimoniale, ritenuto incompatibile con una disposizione *donationis causa* (*quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo*<sup>148</sup> *penes accipientem maneret*), con una valutazione che non tiene conto della natura chiaramente e strutturalmente transitoria che la (concordata) riconsegna della somma di denaro a titolo di mutuo era destinata ad assumere, in modo che, una volta esauritasi la funzione del mutuo, la somma di denaro sarebbe tornata nella piena (e definitiva) disponibilità economica e giuridica del donatario.<sup>149</sup> Di qui gli enormi sforzi, già tra gli interpreti di diritto comune, per dare un significato compiuto alla motivazione di Giuliano, come se, a dispetto delle apparenze, non vi fosse stato quell'incremento patrimoniale in favore dell'accipiente che rappresentava (assieme all'impovertimento del

<sup>143</sup> Si deve a questo proposito osservare che il tema della donazione è posto e presentato come elemento strutturale della fattispecie già in sede di descrizione del caso (*si tibi pecuniam donassem*), così come la sua soluzione non era di per sé senza conseguenze per la decisione della questione principale posta al giurista: per lo stretto rapporto tra le due vicende vd. R. BACKHAUS, *Casus perplexus* cit., 110 ss. e ivi nt. 16, ove si mette bene in evidenza il carattere pregiudiziale della questione relativa alla validità della donazione («Vorfrage») ai fini della risoluzione del quesito principale riguardante la costituzione del mutuo («Hauptfrage»); adesivamente R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 211 nt. 14; T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen* cit., 152 e ivi nt. 673.

<sup>144</sup> Non esclude che ciò potesse dipendere dal modo in cui era stata formulata la questione a Giuliano T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen* cit., 152.

<sup>145</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 366.

<sup>146</sup> Non nasconde le proprie perplessità per la soluzione giuliana («Ne Argutia quidem ipsa quicquam in eo, quominus id fieri possit, redarguere possit. Non defendimus igitur Julianum») U. HUBER, *Eunomia romana* cit., (*Ad lib. XII Pandectarum. Juliani Lib. XVIII Digestorum*), 475.

<sup>147</sup> Così invece E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 324; soprattutto («in ciascuno dei negozi posti in essere vi ha una tale incompatibilità fra l'intento pratico e la funzione loro caratteristica») ID., *Appunti* (1958) cit., 40, 255 ss., in un quadro ricostruttivo che, come vedremo (*infra* nel testo di questo § e in nt. 161), si rivela ben differente rispetto alle conclusioni prospettate nei primi studi (*Sul valore dogmatico*).

<sup>148</sup> Bizantino per G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 106; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 188. Per la genuinità A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 360 nt. 159. Traducono l'avverbio: «für immer» C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XII cit., 43; «schlechthin», in opposizione a certo quodam modo, H. STORCH, *Der heutige* cit., 19; «senza riserve» E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 324; «in ogni caso» A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 360.

<sup>149</sup> Il rilievo («non del tutto calzante [...] la spiegazione [...] al contrario di quanto leggiamo nel passo, mi pare si possa dire in proposito che proprio in ogni caso [*omnimodo*] il donatario riceve quanto promessogli») non è sfuggito a A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 366 s. e ivi nt. 168, il quale per questa ragione non intravede reali deviazioni rispetto al principio '*dare ne recipetur*'; analoghe notazioni in T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen* cit., 150 s.

donante)<sup>150</sup> l'essenza stessa dell'atto donativo.<sup>151</sup> Spiegazione che, seppur con diverse sfumature, ha riscosso nel tempo varie adesioni tra gli studiosi, anche contemporanei.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> Per la nota configurazione della donazione in termini di correlazione tra arricchimento del donatario e impoverimento del donante si è soliti invocare Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.5.8 '*hoc autem ex eo venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletioorem*'. Al riguardo vd. H. STORCH, *Der heutige* cit., 12 («eine der fundamentalen Vorbedingungen des Begriffs „donatio“ erheischte das strenge römische Recht eine Vermögensverminderung auf Seiten des einen, und eine correspondierende Vermögensbereicherung auf Seiten des anderen Contrahenten, ein „pauperior“ und ein locupletior fieri»).

<sup>151</sup> Per un trasferimento solo apparente (*lusorius*) vd. J. CUJACIUS, *In lib. XVIII. Digestorum Salvii Juliani recitationes solemenes. Ad L. XX. De reb. credit.*, in *Opera* 3 cit., 899 s. («*Non alienantur, inquit, nummi qui ita dantur, ut recipiantur statim*. Nam et lusorius hic actus esse videtur, dare, et continuo recipere, nec enim datur in plenum»); J. VOETIUS, *Commentarius ad Pandectas. Tomus primus, Aegae-Comitum* 1707, (*De rebus creditis, si certum petatur, & de conditione*. n. 14) 615: «non videntur ex meo dominio exivisse: neque enim alienantur, qui sic dantur, ut recipiantur».

<sup>152</sup> Lamenta la mancanza della definitività dell'attribuzione patrimoniale C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XII cit., 43 («das Geld nicht in der Absicht gegeben worden ist, daß es dem Empfänger auf immer verbleiben solle»); nello stesso ordine di idee H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, in *AcP* 71, 1887, 60 e ivi nt. 14, il quale trova anzi la soluzione del tutto coerente col principio fissato in *Iul. 17 dig.* D. 39.5.1 pr. Si tratta però di una valutazione che si basa su un'analisi parziale (ed epidermica) della vicenda e che non tiene conto, come si è detto, che la *pecunia* donata era destinata a rientrare nella disponibilità del donatario *sub modo*. Non pare si possa pertanto seguire l'autore nel sostenere che il donatario non avrebbe qui tenuto per sé nulla di quanto donato. Lo stesso deve dirsi rispetto a quanto sostenuto da G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 41 («viene tolto all'accipiente [...] il contenuto normale, la funzione ultima, a cui sono indirizzate le donazioni consistenti nel trasferimento della proprietà»), 88 («chi dona [...] toglie al donatario quel diritto di proprietà che gli aveva attribuito»); in un quadro ricostruttivo della decisione giuliana che finisce peraltro per essere tutto sbilanciato sulla prospettiva dell'incongruenza funzionale («Le parti [...] non hanno scelto per l'intento pratico, che si proponevano, il mezzo idoneo. Invece che a una donazione reale dovevano ricorrere a una donazione *in obligando*»), che, se forse può valere a escludere la donazione, non vale certamente per il mutuo, la cui mancata configurazione non è fatta dipendere, come vorrebbe l'autore, da una discordanza tra funzione tipica e funzione concreta («se questi scopi sono tra loro incompatibili [...] non vi è né donazione né mutuo»), quanto dall'assenza di un *animus contrahendi*. Sempre nel senso di una incompatibilità funzionale tra pattuizione creditizia e statuto dogmatico della donazione («La *donatio* concettualmente richiede un trasferimento diretto a procacciare incondizionatamente un arricchimento all'accipiente: questa funzione pratica [...] è annullata dalla stessa intesa con cui s'impegna l'accipiente a restituire immediatamente al donante») vd. E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 40, in un ordine di idee in cui il criterio valutativo della *definitività* viene abilmente (ma non altrettanto convincentemente) sostituito da quello della *incondizionalità* dell'attribuzione patrimoniale, con un approccio dogmatico che appare impraticabile già solo a considerare il fenomeno della *donatio sub modo*. Ipotesi che, peraltro, sembra poco dopo abbandonata, o comunque significativamente rivista, dall'autore (255 s.), i cui i rilievi sembrano diversamente indirizzarsi verso il profilo, per così dire, temporale della produzione dell'effetto traslativo («non è stata infatti posta in essere una donazione, perché questa [...] richiede [...] che la cosa sia immediatamente ed attualmente trasferita al donatario, mentre [...] le parti si sono accordate in senso opposto, giacché la somma deve essere restituita, sia pure a titolo di mutuo»), salvo poi passare all'ancora differente profilo della irrevocabilità. Non congruente deve poi ritenersi il richiamo che si è voluto fare a *Pomp. 14 ad Sab.* D.[20]<40>.7.11 (256), che riguarda un caso evidentemente differente, visto che il denaro donato allo *statuliber* è destinato a tornare definitivamente nella disponibilità del donante («*Si heres pecuniam donasset statulibero, ut sibi eam daret et liber esset, non fieri liberum Aristo ait: sed si in plenum ei donasset, fieri liberum*'). Per un'adesione alla spiegazione di Archi vd. F. CASAVOLA, *Lex Cincia* cit., 155 e ivi nt. 46, che giudica il responso di Giuliano «limpidissimo»; M. TALAMANCA, *Donazione possessoria* cit., 272 s. nt. 54 («non consegue la completa

A non rispettare il c.d. principio della definitività dell'attribuzione (del c.d. '*dare ne recipietur*'), al quale si rifa sempre Giuliano in Iul. 17 *dig.* D. 39.5.1 pr.<sup>153</sup> in materia di *donationes in dando*, è semmai (ed ovviamente) l'atto con cui il donante si vede restituito il denaro *credendi causa*, visto che, manco a dirlo, la somma di denaro è destinata a tornare al donatario-mutuante: che però Giuliano potesse impegnarsi in un'analisi di questo genere, rispetto a una vicenda per quale non poteva sussistere alcuna incertezza sulla

disponibilità della cosa donata»); S. BROISE, *Animus donandi* cit., 58 nt. 57 («trova applicazione il principio *dare ne recipietur*»); così («kann nicht überraschen») anche R. BACKHAUS, *Casus perplexus* cit., 110, con richiamo sempre a Iul. 17 *dig.* D. 39.5.1 pr. '*nec ullo casu ad se reverti*'. In termini analoghi O. BEHREND, *Iusta causa traditionis* cit., 150, il quale sembra però fraintendere il senso del brano suggerendo una relazione con Marcell. 3 *dig.* D. 46.3.67 ('[...] *nam et apud Alfenum servius eum, qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet, respondit posse saepius aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere*'), quasi che Giuliano stesse qui prendendo le distanze dalla soluzione lì avanzata da Servio («Il sabiniano Giuliano protestava contro l'insegnamento di Servio»), senza considerare che ci si trova in realtà in presenza di fattispecie e questioni del tutto differenti. Per tale motivo non pare proprio possa ritenersi aderente al nostro testo quanto sostiene l'autore, là dove afferma: «E la moneta tradita resta infatti vincolata dal patto secondo il quale deve servire per la soluzione del debitore non per arricchire con la sua sostanza stessa colui che la riceve». A differenza di Marcell. 3 *dig.* D. 46.3.67, qui non c'è alcun debito pregresso da *solvere*. Il caso affrontato da Giuliano è semmai del tutto aderente a quello affrontato in Hermog. 6 *iur. ep.* D. 39.5.33.1 (*Ea lege donationis causa pecunia Titio numerata, ut statim donatori mutuo detur, non impeditur dominii translatio: ac propterea isdem nummis donatori creditis novum dominium in his quaeritur*), ove non viene (diversamente) sollevata alcuna questione sulla validità dell'operazione nel suo complesso. Operazione che (anche) a detta dello studioso tedesco avrebbe realizzato un risultato egualmente raggiungibile per il tramite di una *stipulatio donationis causa*: così O. BEHREND, *Iusta causa traditionis* cit., 149 («L'atto, composto così da due negozi giuridici, che valgono come *iusta causa*, ha lo scopo finale di creare una obbligazione *donandi causa*. Lo stesso risultato economico sarebbe stato raggiungibile con una *stipulatio donationis causa*»). Su Hermog. 6 *iur. ep.* D. 39.5.33.1 vd., con riferimenti alla letteratura, S. BROISE, *Animus donandi* cit., 58 s. nt. 57, il quale nella diversa soluzione di Ermogeniano vede, più che il segno di un intervento manipolativo, la «tappa» di un processo degenerativo che avrebbe condotto «all'abbandono dell'interpretazione soggettiva e all'affermarsi del lassismo giuridico».

<sup>153</sup> Iul. 17 *dig.* D. 39.5.1 pr.-1 *Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. qualis est mortis causa donatio.* Sul punto vd. G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 86; ID., *Donazione (diritto romano)*, in Enc. dir. 13, Milano 1964 = *Scritti* 2 cit., 993; F. CASAVOLA, *Lex Cincia* cit., 153; M. TALAMANCA, *Donazione possessoria* cit., 272 s. e ivi nt. 54; sul brano vd., con discussione della letteratura, U. ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo*, I, Napoli 1965, 84 ss., con diagnosi interpolazionistica che non tocca però la parte iniziale del frammento. Per l'interpolazione della frase '*et propter-munificentiam exercent*' vd. G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 110; adesivamente F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 286 s.: «es ist eine Erläuterung (im byzantinischen Sinne) zu „nec ullo casu ad se reverti“»; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 280 ss., per il quale sarebbero qui i bizantini ad abbandonare la genuina prospettiva giuliana della *causa*, come funzione tipica, per entrare «nella sfera dei motivi», come sarebbe dimostrato, sempre a detta dell'autore, dallo sch. Πολλά ἐστὶ a Bas. 47.1.1 (Hb. IV 563 s. = Schelt. VII 2750): per l'attribuzione dello scolio a Doroteo vd. G.E. HEIMBACH, *Manuale* cit., 314. Si limita genericamente a dichiarare il passo non del tutto genuino M. TALAMANCA, *Donazione possessoria* cit., 273 nt. 54. Nello stesso ordine di idee di Iul. 17 *dig.* D. 39.5.1 pr. si veda l'altrettanto noto Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1.2 '*Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat*': sul brano vd. G. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., 326 nt. 416.

natura non donativa dell'atto creditizio, è congettura che va assolutamente scartata.<sup>154</sup>

I motivi per diffidare del passaggio '*donationem non esse-accipientem maneret*' dunque non mancano, per quanto occorre riconoscere che, guardando alla sostanza, la logica solutiva, col suo attento indagare sulla funzionalità soggettiva dell'atto, non si discosta affatto dall'impostazione metodologica altrove adottata dal giurista adrianeo: anzi mostra una piena sintonia anche sul versante lessicale. Basterebbe qui considerare il prima richiamato Iul. 17 dig. D. 39.5.1 pr.-1 (*dat aliquis ea mente, ut [...] item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis [...] si hac mente donat sponsus sponsae*'). A lasciare perplessi è semmai il concreto approdo sul piano decisionale, più che il paradigma in cui tale decisione si inquadra.

Ciò che è importante però ribadire è che non vi è in ogni caso alcuna ragione per estendere i sospetti all'affermazione immediatamente successiva '*creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*'.<sup>155</sup> In particolare non vi è motivo per mettere in dubbio che la configurabilità del mutuo venga esclusa da Giuliano sulla scorta di valutazioni strettamente attinenti al profilo soggettivo dell'intenzionalità delle parti,<sup>156</sup> con un apparato argomentativo ('*quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*') che peraltro ricorda molto da vicino Gai 3.91 ('*is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*').<sup>157</sup>

Non è del resto senza significato il fatto che, salvo rarissime eccezioni,<sup>158</sup> la genuinità del passaggio in questione non sia stata messa in discussione neppure dalla critica interpolazionistica, la quale ha avanzato semmai rilievi sulla frase immediatamente successiva

<sup>154</sup> In più l'ipotesi non è coerente con l'impianto logico e discorsivo della prima parte del frammento, in cui appare del tutto evidente che a guidare l'autore, chiunque esso fosse, era la preoccupazione di mettere in guardia sui termini approssimativi con cui la vicenda era stata riassunta (*Si tibi pecuniam donassem, ut mihi eandem crederes*), non essendo i singoli elementi costitutivi del rapporto (*talem contractum*) propriamente riconducibili né alla donazione, né al credito, per le ragioni che di lì a poco sarebbero state precisate nel prosieguo del brano: e ad essere qualificato come donazione è il primo atto di trasferimento. È dunque inevitabile che a questo, e non al secondo atto (diversamente ricondotto al credito), vada riferita la precisazione critica contenuta nella frase incriminata *quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*.

<sup>155</sup> Per la genuinità vd. S. RICCOBONO, *La voluntas (Lecture londinesi)* cit., 79 s.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 40, 255 ss., su cui vd. *infra* nel testo in questo stesso § e in nt. 161. Non avanza sospetti sul tratto in questione S. BROISE, *Animus donandi* cit., 53 ss.; così anche D. LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitoma* cit., 77; più di recente A. PALMA, *Benignior interpretatio* cit., 80.

<sup>156</sup> Così già G. BORTOLUCCI, *Note* cit., 271; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 40, il quale anzi estende il raggio operativo dell'argomentazione giuliana, ricollegandovi anche la decisione del giurista di escludere la donazione; negli stessi termini S. BROISE, *Animus donandi* cit., 60 s. («Giuliano nega la validità sia della *donatio*, sia del mutuo, ponendo appunto in rilievo la *mens* delle parti, cioè il modo in cui le varie vicende sono volute dagli agenti»); di «elemento del negozio jurídico» discute H. HANISCH ESPÍNDOLA, *La intención de donar* cit., 28 s.

<sup>157</sup> La straordinaria affinità lessicale («le frasi coincidono a capello») e soprattutto dottrinale («L'idea dommatica è una [...] il contratto [...] presuppone una volontà diretta a stringere un'obbligazione»), rispetto a Gai 3.91, si trova opportunamente evidenziata in S. RICCOBONO, *La voluntas (Lecture londinesi)* cit., 83, il quale ne trae argomento per ipotizzare un assai stringente legame tra le posizioni dei due giuristi («Giuliano [...] è in questa materia il maestro di Gaio»), non sfuggendo peraltro all'autore la stretta relazione con Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.3 («la stessa frase ripete Paolo»).

<sup>158</sup> H. APPLETON, *Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir (Thèse pour le doctorat)*, Paris 1894, 166.

(*igitur-intellegi debeo*):<sup>159</sup> neanche da parte di quegli stessi studiosi che pure avevano attribuito al caposcuola sabiniano una visione rigorosamente oggettiva del *negotium* e con esso del *contrahere*.<sup>160</sup> È inutile dire che ciò rappresenta un ulteriore esempio di quelle incongruenze che in varie occasioni affiorano nel pensiero di questi autori. Da questo punto di vista non si può davvero fare a meno di notare come anche Betti abbia dovuto alla fine ammettere che Giuliano avrebbe qui escluso il negozio di mutuo per essere la consegna del denaro rivolta allo scioglimento di un vincolo obbligatorio, secondo dunque gli stessi processi argomentativi gaiani.<sup>161</sup> Non occorre osservare quanto siamo distanti dall'idea del *negotium contractum* quale relazione oggettiva tra due patrimoni inizialmente formulata dallo studioso.

Non pare si possano pertanto condividere i rilievi sollevati da Saccoccio. In particolare non vi è ragione per ritenere che la motivazione «che fa leva sulla mancanza dell'*animus obligandi*» per escludere la *pecunia credita* non appartenga a Giuliano, ma «rimonti alla stessa penna che presumibilmente ha introdotto la divagazione sul non ricorrere di una donazione».<sup>162</sup>

Ad alimentare le perplessità dello studioso è il fatto che, per negare la configurabilità di una vicenda creditizia, Giuliano farebbe qui ricorso a due diversi profili motivazionali. Uno soggettivo, incentrato sull'assenza di un *animus obligandi*. L'altro oggettivo, diversamente calibrato sul fatto che il donante-mutuatario avrebbe finito per ricevere in mutuo denaro proprio (*magis enim meum accepisse intellegi debeo*). Le due motivazioni sarebbero peraltro messe, tra di loro, in una non congruente relazione di consequenzialità logica (*igitur*).<sup>163</sup> Si rilegga il passaggio in questione:

[...] *creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam; magis enim meum accepisse intellegi debeo.*

Indubbiamente l'autore ha ragione nel denunciare la presenza nel brano di due diversi profili argomentativi. Ciò non significa, però, che questi siano di per sé contrastanti. Se lo

<sup>159</sup> Inutilmente ripetitivo il periodo *igitur-creditam* per G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 106; analogamente («ripetizione [...] brutta») P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 358, 446 s., con sospetti anche verso la frase '*magis enim meum accepisse intellegi debeo*' («è errata e in contraddizione con '*quia exsolvendi causa magis daretur*»); espunge l'intero passaggio D. LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae* cit., 77. In difesa del testo vd. G.G. ARCHI, *Animus donandi* cit., 1043 nt. 33; S. BROISE, *Animus donandi* cit., 56 nt. 56.

<sup>160</sup> Per la genuinità vd. appunto P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 447, con un punto di vista peraltro significativamente confermato anche in ID., *Il trasferimento* cit., 188, ove, come si è osservato (nt. 142), sono semmai emersi sospetti sull'intero tratto '*dixi-maneret*' ritenuto in un primo momento almeno in parte genuino (ad essere uncinato, come si è detto, era il solo tratto '*in huiusmodi propositionibus-pecuniam creditam*'); così anche E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 39 s.

<sup>161</sup> E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 324, con richiamo proprio a Gai 3.91; ID., *Appunti* (1958) cit., 40: «il ritrasferimento [...] è concepito in funzione dell'obbligo di immediata restituzione, concordato tra le parti [...] onde il trasferimento del donatario al donante risulta avere ad oggetto piuttosto una *causa solvendi*, che in quanto tale non può costituire il fondamento di una *obligatio*», 257, in un contesto espressivo e argomentativo che finisce per mescolare i due diversi profili motivazionali che troviamo adoperati nel brano e su cui si regge, come proprio adesso vedremo, la decisione di Giuliano.

<sup>162</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 366.

<sup>163</sup> Così appunto A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 365 s.



studioso è giunto a questo convincimento lo si deve innanzitutto all'aver egli individuato un nesso logico tra le due argomentazioni, come se la seconda (l'aver ricevuto denaro proprio) fosse conseguenza della prima (la mancanza di *animus credendi*): il che, come correttamente osserva anche l'autore, da un punto di vista giuridico non avrebbe ovviamente alcun senso.<sup>164</sup>

Non si è però considerato che il ricevere denaro proprio (*'magis enim meum accepisse intellegi debeo'*) non è presentato come conseguenza della mancanza di *animus credendi*, ma come (ulteriore ed autonoma) causa ostativa alla costituzione di un rapporto creditizio. Sul punto non sembra esservi spazio per diverse conclusioni, tanto più che la precisazione si riferisce chiaramente alla frase riassuntiva immediatamente precedente, alla quale è legata da una relazione di tipo evidentemente motivazionale (*'Igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam; magis enim [...]*). Un'incoerenza logica, come quella segnalata oggi da Saccoccio, e a suo tempo da Beseler,<sup>165</sup> si verrebbe a delineare se ci trovassimo di fronte a un'affermazione del seguente tenore:

*creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi; magis [enim] <igitur> meum accepisse intellegi debeo.*

Non è certo questo, però, ciò che leggiamo nel brano. Le due argomentazioni sono tra di loro del tutto autonome e si muovono su piani differenti. Si deve peraltro rilevare che la seconda, quella introdotta dalla frase *magis enim meum accepisse intellegi debeo* (tanto per intenderci), ancorché autonoma rispetto alla prima, costituisce un'argomentazione che potremmo definire di secondo livello. Più precisamente si pone come implicazione derivante dalle precedenti valutazioni circa la nullità della donazione.<sup>166</sup> Non si spiegherebbe, altrimenti, come possa aver mantenuto, il donante-mutuatario, la proprietà della somma di denaro, ammesso che (come ci pare ragionevole ritenere) la certo sibillina frase di Giuliano *'magis enim meum accepisse intellegi debeo'* alluda, non solo sostanzialmente (*magis [...]* *intellegi*), ma anche formalmente, a un mancato trasferimento della proprietà della *pecunia* in favore dell'apparente donatario.<sup>167</sup>

<sup>164</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 366: «l'aver ricevuto a mutuo il proprio denaro [...] non può essere una conseguenza dell'aver adempiuto con la *causa solvendi* anziché *credendi*».

<sup>165</sup> G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 106 («*Magis enim meum accepisse intellegi debeo* ist nicht nur falsch, sondern auch in unlöslichem Widerstreite mit *quia exsolvendi causa magis daretur*»); adesivamente P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 358, su cui vd. *supra* nt. 133; ID., *Il trasferimento* cit., 188.

<sup>166</sup> In questo senso vd. ad es. S. BROISE, *Animus donandi* cit., 56 nt. 56, che proprio per questa ragione vi intravede, più che una «argomentazione teorica», una «conseguenza pratica della argomentazione teorica già svolta dal giureconsulto»; T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen* cit., 147.

<sup>167</sup> Nell'ordine di idee di un vero e proprio mancato trasferimento della proprietà vd. già BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In II. Partem Digesti veteris Commentaria*, Basileae 1588, *De rebus creditis, Si certum petatur, & De certi condictione, Titulus I. Lex 20*, 46 («Quando aliquid datur hoc acto ut danti reddatur [...] Si vero apud eum nullum est commodum remansurum, tunc impeditur dominij translatio»); tra gli autori moderni S. BROISE, *Animus donandi* cit., 56 nt. 56; P. BIRKS, *Ulpianus Marcellus* cit., 113; R. BACKHAUS, *Casus perplexus* cit., 110 e ivi nt. 16 («Bei Unwirksamkeit der Schenkung geht das Eigentum nicht über, und eine Rückübereignung, die Voraussetzung für das Zustandekommen eines Darlehns ist, ist nicht möglich»). Diversamente, pensa a un trasferimento formale della proprietà, in una sorta di negozio fidu-

La presenza di un ordine motivazionale di questa natura potrebbe semmai (e al più) costituire una buona ragione per interrogarsi sull'opportunità di ricorrere a un supporto argomentativo diversamente calibrato sul piano dell'intenzionalità negoziale: va da sé che il mancato acquisto della proprietà dei *nummi* in capo all'apparente donatario-mutuante, conseguente alla nullità della donazione, avrebbe potuto rappresentare un motivo di per sé sufficiente per escludere la costituzione di un successivo contratto di mutuo, senza che si rendesse dunque necessario impegnarsi in un approfondimento del più insidioso profilo intenzionale del donatario-mutuante.<sup>168</sup> Ciò però non significa che sussistano quei profili di incoerenza denunciati.

Peraltro, i rilievi sollevati dall'autore sulla genuinità della frase *donationem non esse quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*, ritenuta un'intrusione postclassica, avrebbero dovuto (semmai) indurlo ad avanzare sospetti sulla seconda motivazione (*magis enim meum accepisse intellegi debeo*), anziché sulla prima (*exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*).

Tra le due questioni (nullità della donazione-ricevere denaro proprio) sussiste, come si è detto, un preciso rapporto di causalità, per quanto l'autore abbia provato a negarlo.<sup>169</sup> Venendo meno l'una, non può che venir meno anche l'altra. Se dunque si propone di sopprimere l'intero passaggio sulla donazione, come suggerisce Saccoccio, non si può poi non fare altrettanto con l'inciso *magis enim-debeo*, che di quel passaggio costituisce, come si è chiarito, la diretta conseguenza giuridica. Verrebbe così meno quella duplicazione argomentativa che tanti sospetti ha suscitato nello studioso.

Tenuto conto, come si è detto, che il periodo introdotto da *igitur* non fa altro che riassumere (con dubbia utilità) quanto già affermato, e che lo fa peraltro attraverso una generalizzazione dei termini della vicenda, si potrebbe anche e al più prendere in considerazione l'ipotesi che l'intera frase costituisca un (innocuo) glossema esplicativo.<sup>170</sup>

ciario volto alla restituzione del denaro («[...] eines fiduziarischen Geschäfts auf Ruckerstattung»), H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge* cit., 60 s., con un ricorso all'istituto fiduciario che suscita invero più di una perplessità (cosa di cui era certo consapevole lo stesso studioso: 60 s. nt. 15); sempre nell'ottica di un passaggio di proprietà O. BEHREND, Rec. a H.H. JAKOBS, B. KNOBBE-KEUK, E. PICKER, J. WILHELM (a cura di), *Festschrift Flume* cit., 475 («Das *suum* in Julians *magis enim meum accepisse intellegi debeo* ist denn auch offenbar ein materiales *suum*, wie in *aes alienum* und in *aes suum*, wie es auch sonst im Kondiktionsrecht begegnet»). Più sfumata la posizione assunta sul punto da S. SCHLÖRMANN, *Zu l. 20 D. de rebus creditis 12,1* cit., 378 s.; per un ridimensionamento della questione vd. diversamente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 367.

<sup>168</sup> Si interroga sull'utilità del ricorso a entrambe le argomentazioni A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 365 s.

<sup>169</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 367, il quale si premura di precisare come, nell'ordine di idee di Giuliano, l'eventuale alienità della *pecunia* non avrebbe rappresentato un impedimento per la configurazione del mutuo («per Giuliano il mutuo ricorreva anche quando il *dans* consegnava *aliena pecunia*»), con un'argomentazione che non tiene però conto che il rilievo sollevato nel brano non prende di mira il fatto che il mutuante consegna denaro altrui, quanto piuttosto la ben diversa circostanza che il mutuatario riceve denaro proprio.

<sup>170</sup> Così («bare Wiederholung»), in un quadro ricostruttivo che diversamente prospettava (lo si è visto) incongruenze di ordine logico-discorsivo, G. BESELER, *Beiträge 3* cit., 106, con rilievi che colpivano la collocazione dell'avverbio (*igitur*) in principio di periodo; negli stessi termini P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 188.

## 5. CONCLUSIONI.

Quanto è andato sino ad ora emergendo non può ritenersi in alcun modo contraddetto dalla lettura di Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36.<sup>171</sup> Il brano, al di là delle molte questioni che pone in relazione al dibattuto tema della natura causale o astratta della *traditio*,<sup>172</sup> non può essere invocato a sostegno della tesi che vorrebbe il giurista adrianeo partigiano di una valutazione oggettiva del *contrahere negotium* (e quindi del *contractus*). In particolare non vi sono elementi per sostenere, come pur si è fatto, che, con la frase ‘*nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*’, il giurista avrebbe inteso far riferimento all’«opposto punto di vista subiettivistico» (celsino), al quale, più in là nel tempo, avrebbe prestato la propria adesione Gaio (Gai 3.91).<sup>173</sup> Le testimonianze esaminate, e in particolare Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 e Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20, ci hanno al contrario restituito l’immagine di un giurista impegnato nella valorizzazione del profilo soggettivo (oggi diremmo) negoziale, ben distante dal ritratto, che se ne è voluto fare, di un convinto sostenitore di logiche ricostruttive diversamente legate a visioni rigorosamente oggettive del *negotium*, inteso come mera relazione tra distinte sfere patrimoniali.

<sup>171</sup> Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36: *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*

<sup>172</sup> Sulla questione ci permettiamo di rinviare, con letteratura, a G. ROMANO, *Iul. 13 dig. D. 41.1.36 e Ulp. 7 disp. D. 12.1.18 pr.: tra causa traditionis e negotium contrahere in Giuliano*, in corso di pubblicazione negli Studi in onore di Letizia Vacca.

<sup>173</sup> Così E. BETTI, *Sul valore* cit., 65 s., che d’altra parte negli studi successivi avrebbe espresso serie riserve sul brano giuliano e sulla soluzione qui adottata dal giurista adrianeo (in questo senso vd. E. BETTI, *Il dogma bizantino* cit., 331); in termini non dissimili G. GROSSO, *Il sistema*<sup>3</sup> cit., 44 s., il quale, nella divergente soluzione accolta in Ulp. 7 *disp.* D. 12.1.18 pr., vedeva un efficace esempio dei riflessi pratici che potevano in concreto scaturire dall’adesione a una delle due contrapposte teoriche contrattuali: l’innovativo modello soggettivo pediano-gaiano (Ulp. 7 *disp.* D. 12.1.18 pr.), a fronte del più datato paradigma oggettivo giuliano (Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36); sempre nel segno di un’implicazione derivante dall’adozione di un modello obiettivo di *negotium* vd., più recentemente, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 346 ss.

Giuseppe Romano

Tra patti dotali e spese di viaggio.  
A proposito dell'*actio utilis in factum* di Pap. 4 *resp.* D. 23.4.26.3

ABSTRACT

This study deals with Pap. 4 *resp.* D. 23.4.26.3, interesting text of Papinian in which an *actio utilis in factum* is granted against the husband who, in violation of what was agreed, had not reimbursed his wife for the travel expenses incurred to reach him. The author excludes it was a contractual action (*a. praescriptis verbis, a.c.i.*), believing rather that it was an *a. de dolo in factum*, in application of the principle that prohibited the exercise of infaming actions between spouses (C. 5.12.1.2; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.11.1).

PAROLE-CHIAVE

*Actio utilis in factum*; patti dotali; contratti innominati; *actio de dolo*; azioni infamanti tra coniugi.

Si ringrazia l'Università di Palermo per il supporto alla ricerca attraverso il FFR 2021 – Romano.

TRA PATTI DOTALI E SPESE DI VIAGGIO.  
A PROPOSITO DELL'ACTIO UTILIS IN FACTUM  
DI PAP. 4 RESP. D. 23.4.26.3

1. Di patti dotali e rimborso di spese di viaggio tra coniugi si occupa Papiniano in

D. 23.4.26.3 (Pap. 4 resp.) *Convenit, ut mulier viri sumptibus, quoquo iret, veberetur, atque ideo mulier pactum ad litteras viri secuta provinciam, in qua centurio merebat, petit. Non servata fide conventionis licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est.*

Non è semplice ricostruire con esattezza la vicenda prospettata al giurista severiano, essendo essa descritta in termini che si prestano a più di un'interpretazione e che a tratti appaiono anche non limpidissimi.<sup>1</sup> Stando a quella che sembra l'ipotesi più probabile, pare di capire che la donna, facendo affidamento (*ideo*)<sup>2</sup> su un precedente impegno assunto dal marito di tenerla indenne dalle spese di viaggio da questa affrontate, su richiesta del marito stesso (*pactum ad litteras viri secuta*),<sup>3</sup> si fosse affrettata a raggiungerlo nella provincia (*pro-*

<sup>1</sup> In proposito vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, 222 nt. 233.

<sup>2</sup> Espunge le parole 'atque ideo' G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 1, Palermo 1936, 312; per la genuinità vd. diversamente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 nt. 232, che ritiene l'avverbio del tutto coerente con lo sviluppo logico-discorsivo del frammento.

<sup>3</sup> Così già Stefano nello sch. Γυνή τις *ad Bas.* 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2124): ὁ ταύτης ἀνὴρ δι' ἐπιστολῆς αὐτὴν μετεστείλατο' (Hb. III 473: «maritus eius [...] per literas eam accessivit»); per l'attribuzione dello scolio a Stefano vd. G.E. HEIMBACH, *Manuale Basilicorum*, in *Basilicorum Libri LX. Tom. VI. Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 288. Negli stessi termini di Stefano, Accursio, in *Glossa in Digestum vetus ad librum XXIII. Tit. IIII. De pactis dotalibus. Ad L. XXVI*, Lugduni 1549, 1157 lett. a («Ad literas quibus voluit mulierem ad se pervenire»); J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani. Ad lex XXVI de pactis dotalibus. Ad §. Convenit*, in *Opera omnia. Tomus quartus*, Prati 1837, 2072 («maritus [...] scripsit uxori ut ad se veniret»); tra gli autori moderni vd., tra le righe, R. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano*, Siena 14-15 aprile 1989, Napoli 1991, 106; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano II*, Torino 1995, 275 nt. 48; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 («reist sie, auf einen Brief des Mannes hin der Vereinbarung folgend, in die Provinz»). Per una tale interpretazione non sembra occorra leggere 'ac litteras' anziché 'ad litteras' secondo una proposta discretamente diffusa tra gli autori di diritto comune e che ha addotto a sostegno l'appena richiamato sch. Γυνή τις *ad Bas.* 29.5.24: ἡ δὲ τῷ τε συμφώνῳ καὶ τοῖς παρ' αὐτοῦ γραφεῖσι πεισθεῖσα κατέλαβε τὴν ἐπαρχίαν' (Hb. III 473 «illa autem et pacto et literis eius freta venit in provinciam»). In favore della correzione vd. tuttavia

*vinciam* [...] *petit*),<sup>4</sup> dove questi prestava il servizio militare in qualità di centurione.<sup>5</sup> Non avendo però tenuto fede il marito all'impegno assunto (*non servata fide conventionis*), la donna si rivolgeva al giurista per sapere come far valere il patto, in modo da ottenere il rimborso di quanto speso, in conformità a quanto le era stato promesso. In assenza di rimedi processuali edittali direttamente impiegabili (*licet directa actio nulla competit*), a detta di Papiniano, la donna avrebbe dovuto fare valere la propria pretesa mediante un programma di giudizio appositamente predisposto, e per ciò detto *in factum*, che il giurista definisce inoltre *utilis*, con una precisazione il cui esatto significato non è di facile interpretazione ed anche per questo è stata fatta bersaglio di svariate critiche.<sup>6</sup>

Dai termini approssimativi in cui è descritto, rimane semmai in qualche misura indeterminata la portata effettiva dell'accordo. Più precisamente non si è nella condizione di

(«sic Graeci legunt recte, non ad literas») J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani* (*Opera* IV) cit., 2072; in senso contrario ci limitiamo a segnalare F. KNIEP, *Präscriptio und pactum*, Jena 1891, 127; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 275 nt. 48; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 nt. 233. Da altro punto di vista deve ritenersi poco verosimile l'interpretazione della locuzione *ad litteras* nel senso di 'alla lettera', come se la donna, nel mettersi in viaggio alla volta del marito, si fosse attenuta scrupolosamente a quanto pattuito tra i due: lo esclude condivisibilmente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 275 nt. 4. Al di là dell'interpretazione del tratto in questione, non sembra vi siano ragioni specifiche per ritenerlo non genuino, secondo quanto sostenuto da G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 312, con una diagnosi che, d'altra parte, non ha avuto seguito neppure presso la critica interpolazionistica: non si trovano rilievi, per fare solo degli esempi, in P. VOICI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 270; P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Nemours 1947, 381. Per la genuinità vd., del resto, già P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* I, Pavia 1913, 326; più recentemente, tra i tanti, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 e ivi nt. 234, che pure mette in risalto le difficoltà interpretative del tratto in questione e più in generale dell'intero passaggio '*pactum-petit*'.

<sup>4</sup> Così già Accursio in *Glossa in Digestum vetus ad librum XXIII. Tit. III. De pactis dotalibus. Ad L. XXVI* cit., 1157 lett. e); adesivamente J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani* (*Opera* IV) cit., 2072 («in provinciam profecta est, Basilica πρὸς αὐτὸν ἀπεξήλαθε»); F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 276 n. 48.

<sup>5</sup> Per una possibile connessione del verbo *petere* con *pactum*, da intendersi come participio passato di *pacisci*, ove a questo punto *secuta* andrebbe collegato a *provinciam*, vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 nt. 234, con un'interpretazione che non incide comunque sulla ricostruzione sostanziale della vicenda esaminata dal giurista severiano.

<sup>6</sup> Prendono posizione per l'origine bizantina dell'espressione *actio utilis in factum* G. BORTOLUCCI, *Actio utilis*, Modena 1909, 31 s.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* I, cit., 326; P. KOSCHAKER, *Unterhalt der Ehefrau und Früchte der Dos*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel LX anno del suo insegnamento*, IV, Milano 1930, 3 nt. 2; S. SOLAZZI, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in AG 113, 1946 = *Scritti di diritto romano*, IV (1938-1947), Napoli 1963, 521 («*Utilis* davanti a *in factum* non solo è esuberante; è anche improprio»); P. COLLINET, *La nature* cit., 381 s., che giudica l'espressione sorprendente; in termini molto netti G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in ZSS 75, 1958, 282 nt. 78; per l'interpolazione anche G. WESENER, *Utiles actiones in factum*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano 1962, 500 ss., per quanto lo studioso si premurasse di sottolineare come le espressioni *a. in factum-a. utilis*, in quanto tali, non sarebbero tra loro coerenti, facendo piuttosto riferimento ad aspetti differenti («*actio utilis* ist ein Terminus des materiellen Rechts, abgestellt auf das Verhältniss des gegebenen Anspruchs zu seinem Vorbild; *actio in factum* hingegen ist ein prozessualer Begriff, der sich auf die Konzeption der Formel bezieht»); critiche più di recente si trovano anche in G. ZARRO, *I 'nova negotia'. Dalla mera nuda 'conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli 2018, 110 s., su cui vd. *infra* nt. 83. Richiama l'attenzione sulle difficoltà interpretative della locuzione L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano 2007, 190 nt. 71.

stabilire con certezza se il marito si fosse impegnato a farsi carico di tutti i costi di viaggio della moglie, ovunque questa avesse deciso di recarsi, in piena autonomia, o se diversamente l'impegno coprisse le sole spese affrontate per seguire il marito, ovunque questi fosse andato. Tutto dipende, in definitiva, se si ritenga soggetto (sottinteso) della proposizione *'quoquo iretur'* la moglie,<sup>7</sup> come per la verità parrebbe a guardare al piano squisitamente sintattico-grammaticale, o piuttosto l'uomo, come sembra da altro punto di vista decisamente più probabile, tenuto anche conto che l'esempio in concreto riportato, e dal quale trae origine il responso di Papiniano, riguarda proprio il caso di un ricongiungimento col marito, avvenuto peraltro, come si è detto, su richiesta di quest'ultimo. Come si può agevolmente intuire, e come del resto si vedrà, non si tratta affatto di aspetto marginale.

Pur nella genericità della descrizione della vicenda, è certo verosimile che l'accordo fosse maturato nell'ambito di una convenzione dotale,<sup>8</sup> secondo quanto suggerisce il dato palinogenetico,<sup>9</sup> unitamente alla collocazione del frammento nel titolo del digesto *'de pactis dotalibus'*. In più la fattispecie è esaminata all'interno di un più ampio discorso in cui Papiniano si occupava proprio di convenzioni dotali: (pr.) *Inter socerum et generum convenit [...]* (§ 2) *Cum inter patrem et generum convenit*.<sup>10</sup> Sembra quindi del tutto legittimo ritenere che anche in questo caso ci si trovi nell'ambito dei patti dotali, con la differenza (rispetto ai §§ precedenti) che a provvedere alla costituzione della dote doveva essere stata direttamente la moglie,<sup>11</sup> analogamente (del resto) alla vicenda esaminata nel successivo § 4 (*Filia cum pro se dotem promitteret, pepigit, ut rell.*). Ciò ci consente ragionevolmente di

<sup>7</sup> In questo senso vd. già gli scolii Γυνή τις *ad* Bas. 29.5.24: *'συνεφώνησε δὲ ὁ ἀνὴρ ὅπουδῆποτε ἀπελεύσει, ὃ γύναι, ἔμοις ἀπελεύσει δαπανήμασι'*, e Ἰσιδώρου. Οὕτε *ad* Bas. 29.5.24: *'ὅπουδῆποτε εἰ ἀπελεύσει, ἔμοις ἀπελεύσει δαπανήμασιν'*. Così anche J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072; J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis*, Salmanticae 1650 (*Caput XI. De actione, quae nascitur e contractu, facio ut des; & utrum sit praescriptis verbis?* n. 7), 115; tra gli studiosi recenti si vedano, nel senso qui indicato, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106: «le spese dei viaggi che la moglie avesse voluto intraprendere per qualsiasi destinazione»; F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 275 («in qualunque luogo andasse»); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222.

<sup>8</sup> Interpretazione che si trova anch'essa formulata già nel più volte richiamato sch. Γυνή τις *ad* Bas. 29.5.24: *'Γυνή τις ἐπιδέδωκε προῖκα'* («Mulier quaedam dotem dedit»: Hb. III 473). Tra gli autori moderni vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in IVRA 36, 1985, 47 nt. 82; («Il testo doveva riguardare un caso di convenzione dotale») R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106, 108 nt. 75, il quale d'altra parte fa notare come questo sia «il solo caso, tra quelli riportati in D. 23.4.26, in cui la convenzione non è riferita espressamente alla dote»; F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 279 s.; in termini molto netti («Wohl im Zusammenhang mit der Bestellung einer Mtgift») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 s. e ivi nt. 231; V. HALBWACHS, *Non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit. Überlegungen zum Verhältnis von Schenkungsverbot und Unterhaltsleistungen zwischen Ehepartnern*, in Fundamina 16.1, 2010, 137 nt. 33, che si limita a richiamare il brano; A. TORRENT, *Previsiones aquilianas. II. Actio directa, in factum, utilis, ad exemplum, quasi damni iniuriae legis Aquiliae. Las llamadas acciones mixtas*, in RIDROM 23, 2019, 398. In senso contrario G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 34, il quale da parte sua osserva che, se così fosse stato, per far valere il patto la donna avrebbe avuto a disposizione l'*a. rei uxoriae*.

<sup>9</sup> Il l. 4 *resp.* è dedicato in larghissima misura al tema della dote: in proposito vd. O. LENEL, *Pal.* 1.897 ss.

<sup>10</sup> La notazione può trovarsi in R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106.

<sup>11</sup> In questo senso J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072: «Inter virum et uxorem pacto nudo in urbe convenit»; tra gli autori moderni F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 278; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222.



escludere che a essere in discussione fosse la possibilità che il patto producesse effetti a favore di un terzo.

Rimane invariata la questione dell'individuazione del mezzo processuale al quale doveva pensare Papiniano. Di esso si sa solo, come si è detto, che dovrà presentare un programma di giudizio congegnato *in factum*, e dunque per il caso specifico,<sup>12</sup> e che viene inoltre definito, in termini che si prestano a più di un'interpretazione, *utilis*.

È risaputo che su questa parte del brano non sono mancati sospetti. In molti hanno denunciato un impiego scorretto di *licet* con l'indicativo.<sup>13</sup> Si tratta di rilievo che non legittima una diagnosi interpolazionistica dell'intera chiusa '*licet-danda est*',<sup>14</sup> così come non giustifica neppure la proposta di chi ha suggerito di uncinare il tratto *directa actio nulla competit*,<sup>15</sup> con un intervento che avrebbe dovuto quantomeno portare a una soppressione del correlato avverbio *tamen*, che non troverebbe più a quel punto alcuna giustificazione.<sup>16</sup> Ammesso che si tratti effettivamente di impiego grammaticalmente scorretto (e c'è da dubitare),<sup>17</sup> sarebbe certo più ragionevole pensare a un innocuo guasto determinatosi in sede di tradizione testuale.<sup>18</sup> Eccessivi appaiono anche i sospetti che si sono addensati, come si è detto, sulla stessa coerenza dogmatica dell'espressione *a. utilis in factum*.<sup>19</sup> Né si

<sup>12</sup> Sull'utilizzo dell'espressione *a. in factum* per indicare l'azione decretale ai sensi di Pap. 8 *quaest. D.* 19.5.1 pr.-2, da approntarsi per il caso specifico, indipendentemente dalla *conceptio (in ius o in factum)* dell'*intentio*, ci limitiamo a rinviare a R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 114 s.; G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, I, Torino 2021, 221 ss.; ID., *L'actio in factum come surrogato dell'azione di ripetizione? A proposito di Iul. 60 dig. D.* 39.6.18.1 e *Iav. 13 epist. D.* 19.5.10, in AUPA 64, 2021, 187 e ivi nt. 64, con indicazioni bibliografiche.

<sup>13</sup> Rilievi in tal senso si trovano in G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 31 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 326; P. VOCI, *La dottrina* cit., 270; S. SOLAZZI, *Per la storia* cit., 51; P. COLLINET, *La nature* cit., 381 s.; G. WESENER, *Utiles actiones in factum* cit., 501 ss.; R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107 s., in termini che però non mettono in discussione la genuinità sostanziale della soluzione finale.

<sup>14</sup> Così invece G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 31 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 326; G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 312; P. VOCI, *La dottrina* cit., 270; P. COLLINET, *La nature* cit., 381 s.; G. WESENER, *Utiles actiones* cit., 501 ss. In senso contrario, come si è appena visto (nt. prec.), R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107, su cui vd. però nt. seg; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 s. nt. 236.

<sup>15</sup> R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107 s., che pensa più precisamente alla mano di un glossatore postclassico.

<sup>16</sup> Così correttamente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 278 nt. 62.

<sup>17</sup> Lo mette condivisibilmente in dubbio F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 277 s., il quale fa osservare come l'uso dell'indicativo si trovi attestato nei principali lessici, oltre a essere documentato in un considerevole numero di frammenti del digesto; adesivamente, con un invito a non fare eccessivo affidamento sulla purezza linguistica di Papiniano, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 nt. 236.

<sup>18</sup> Così, ancora una volta, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 228; con un'ipotesi fatta propria da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 nt. 236.

<sup>19</sup> In proposito vd. *supra* nt. 6. In difesa della locuzione vd. già F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin 1841, 94 s. e ivi nt. f («Pleonastisch sind diese Ausdrücke gerade nicht»), ove si richiama, nello stesso ordine di idee, D. 11.7.7.1; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, 354, il quale d'altra parte pensa ad azione esperita nelle forme del processo cognitorio, trattandosi di controversia sorta in ambito provinciale (nel senso di un processo cognitorio vd. già A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales in factum*, in IVRA 20, 1969, 58 nt. 11); non muovono rilievi, tra gli autori recenti, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106 ss.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 276 ss.; F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione*, Napoli 2001, 50; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 ss.; P.

vede, infine, in che modo si possa validamente invocare, ai fini dell'origine compilatoria, Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.21 pr.,<sup>20</sup> in cui il riferimento al punto di vista di Papiniano, tratto sempre dal *l. 4 resp.*, riguarda la connessa ma certo differente questione della ripetibilità di quanto prestato dal marito alla moglie a copertura delle spese di viaggio che questa avrebbe dovuto affrontare per raggiungerlo,<sup>21</sup> in ragione del fatto che tale elargizione dovesse considerarsi ricadente o meno nel divieto di donazione tra coniugi.<sup>22</sup>

2. Che Papiniano lasciasse senza tutela la donna che aveva fatto affidamento sull'impegno assunto dal marito è davvero scarsamente verosimile.<sup>23</sup> Resta semmai da chiarire a quale modello processuale intendesse egli riferirsi. Già a una prima lettura, tra le diverse soluzioni astrattamente prospettabili, sembra si possa ragionevolmente escludere l'ipotesi di un ricorso all'*actio civilis incerti* aristoniana, in quella che sarebbe stata (secondo larga parte della più recente dottrina) la sua formulazione. Trattandosi di azione incerta (di stretto diritto) senza *demonstratio*, e dunque astratta,<sup>24</sup> non avrebbe potuto essere definita *in factum*, con una qualificazione che implica inevitabilmente una espressa individuazione del fatto generatore della pretesa. In sostanza, l'unico impiego di tale azione compatibile con il brano sarebbe quello di un'integrazione del programma di giudizio mediante *praescriptio* o *demonstratio* descrittiva del *factum*, con un'ipotesi che rischia però di determinare significative complicazioni rispetto alla possibilità di un utilizzo dell'azione secondo il suo schema standard. Non si può infatti non considerare, da questo punto di vista, che l'adeguamento *in factum* viene qui prospettato, non come semplicemente facoltativo,<sup>25</sup> ma come indispen-

GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, 29 nt. 12.

<sup>20</sup> Così invece, ma con conclusioni che non possono affatto condividersi, G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 35 ss.; P. COLLINET, *La nature* cit., 381 («la comparaison du texte avec un passage où Ulpian, faisant une référence directe au texte de Papinien, passe sous silence l'octroi par le jurisconsulte de l'action en cause»).

<sup>21</sup> Per una svalutazione del brano ai fini della soluzione della questione discussa in Pap. 4 *resp.* D. 23.4.26.3 vd. R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107; per una giusta evidenziazione dei profili di difformità tra le due vicende anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 e ivi nt. 240. Sulla testimonianza di Ulpiano vd. anche *infra* § 3.

<sup>22</sup> Sul punto vd. V. HALBWACHS, *Non enim donat* cit., 130 ss.: 136 s. per il brano di Ulpiano.

<sup>23</sup> Per l'inazionabilità del patto vd. tuttavia G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 31 ss., il quale nella concessione dell'*a. in factum utilis* vede un'alterazione compilatoria, in linea col nuovo regime introdotto in materia di patti dotali da Giustiniano in C. 5.13.1.16 (a. 230), per quanto l'autore (37 s.) non sembri escludere del tutto la possibilità di un impiego della *condictio*; P. VOCI, *La dottrina* cit., 270, che conseguentemente ricostruisce il brano nei termini seguenti: «*Non servata fide conventionis [licet directa actio] nulla competit [utilis tamen in factum danda est]*»; fondamentalmente anche G. WESENER, *Utiles actiones in factum* cit., 502, su cui vd. però *infra* nt. 77. In senso contrario vd. già S. SOLAZZI, *Per la storia* cit., 521; più recentemente R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106, che argomenta dall'appena richiamato Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.21 pr.

<sup>24</sup> Al riguardo vd. (soprattutto) A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias* 1, Madrid 1988, 137 s., 154; ID., *I contratti innominati*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 77; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 108 s.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, 181 ss.

<sup>25</sup> In relazione alla possibilità di precisare, mediante *praescripta verba*, il fatto fondativo della pretesa all'interno dell'*a. civilis incerti* vd. A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 137 s., 154; ID., *I contratti innominati*

sabile ai fini dell'esercizio stesso dell'azione ('*utilis tamen in factum danda est*').

Ciò vuol dire che, in assenza di un siffatto adattamento, l'azione non sarebbe stata utilizzabile. Il che rappresenterebbe inevitabilmente un serio intralcio per quanti pensano a un'azione edittale<sup>26</sup> astratta, che avrebbe avuto tra i suoi principali scopi proprio quello di tutelare vicende negoziali non riconducibili ad alcuna delle figure contrattuali previste a livello edittale. Non c'è dunque da stupirsi se l'ipotesi di un'adozione qui dell'*a.c.i.* aristoniana non sia stata presa in considerazione in dottrina tra quanti hanno prospettato un impiego dell'azione contrattuale atipica, i quali si sono semmai indirizzati per l'applicazione dell'*a.p.v.* (labeoniana), facendo proprie così certe suggestioni che circolavano già nelle fonti bizantine,<sup>27</sup> in un contesto storico in cui però, è appena il caso di ricordarlo, non si era ancora affacciata l'ipotesi di una differenziazione tra i due rimedi processuali (*a.p.v.*, *a.c.i.*).<sup>28</sup> Si tratta peraltro di suggestioni, anche questo va detto, che non avevano raccolto significative adesioni tra gli autori di diritto comune,<sup>29</sup> i quali per di più non mostrarono grande interesse verso il brano, che fu scarsamente studiato se non addirittura largamente trascurato. Se non ci inganniamo, a provare a riabilitare l'ipotesi di un impiego

cit., 83; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 108 s.; negli stessi termini, pur attribuendo l'innovazione a Mauriciano, T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 184 ss.

<sup>26</sup> Sulla ricezione dell'azione all'interno dell'editto vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 18, 28 s., 35, che pensa a una collocazione «in appendice alle *formulae* delle *actiones* o *condictiones certae pecuniae e certae rei*», 40 s., 68; ID., *Osservazioni* cit., 137. Maggiore cautela in ID., *Panoramica sul contratto nelle dottrine della giurisprudenza romana*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, I, Napoli 2007, 575.

<sup>27</sup> Per un'identificazione dell'*a. in factum utilis* con l'*a.p.v.* vd. Anastasio nello sch. Ἐκ τοῦ *ad Bas.* 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2125): Ἐκ τοῦ συμφώνου δηλαδὴ ἴμφακτουμ οὔτιλεμ ἦτοι πρᾶεσκρίπτις βέρβοις, ὡς φησιν Ἄναστάσιος. Nello stesso ordine di idee anche Cirillo (il giovane) in sch. Κυρίλλου. Ἐὐν πακτεῦση *ad Bas.* 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2124), su cui vd. *infra* § 4. Più genericamente, di «τὴν ἀπὸ τοῦ συμφώνου ἀγωγὴν» si discorre in *Bas.* 29.5.24: in relazione alla possibilità che dietro tale formulazione i *repurgatores* si riferissero all'*a.p.v.* vd., favorevolmente, P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati II*, Pavia 1916, 193. L'ipotesi di una identificazione con l'azione contrattuale atipica è diversamente esclusa da Isidoro, nello sch. Ἰσιδώρου. Οὔτε *ad Bas.* 29.5.24, su cui vd. *infra* nt. 78 e nel testo del § 5: dubbi sulla paternità dello scolio in questione si trovano in F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 127 («Isidorus, oder wohl Dorotheus»); P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2* cit., 194, raccogliendo così le perplessità manifestate da K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Rec. a J.A.B. MORTREUIL, *Histoire du droit Byzantin*, in Kri. Jar. 15, 1844, 811, che propendeva piuttosto per un'attribuzione a Doroteo, nell'ambito di un più ampio ordine di idee che, almeno in un primo momento, aveva sollevato seri dubbi sulla realizzazione di un commentario al Digesto da parte di Isidoro: in proposito e in senso contrario vd. H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970, 29 s.

<sup>28</sup> Al riguardo ci permettiamo di rinviare per una prima panoramica a G. ROMANO, *Giuliano 1* cit., cap. I § 1.

<sup>29</sup> Una critica rispetto all'ipotesi di un ricorso all'azione contrattuale può trovarsi in J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072 s., ove si pensa piuttosto all'impiego di azione *in factum* pretoria: *infra* nt. 50; adesivamente SCIPIO GENTILIS, *De donationibus inter virum, & uxorem libri IIII*, Hanoviae 1604, (*Lib. II, Cap. VI*) 175; A. DADINUS ALTESERRAE, *Recitationes quotidianae in varias partes digestorum & codicis*, in *Opera omnia. Tomus VIII. Volum. II, editio prima neapolitana 1777, (Ad titulum de pactis dotalibus L. 26 § convenit)* 82 («datur utilis actio in factum, quae est praetoria»), adducendo in tal senso la *L. si quis pro uxore* (Ulp. 32 *ad Sab. D.* 24.1.21 pr.); R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis, et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Tomus secundus. Nova editio*, Lugduni 1782, 46 lett. a).

dell'azione contrattuale (*a.p.v.*) fu, intorno alla metà del XVII sec., José Fernández de Retes,<sup>30</sup> con un tentativo che non ebbe però successo e che del resto non fu in grado di ravvivare l'attenzione della dottrina sul passo di Papiniano.<sup>31</sup> Esclusa del tutto ovviamente sotto le intemperie della critica interpolazionistica,<sup>32</sup> l'ipotesi di un impiego dell'azione contrattuale è stata invece gradualmente recuperata a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, sapendo raccogliere col passare degli anni più di un apprezzamento.<sup>33</sup> A esercitare una certa suggestione in tal senso è stata indubbiamente la qualificazione dell'azione come *utilis*, con un'indicazione che già a partire dai glossatori era di regola associata all'azione contrattuale atipica e che anche oggi da parte di autorevole dottrina è considerata espressiva di un tratto identitario dell'azione.<sup>34</sup> Da questo punto di vista si è anzi voluta intravedere una diretta relazione tra l'*a. in factum utilis* di Pap. 4 *resp.* e la *utilis conductio* di cui si discorre in C. 5.14.1,<sup>35</sup> da identificarsi ancora una volta con l'*a.p.v.*,<sup>36</sup> al punto che c'è chi ha ritenuto di poter attribuire la paternità del provvedimento imperiale alla penna di Papi-

<sup>30</sup> J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 115, con critica al punto di vista di Accursio, seguito (anche) da Cuiacio, i quali non avrebbero considerato che non si tratterebbe qui di nudo patto, ma di contratto innominato del tipo *facio ut des*.

<sup>31</sup> A questo proposito non si può fare a meno di osservare come il brano, tranne rarissime eccezioni, abbia continuato a essere fondamentalmente ignorato per tutto il XIX sec., sia tra quanti si sono specificamente occupati del tema della tutela delle convenzioni atipiche (non vi si trova alcun riferimento ad es. negli studi di Accarias e Pernice) o della materia dotale, sia tra gli autori di trattazioni di carattere generale: si pensi a Savigny (che si limita a un fugace richiamo: *supra* nt. 19) o Glück.

<sup>32</sup> Contro l'eventualità di un impiego dell'azione contrattuale da parte di Papiniano, ci limitiamo a segnalare, seppur con varietà di posizioni, G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 31 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 325 ss.; ID., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 193 s.; P. COLLINET, *La nature* cit., 381 s.

<sup>33</sup> All'impiego di azione con *praescripta verba* pensano, seppur in vario modo, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 107 s.; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 29 nt. 12. Non del tutto chiaro il punto di vista di M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s., il quale, se per un verso si orienta per l'*a.p.v.*, per altro ipotizza non meglio chiariti rapporti con l'*a.c.i.* aristoniana, quasi si trattasse di un suo sviluppo o adattamento («eine Klage *praescriptis verbis*, die als Fortentwicklung von Aristos *actio incerti civilis* anzusehen ist»). Si mantiene vago sull'esatta natura dell'azione A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 47 nt. 82; ID., *I contratti innominati* cit., 83.

<sup>34</sup> Tra tutti in particolare R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 93 ss.

<sup>35</sup> Per una connessione tra le due testimonianze vd. ad es. F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s. e ivi nt. 246 («Es ist mehr als wahrscheinlich, daß [...] beide Fragmente Ausdruck einer einheitlichen Rechtsauffassung sind»).

<sup>36</sup> In questo senso vd. tra i tanti, non senza scostamenti sul piano della concreta struttura prospettata, ma anche delle sottostanti logiche solutive, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 100 ss.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s. Così già J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solennes. Ad titulum III de pactis. Ad L. X*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus nonus*, Prati 1839, 102 s., che respingeva però, come si è visto (nt. 29), l'eventualità che lo stesso potesse valere per Pap. 4 *resp.* Per un riferimento all'*a.c.i.* aristoniana vd. diversamente A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 88; negli stessi termini A. GIFFARD, *Les Maîtres de Beyrouth et l'action praescriptis verbis*, in *Mnemosyna Pappulias*, Atene 1934 = *Études de droit romain*, Paris 1972, 181 s., ma in un ordine ricostruttivo che, com'è risaputo, non prende in considerazione l'ipotesi di una distinzione tra i due rimedi processuali (*a.c.i.-a.p.v.*) e che anzi parte dal presupposto dell'origine bizantina dell'*a.p.v.*, come azione generale di buona fede accordata in sostituzione della classica *a.c.i.*, da identificarsi col modello dell'*actio qua incertum petimus* (astratta e di stretto diritto) di cui si discorre in Gai 4.131.

niano, che d'altra parte rivestiva in quegli anni la carica di *praefectus praetorio*.<sup>37</sup>

Anche in questo caso si tratta di una congettura difficilmente praticabile, soprattutto là dove si dovesse pensare all'applicazione dell'*a.p.v.*, come azione generale di buona fede da causalizzare in concreto.<sup>38</sup> Modello che pare incoerente con la qualificazione dell'azione come *utilis*, a voler interpretare per lo meno l'aggettivo in senso tecnico, visto che inteso in tale accezione non potrebbe che condurci all'ipotesi di un intervento su schema processuale tipico.<sup>39</sup> Problema che non sempre è stato avvertito in dottrina e in particolare da Santoro,<sup>40</sup> perché si è confidato su risalenti indirizzi interpretativi che tendevano a considerare *tout court* l'azione in questione come *utilis*,<sup>41</sup> senza valutare sino in fondo le ragioni che avevano portato a tale qualificazione e che, come si è altrove evidenziato, dipendevano da una ricostruzione dell'azione come estensione di modelli processuali editali simili.<sup>42</sup> Ricostruzione che invece non è fatta propria dall'illustre studioso, con una presa di posizione che avrebbe dovuto indurlo a interrogarsi in che senso un'azione (o, se si preferisce, un modello o meccanismo) generale, da causalizzare in concreto, avrebbe potuto definirsi *utilis* in senso tecnico. Che questo potesse dipendere dalla presenza di una *praescriptio*<sup>43</sup> in quanto tale, non è verosimile.<sup>44</sup> Semmai è l'adattamento mediante *praescriptio* di azione preesistente (ma di per sé non impiegabile), che rende o potrebbe rendere questa *utilis*:<sup>45</sup> ma non è a un adeguamento di azione tipica mediante *praescripta verba* che pensa Santo-

<sup>37</sup> F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279 e ivi nt. 68.

<sup>38</sup> Così in sostanza Santoro, su cui vd. nt. 46. Più in generale per una ricostruzione dell'*a.p.v.* come azione contrattuale generale vd. (anche e soprattutto) C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino 1997, 39 ss.; ID., *L'actio in factum civilis*, in IVRA 57, 2008-2009, 16 ss.; ID., *Corso di istituzioni di diritto romano* II.2, Torino 2017, 197. Per la dottrina del XIX sec., in particolare, C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris 1866, 60 ss., 71 ss.; così anche A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, in *Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* 25, 1885, 451 («allgemeine, selbständige Klage»).

<sup>39</sup> Evidenza come l'*actio utilis* non fosse «un'azione autonoma, bensì l'applicazione delle azioni editali [...] in via estensiva» anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 277.

<sup>40</sup> R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108.

<sup>41</sup> In questo senso, tra i tanti, vd. A. ALCIATUS, *Ad rescripta Principum Commentarii*, Lugduni 1537, (*In Cod. Iustiniani ad transactionem. Quum mota*) 304: «actio praescriptis verbis [...] semper utilis dici potest, nempe aliarum actionum respectu, quae ordinariae sunt, & quas ipsa praescriptis verbis actio imitatur»; J. CUJACIUS, *Recitationes solennes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus septimus*, Prati 1839, 1316. Ancora nel XIX sec. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Achtzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1816, 156. In senso contrario C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 60 ss. («il faut admettre sans hésiter que cette action est directe et non pas utilis»), 73 («n'est pas une simple action utilis [...] c'est une action originale, un type et non pas une copie de modèles divers»), in termini che si rivelano certo coerenti col modello di azione contrattuale generale di buona fede teorizzato dall'autore francese.

<sup>42</sup> In proposito vd. G. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. I § 1.

<sup>43</sup> R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108: «lo strumento della *praescriptio*, cui allude la qualifica *utilis*».

<sup>44</sup> Scettico sul punto anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 277 nt. 55.

<sup>45</sup> Così giustamente già F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 277 nt. 55.

ro.<sup>46</sup> Da questo punto di vista non è forse un caso se lo studioso, appellandosi agli stessi rilievi sintattico-grammaticali già formulati dalla dottrina interpolazionistica, ha proposto di espungere quel riferimento all'*actio directa*,<sup>47</sup> che lo avrebbe altrimenti costretto ad attribuire all'azione qui evocata da Papiniano una caratterizzazione chiaramente non compatibile col modello di azione generale cui si ispira (in definitiva e a dispetto di certe affermazioni)<sup>48</sup> l'autore.

3. Contro l'ipotesi di un impiego dell'azione contrattuale generale depone del resto la specificità della vicenda di Pap. 4 *resp.*, la quale si presenta priva di una struttura sinallagmatica. Non si può davvero non considerare che ci troviamo in presenza di una fattispecie che si caratterizza per l'assenza di uno scambio di attribuzioni patrimoniali. Non c'è sicuramente un *facio ut des*,<sup>49</sup> ma non c'è neppure un *do ut facias*. Quanto al primo, non può certo sostenersi che la moglie raggiunga il marito per ottenere in cambio il rimborso delle spese di viaggio. Il rimborso delle spese non rappresenta la *causa finalis*, ma (al più) quella *efficientis*. Non, dunque, *feci ut*, ma *feci quia*, come a dire: mi sono messa in viaggio perché (o per meglio dire: *anche perché*) mi era stato promesso il rimborso delle spese di viaggio.

Quanto al secondo, si sarebbe potuto prospettare un *do ut facias* nel caso, certo differente rispetto a quello qui esaminato, in cui il marito avesse elargito una somma di denaro alla moglie affinché (*ut*) questa lo raggiungesse. Anche qui ci troveremmo però al di fuori di una relazione di scambio in senso rigoroso, visto che il comportamento atteso dalla moglie (il ricongiungimento), per il quale si è disposti a sopportare un sacrificio economico (rimborso delle spese), non costituisce tecnicamente una controprestazione, nel senso che non rappresenta il corrispettivo, in termini economici, dell'attribuzione patrimoniale gravante sul marito: ancora una volta, visto dal lato della moglie, non è in *funzione*, ma in *ragione*.

Qui però, per quanto ne sappiamo, c'è solo una generica e indeterminata promessa di *dare*. Peraltro, al momento dell'assunzione dell'impegno da parte del marito non vi è neppure alcun principio di esecuzione.<sup>50</sup> Ed è proprio per superare questi aspetti problematici

<sup>46</sup> R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 72 s., 288 s., ove ci si orienta per un adattamento *in factum* (mediante *praescriptio*) di un modello generale (ma non editale) di azione incerta civile di buona fede; punto di vista confermato in ID., *Aspetti formulari* cit., passim e in particolare 123 s., seppur con qualche oscillazione lessicale che rischia di prospettare non meglio chiarite relazioni col diverso modello (per struttura e funzione) della *condictio incerti*.

<sup>47</sup> Così («Quel che occorre espungere allora [...] è la menzione dell'*actio directa*») R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108 s.

<sup>48</sup> R. SANTORO, *Il contratto* cit., 72 s. Sulla necessità di tenere distinta l'*a.p.v.* come «modello generale da causalizzare in concreto» rispetto alla bizantina γενηκή ἀγωγή, come «azione ('tipica') posta a generale tutela dei contratti innominati» vd. G. ROMANO, *Riconoscimento e tutela delle fattispecie contrattuali atipiche: interferenze tra logiche argomentative e modelli processuali*, in D@S-Memorie 12, 2014, 10, 51 ntt. 67-69.

<sup>49</sup> Diversamente F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni secondo i principii del diritto romano*, Padova 1868, 351 nt. 18; così, ancor prima, lo si è evidenziato (nt. 30), J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 115.

<sup>50</sup> Una notazione in tal senso può trovarsi già in J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072 s., con un'osservazione che induceva lo studioso a prendere posizione, sulla scia di Isidoro («Isidorus recte notavit»), per la concessione di un'*a. in factum* pretoria («non posse, quia ex pacto nudo non nascitur actio [...] nec enim ita conventio habita est, *do ut eas ad me*, ex quo contractu nasceretur actio civilis praescriptis verbis, sed *quocumque ibis dabo*, quae pactio nuda est, quia

e per restituire alla vicenda nel suo complesso almeno la parvenza di una relazione strutturalmente sinallagmatica (a prestazione costitutiva), che la dottrina ha da tempo fatto valere la natura dotale del patto, come convenzione maturata all'interno o comunque nell'ambito di una *datio dotis*,<sup>51</sup> prospettandosi così quel *dari certa lege*, al quale, altrove, lo stesso Papiniano ricollegerebbe espressamente l'esercizio dell'*a.p.v.*<sup>52</sup>

Che si tratti di patto dotale, come si è già osservato, è assai ragionevole. Non sembra però che la natura del patto, o per meglio dire la sua origine, abbia assunto uno specifico rilievo nella decisione del giurista severiano. Soprattutto non sembra si possa parlare in senso rigoroso di una *datio (sub) certa lege*, in quanto non si intravede alcuna seria relazione tra il patto in sé e la costituzione della dote: non (lo si è già detto) in senso sinallagmatico, il che è del tutto evidente, ma neppure in termini, per così dire, di precisazione regolativa degli effetti dell'atto costitutivo della dote. Al più la dote è stata l'occasione per il raggiungimento dell'accordo. Discorso almeno parzialmente diverso sarebbe se si dovesse giungere alla conclusione che il marito si fosse impegnato a tenere la donna indenne per le spese di qualunque viaggio ella avesse, del tutto liberamente, ritenuto di intraprendere. In tal caso, anche se al di fuori di una relazione di scambio in senso proprio, si potrebbe quantomeno prospettare una sorta di limitazione all'attribuzione patrimoniale disposta dalla moglie (mediante la costituzione della dote), diretta al soddisfacimento (peraltro) di un suo interesse patrimonialmente apprezzabile. Non è però questo, come si è detto, il contenuto dell'accordo intervenuto tra i due. La vicenda in concreto esaminata porta a ritenere che il marito si fosse piuttosto impegnato a farsi carico delle spese che la donna avesse dovuto di volta in volta affrontare per ricongiungersi al marito stesso. Da questo punto di vista non si può sottovalutare, lo si è evidenziato, che la donna si era messa in viaggio su espressa sollecitazione del consorte (*ad litteras viri*).

neque datione ulla, neque facto sumpsit effectum, sed dictum est tantum: *quocumque ibis dabo sumptus quos feceris in itinere*). Di qui anche la critica rivolta a Cirillo e Anastasio che ritenevano invece accordata l'*actio praescriptis verbis* («Igitur male Cyrillus & Anastasius dari uxori actionem praescriptis verbis»); tra gli studiosi recenti vd., implicitamente, A. TORRENT, *Previsiones aquilianas* cit., 402 («señala que no cabe una *actio directa* para reclamar aquellos gastos siguiendo la máxima *ex nud[a]<o> pact[a]<o> actio non oritur*»).

<sup>51</sup> R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108 («Papiniano l'avrà concessa, verosimilmente, non in base al mero patto, ma nel presupposto dell'esecuzione della *datio dotis*»); così («zur Durchsetzung eines durch *datio* bekräftigten *pactum*») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s., che, in aggiunta al già citato C. 5.14.1, vorrebbe addurre a sostegno anche Gai. 3 *ad l. XII tab.* D. 2.14.48 e Paul. 35 *ad ed.* D. 23.4.20.1. Diversamente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 275 ss., il quale, più che a un'applicazione della dottrina labeoniana o aristoniana del sinallagma, pensa a un'applicazione in via utile (mediante *praescripta verba*) dell'*a. ex stipulatu*, da inserirsi nel quadro della innovativa politica giurisdizionale adrianea che avrebbe accompagnato la codificazione dell'editto voluta dall'imperatore, la quale (politica) avrebbe reimpostato i meccanismi di tutela sull'estensione in via analogica dei rimedi processuali edittali: al riguardo vd. G. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. II § 6.

<sup>52</sup> Si pensi a Pap. 27 *quaest.* D. 19.5.8 '*si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur*'. Sul brano vd., tra i tanti, A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 49; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 286 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 215 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, 234; R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in D@S-Memorie 12, 2014, 27 s., 70 nt. 197. In ottica interpolazionistica ci limitiamo a segnalare P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 303; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in SDHI 72, 2006, 282 s.

Peraltro, l'esame del giurista non sembra interessarsi a questa eventuale relazione, e pare piuttosto proiettare la soluzione su un piano più generale, provando a valutare l'azionabilità del patto in quanto tale, a prescindere dunque dall'esistenza stessa della dote. Il rimborso delle spese di viaggio rappresentava del resto una prassi assai diffusa tra coniugi, e costituiva una questione ampiamente dibattuta, che toccava (come si è accennato) il tema delle donazioni tra coniugi, di cui si occupava, sempre nel *l. 4 resp.*,<sup>53</sup> lo stesso Papiniano, il quale ne aveva affermato l'irripetibilità, anche in assenza di apposita convenzione, secondo quanto testimoniato nel già ricordato Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.21 pr. Soluzione, questa, che, come si affrettava a precisare Ulpiano, doveva ancor di più valere per le ipotesi in cui la moglie si fosse messa in viaggio non di sua iniziativa, ma su invito del proprio uomo, con modalità che avrebbero a maggior ragione escluso la sussistenza di intenti donativi,<sup>54</sup> essendo in sostanza il viaggio avvenuto nell'interesse del marito stesso (*maxime si ipsius causa profecta est*). Ed era proprio questa precisazione che offriva ad Ulpiano lo spunto per citare (seppure in una prospettiva più allargata) l'opinione di Papiniano.<sup>55</sup>

4. Permane invero sempre la possibilità di un adattamento mediante *praescripta verba* di uno specifico programma di giudizio, al di fuori dunque di un modello generale. Ipotesi che non è necessariamente incompatibile con l'affermazione di Papiniano '*licet directa actio nulla competat*'. Se è vero che in prima battuta essa farebbe pensare che il giurista non stesse prendendo a riferimento uno specifico strumento processuale, su cui eventualmente intervenire al fine di assicurare un'estensione dell'ambito applicativo, ma che stesse diversamente e più ampiamente evidenziando l'assenza di rimedi edittali cui fare validamente ricorso, non si può d'altra parte non considerare, come si è del resto avuto modo altrove di precisare,<sup>56</sup> che non sono del tutto assenti casi in cui l'espressione *nulla actio* si trova diversamente adoperata al fine di segnalare l'impossibilità di avvalersi di un determinato mezzo processuale: quasi a voler sottolineare che questo non fosse in alcun modo adoperabile.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Per una connessione palinogenetica tra i due brani vd. già H.E. DIRKSEN, *Civilistische Abhandlungen*, I, Berlin 1820, 217 e ivi nt. 59a; anche se con cautela («Jungendum fortasse cum fr. 500 § 3»), O. LENEL, *Pal.1.* 898 nt. 2 (Pap. 501); P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 325 s.; più decisamente R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107.

<sup>54</sup> Circostanza che avrebbe altrimenti reso prospettabile, come si è accennato, la ripetizione di quanto pagato per il ben noto divieto di donazione tra coniugi.

<sup>55</sup> Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.21 pr. *Si quis pro uxore sua vectigal, quod in itinere praestari solet, solvisset, an quasi locupletiore ea facta exactio fiat, an vero nulla sit donatio? et magis puto non interdictum hoc, maxime si ipsius causa profecta est. nam et Papinianus libro quarto responsorum scripsit vecturas uxoris et ministeriorum eius virum itineris sui causa datas repetere non posse: iter autem fuisse videtur viri causa et cum uxor ad virum pervenit. nec interesse, an aliquid de vecturis in contrahendo matrimonio convenerit: non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit. ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas et aliquid maritus expensarum nomine ei praestiterit, hoc revocandum non est.*

<sup>56</sup> G. ROMANO, *Giuliano* 2 cit., cap. V ntt. 12, 365.

<sup>57</sup> Impiego al quale, del resto, non sembrerebbe sottrarsi lo stesso Papiniano in Pap. 4 *resp.* D. 23.3.69.7, tratto sempre dal *l. 4 resp.*, in cui non è poi così irragionevole ritenere che attraverso l'espressione *nulla est actio viro* il giurista intendesse riferirsi all'azione contrattuale da compravendita: per una valenza generale vd. tuttavia A. BURDESE, *Aestimatio dotis*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, 172; stando almeno alla traduzione del passo, H. ANKUM, *Eviktion von Dotalsachen im klassischen römischen Recht*, in *BIDR* 100, 1997, 55; non diversamente vd. già Stefano nello sch. 'Ἐχε ταῦτα a Bas. 29.1.65 (Hb. III 411 = Schelt. B V 2066) 'ὁδὲμίαν ἔχει κατὰ τῆς γυναικὸς ὁ ἀνὴρ ἀγωγὴν': per



Resta ovviamente la difficoltà di precisare quale modello processuale avrebbe potuto prestarsi a un siffatto scopo. Purtroppo il dato palinogenetico non ci fornisce informazioni utili in tal senso, visto che non si può certo pensare a un intervento adeguativo dell'*a. rei uxoriae*. Al di là delle molte questioni che sussistono sulla struttura della formula (se si trattasse di azione *certa* o *incerta*, sulla collocazione della *clausola quod eius melius aequius erit*)<sup>58</sup> un dato può ritenersi pacifico, se si prescinde da rarissime eccezioni:<sup>59</sup> e cioè che l'azione fosse volta alla restituzione della dote e che dunque nell'*intentio* fosse indicato un *reddere oportere*.<sup>60</sup> Nel nostro caso l'azione era concessa al solo scopo di far valere il patto dotale, con un intento chiaramente aberrante rispetto alla funzionalità dell'*a. rei uxoriae*, anche a voler ipotizzare un adeguamento del programma di giudizio. Né del resto può considerarsi un caso se una tale ipotesi interpretativa, se non ci inganniamo, non sia stata mai affacciata in dottrina.<sup>61</sup>

Piuttosto sono state prospettate diverse possibilità. Volendo prescindere dall'*actio negotiorum gestorum in factum*,<sup>62</sup> dall'*a. legis Aquiliae*<sup>63</sup> o ancora dalla congettura di un'azione editale *in factum* diretta a ottenere un decoroso sostentamento,<sup>64</sup> le quali ci condurrebbero tutte, comunque, al di fuori del raggio applicativo dell'*a.p.v.*, si è per lo più pensato all'*a. mandati* e all'*a. ex stipulatu*.

L'eventualità di un'estensione in via utile dell'*actio mandati* è fatta risalire a Cirillo il giovane,<sup>65</sup> sulla scorta dello sch. Κυρίλλου. Ἐὖν πακτεύσει *ad* Bas. 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2124).<sup>66</sup> Si tratta in realtà di un'interpretazione che non si mostra propria-

l'assegnazione della paternità dello scolio a Stefano vd. G.E. HEIMBACH, *Manuale* cit., 287; sul brano di Papiniano vd. *infra* § 5.

<sup>58</sup> Per tali aspetti si rinvia a M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. La formula dell'actio rei uxoriae*, I, Torino 2006, 15 ss., con illustrazione delle diverse ipotesi ricostruttive avanzate in dottrina, già a partire dagli autori di diritto comune.

<sup>59</sup> Così ad es. A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsia 1869, 126; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, 352.

<sup>60</sup> M. VARVARO, *Studi* cit., 15 ss., 189 ss.; più recentemente F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'«oportere»*. *Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca*, in RDR 20, 2020, 438 s. e ivi nt. 28.

<sup>61</sup> Un adattamento *praescriptis verbis* dell'*a. rei uxoriae* è preso in effetti in considerazione da J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072 s., ma solo relativamente alla ben differente ipotesi di C. 5.14.1, in cui è in gioco la restituzione del denaro trasferito al marito *dotis causa* (in proposito vd. *infra* nel testo). Quanto a Pap. 4 *resp.*, lo si è più volte sottolineato, il maestro culto era piuttosto dell'idea che a trovare applicazione fosse un'*a. in factum* pretoria.

<sup>62</sup> Così E. VALIÑO, *Actiones utiles* cit., 354; in senso contrario, condivisibilmente, F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 278 s. nt. 67 («mancano la prospettiva e la sostanza della gestione di affari altrui»).

<sup>63</sup> Così, seppur con cautela, A. TORRENT, *Previsiones aquilianas* cit., 402 ss.

<sup>64</sup> F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 127 («Diese utilis in factum setzt ein<e> directa in factum actio voraus, die im Edict gestanden, aber für den vorliegenden Fall nicht ausgereicht haben wird»); in termini non molto differenti, prendeva posizione per l'estensione di azione editale pretoria già K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Erster Band*, Leipzig 1840, 340 e ivi lett. g. («Insbesondere konnte die Fassung einer solchen in factum actio einer im prätorischen Edicte aufgestellten in factum actio angeschlossen werden, wodurch eine utilis in factum actio entstand»).

<sup>65</sup> Sul giurista vd. *infra* nt. 125.

<sup>66</sup> Così già F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 127: «Cyrillus, der [...] die versagende directa actio für eine Mandatsklage hält»; più di recente F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 278: «mostrando così di vedere nel mezzo processuale concesso un'applicazione utile di tale azione»; attribuisce ancora diversamente a Cirillo la

mente rispettosa del pensiero del giurista bizantino, il quale si limitava semplicemente a legare il ricorso all'*a.p.v.* all'impossibilità di avvalersi dell'*a. mandati*, senza prospettare in alcun modo possibili e più strette relazioni tra gli impianti dei due programmi di giudizio. Questione, questa, del resto integralmente inesplorata dallo 'scoliate', la cui analisi era unicamente incentrata sull'individuazione delle ragioni del mancato ricorso all'*a. mandati*, che si vorrebbero rintracciare in valutazioni di ordine soggettivo facenti appello all'intenzionalità delle parti.<sup>67</sup> Si legga lo scolio:

Sch. Κυρίλλου. Ἐὰν πακτεύση *ad Bas.* 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2124) Κυρίλλου. Ἐὰν πακτεύση ἡ γυνή, δαπανήμασι τοῦ ἀνδρὸς ὁδεύειν, ἔχει πρᾶεσκριπτοῖς βέρβοις ἀγωγὴν<sup>68</sup> οὐτιλίαν ἦτοι ἴμφακτουμ, ἦν δέδωκεν ὁ Παπτιανὸς ἐξ ἀτονίας τῆς μανδάτης, ἐπειδὴ μὴ ἐντελλομένη ψυχῇ.

L'idea di un adeguamento dell'*a. mandati* mediante *praescripta verba* sembra potersi piuttosto attribuire a Mühlenbruch.<sup>69</sup> Al di là della questione della paternità, una tale ipotesi appare scarsamente verosimile, tenuto conto che la vicenda sfugge del tutto a un possibile inquadramento all'interno del mandato,<sup>70</sup> anche ad ammettere un adeguamento del programma di giudizio.

Rimarrebbe a questo punto la possibilità di un'*actio ex stipulatu in factum*,<sup>71</sup> con una soluzione che sembra rispettare nel complesso le informazioni contenute nel brano, potendosi per questa certamente affermare che non compete direttamente nella sua configurazione e applicazione ordinaria. Ciò ammesso, l'eventualità di un adattamento (*praescriptis verbis*) dell'*a. ex stipulatu* non è però supportata da specifici elementi. Né pare che in favore di tale ipotesi sia realmente proficuo invocare,<sup>72</sup> sempre in tema di dote, C.

concessione dell'*a.p.v.* «come adattamento in via utile non dell'azione da mandato, ma di uno schema di *actio in factum*» G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 110 nt. 77, con una proposta che anche in questo caso non può dirsi rispondente al pensiero del maestro bizantino.

<sup>67</sup> Per un'approvazione del punto di vista del giurista bizantino vd. J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii* (Opera IV) cit., 2073: «recte idem Cyrillus, cessare [...] actionem mandati, quia non fuit animus mandati contrahendi»; così («die Mandatsklage finde hier überall nicht statt, weil der animus mandandi fehle») anche C.F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greifswald 1826,<sup>2</sup> 150 nt. 252, con richiamo appunto allo scolio di Cirillo.

<sup>68</sup> Così in base a una congettura di Fabrotus. Nel *Codex Laurentianus Pluteus LXXX*. 11 si legge piuttosto παραγραφῆν: parola carcerata da Scheltema (Schelt. B V 2124 nt. l. 16). Sul manoscritto in questione vd. G.E. HEIMBACH, *Prolegomena*, in *Basilicorum Libri LX*, VI cit., 168 s.; H.J. SCHELTEMA, *Praefatio, Series A-Volumen IV*, XXV s.

<sup>69</sup> C.F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre*<sup>2</sup> cit., 150 nt. 252 («Utilis actio habe hier die Bedeutung von praescriptis verbis actio [...] Es liege in jenem Vertrage mit der Frau doch versteckterweise ein Mandat, also sei die Klage eine utilis mandati actio»), 152 nt. 253, ove maggiore cautela («ist wahrscheinlich von einer utilis mandati actio zu verstehen»).

<sup>70</sup> Critiche già in G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 33; E. VALIÑO, *Actiones utiles* cit., 354; più di recente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 278 («la supposta somiglianza [...] col mandato si rivela inesistente»); scettico («ganz und gar ungewiß») anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 nt. 237.

<sup>71</sup> Così, come si è accennato (*supra* nt. 51), F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 280 s. e ivi nt. 77, adducendo in tal senso (anche) il più tardo C. 2.4.33(34); giudica poco plausibile l'ipotesi M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 225 nt. 252.

<sup>72</sup> F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279 s.; sempre per una connessione tra le due testimonianze, ma in un

5.14.1,<sup>73</sup> brano del quale ci siamo occupati in passato<sup>74</sup> e in cui ad essere preso in considerazione dalla cancelleria imperiale non è certo un impiego dell'*a.p.v.*, né come adeguamento dell'*a. ex stipulatu* (come vorrebbe Gallo) né come modello generale da causalizzare in concreto (come pretenderebbero diversamente Santoro e Artner), quanto piuttosto l'esercizio della *condictio* in via di mera ripetizione,<sup>75</sup> come del resto si evince chiaramente dalla chiusa (*cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea* convenit): la quale *condictio*, è bene precisarlo, è definita *utilis* sol perché proficuamente applicabile.<sup>76</sup>

5. Escluso il ricorso all'azione contrattuale (in ogni sua possibile e diversa declinazione) non resterebbe che pensare all'impiego dell'azione pretoria.<sup>77</sup> In questi termini si esprimeva del resto già Isidoro nello sch. Ἰσιδώρου. Οὔτε *ad* Bas. 29.5.24,<sup>78</sup> con un punto di vista che aveva conquistato l'apprezzamento di Cuiacio,<sup>79</sup> che pure, come si è accennato,<sup>80</sup> militava tra quanti leggevano nell'*utilis condictio* di C. 5.14.1 un riferimento all'*a.p.v.*, da intendersi quale adattamento dell'*a. rei uxoriae*.<sup>81</sup> Rimane certo l'ambiguità della qualificazione dell'azione come *utilis*, che, lo si è detto, a molti è parsa in contrasto con la defini-

differente ordine di idee, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 105 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 nt. 246 («Es ist mehr als wahrscheinlich, daß [...] beide Fragmente Ausdruck einer einheitlichen Rechtsauffassung sind»).

<sup>73</sup> C. 5.14.1 *Imp. Severus et Antoninus AA. Nicae*: Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet, nec obesse tibi debet, quod dici solet ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc dicimus, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio. *PP. VII k. Febr. Albino et Aemiliano cons.* [a. 206]

<sup>74</sup> G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, II, Torino 2021, cap. V § 8, al quale si rinvia per un esame più dettagliato della testimonianza e dei suoi rapporti col gemello C. 2.3.10 (Alex., a. 227).

<sup>75</sup> In questo senso vd. già P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 275; G. MELILLO, *Un rescritto severiano e la identificazione dei 'nuda pacta'*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios* 2 cit., 849.

<sup>76</sup> Così ad es. A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin 1930, 73 nt. 47; G. DONATUTI, *Le causae delle conductiones*, in *Studi parmensi* 1, 1950 = R. REGGI (a cura di), *Studi di diritto romano*, II, Milano 1977, 764; H.J. WOLFF, *Vorgregorianische Reskriptsammlungen*, in *ZSS* 69, 1952, 136 nt. 16.

<sup>77</sup> Non lo escludeva del tutto (rispetto all'ipotesi della inazionabilità del patto) neppure G. WESENER, *Utiles actiones* cit., 502, in termini che inducevano l'autore a ritenere in ogni caso interpolati gli aggettivi *directa* e *utilis*, tenuto conto che non si sarebbe trattato di un'estensione di rimedio processuale editale, ma di «eine völlige Neuschöpfung einer *actio* ohne Anlehnung an irgendein bestehendes Vorbild»; per l'azione pretoria (da attribuirsi però a una «prassi postpapiniana» più che al giurista severiano) vd. S. SOLAZZI, *Per la storia* cit., 521; più recentemente G. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest 1981, 74; L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 190 nt. 71, argomentando da Pap. 8 *resp.* D. 31.77.2; da ultimo G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 110 ss., 114, anche qui con richiamo all'appena citato Pap. 8 *resp.*

<sup>78</sup> Sch. Ἰσιδώρου. Οὔτε *ad* Bas. 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. V 2124): Ἰσιδώρου. Οὔτε ἡ πραε-σκριπτοῖς βέρβοις ἐκ τοῦ feci ut des. οὔτε γὰρ εἶπεν ἄπελθε καὶ δίδωμι, ἀλλ' ὁποῦδήποτε εἰ ἀπελεύσῃ, ἔμοις ἀπελεύσῃ δαπανήμασιν.

<sup>79</sup> J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072 s.

<sup>80</sup> *Supra* nt. 61.

<sup>81</sup> J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solemnes. Ad titulum III de pactis. Ad L. X (Opera IX)* cit., 102 s.

zione della stessa azione come *in factum*, nel presupposto si trattasse di categorie e modelli processuali tra loro, se non antitetici, certamente nettamente distinti.<sup>82</sup> Per lo meno a voler pensare ad azione *in factum* quale autonomo modello processuale slegato da un referente editale (c.d. völlige Klage-Neuschöpfung). Di qui le critiche che sono state anche recentemente formulate sulla locuzione in questione.<sup>83</sup> Ciò spiega i vari tentativi di quanti, come si è visto, hanno preso in considerazione l'estensione di azione pretoria editale o ancora (e diversamente) l'adattamento *in factum* dell'*a. legis Aquiliae*, provando a sfruttare, in questo caso, la circostanza che di tali adattamenti le fonti discorrono ora di *actiones in factum* ora di *actiones utiles*, con una varietà e fluidità di linguaggio che, non occorre ricordarlo, ha dato origine a un vivace dibattito in dottrina.<sup>84</sup>

C'è però un'ulteriore possibilità in genere non esplorata in dottrina. È cioè possibile che Papiniano stesse prendendo in considerazione un adeguamento *in factum* dell'*a. de dolo*. Che l'*a. de dolo* assolvesse una funzione residuale in tema di tutela dei *nova negotia* è un fatto ben noto, sul quale è stata richiamata anche recentemente l'attenzione della dottrina.<sup>85</sup> Ad essa in particolare si faceva ricorso ogni qual volta la struttura concreta della fattispecie precludesse il ricorso a strumenti propriamente attuativi del regolamento negoziale o anche solo riequilibrativi delle situazioni pregresse, sempre che, beninteso, la mancata attuazione dell'accordo trovasse fondamento in un comportamento riprovevole. Impiego che sembra calzare perfettamente alla vicenda esaminata da Papiniano.<sup>86</sup>

D'altra parte sappiamo che l'azione non poteva essere concessa tra coniugi, per via del suo carattere infamante. Significativo da questo punto di vista appare certamente C. 5.12.1.2, in cui, di fronte all'impossibilità di agire nei confronti della moglie attraverso l'*a. de dolo*, si ripiega ancora una volta sull'azione *in factum*.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> Così M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224, che anche per questa ragione è portato ad escludere il ricorso all'azione pretoria, orientandosi piuttosto per l'impiego di azione con *praescripta verba*; sempre per l'incompatibilità, ma con conclusioni di segno opposto, come si è appena visto (nt. 77), G. WESENER, *Utiles actiones* cit., 502.

<sup>83</sup> In questo senso (lo si è accennato: *supra* nt. 6) G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 110 ss.: «riunione nello stesso contesto delle parole *in factum* e *utilis*, una delle quali è, giocoforza, destinata a scomparire».

<sup>84</sup> Sulla questione vd. B. ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia. I. Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, in AUPA 21, 1950, 5 ss.; R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 109 ss.; A. CORBINO, "Actio directa, actio utilis, actiones in factum" nella disciplina giustiniana del danno aquiliano, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano 2007, 3 ss.; P. GRÖSCHLER, "Actiones in factum" e "actiones utiles" intorno alla "lex Aquilia" fra metodo interpolazionistico e metodo-antiinterpolazionistico, in M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale*, Trento 2011, 29 ss.; A. TORRENT, *Previsiones aquilianas* cit., 328 ss.

<sup>85</sup> In questo senso vd. soprattutto P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale*, in SCDR 22, 2009, 225 ss.; ID., *Actio de dolo malo e risarcimento per fatto illecito*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, II, Padova 2011, 584 ss.; ID., *Raggio colposo e actio de dolo malo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di obbligazioni. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015, 339 ss.

<sup>86</sup> Che vi fossero gli estremi dell'*actio de dolo* è ammesso anche da R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107, per quanto l'autore si orienti, come si è ripetutamente osservato, per l'utilizzo dell'*a.p.v.*

<sup>87</sup> Per una identificazione con l'*a.p.v.* vd. J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in ZSS 106, 1989, 462; in senso contrario, a un'azione con *intentio in factum*, «data in luogo dell'*actio doli* ad evitare l'*infamia* della moglie convenuta», pensa condivisibilmente A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 88 nt. 137.

C. 5.12.1.2 (Impp. Sev. et Ant., a. 201) *Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.*

Non occorre ricordare come il brano, che fa parte di una più ampia e articolata costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla in materia di evizione di beni dotali,<sup>88</sup> non sia stato risparmiato dalla critica interpolazionistica, la quale ha ritenuto di dover uncinare l'intera chiusa, a partire dalle parole 'nisi a muliere',<sup>89</sup> convinta che a trovare qui applicazione fosse quell'*a. in factum generalis*, come azione decretale da modellarsi sul caso concreto, di cui i Bizantini avrebbero fatto largo uso, là dove occorreva sopperire all'assenza o comunque all'inapplicabilità di rimedi edituali o meglio sarebbe dire (considerata la procedura ormai solo cognitoria) tipici.<sup>90</sup> A ciò si erano aggiunti i sospetti che sempre nel primo scorcio del Novecento erano cominciati ad affiorare sulla classicità del 'divieto' di azioni infamanti tra coniugi,<sup>91</sup> senza contare gli appunti che erano stati mossi sul piano della

<sup>88</sup> C. 5.12.1 pr.-1 (Impp. Sev. et Ant., a. 201) *Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum conditione vel ex stipulatione agere potest. 1. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex empto competit actio. 2. Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.* Si comincia con l'osservare (pr.) che, nel caso in cui alla costituzione della dote avesse fatto seguito *pollicitatio* o *promissio*, il marito avrebbe potuto far valere la propria pretesa (nei confronti della moglie o del padre di lei) *condictione vel ex stipulatione*, per poi sottolineare (§ 1) come lo stesso, in assenza di *pollicitatio* o *promissio*, avrebbe avuto a disposizione l'*a. ex empto*, a condizione, però, che la *res* evitta fosse stata oggetto di *aestimatio*. Diversamente non avrebbe avuto goduto egli di alcuna tutela: perlomeno non se la moglie o il suocero fossero stati in buona fede, e dunque ignari dell'altruità della *res*. In caso contrario avrebbe potuto agire con l'*a. de dolo*, non però nei confronti della donna, trattandosi di azione infamante. Di qui, allo scopo di evitare l'infamia, il ricorso ad apposita azione *in factum*. Sulla prima parte del brano (pr.-1) vd., anche per le varie proposte di correzione avanzate in dottrina ([*pollicitatio*] <*dictio*>, [*condictione*] <*ex dictione*>), H. ANKUM, *Eviktion* cit., 51 ss.

<sup>89</sup> P. ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la "reverentia" tra coniugi in diritto romano. Parte seconda. L'esclusione delle azioni famose diverse dall'"actio furti" e le altre applicazioni dell'obbligo di "reverentia" tra coniugi*, in RISG 47, 1910, 5 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 72 ss.; A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln-Graz 1963, 79 e ivi nt. 4; restringe i propri sospetti al solo tratto '*tunc competit*' B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in AUPA 28, 1961, 290 nt. 169, con una posizione che sembra però superata in ID., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 197 nt. 551, ove non si trovano rilievi al riguardo.

<sup>90</sup> Sull'origine bizantina dell'espressione *a. in factum*, laddove impiegata per designare l'«azione adatta al caso concreto [...] in contrapposizione alle azioni aventi un formulario stabile e preventivamente fissato» vd. per tutti P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 44 ss., 52 ss., al quale si rinvia anche per una ricostruzione del dibattito dell'epoca sulla più generale questione della genuinità stessa dell'espressione *a. in factum*, in sé e per sé considerata.

<sup>91</sup> In questo senso soprattutto P. ZANZUCCHI, *Il divieto* 2 cit., 4 ss., che, con la sola eccezione dell'*actio furti*, prendeva posizione per l'origine giustiniana del divieto, condannando anch'egli la chiusa del provvedimento imperiale; conclusioni che seppero conquistare l'adesione di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, I, Roma 1925, 285, 315 e ancora prima di P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 90 s., 173, non senza in verità evidenti e difficilmente spiegabili oscillazioni: «(90) Che l'*actio in factum* concessa in sostituzione dell'*a. doli* contro i genitori, il patrono, il coniuge sia classica non mi par lecito

struttura sintattica (*nisi [...] tunc enim*),<sup>92</sup> oltre che per l'uso del verbo *competere* se riferito (come in questo caso) all'esercizio di un'azione decretale.<sup>93</sup>

Sul piano testuale veniva poi invocato il differente quadro solutivo tratteggiato in Pap. 4 *resp.* D. 23.3.69.7, in cui, si è detto, Papiniano non avrebbe esitato ad accordare l'*a. de dolo*, nel caso in cui la donna fosse stata consapevole dell'appartenenza ad altri delle *res dotales*.

È il caso di leggere il brano

D. 23.3.69.7 (Pap. 4 *resp.*) *Cum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur: ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro: alioquin de dolo tenetur.*

Si tratta di rilievi che possono e devono ritenersi in larga misura oggi superati,<sup>94</sup> compresi (crediamo) quelli relativi al divieto di impiego dell'*a. de dolo* tra coniugi.<sup>95</sup> Proprio da questo punto di vista non sembra essere realmente decisivo, al di là delle apparenze, il richiamo a Pap. 4 *resp.* D. 23.3.69.7. Senza che occorra qui soffermarsi sulle gravi questioni che il brano pone in relazione alla possibilità di agire *ex empto* in caso di *aestimatio* delle *res dotales*, (possibilità) ammessa dalla cancelleria di Settimio Severo e Antonino Caracalla (C. 5.12.1.1) e negata invece da Papiniano,<sup>96</sup> e a prescindere dai sospetti di alterazione che

dubitare: essa compare appunto con questo scopo di sostituire la prima anche nella c. 1 § 2 C. 5.12 di SEVERO e CARACALLA [...] (173) Il periodo *nisi-competit* è certamente interpolato e interpolata è quindi anche qui l'*actio in factum*)». Sempre per la non classicità del divieto vd. A. WACKE, *Actio rerum amotarum* cit., 78 ss.; P. ZANNINI, v. *Rapporti personali e patrimoniali fra coniugi (diritto romano)*, in Enc. dir. 38, Milano 1987, 370.

<sup>92</sup> Così già F. EISELE, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, in ZSS 7, 1886, 26 ss.; di «uno dei segni più caratteristici» dello stile dei Bizantini discorre P. ZANZUCCHI, *Il divieto 2 cit.*, 7; E. ALBERTARIO, *La costruzione "nisi ... tunc enim", ed altre somiglianti (Contributo all'esegesi del Digesto)*, in Filangieri 36, 1911, 801 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit.*, 173 nt. 1.

<sup>93</sup> P. ZANZUCCHI, *Il divieto 2 cit.*, 7.

<sup>94</sup> Per la genuinità vd. A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 172 nt. 17; H. ANKUM, *Eviktion* cit., 55 s. Quanto alla questione dell'utilizzo del verbo *competere* con riferimento ad azioni decretali ci limitiamo a rinviare, nella speranza di poter tornare più ampiamente sulla questione, alle brevi notazioni contenute in G. ROMANO, *Giuliano 1 cit.*, cap. II § 5.

<sup>95</sup> Per la classicità vd. O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, 238 e ivi nt. 49; H. ANKUM, *Eviktion* cit., 56.

<sup>96</sup> Ciò in ragione del fatto che l'eventuale *aestimatio* delle *res* concesse in dote non avrebbe comportato la conclusione di un contratto di compravendita, ma avrebbe assolto la sola e diversa funzione di precisare l'entità economica della dote (*summa declaratur*). Di qui l'impossibilità di agire con l'*a. ex empto*. In questa sede non conta certo stabilire se il diverso ordine solutivo rispetto alla sostanzialmente coeva costituzione imperiale si debba semplicemente inquadrare nell'ottica di una *dissensio opinionum*; o se diversamente sia indice di una innovazione giustiniana, se non più propriamente postclassica (Frag. Vat. 105 e 111), che avrebbe portato a vedere nella *aestimatio dotis* una sorta di vendita condizionale. Si tratta, com'è noto, di tema su cui si affatica da tempo la dottrina. Giudicano non classico il ricorso all'*a. ex empto*, sul presupposto di un inquadramento della *aestimatio dotis* all'interno dello schema dell'*emptio venditio*, E. ALBERTARIO, *Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano giustiniano*, in RIL 58, 1925 = *Studi di diritto romano. Volume primo. Persone e famiglia*, Milano 1933, 394; ID., *Interpolazioni in D. 20.4.9.3 (appunti sulla aestimatio dotis)*, in RIL 59, 1926 = *Studi 1 cit.*, 405; A. EHRHARDT, *Iusta causa*

hanno variamente colpito il brano,<sup>97</sup> è sufficiente osservare che il giurista non sta qui affermando che in caso di mala fede della moglie dovrà agirsi nei suoi confronti attraverso l'*a. de dolo*.<sup>98</sup> Egli si limita piuttosto e più genericamente a rilevare che in tal caso la donna avrebbe dovuto ritenersi responsabile per il dolo commesso (*de dolo tenetur*),<sup>99</sup> con un'af-

*traditionis* cit., 91 ss.; respinge l'ipotesi di una riconduzione formale della *dotis datio* di *res aestimae* allo schema dell'*emptio venditio* anche H.J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotatrecht*, in ZSS 53, 1933, 331 ss., per quanto l'autore non escluda che già i giuristi classici potessero essersi soffermati a riflettere su possibili analogie tra i due negozi, in termini che avrebbero reso possibile un impiego, magari in via utile, dell'*a. ex empto* in caso di evizione (là dove non si fosse provveduto alla conclusione di apposita *stipulatio*); A. CALONGE, *Aestimatio dotis*, in AHDE 35, 1965, 5 ss., 42 ss.; L. BERNAD SEGARRA, *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en el Derecho Civil español*, Madrid 2011, 85 s. In senso contrario, e dunque per l'impiego dell'*a. ex empto*, vd. E. VOLTERRA, *In tema di aestimatio dotis*, in RIL 66, 1933, 1014 ss.; A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 167 ss.; non ha dubbi sull'esperibilità dell'*a. ex empto* H. ANKUM, *Eviktion* cit., 56 ss., il quale giustifica la diversa soluzione di Papiniano col fatto che non ci troveremmo in presenza di una *aestimatio dotis* in senso tecnico, non essendo attribuita al marito facoltà di scelta tra (restituzione della) «Dotalsache» e (pagamento della) «Schätzungssumme». Sulla questione vd. anche, con ulteriori riferimenti alla letteratura, M. VARVARO, *Studi* cit., 47 nt. 97.

<sup>97</sup> Dubbi sulla genuinità della chiusa '*ideoque-tenetur*' si trovano in G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS 45, 1925, 469, con sospetti in parte ridimensionati in ID., *Et ideo – Declarare – Hic.*, in ZSS 51, 1931, 59, ove vengono fatte salve le parole '*rebus evictis*' e '*nulla est actio viro*', per quanto da altro punto di vista venga soppresso l'intero inciso '*summa declaratur, non venditio contrahitur*'; critiche al brano anche in A. CALONGE, *Aestimatio dotis* cit., 50 ([*aestimatas*] <*datas*>; [*summa declaratur, non venditio contrahitur: ideoque*]); per la genuinità della chiusa, ma più in generale dell'intera testimonianza, vd. A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 172, non senza tuttavia appunti sul piano della forma, soprattutto per ciò che concerne il tratto iniziale '*Cum res-contrahitur*', che presenta un innegabile disordine sul piano sintattico-grammaticale; non sono diversamente formulati rilievi in H. ANKUM, *Eviktion* cit., 55 s.

<sup>98</sup> Così invece A. CALONGE, *Aestimatio dotis* cit., 51; ancor prima A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 172 nt. 17, con le precisazioni di cui *infra* nt. 101.

<sup>99</sup> Si tratta del resto di circostanza da tempo ampiamente sottolineata in dottrina. In questo senso già J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063 («*tenetur de dolo: non dicit teneri actione de dolo directa, quia famosa est actio, et in uxorem, vel eam quae uxor fuit, viro famosa actio non datur, in memoriam honoremque pristini matrimonii*»); K.L. ARNDTS VON ARNESBERG, *Zur Lehre von der Evictionsleistung in Betreff der dos*, in AcP 50, 1867 = ID., *Gesammelte Civilistische Schriften. Erster Band*, Stuttgart 1873, 482 («*Der Ausdruck de dolo tenetur [...] bezeichnet nur den Grund [...] nicht die Art der Klage*»); negli stessi termini F. BLUS-SON, *Des pouvoirs du mari sur les biens de sa femme en droit romain*, Toulouse 1874, 43; D. CAMICI, *Del regime patrimoniale nel matrimonio romano*, Firenze 1882, 167 nt. 1; C. FADDA, *Ancora dell'evizione nella dotis datio*, in AG 31, 1883, 364 e ivi nt. 15; ID., *Studi e questioni di diritto. Volume I. Diritto romano-Diritto intermedio*, Napoli 1910, 349 s.; F. BAYSSAT, *De l'action rei uxoriae en droit romain*, Le Puy 1887, 57 s.; tra gli autori recenti H. ANKUM, *Eviktion* cit., 56 («*Papinian schreibt nicht, daß gegen die Frau die actio de dolo möglich sei. Er schreibt nur, daß sie wegen dolus haftet*»), che proprio per questa ragione non coglie alcuna contraddizione rispetto al rescritto di Settimio Severo e Caracalla. Oscillante il punto di vista di P. COGLIOLO, *Quaestiones vexatae de dotibus in iure romano. I. Se il marito possa agire per evizione contro il costituente la dote nei casi di datio dotis*, in AG 29, 1882, 160 nt. 8, il quale, se per un verso sembra respingere (in opposizione a Camici) l'ipotesi che l'espressione *de dolo tenetur* alluda a un rimedio processuale che non fosse l'*a. doli*, per altro esclude che l'azione (da dolo) potesse essere intentata nei confronti della donna, dovendosi piuttosto agire nei suoi confronti con l'*a. in factum* di cui si discorre in C. 5.12.1.2; dello stesso autore occorre anche considerare la posizione tenuta in *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino 1885, 41 nt. \*, ove non vi è più traccia della critica precedentemente rivolta a Camici e si dà per pacifica (almeno così parrebbe) la conversione dell'*a. de dolo* in *a. in factum*. Che

fermazione che non preclude l'eventualità che tale responsabilità dovesse essere fatta in concreto valere attraverso altra azione o mediante un adattamento *in factum* della stessa *a. de dolo*.<sup>100</sup> Non sembra invece che la denunciata incongruenza rispetto a C. 5.12.1.2 possa risolversi ipotizzando che Papiniano stesse qui valutando un ricorso all'*a. de dolo* successivo allo scioglimento del vincolo matrimoniale, secondo quanto è stato talvolta congetturato sotto la suggestione dell'espressione *solutio matrimonii* che ricorre in apertura del frammento.<sup>101</sup>

6. La soluzione che leggiamo in C. 5.12.1.2 non è altro, del resto, che un'applicazione specifica del più generale principio che troviamo formulato in Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.3.11.1.<sup>102</sup>

l'espressione *de dolo tenetur* di per sé indichi il solo fatto che la donna sia responsabile per il dolo è in definitiva ammesso anche da P. ZANZUCCHI, *Il divieto 2* cit., 8 nt. 1, che pure prende posizione per l'origine giustiniana del divieto di azioni infamanti tra coniugi: solo che, a detta dell'autore, ciò rappresenterebbe il punto di vista dei compilatori («per il diritto giustiniano il frammento si concilia osservando che in esso si parla di una prestazione per il dolo [*de dolo tenetur*], non di un'*actio doli*»), con un'ipotesi che non tiene conto, in realtà, del ben differente ordine di idee in cui si ponevano i maestri bizantini (in proposito vd. *infra* nt. 101).

<sup>100</sup> Nel senso di un adeguamento *in factum* dell'*a. de dolo* vd. J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii* (*Opera IV*) cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063, su cui vd. *infra* nt. 102; per l'impiego dell'*a. in factum*, senza affrontare però la questione del rapporto di questa con l'*a. de dolo*, K.L. ARNDTS VON ARNESBERG, *Gesammelte Civilistische Schriften* 1 cit., 481 s.; tra gli autori recenti H. ANKUM, *Eviktion* cit., 56.

<sup>101</sup> Si tratta di interpretazione che può farsi risalire già agli autori bizantini. In questo senso vd. Stefano nello sch. Δηλονότι *ad Bas.* 29.1.65 (Hb. III 411 = Schelt. B V 2067) 'Δηλονότι μετὰ τὴν τοῦ γάμου διάλυσιν ἔτι γὰρ τοῦ γάμου συνισταμένου κινεῖν ἀτιμοποιὸν ἀγωγὴν οὐ δύναται κατὰ τῆς γυναικὸς ὁ ἀνὴρ, ἀλλ' ἰμφάκτουμ': per l'attribuzione a Stefano vd. G.E. HEIMBACH, *Manuale* cit., 287; nonché Enantiofane in sch. Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς. Μετὰ λύσιν *ad Bas.* 29.1.65 (Hb. III 411 = Schelt. B V 2067) 'Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς. Μετὰ λύσιν τοῦ γάμου συνεστῶτος γὰρ τοῦ συνοικεσίου ἀτιμοποιὸς ποιναιλία ἀγωγὴ κατὰ τῆς γαμετῆς οὐ κινεῖται'; tra gli autori contemporanei si segnala A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 172 nt. 17 («L'*actio doli* spetterebbe dunque *solutio matrimonii*, l'*actio in factum constante matrimonii*»). L'ipotesi, che avrebbe certo il vantaggio di risolvere a monte ogni possibile profilo di contraddizione tra Pap. 4 *resp.* e il brano codicistico, non può essere tuttavia seguita, per diverse ragioni. Per un verso, perché non tiene conto del fatto che la locuzione *solutio matrimonii* si riferisce (chiaramente) al momento in cui andranno restituiti i beni dotali (*Cum res in dotem aestimatas solutio matrimonii reddi placuit*), più che a quello in cui andrà esperita l'azione (qualunque essa fosse). Per altro verso, e soprattutto, perché non spiega per quale motivo si sarebbe dovuto riconoscere al marito il diritto di agire contro la moglie una volta sciolto il matrimonio, tenuto conto che, a quel punto, egli sarebbe stato comunque tenuto a restituire alla donna, non solo i beni dotali, ma anche quanto avesse eventualmente ottenuto dalla stessa a indennizzo della subita evizione: in questo senso vd. J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii* (*Opera IV*) cit., (*Ad §. Cum res*) 2062 s., che pure parrebbe prospettare tra le righe un possibile esercizio dell'azione, adeguata *in factum* (ntt. 100, 102), anche dopo lo scioglimento del matrimonio («in uxorem, vel eam quae uxor fuit, viro famosa actio non datur, in memoriam honoremque pristini matrimonii»); F. BLUSSON, *Des pouvoirs* cit., 43. Significativo da questo punto di vista si rivela, seppur nella più specifica prospettiva dell'impiego dell'*a. empti*, Ulp. 34 *ad Sab. D.* 23.3.16 'Quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea virum ex empto contra uxorem agere et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione solutio matrimonii ei praestare oportet': sul brano vd. H. ANKUM, *Eviktion* cit., 59 s., con correzione di '*dotis actione*' con '*actione rei uxoriae*'.

<sup>102</sup> Per una connessione tra le due testimonianze vd. già J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii* (*Opera IV*) cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063 («Tenetur ergo de dolo [...] non directa actione doli, sed in factum verbis temperata, ut ait *l. non debet, de dolo*»); P.



D. 4.3.11.1 (Ulp. 11 *ad ed.*) *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. sed nec humili adversus eum qui dignitate excellat debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris. Et ita Labeo. Quid ergo est? in horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.*

L'attenzione di Ulpiano è qui rivolta all'individuazione dei soggetti passivamente legittimati all'esercizio dell'*actio del dolo*, precisando come, per via della natura infamante, l'azione non potesse essere accordata nei confronti di determinate categorie di individui, là dove ad agire fossero soggetti ad essi legati in base a precisi rapporti giuridici (*liberis vel libertis adversus parentes patronosve*) o anche solo di assai più modesta considerazione sociale.<sup>103</sup> Ciò in conformità a un principio affermato già ai tempi di Labeone (*Et ita Labeo*).<sup>104</sup> Di qui la necessità di un adeguamento *in factum* dei *verba iudicii*, in modo da inserire all'interno del programma di giudizio la menzione della *bona fides*, allo scopo di porre rimedio al carattere infamante dell'azione.<sup>105</sup>

DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91, il quale, pur non avendo dubbi sull'impiego dell'azione *in factum* «in sostituzione dell'*a. doli*», esprime tuttavia serie riserve sulla classicità della chiusa '*Quid ergo fiat*' («non so risolvermi ad accettare come classico il periodo finale»), con sospetti che si estendano al successivo Paul. 11 *ad Sab.* D. 4.3.12 '*ne ex dolo suo lucraretur*'. Tra le altre cose, l'autore giudica scorretto l'impiego dell'espressione '*in horum persona*', in luogo di '*in horum personam*'; dubbi («forse alterata») sulla parte finale del brano si trovano in B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 196 s. nt. 551, con rilievi che colpiscono (a nostro modo di vedere, senza ragione) le parole *verbis temperandam* («la frase *verbis temperandam*, grammaticalmente scorretta»). Per la genuinità vd. M. KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', in ZSS 101, 1984, 100 e ivi nt. 455; più recentemente non muovono critiche alla fonte D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in E. DOVERE (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio* (Napoli, gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, 162 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, IV, Padova 2003, 292 s.; P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010, 109 e ivi nt. 49; ID., *Raggiro colposo* cit., 328.

<sup>103</sup> Dubbi sulla genuinità di questa parte del frammento si trovano in P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91, il quale vi intravede un indice della tendenza, tipica dell'epoca postclassica, a distinguere «fra gli *humiles* e i plebei da un lato e coloro *qui dignitate excellunt* e i *consulares* dall'altro»; riserve anche in M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in ZSS 60, 1940, 137 nt. 2; A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS 78, 1961, 395 nt. 16; B. ALBANESE, Rec. a P. GARNSEY, *Social status and legal privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, in SDHI 36, 1970 = *Scritti giuridici* II, Palermo 1991, 1862, che parla di parole dal «chiaro stampo legislativo».

<sup>104</sup> In relazione alla questione dell'ampiezza della preclusione all'esercizio dell'azione, nella prospettiva labeoniana, vd. D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 166 nt. 105, il quale da parte sua ritiene di dover attribuire al giurista augusteo «solo i casi di esclusione dovuti a differenze sociali». In proposito vd. anche A. METTE DITTMANN, *Die Ehegesetze des Augustus. Eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart 1991, 87.

<sup>105</sup> Per la natura non infamante dell'azione così concessa vd., tra i tanti, F. CONNANUS, *Commentariorum Iuris Civilis Libri X*, Lugduni 1566, (*Liber VII. De contractibus innominatis. Caput XV. 14*) 600; sempre per la natura non infamante, nell'ottica di una equivalenza sul piano della tutela economica, vd.

Si tratta indubbiamente di una soluzione non semplice e che lascia per certi versi perplessi. Soprattutto non è facile comprendere in che modo la struttura del programma di giudizio dell'*a. de dolo* avrebbe potuto essere adattata *in factum* attraverso l'inserimento di un riferimento a una nozione, come la *bona fides*, che si rivela ontologicamente incompatibile con la nozione di *dolus*: *dolus* e *bona fides* per definizione si escludono.<sup>106</sup> Scartata l'eventualità di una coesistenza, non resta che pensare a una sostituzione. E in questo senso si è in effetti mossa da tempo la dottrina,<sup>107</sup> cogliendo una possibile connessione<sup>108</sup> (con le

già A. FABER, *Rationalia in Pandectas. Tomus primus*, Lugduni 1659, (*De in ius vocando Lib. II. Tit. IV. Ad l. Sed si hac lege 10. Ad §. 12. Praetor ait*) 104 s.: «per quam tantundem consequatur actor, quantum si famosa actione experiretur, nisi quod nulla [...] infamia irrogatur»; W. SELL, *Versuche im Gebiete des Civilrechts. Erster Theil*, Giessen 1833, 68 nt. 2; E. BÖKING, *Pandekten. Grundriß eines Lehrbuches des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts*,<sup>5</sup> Bonn 1861, 193. Tra gli studiosi recenti M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 292, il quale non nasconde tuttavia le proprie perplessità rispetto all'argomentazione ulpiana, facendo opportunamente osservare come il richiamo alla *bona fides* non avrebbe potuto di per sé rappresentare un espediente per scongiurare il rischio dell'infamia, tenuto conto del non ristretto numero di azioni di buona fede aventi natura infamante; P. LAMBRINI, *Dolo generale* cit., 109 e ivi nt. 49, la quale d'altra parte rileva come l'azione dovesse condurre «probabilmente alle medesime conseguenze economiche». Diversamente, prendeva posizione per una piena equivalenza processuale, anche per ciò che riguarda la natura infamante dell'azione, E. GANS, *Über römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, Heidelberg 1819, 157, il quale pensava in sostanza a una semplice metamorfosi.

<sup>106</sup> Paul. 32 *ad ed. D. 17.2.3.3 'fides bona contraria est fraudi et dolo'*: con le giuste precisazioni di R. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 65 e ivi nt. 45. Al riguardo vd. anche D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 173 nt. 119.

<sup>107</sup> Così E. BARON, *Opera omnia in tres tomos divisa*, Lutetiae 1552, (*Digestorum seu Pandectarum liber IIII. De dolo malo. L. XI*) 434 («significat inter agendum nullam malae fidei, doli, vel fraudis mentionem faciendam: & ideo non agendum de dolo, sed in factum»); J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii (Opera IV)* cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063: «Levior est verbis actio in factum, quae rem gestam tantum narrat, nec nominatim notat dolum, reipsa tamen est de dolo»; nel senso di una espresa menzione della *bona fides* A. FABER, *Rationalia in Pandectas* cit., (*De dolo malo Lib. IV. Tit. III. Ad leg. Non debet. 11 lett. d*) 485, con critica alla diversa ipotesi di Accursio che pensava piuttosto a una formulazione in negativo del dolo: ACCURSIUS, *Glossa in Digestum vetus ad Liber IV. Tit. III De dolo malo. L. XI*, Lugduni 1549, 252: «Ut bonae fide quasi dicat, non malae fidei. & sic per abnegationem contrarii ponitur»; A.G. HEFFTER, *Gai Institutionum commentarius quartus sive de actionibus*, Berolini 1827, 79, ove si esclude la presenza di una *intentio incerta* del tipo '*Quicquid dari fieriue oportet ex fide bona*' e si pensa a una semplice modifica dell'*a. de dolo*, in cui il riferimento al dolo sarebbe stato sostituito con la menzione della *bona fides*: «voluit Ictus, formulam de dolo malo adversus istas personas in hanc transfundendam esse: *Si paret, eas non ex fide bona fecisse*, ut doli mentio supprimeretur? Idque verius videtur»; F.C. VON SAVIGNY, *System 5* cit., 473 nt. b; W. SELL, *Versuche* cit., 68 nt. 2; W. SELB, *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julian*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano 1983, 738 («Den milderen Hinweis auf einen Verstoß des Beklagten gegen die *bona fides* ersetzt werden sollte»); più recentemente D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 172 s.; R. CARDILLI, *La "buona fede" come principio del diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in Roma e America. Diritto romano comune 13, 2002, 135.

<sup>108</sup> Per una relazione tra le due questioni vd. già F.C. VON SAVIGNY, *System 5* cit., 473 nt. b; A. PER-NICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Zweiter Band. Erste Abteilung*,<sup>2</sup> Halle 1895, 226 e ivi nt. 5; tra gli autori recenti D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 173 ss.; R. CARDILLI, *La "buona fede"* cit., 134 s.; ID., *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino 2004, 3 ss., 16 ss. Esprime perplessità al riguardo R. FIORI, *Eccezione* cit., 64.

dovute differenze)<sup>109</sup> con la non meno discussa<sup>110</sup> clausola ‘muciana’<sup>111</sup> ‘*extra quam si ita negotium ita gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*’, della cui esistenza siamo informati grazie a Cic., *ad Att.* 6.1.15.

Viene naturalmente da chiedersi sino a che punto tale azione possa continuare a considerarsi *de dolo* e non un’*a. in factum* in senso stretto, come autonomo modello di giudizio. In effetti, più che apparire un’*a. de dolo in factum*, essa ha tutto l’aspetto di un’*a. in factum* vera e propria,<sup>112</sup> per quanto magari formulata secondo l’appena richiamato schema di Cic., *ad Att.* 6.1.15.<sup>113</sup> Di sicuro va escluso che attraverso questa insolita formulazione

<sup>109</sup> Non si può non considerare come, a differenza della clausola muciana, si trattasse qui di clausola non editale da accordarsi in via decretale (*causa cognita*): in questo senso vd. R. CARDILLI, *La “buona fede”* cit., 134 s., il quale, da quest’ultimo punto di vista, osserva come essa presenti (ancor più) significativi punti di contatto con l’*exceptio in factum (decretalis)* concessa per le medesime esigenze di tutela in Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.16: in proposito vd. *infra* nt. 114.

<sup>110</sup> A dividere gli studiosi è la natura della clausola, essendo incerto se si tratti di *exceptio*, come potrebbe suggerire il contesto espressivo (Cic., *ad Att.* 6.1.15 ‘*de Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras ‘nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum’. ego tamen habeo ἰσοδυναμοῦσθαι sed tectiorem ex Q. Muci P. f. edicto Asiatico*’), o se piuttosto di *praescriptio (pro reo)*: in favore della prima ipotesi vd. ad es. D. MANTOVANI, *L’editto come codice* cit., 174 ss.; B. ALBANESE, *La vetus atque usitata exceptio di Cic., De orat.* 1,37,168, in AUPA 49, 2004 = G. FALCONE (a cura di), *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 1100; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 42 ss. Per la seconda, sul presupposto di un impiego atecnico del sostantivo *exceptio* da parte di Cicerone, M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozeß*, in ZSS 33, 1912, 144 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 320; L. PEPPE, *Note sull’editto di Cicerone in Cilicia*, in Labeo 37, 1991, 40 ss.; R. CARDILLI, *La “buona fede”* cit., 132 s. e ivi nt. 28; ID., ‘*Bona fides*’ cit., 14 s., al quale si rinvia per una valutazione delle ragioni che avrebbero indotto Cicerone a preferire tale ‘*exceptio*’ rispetto a quella *de dolo* contenuta nell’editto di Bibulo e ritenuta lesiva degli interessi e della *dignitas* dell’ordo equestre (publicani), la cui formulazione doveva essere assai simile alla versione dell’*exceptio doli* dell’editto giuliano (*Bona fides*’ cit., 18 s. nt. 34, con letteratura); R. FIORI, *Eccezione* cit., 84 ss.; ID., ‘*Bona fides*’. *Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011, 112 ss.

<sup>111</sup> Per un’attribuzione al giurista vd., tra i tanti, L. PEPPE, *Note* cit., 35 s.; R. CARDILLI, *La “buona fede”* cit., 137 ss.; diversamente R. FIORI, *Eccezione* cit., 61 e ivi nt. 35, il quale osserva come il brano di Cicerone non legittimi tali conclusioni, limitandosi Cicerone ad affermare come la clausola fosse presente all’interno dell’editto di Q. Mucio.

<sup>112</sup> In questo senso vd. M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 293, il quale appunto esclude che potesse trattarsi di un «adattamento» dell’azione editale, orientandosi piuttosto per un’«azione decretale non infamante» accordata in sostituzione dell’*actio de dolo* e contenente un riferimento alla *bona fides*; così anche D. MANTOVANI, *L’editto* cit., 172 s.; diversamente F. CONNANUS, *Commentariorum iuris civilis Libri X* cit., 600, per il quale si sarebbe trattato della medesima azione ‘imbellettata’ («ἰψίσσιμα est, sed verbis fucata»); non diversamente, lo si è visto (nt. 107), J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063 («reipsa tamen est de dolo»).

<sup>113</sup> In questo senso vd. F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 473 nt. b («die Intentio soll nicht, wie gewöhnlich so lautet: si paret, *dolo malo* Negidii factum esse rel. Wie sie nun vielmehr gefast werden konnte, sagt uns, übereinstimmend mit Ulpian, CICERO ad Att. VI. 1 med „si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona“, oder in anderen ähnlichen Worten, wodurch nur der Begriff des dolus bezeichnet, und doch der Ausdruck umgangen wurde»); per l’incompatibilità, ma con diverse conclusioni, P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91, su cui vd. nt. 117.

lessicale Ulpiano<sup>114</sup> potesse riferirsi all'*a.p.v.*, come pur è stato talvolta sostenuto in dottrina, in ragione della strutturale incoerenza tra *bona fides* e impianto dei programmi di giudizio con *formula in factum*.<sup>115</sup> Né d'altra parte sembra verosimile l'ipotesi di un intervento compilatorio, secondo quanto congetturato da Pernice, il quale proponeva di leggere «*in factum [verbis temperandam] actionem dandam, [ut bonae fidei mentio fiat], ne ex dolo suo lucrentur*»,<sup>116</sup> con una ricostruzione che presenta certo il vantaggio di eliminare le principali difficoltà che il testo pone, anche per ciò che riguarda l'appena accennata questione della compatibilità tra azione pretoria (*in factum concepta*) e *bona fides*,<sup>117</sup> ma che d'altra parte non si preoccupa di spiegare il motivo di un intervento di tal genere da parte dei compilatori.

Alla luce anche di C. 5.12.1.2, non è dunque irragionevole pensare che l'*actio in factum* cui si allude in Pap. 4 *resp.* non sia altro che l'*a. de dolo* adattata in modo da renderla esperibile nei confronti del marito, superando così le preclusioni che sussistevano all'esercizio dell'azione tra coniugi.<sup>118</sup> Se è vero che tra le *quaedam personae* di cui si discorre in Ulp. 11

<sup>114</sup> Sull'attribuzione della paternità del tratto a Ulpiano non possono esservi dubbi (*dicendum est*). Rimane aperta la questione se la stessa soluzione (processuale) possa farsi risalire già a Labeone: nulla può ovviamente ricavarsi dall'inciso '*Et ita Labeo*' che si riferisce a quanto detto nella prima parte del frammento, in cui non sono però affrontati gli aspetti processuali derivanti dal divieto. Quanto ad Ulpiano una preoccupazione analoga emerge anche in Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.16, ove però l'alternativa all'*exceptio doli*, da *excipere in factum* (forse nel senso che si deve scendere nel dettaglio del fatto concretamente contestato al *patronus* attore, anziché contestare genericamente un comportamento scorretto: *dolus*), è l'*exceptio non numeratae pecuniae*: in proposito vd. D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 168 ss.; R. CARDILLI, '*Bona fides*' cit., 17 e ivi nt. 33. Sulla questione vd. anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, 723 s. Per una connessione tra i due brani e le due questioni vd. già C.F. VON REINHARDT, *Ergänzungen zu C. F. von Glück's ausführlicher Erläuterung der Pandekten. Zweiten Bandes erste Abtheilung*, Stuttgart 1835, 134.

<sup>115</sup> Così F.J. STHAL, *Über das ältere Römische Klagenrecht*, München 1827, 53 nt. 129 («Diese Stelle ist aber von einer *actio praescriptis verbis* zu verstehen, weil in der *formula in factum* für den Zusatz *ex bona fide* kein Raum ist»); sempre nel senso di un programma di giudizio con azione *in ius* vd. C.F. VON REINHARDT, *Ergänzungen* cit., 134.

<sup>116</sup> A. PERNICE, *Labeo* 2.1<sup>2</sup> cit., 226, che pure pone una stretta connessione col brano di Cicerone («wie dort die *exco doli* mit Hilfe der *bona fides* umschrieben wird, so hier die *actio*. Aus dieser Fassung geht aber hervor, dass man einmal das *contra bonam fidem factum* mit dem *dolo malo factum* gleichsetzte»).

<sup>117</sup> Compatibilità che era all'origine delle perplessità manifestate da A. PERNICE, *Labeo* 2.1<sup>2</sup> cit., 226 s. nt. 5 («eine *a. in factum, verbis ita temperandam, ut. m. fiat* ist weder gelenk noch deutlich. Sachlich ist nicht verständlich, wie eine *a. in factum concepta* auf *bona fides* gestellt werden soll»); riserve in proposito si trovano anche in P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91, che giudica inammissibile un riferimento alla *bona fides* nell'ambito di un programma di giudizio pretorio: «*ut bonae fidei (!) mentio fiat*»; in termini non differenti («A me pare tuttavia che una *formula in factum* non possa strutturalmente far riferimento alla *fides*»), tra gli autori recenti, R. FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della «recezione» dei iudicia bonae fidei*, in BIDR 101-102, 1998-1999, 173 ss. e ivi nt. 45, a detta del quale in favore dell'origine compilatoria potrebbe deporre l'assenza del riferimento alla *bona fides* in Bas. 10.3.11 'ἐπὶ τούτων οὖν ἢ ἰν' ὀάκτουμ ἄρμόζει' (Hb. I 500 = Schelt. A II 541), per quanto, come si è detto, l'autore si dimostri aperto anche all'ipotesi di azione decretale (*in ius*). Diversamente non trova reali incongruenze D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 172 nt. 118.

<sup>118</sup> Sulla questione vd. già C. MANZIUS, *Specialia in jure communi sive causae praecipuae*, Augustae Vindelicorum 1668, (*Matrimonii favor et honor*) 231 n. 8, con riferimento all'ipotesi di dolo della moglie in sede di costituzione della dote («Sed si à muliere dolus interpositus sit in promissione dotis, non famosa *actio adversus eam datur, sed actio in factum, l. I. in f. C. de jur. dot.* Et generaliter. *Actio ignominiosa contra maritum vel uxorem non datur, l. I. l. contra 6. §. 2. ff. de act. rer. amor.*»).

*ad ed.* D. 4.3.11.1 non figurano i coniugi, non si può però non considerare il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione (*Et quibusdam personis non dabitur, ut putata*).<sup>119</sup> E d'altra parte anche la dottrina che ha condannato come giustiniano il divieto di azioni *famosae* tra coniugi si è ben guardata dal mettere in dubbio la genuinità del brano di Ulpiano e con esso la possibilità che la struttura del programma di giudizio venisse in qualche modo funzionalmente piegata alla neutralizzazione del regime dell'azione. Non c'è pertanto alcuna ragione per escludere che lo stesso potesse avvenire per il caso che ad agire fosse uno dei due coniugi: non certamente sulla scorta di Pap. 4 *resp.* D. 23.3.69.7 (*'de dolo tenetur'*), al quale si deve assegnare, come si è detto, un valore più sostanziale che processuale.

Sino a che punto quest'azione possa continuare a considerarsi *de dolo* è una questione che rimane certo aperta, ma che da altro punto di vista non intacca il tema di fondo e soprattutto non pregiudica la possibilità che l'azione venisse di fatto considerata, più che un suo semplice surrogato, una sua estensione applicativa. Non si può del resto non considerare che, a differenza di altre ipotesi, per le quali le fonti attestano un impiego residuale dell'azione *in factum* pretoria rispetto all'*a. de dolo* (si pensi in particolare a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2),<sup>120</sup> a rendere qui impraticabile la via del ricorso all'azione non era (o, per meglio dire, non sarebbe stata) l'assenza dei presupposti richiesti ai fini di un suo esercizio, quanto l'esigenza di scongiurare gli effetti infamanti che questa avrebbe comportato in caso di esito vittorioso.

Ciò rende, crediamo, più concreta la possibilità che l'azione pretoria (accordata in sua vece) fosse considerata un vero e proprio adattamento dell'azione editale, piuttosto che un suo mero (e per così dire autonomo) surrogato. Il che risulterebbe anche più coerente col modo di esprimersi di Papiniano, soprattutto per ciò che riguarda l'impiego dell'aggettivo *utilis*. Da questo punto di vista sembra non possa esservi dubbio sul fatto che, nel caso di un'*actio in factum* pretoria in senso stretto (come nuovo e autonomo modello di giudizio), l'aggettivo andrebbe inteso nel senso di 'utilmente', non potendosi pensare a un'estensione in via utile, mancando il modello processuale da estendere. L'ipotesi non appare però coerente col modo di esprimersi del giurista severiano,<sup>121</sup> il quale avrebbe diversamente e più

<sup>119</sup> In questo senso e per un'inclusione del coniuge tra le *quaedam personae* vd. P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91; di «ampia e diligente enumerazione» discorreva diversamente P. ZANZUCCHI, *Il divieto* 2 cit., 7; per la tassatività anche A. WACKE, *Actio rerum amotarum* cit., 80 e ivi nt. 12. Sempre nell'ottica dell'inesperibilità di azioni infamanti tra coniugi in costanza di matrimonio vd. C. 5.21.2 (Diocl. et Max., a. 293) '*constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio*': non muove rilievi sulla genuinità della soluzione A. WATSON, *Actio de dolo* cit., 395 nt. 17; così, in sostanza, anche P. RESINA, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid 1996, 50 e ivi nt. 99; in senso contrario (ovviamente, tenuto conto di quanto si è appena detto) A. WACKE, *Actio rerum amotarum* cit., 78 ss. ivi nt. 8, con una diagnosi che colpisce l'intera seconda parte del brano, a partire dalle parole *constante etenim matrimonio*, giudicata un'aggiunta compilatoria, in linea con la *reverentia* tra coniugi che stava alla base della concezione cristiana dell'istituto matrimoniale; negli stessi termini anche P. ZANNINI, v. *Rapporti personali (dir. rom.)* cit., 370.

<sup>120</sup> Ma lo stesso varrebbe, crediamo, per Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3, pur in assenza, qui, di riferimenti a possibili impieghi, in via sussidiaria, dell'*a. in factum*: in proposito rinviamo a G. ROMANO, *Giuliano* 2 cit., cap. V § 1.1.

<sup>121</sup> Ritiene l'impiego dell'aggettivo '*utilis*' non compatibile con l'ipotesi di «einer aus freier Hand vom Prätor geschaffene Klage mit *formula in factum concepta*» M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224.

congruamente affermato: *utiliter in factum agi potest*, evidenziando così la possibilità di agire vantaggiosamente.<sup>122</sup> Nel brano si dice, però, che l'azione *deve* essere concessa, con un'asserzione che rende ovviamente più impervia un'interpretazione nel senso appena chiarito di: 'utilmente'. *Utilis*, nel senso di efficace o validamente esperibile, esprime infatti possibilità, non doverosità. Ne esce così rinvigorita l'idea che si intenda qui fare riferimento non all'esito dell'azione, quanto al modo in cui questa debba essere congegnata.<sup>123</sup> Il che, d'altra parte, si coniuga perfettamente con la precedente affermazione di Papiniano *licet directa actio nulla competit*, in termini che portano con forza a interpretare l'aggettivo *utilis* nella sua più specifica e ristretta accezione di modello di giudizio contrapposto ad azione diretta: *licet directa actio nulla competit, utilis tamen [...] danda est*.

Sia che si voglia pensare a un adattamento (in senso lato) dell'*a. de dolo*, sia che si propenda piuttosto per un suo impiego in via diretta, ritenendo a questo punto interpolato tanto C. 5.12.1.2, quanto lo stesso brano di Papiniano qui esaminato,<sup>124</sup> appare a nostro avviso difficilmente contestabile che ad essere concessa dal giurista severiano non fosse l'azione contrattuale atipica, né nelle forme dell'*a.c.i.*, né in quelle dell'*a.p.v.* Nulla in tal senso può ricavarsi da C. 5.14.1, ma neppure dagli invocati schh. Ἐὼν πακτεύση di Cirillo e Ἐκ τοῦ, dove è riferito il pensiero di Anastasio, trattandosi comunque di testimonianze tarde, successive all'epoca giustiniana,<sup>125</sup> contraddette dallo sch. Οὔτε *ad Bas.*

<sup>122</sup> Sembra non escludere del tutto l'ipotesi di un'alterazione bizantina ([*utilis*] <*utiliter*>) A. TORRENT, *Previsiones aquilianas* cit., 402 s., senza addurre però specifici argomenti.

<sup>123</sup> Interpretazione del resto condivisa, pur con le dovute differenze, da quanti pensano all'applicazione dell'*a.p.v.* Così, seppur nell'ottica di un adeguamento di una non meglio identificata azione pretoria editale (*supra* nt. 64), anche F. KNIER, *Präscriptio* cit., 126 s.

<sup>124</sup> Il che, non lo si può negare, potrebbe dare un diverso e più stringente significato alla frase *licet directa actio nulla competit*, portando a scorgervi (con le dovute e inevitabili correzioni) un (originario) riferimento al ben noto principio di sussidiarietà dell'azione.

<sup>125</sup> Su Anastasio vd. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Historiae Juris Graeco-Romani delineatio*, Heidelbergae 1839, 24; ID., Rec. a J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* cit., 802 («Er muss nach Stephanus und Cobidas gelebt haben: denn beide führt er in den angegebnen Stellen an»); pensa alla fine del VI sec. J.A.B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'Empire d'Orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453. Tome premier*, Paris 1843, 317; sembrerebbe tra le righe non escludere una datazione ancora più tarda, agli inizi del VII sec., G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 18, 60 s. («Ioannes Cobidas saeculo sexto exeunte vel septimo ineunte videtur vixisse [...] Post Cobidam, cuius sententia retulit, vixit»). Per la sua conoscenza di Stefano e Cobidas vd., rispettivamente, gli schh. Ἀναστασίου. Τὸ αὐτὸ ἐστὶ *ad Bas.* 60.10.7 (Hb. V 433 = Schelt. B VIII 3309) e Ἀναστασίου. Ἡνίκα τις *ad Bas.* 13.1.5 (Hb. II 10 = Schelt. B II 611): su entrambi gli scolii vd., con utili notazioni, G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 61 e ivi nt. 27, ove dubbi sull'attribuzione ad Anastasio dello sch. Ἀναστασίου. Τὸ αὐτὸ ἐστὶ, propendendosi piuttosto per un'attribuzione all'Anonimo, per via della formula di rinvio ἀνάγνωθι διγ. 9<sup>ο</sup> posta a chiusura dello scolio. Sullo stato desolante delle nostre conoscenze sul giurista vd. G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 18 («De eius patria, munere etc. nihil memoriae proditum est»). In relazione alla possibilità che Anastasio sia stato autore di un commentario al digesto vd. favorevolmente J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* cit., 139, 180; scettico al riguardo G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 61, il quale pensa piuttosto a semplici *adnotationes* fatte circolare dai propri *auditors*. Quanto a Cirillo il giovane, autore di un celebre indice al digesto che gli sarebbe valso l'appellativo di ὁ ἰνδικευτής, da non confondersi con Cirillo il vecchio (ὁ ἥρος), giurista del V sec., vd., sempre nell'ottica di una datazione tarda, G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 16; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, 47 s.; J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di*

29.5.24 di Isidoro, da ritenersi certo più significativo<sup>126</sup> se si considera che proviene da un giurista attivo tra Costantinopoli e Berito<sup>127</sup> proprio negli anni in cui Giustiniano metteva mano alla compilazione<sup>128</sup> e che figurava peraltro, è cosa ben risaputa, tra i destinatari della *constitutio Omnem*.<sup>129</sup>

*Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 128 s., ove si dubita possa essere annoverato tra gli *antecessores* (533-560 circa); in senso contrario H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement* cit., 5.

<sup>126</sup> In questo senso, condivisibilmente, già P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 327, a detta del quale Anastasio e Cirillo il giovane si sarebbero fatti portavoce di una nuova tendenza orientata a «estendere l'*a. p. v.* anche oltre i quattro schemi di convenzioni sinallagmatiche».

<sup>127</sup> Al riguardo vd. J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* 1 cit., 281; G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 11 ss.; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement* cit., 29.

<sup>128</sup> Senza seguito l'ipotesi che si trattasse di uno dei giuristi c.d. *posteriores* formulata in base allo sch. Ἰσιδώρου. Ἐπὶ τῶν δωρεῶν *ad* Bas. 47.1.63 (Hb. IV 587 = Schelt. B VII 2777), ove si vorrebbe cogliere un riferimento a una costituzione dell'imperatore Leone III (Isaurico, 717-741): 'κατὰ δὲ τὴν τοῦ θειοτάτου Λέοντος διάταξιν'. In senso contrario vd. già J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* 1 cit., 282, il quale fa opportunamente osservare come il riferimento sia piuttosto a C. 8.53.30, in cui è riportato un provvedimento di Leone I (il Trace) del 459.

<sup>129</sup> Al riguardo vd. sempre J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* 1 cit., 281 s.; G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 11 s.; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement* cit., 29, 40.

Guido Rossi

La ricezione della lettera di cambio nella *common law*  
tra Cinque e Seicento

ABSTRACT

This work explores the way a specific mercantile custom, that of the bill of exchange, was received within the different and far more complex legal structure of the common law. It analyses the stages of this reception and especially the problems that emerged when some mercantile rules had to be incorporated into a different normative structure not fully compatible with them.

PAROLE-CHIAVE

Lettera di cambio; common law; girata.





# LA RICEZIONE DELLA LETTERA DI CAMBIO NELLA *COMMON LAW* TRA CINQUE E SEICENTO \*

SOMMARIO: Introduzione. – 1. La lettera di cambio ed il suo approdo in Inghilterra. – 2. La lettera di cambio come prova del debito. – 3. Cambi e diritto processuale: dal *writ di debt* all'*indebitatus assumpsit*. – 4. Dalla funzione probatoria del cambio al suo riconoscimento come strumento autonomo. – 5. Usi mercantili e struttura dei *pleadings*. – 6. Le ultime resistenze della common law alla libera circolazione dei titoli di credito.

## INTRODUZIONE.

Quello che ci si propone di fare nelle prossime pagine non è ripercorrere l'intero sviluppo della lettera di cambio in Inghilterra, ma comprenderne la progressiva regolamenta-

\* Le date contenute nel presente saggio sono state aggiornate al calendario gregoriano (che, come noto, venne adottato in Gran Bretagna solo nel 1752). Nel saggio verranno inoltre utilizzate le seguenti abbreviazioni:

Burr.	<i>Burrow's King's Bench Reports tempore Mansfield</i>
Cart.	<i>Carthew's King's Bench Reports CJKB</i>
CJ	<i>Chief Justice</i>
CJCP	<i>Chief Justice Common Pleas</i>
CJKB	<i>Chief Justice King's Bench</i>
Comb.	<i>Comberbach's King's Bench Reports</i>
Cro. (Car.)	<i>Croke's King's Bench Reports</i>
Fin.	<i>Finch's Reports, Chancery</i>
Gilb. Ch.	<i>Gilbert's Chancery Reports</i>
Het.	<i>Hetley's Common Pleas Reports</i>
Holt K.B.	<i>Holt's King's Bench Reports</i>
Kebl.	<i>Keble's King's Bench Reports</i>
L.R. Ex.	<i>Law Reports, Exchequer Cases</i>
Ld. Ray.	<i>Lord Raymond's King's Bench and Common Pleas Reports</i>
Lev.	<i>Levinz's King's Bench and Common Pleas Reports</i>
Lut.	<i>Lutwyche's Entries and Reports, Common Pleas</i>
Mod.	<i>Modern Reports</i>
Salk.	<i>Salkeld's King's Bench Reports</i>
Show. K.B.	<i>Showers's King's Bench Reports</i>
Skin.	<i>Skinner's King's Bench Reports</i>
Str.	<i>Strange's King's Bench Reports</i>
Vent.	<i>Ventris's King's Bench Reports</i>
Win.	<i>Winch's Common Pleas Reports</i>
Y.B.	<i>Year Book</i>

zione a livello normativo, avvenuta soprattutto tra tardo Cinquecento e Seicento. Come ogni tipo di consuetudine mercantile, anche quella cambiaria si forgia anzitutto nel concreto operare dei mercanti, e soltanto poi viene recepita a livello normativo. Questa recezione richiede infatti una formalizzazione di regole spesso estranee, e non di raro incompatibili, con un diverso, e spesso molto più informale, tessuto normativo. Proprio per questo, la loro formalizzazione implica un confronto tra regole mercantili e “sistema” giuridico.<sup>1</sup> Tale confronto è spesso bidirezionale: se da un lato esso porta ad una reinterpretazione di quelle regole alla luce del tessuto normativo al cui interno andranno ora ad applicarsi, dall'altro il tessuto normativo stesso spesso finisce col subire modifiche per fare spazio a quelle regole e renderle applicabili al suo interno.

Un simile confronto è avvenuto in diversi segmenti del diritto commerciale, dove usi mercantili sono stati progressivamente inseriti all'interno della *common law* (ovvero, per meglio dire, la *common law* ha iniziato ad applicarsi ad ambiti commerciali precedentemente regolati da norme non riconducibili ad essa), come ad esempio il diritto assicurativo e quello bancario. Il caso delle lettere di cambio è particolarmente interessante per studiare la progressiva ricezione nella *common law* di regole e consuetudini ad essa estranei a motivo della prossimità tra cambio ed obbligazioni contrattuali: interpretare la lettera di cambio alla luce delle norme (tanto procedurali quanto di diritto sostanziale) che si applicherebbero ad un normale credito, infatti, richiese ai giudici della *common law* un notevolissimo sforzo interpretativo, che non di rado creò significative tensioni col diritto delle obbligazioni.

## 1. LA LETTERA DI CAMBIO ED IL SUO APPRODO IN INGHILTERRA.

Tra Cinque e Seicento la lettera di cambio occupa un ruolo assolutamente centrale nel commercio europeo, e l'Inghilterra non fa certo eccezione.<sup>2</sup> Benché utilizzata anche con altre modalità, la forma di gran lunga più comune nella quale la lettera di cambio viene impiegata coinvolge quattro parti. Nella sua forma più semplice il datore versa del denaro al prenditore, il quale in cambio emette un ordine rivolto al trattario di pagare quella somma, convertita in altra valuta, al beneficiario in altra piazza. L'interesse è celato nel tasso di conversione, prestabilito nell'ordine di pagamento.<sup>3</sup> Così, a differenza di quegli

<sup>1</sup> Le virgolette sono d'obbligo in un discorso generale sulla prima età moderna, nella quale parlare di “sistema” con riferimento all'ordinamento giuridico è spesso indice di robusto senso dell'ottimismo. All'interno della *common law*, tuttavia, può probabilmente parlarsi di “sistema giuridico” quantomeno sin dal tardo medioevo – nella misura in cui, con questo termine, ci si riferisca soltanto alla *common law*, e non all'intero sistema di regole giuridiche in vigore in Inghilterra.

<sup>2</sup> Sulla lettera di cambio la bibliografia è vastissima. Per un'introduzione sull'argomento (che qui sarà sviluppato soltanto con riferimento al diritto inglese della primissima età moderna) basti ricordare i classici lavori scritti sul tema da G. CASSANDRO (*Vicende storiche della lettera di cambio; Note minime per la storia del “cambio”; Breve storia della cambiale; La dottrina dei cambi nel Cinquecento*) raccolti dall'Autore nei suoi *Saggi di storia del diritto commerciale*, Roma 1978, e di R. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change, XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles*, Paris 1953. Più di recente si veda D. DE RUYSSCHER, *L'acculturation juridique des coutumes commerciales à Anvers. L'exemple de la lettre de change (XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle)*, in *Modernisme, tradition et acculturation juridique. Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit tenues à Louvain (28 mai-1er juin 2008)*, Bruxelles 2011, 151-160.

<sup>3</sup> Si evita appositamente ogni riferimento alla complessa problematica dell'usura e di quanto la sua proibizione abbia effettivamente influito sullo sviluppo della lettera di cambio. Se autorevolissimi studiosi

strumenti coi quali un debitore semplicemente promette di pagare una certa somma in un certo tempo (si pensi anzitutto al *cambium* notarile e, successivamente, alla più informale cambiale), la lettera di cambio è anzitutto un ordine di pagamento. Tale ordine viene usato laddove vi sia un intermediario che possa agire come trattario: ecco che nel tardo medioevo la lettera di cambio si sviluppa in quei centri dove le grandi casate di mercanti (anzitutto italiani) hanno delle filiali; successivamente, queste filiali (ormai non solo più italiane) iniziano a contendersi il mercato anche con mercanti locali.

In Inghilterra, sulla scia delle filiali locali di banchieri e mercanti italiani, nel Quattrocento gli inglesi fanno sistematico ricorso alla lettera di cambio per consentire a diversi tipi di mercanti che commerciano con le Fiandre di specializzare i propri traffici in un'unica "direzione": o vendere sempre (e, per converso, comprare in Inghilterra), o comprare sempre (e vendere in Inghilterra). Così ad esempio i mercanti che commerciano in lana hanno interesse a comprarla in Inghilterra per venderla a Calais (ed essere pagati alle fiere del Brabante o a Bruges), mentre i *merchant adventurers* esportano tessuti ad Anversa: entrambi hanno costantemente bisogno di rimettere i fondi che ottengono nelle Fiandre per acquistare in Inghilterra i prodotti da esportare. Per converso, altri mercanti inglesi si specializzano nell'acquisto di sete ed altri beni di lusso nelle Fiandre, per rivenderli nel mercato domestico; al contrario delle prime due categorie, quest'ultimi avranno bisogno di spostare danaro dall'Inghilterra (dove vendono) alle Fiandre (dove acquistano).<sup>4</sup>

La lettera di cambio risponde all'endemica scarsità di moneta (oltre al costante rischio di svilimento della stessa), ed al contempo facilita grandemente i flussi di capitale sia, ed anzitutto, nel commercio internazionale, che in quello nazionale. Se poi il capitale è effettivamente versato all'atto dell'emissione della lettera, oltre alla funzione di rimessa, il meccanismo assolve anche la funzione di credito: sino a quando la lettera di cambio non divenga esigibile, infatti, il beneficiario non potrà esigere il danaro dal trattario. Durante quel lasso di tempo, dunque, il datore effettivamente finanzia il prenditore. Quando invece il capitale non fosse versato contestualmente all'emissione della lettera – cosa che avviene sempre più spesso col consolidarsi dell'uso di questo strumento – è viceversa il prenditore a finanziare il datore. Dato che il tasso di cambio tra la valuta A e la valuta B non è mai lo stesso nella piazza dove si usa la valuta A ed in quella dove invece si usa la valuta B, e che nella lettera di cambio tale tasso è già predeterminato, si trattava di un'attività che poteva portare tanto a grandi guadagni quanto a rovinose perdite, ed era necessario un costante monitoraggio delle varie piazze, seguendone le oscillazioni monetarie ed anzi cercando di prevederle.<sup>5</sup> Un documento del 1564, preparato per una commissione ufficiale della corona inglese in materia (una *English Royal Commission on Exchanges*)<sup>6</sup> spiega chiaramente il

(si pensi ad esempio all'appena citato De Roover) hanno tradizionalmente visto nel divieto di usura uno dei fattori più importanti del suo sviluppo, molti altri, specie nell'ultimo cinquantennio, ne hanno tuttavia sensibilmente ridimensionato l'importanza. Il nostro interesse sul punto è marginale, dato che questo contributo vuole invece guardare al rapporto tra sviluppo della lettera di cambio e *common law*.

<sup>4</sup> J.H. MUNRO, *Bullionism and the bill of exchange in England, 1272-1663: A study in monetary management and popular prejudice*, in *The Dawn of Modern Banking*, by The Center for Medieval and Renaissance Studies, New Haven 1979, 169-240.

<sup>5</sup> Così, i mercanti-banchieri che più si occupavano di lettere di cambio erano anche quelli che più avevano bisogno di un solido network alle spalle, che consentisse loro di spostare capitali con velocità in diverse piazze, seguendone l'andamento, oltre a sfruttare potenziali asimmetrie informative.

<sup>6</sup> *Memorandum prepared for the royal commission on the exchanges, 1564*, in R.H. TAWNEY (a cura di), *Tudor Economic Documents*, III, London 1951, 346-361.

funzionamento della lettera di cambio con due esempi: nel primo il denaro è preso a cambio a Londra su Anversa, nel secondo le parti si invertono ed il denaro viene preso a cambio ad Anversa su Londra. La quantità di danaro che effettivamente occorre al beneficiario in entrambi i casi è di 100 sterline inglesi, ma l'ammontare delle due lettere di cambio è diverso, perché ad Anversa il tasso di cambio è inferiore rispetto al tasso praticato a Londra.<sup>7</sup>

## 2. LA LETTERA DI CAMBIO COME PROVA DEL DEBITO.

Si conoscono varie liti giudiziarie in tema di lettere di cambio già durante il Quattrocento, spesso dinanzi alla Corte del *Mayor* ed *Aldermen* di Londra. La prima e (per questo) più famosa di queste, *Burton v. Davy* (1437),<sup>8</sup> è spesso considerata come la prova che, sin dalla prima metà del Quattrocento, le lettere di cambio fossero già ben conosciute e regolate dal diritto inglese.<sup>9</sup> Si tratta di un caso piuttosto semplice: l'agente di un mercante londinese (Elias Davy) prende danaro in prestito a Bruges dall'agente del mercante di Norwich John Burton, da ripagarsi in Inghilterra a Burton ovvero al portatore. Quando il cambio viene presentato, tuttavia, Davy si rifiuta di pagarlo. Un terzo, tale John Walden, fa causa a Davy a nome di Burton dinanzi alla Corte del *Mayor* di Londra, che condanna Davy al pagamento della lettera di cambio a favore del beneficiario (Burton) ovvero del terzo che ha concretamente promosso l'azione (Walden).<sup>10</sup> Si è quindi letto questo caso come prova che già all'epoca le corti inglesi riconoscessero il principio di negoziabilità,<sup>11</sup> o quantomeno quello dell'assegnabilità.<sup>12</sup> Una simile conclusione sembra tuttavia peccare di eccessivo ottimismo. Nella trattazione del caso manca in effetti qualsivoglia riferimento all'accettazione del cambio da parte del trattario, ed al suo posto troviamo invece l'esautiva narrazione delle vicende che hanno portato al debito contratto dall'agente di Bruges del

<sup>7</sup> *Ibid.*, 347-349.

<sup>8</sup> H. HALL (a cura di), *Select Cases Concerning the Law Merchant*, III, London 1932 [Selden Society Publications, IL], 117-119.

<sup>9</sup> Per es. F.K. BEUTEL, *The Development of Negotiable Instruments in Early English Law*, in *Harvard Law Review* 51, 1938, 813-845, spec. 830-832; M. POSTAN, *Private Financial Instruments in Medieval England*, in *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* 23, 1930, 33-54; J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law*, London 1955, 23-25; J.H. MUNRO, *The International Law Merchant and the Evolution of Negotiable Credit in Late-Medieval England and the Low Countries*, in D. PUNCUH, G. FELLONI (a cura di), *Banchi pubblici, banchi privati e monti di pietà nell'Europa preindustriale: Amministrazione, tecniche operative e ruoli economici*, I, Genova 1991, 49-80; ID., *English "Backwardness" and Financial Innovations in Commerce with the Low Countries, 14th to 16th centuries*, Working Papers munro-98-06, University of Toronto, Department of Economics, disponibile al sito internet: <https://www.economics.utoronto.ca/public/workingPapers/UT-ECIPA-MUNRO-98-06.pdf> (ultimo accesso: 22.09.2022), e, più brevemente, ID., *The Medieval Origins of the Financial Revolution: Usury, Rentes, and Negotiability*, in *International History Review* 25, 2003, 505-62, spec. 547 e 551-553). Per un riesame del caso, ed un approfondito commento, si rimanda a T. MOORE, *'According to the law of merchants and the custom of the city of London': Burton v. Davy (1436) and the negotiability of credit instruments in medieval England*, in M. ALLEN e M. DAVIES (a cura di), *Medieval Merchants and Money: Essays in Honour of James L. Bolton*, London 2016, 305-321.

<sup>10</sup> H. HALL, *Select Cases Concerning the Law Merchant*, III cit., 118-119.

<sup>11</sup> Per es. si veda F.B. BEUTEL, *The Development of Negotiable Instruments* cit., 831.

<sup>12</sup> J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law* cit., 23-25.

mercante di Londra. In queste vicende, la firma di una lettera cambiabile occupa uno spazio del tutto marginale: l'intera discussione è incentrata sull'esistenza del debito di una parte verso l'altra.<sup>13</sup>

Diversi altri casi tardo medievali, prevalentemente discussi dinanzi la Corte del *Mayor* di Londra, trattano di lettere di cambio. In tutti questi casi, tuttavia, la lettera di cambio è semplicemente menzionata come prova dell'esistenza del debito del convenuto, non come titolo del credito dell'attore.<sup>14</sup> Guardando ai semplici fatti in base ai quali una lettera di cambio viene emessa (in un tipico caso, denaro preso in prestito in un certo luogo e determinata valuta, da ripagare in altro luogo con altra valuta), potremmo dire che anche le corti di *common law* si occupavano di problemi relativi alla lettera di credito – nel senso dei rapporti giuridici sottostanti ad essa – sin dal tardo medioevo,<sup>15</sup> forse addirittura sin dal Trecento.<sup>16</sup> Ma – ed è questo il punto – le discussioni relative ai rapporti tra debitore e creditore non vengono quasi mai neppure menzionate nelle argomentazioni giuridiche dinanzi alla corte (*pleadings*), e dunque non vengono riportate nei *plea rolls*. L'estremo formalismo giuridico dei *writs*, peraltro, lascia poco spazio alla descrizione dei fatti del caso, e questo è particolarmente vero laddove si agisca con un *writ of debt*.<sup>17</sup> Tutto quello che le parti devono fare nel rivolgersi alla corte è affermare – o negare – che una somma di danaro sia dovuta all'attore da parte del convenuto. Ed infatti questo è tutto quel che troviamo negli archivi delle corti stesse. Spetta poi ad una giuria decidere se tale affermazione sia vera: soltanto a questo punto, se effettivamente la lettera di cambio fosse accettata dal diritto inglese, la parte attrice avrebbe prodotto dinanzi ai giurati la lettera. Ma l'unica cosa che viene registrata negli archivi delle corti è il risultato della decisione della giuria, non su quali basi tale decisione sia stata raggiunta. Le prime discussioni *ex professo* sulla materia – cioè *pleadings* con tanto di decisione da parte dei giudici sulla validità di un determinato titolo e la sua ammissibilità in giudizio – iniziano ad apparire soltanto quando la procedura cambia, e si passa dalla rigida ed astratta forma di *debt* alla più malleabile e, soprattutto, concreta forma di *assumpsit*.

### 3. CAMBI E DIRITTO PROCESSUALE: DAL WRIT DI DEBT ALL'INDEBITATUS ASSUMPSIT.

L'origine e lo sviluppo dell'*assumpsit* è un tema complesso;<sup>18</sup> ai nostri fini è sufficiente limitarci ad osservare come esso tragga origine da un particolare tipo di *trespass* (un *writ* volto non all'esecuzione di una determinata obbligazione ma al risarcimento del danno patito), il *trespass on the case* o, più brevemente, spesso detto *case*. Nella sua forma di *case*, il *writ* di *trespass* inizia a svilupparsi per la necessità di fornire uno strumento processuale all'attore danneggiato non da un comportamento meramente extracontrattuale, ma dalla

<sup>13</sup> Si veda per tutti l'analisi di J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes*, Cambridge 1995, 47-48.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 48-51.

<sup>15</sup> Si vedano per es. i casi discussi da J.H. BAKER, *The Law Merchant and The Common Law before 1700*, in *Cambridge Law Journal* 38, 1979, 295-322, spec. 304-306.

<sup>16</sup> *Stowey v. Prior of Bruton* (1378), Y.B. 2 Rich. II, 11.

<sup>17</sup> J.H. BAKER, *The Law Merchant and The Common Law* cit., 302-303.

<sup>18</sup> Si veda per tutti D.J. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford 2001, 126-151.

difettosa esecuzione di un obbligo contrattuale, laddove il contratto sia informale<sup>19</sup> (e, dunque, stipulato oralmente o comunque sprovvisto di sigillo).<sup>20</sup> In questi casi, infatti, occorreva descrivere la fattispecie concreta, fornendo precisi elementi che non potevano essere omessi: ecco perché si parla di un *trespass* non nella sua forma astratta, ma basato “sul caso” (*on the case*) specifico.

Il grande sviluppo del *trespass on the case* nel tardo medioevo si deve agli angusti spazi di manovra imposti dal formalismo giuridico del sistema dei *writs*: così ad esempio il *writ* di *detinue* (che deve il suo nome all'allegazione dell'attore che il convenuto *iniuste detinet* un bene mobile di sua proprietà) poteva essere utilizzato per recuperare il possesso del bene, ma non anche per i danni ad esso cagionati per la negligenza del convenuto. L'esempio è tutt'altro che un caso isolato: per tutto ciò che non era specificamente coperto da un determinato *writ* era necessario esperire un'azione di *trespass on the case*.<sup>21</sup> Descrivendo puntualmente il *casus*, il danno effettivamente sofferto dall'attore poteva emergere con chiarezza. Per questo motivo, avvicinandoci a ciò che a noi più interessa, agire con alcuni fra i *writs* più risalenti ed astratti era considerevolmente meno agevole che farlo con un'azione per danni (quindi, un *writ* di *trespass*) basata sul *casus* specifico.

L'azione di *assumpsit* si sviluppa sul tronco di quella del *trespass on the case*, come un nuovo ramo<sup>22</sup> che va a coprire le fattispecie dai contorni più chiaramente contrattuali: il convenuto viene citato in quanto *assumpsit et fideliter promisit* di fare qualcosa che poi non ha fatto – o ha fatto male.<sup>23</sup> La duttilità dello strumento di *assumpsit*, specie se comparata con la rigidità ed al formalismo dei *writs*, lo renderanno particolarmente utile nel diritto commerciale, dove lo troviamo adoperato non solo in cause relative a lettere di cambio, ma anche in procedimenti vertenti su assicurazioni, noli, società e mandati già all'indomani della sua comparsa.<sup>24</sup> Una simile rapidità si spiega inoltre considerando come l'*assumpsit* venisse utilizzato come alternativa anzitutto al *writ* di *debt*, strumento col quale, come abbiamo visto, si agiva per ottenere una determinata somma di danaro che il debitore doveva pagare all'attore.

Gli svantaggi principali del *debt* rispetto all'*assumpsit* riguardano la procedura ed il *petitum*. A differenza delle azioni di *trespass* (e dunque, anche quelle di *trespass on the case*, e quindi ugualmente la sua sottospecie di *assumpsit*), agendo in *debt* al convenuto era consentito presentare dei compurgatori (*compurgators*) che giurassero sulla sua credibilità (procedimento chiamato *wager of law*). Gli standard di questa pratica molto arcaica della *common law*, tuttavia, andarono gradualmente deteriorandosi, tanto che fare il *compurgator*

<sup>19</sup> Sul tema dell'origine e sviluppo del *trespass on the case* la bibliografia è molto estesa, ma il lavoro imprescindibile è quello di S.F.C. MILSOM, *Trespass from Henry III to Edward III*, lungo ed estremamente complesso saggio pubblicato, in tre parti, in *Law Quarterly Review* 74, 1958, 195-224, 407-436, e 561-590. Cf. già alcuni punti espressi in ID., *Not Doing Is No Trespass*, *Cambridge Law Journal* 12, 1954, 105-117.

<sup>20</sup> Tra la fine del Duecento e gli inizi del Trecento i *writs* propriamente contrattuali iniziano ad atrofizzarsi, in quanto la mancata produzione di un contratto in forma scritta col sigillo delle parti porta progressivamente alla presunzione *iuris et de iure* dell'inesistenza del contratto stesso. Una brillante sintesi in D.J. IBBETSON, *A Historical Introduction* cit., 24-28.

<sup>21</sup> ID., *Assumpsit and Debt in the Early Sixteenth Century: The Origins of the Indebitatus Count*, in *Cambridge Law Journal* 41, 1982, 142-161, spec. 148-149.

<sup>22</sup> Formalmente da descriversi come *Trespass on the Case on an Assumpsit*.

<sup>23</sup> Si veda ancora D.J. IBBETSON, *A Historical Introduction* cit., 126-151.

<sup>24</sup> Sono infatti attestati già tra la fine degli anni '30 e l'inizio degli anni '40 del Cinquecento: sul punto si veda anzitutto J.H. BAKER, *The Oxford History of the Laws of England*, VI, 1483-1558, Cambridge 2003, 859, testo e – soprattutto – ntt. 116-120.

divenne una vera e propria professione.<sup>25</sup> Bastava quindi che il convenuto fosse disposto a giurare il falso perché vicesse. Il secondo svantaggio dell'agire in *debt*, lungi dall'essere di poco rilievo, riguarda i danni, inesigibili in *debt* (dove si agisce solo per la cifra dovuta) ma esigibilissimi in *assumpsit* – azione che, nascendo da una costola del *trespass*, ruota proprio intorno al danno patito dall'attore. Un terzo problema dell'agire in *debt* riguarda più da vicino le lettere di credito: agendo in *debt*, l'attore doveva convincere i giurati che il convenuto fosse effettivamente debitore di una determinata somma, e che tale debito fosse dovuto proprio all'attore e non ad altri. Sintanto che le lettere di cambio non diventarono una forma abituale di pagamento per chiunque, e non solo fra mercanti, una giuria “ordinaria” (cioè non composta prevalentemente da mercanti) avrebbe avuto non poche difficoltà a riconoscere il debito del trattario verso il beneficiario. Se consideriamo da un lato la scarsa familiarità delle giurie di non mercanti con i titoli di credito almeno sino a fine Cinquecento, e dall'altro le cifre altissime in gioco in molte lettere di cambio, ben pochi avrebbero optato per agire in *debt* anziché in *assumpsit*.<sup>26</sup>

I vantaggi dell'*assumpsit* rispetto al *debt* porteranno, durante la seconda parte del Cinquecento, allo sviluppo di una sottospecie ancora più singolare di *assumpsit*, il c.d. *indebitatus assumpsit*: il convenuto, che già aveva un debito verso l'attore, aveva in un secondo momento poi assunto l'obbligo di ripagarlo – finendo col disattendere questo impegno.<sup>27</sup> Presto l'*indebitatus assumpsit* venne applicato anche alle lettere di cambio, con significativo successo nella prassi.<sup>28</sup> Si prenda per esempio la collezione di formulari di precedenti (utilizzati dai legali per agire in giudizio in una grande varietà di diversi casi) pubblicata da William Rastell: se comparassimo la prima edizione (1566) con la terza (1596), troveremo che i due casi di lettere di cambio introdotte in quest'ultima edizione sono entrambi strutturati come *indebitatus assumpsit*.<sup>29</sup> Lo stesso schema compare ormai abitualmente in altri formulari più tardi. Così ad esempio nelle formule riportate nel seicentesco *Vade Mecum* di Brown,<sup>30</sup> pressoché tutti i casi relativi alle lettere di cambio (quattro su cinque) usano la formula dell'*indebitatus assumpsit*.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* cit., 79.

<sup>26</sup> Sui problemi procedurali che questo tuttavia comportava si veda *infra*, nt. 51.

<sup>27</sup> J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* cit., 132-134; 148-152. Per un'analisi ancora più accurata vedasi D.J. IBBETSON, *Assumpsit and Debt in the Early Sixteenth Century* cit., 142-161. Sul problema della differenza tra l'agire in *assumpsit* (rimedio per la violazione della promessa di ripagare il debito) e l'agire in *debt* (rimedio per il mancato ripagamento del danaro che il convenuto doveva all'attore) vedasi *infra*, nt. 51. Il motivo per cui si iniziò a parlare di *indebitatus assumpsit* era per distinguere i casi di azione in *assumpsit* sulla promessa basata su di un contratto da quelli in cui non vi era una pregressa obbligazione; questi ultimi finirono per prendere il nome di *collateral assumpsit*.

<sup>28</sup> J.H. BAKER, *The Law Merchant and The Common Law* cit., 354-56.

<sup>29</sup> *J.L. v. E.* (1594), in W. RASTELL, *A collection of entrees, of declarations, barres, replications, reioinders, issues, verdicts, iudgements, executions, proces, continuances, essoines, and diuers other matters. Newly amended, and much enlarged with many good precedents of latter time: whereof diuers are upon diuers statutes, as is noted in the end of the table...*, [London], In aedibus Ian[a]e Yetseweirt relictæ Caroli Yetseweirt ... [3<sup>a</sup> ed., 1596], fol. 338r; *C.W. v. J.B.* (1595), *ibid.*

<sup>30</sup> W. BROWN, *The Entering clerk's vade mecum, being an exact collection of precedents for declarations and pleadings in most actions ...*, London, Printed by G. Sawbridge, W. Rawlins and S. Roycroft, Assigns of Richard and Edward Atkins Esqs., For W. Jacob at the Black Swan next Bernards Inn in Holborn, and C. Smith at the Angel in Fleetstreet, 1678.

<sup>31</sup> *Hampton v. Calthrope* (1584), *ibid.*, 23-25; *Williamson v. Holiday* (1611), *ibid.*, 26-27; *Toft v. Garraway* (1613), *ibid.*, 27-29, *Shepherd v. Beecher* (1609), *ibid.*, 29-34.



Ai nostri fini, ciò che più conta è che, in queste discussioni basate sull'*indebitatus assumpsit*, la lettera di cambio non sia mai considerata come *fonte* del rapporto obbligatorio tra le parti, ma sempre e soltanto *prova* di un tale rapporto. Non è per il fatto che il prenditore (agendo come principale o come agente poco importa) abbia firmato una lettera che il datore può agire contro di lui qualora il trattario non accetti di pagare, ma per il debito del prenditore, sorto nel momento in cui ha accettato il danaro del datore impegnandosi a ripagarlo con determinate modalità definite in comune accordo. Il convenuto, insomma, si è obbligato a ripagare il creditore e non lo ha fatto: è per questo – e non per la produzione in giudizio di un titolo di credito – che può essere condannato.<sup>32</sup>

#### 4. DALLA FUNZIONE PROBATORIA DEL CAMBIO AL SUO RICONOSCIMENTO COME STRUMENTO AUTONOMO.

Sino a quando le corti di *common law* avessero considerato legalmente rilevante il rapporto giuridico sottostante alla lettera di cambio ma non quest'ultima, qualsiasi modifica o aggiunta allo schema base della lettera di cambio stessa avrebbe stentato ad ottenere riconoscimento. Durante il Seicento, tuttavia, l'approccio verso la lettera di cambio inizia a cambiare, ed i frutti di tale cambiamento si iniziano a vedere a partire dagli ultimi decenni di quel secolo. È possibile pensare a due distinte ma molto probabilmente concomitanti motivazioni per questo sviluppo: da un lato, l'influenza della prassi commerciale; dall'altro, la penetrazione di questa prassi nel tessuto sociale ed economico dell'Inghilterra. Per quanto sia possibile che alcuni mercanti londinesi girassero le lettere di cambio già agli inizi del Seicento,<sup>33</sup> pochi di loro avrebbero pensato di rivolgersi ad una corte di *common law* in caso di mancato pagamento del cambio a loro girato.

<sup>32</sup> J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 60-62.

<sup>33</sup> Il punto non è del tutto chiaro, anche perché non esistono trattati di diritto commerciale scritti in Inghilterra nel sedicesimo secolo, e poche sono le lettere di cambio inglesi dell'epoca a noi pervenute. Mentre l'assegnazione della lettera di cambio inizia a comparire nei mercati più evoluti dell'Europa continentale nel Cinquecento, consolidandosi durante la seconda metà del secolo, la girata vera e propria inizia ad essere attestata più tardi, agli inizi del Seicento. È difficile immaginare che un uso sempre più attestato in città come Anversa prima ed Amsterdam poi tardasse molto a manifestarsi anche a Londra, ma è parimenti azzardato concludere dando per scontata un'ampia diffusione della girata in Inghilterra con le primissime avvisaglie del suo uso nelle Fiandre. R. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change* cit., 83-118; W. BRULEZ, *De firma Della Faille en de internationale handel van Vlaamse firma's in de 16de eeuw*, Brussels 1959, 183-4, 189; H. VAN DER WEE, *The Growth of the Antwerp Market and the European Economy (Fourteenth–Sixteenth Centuries)*, II, Louvain 1963, 340-49; ID., *Antwerp and the new financial methods of the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> centuries* (trad. L. Fackelman), in ID. (a cura di), *The Low Countries in the Early Modern World*, Aldershot 1993, 145-166, 153 e 155; J. MUNRO, *The Medieval Origins of the Financial Revolution: Usury, Rentes, and Negotiability*, in *International Journal Review* 25, 2003, 505-562, spec. 545; D. DE RUYSSCHER, *Innovating Financial Law in Early Modern Europe. Transfers of Commercial Paper and Recourse Liability in Legislation and Ius Commune (16th-18th Centuries)*, in *European Review of Private Law* 19, 2011, 505-518, spec. 508-510. Per una cronologia dello sviluppo che dalla nascita del cambio porta sino alla sua negoziabilità si veda, per Anversa, lo studio di J. PUTTEVILS, *Tweaking financial instruments: bills obligatory in sixteenth-century Antwerp*, in *Financial History Review* 22, 2015, 337-361, Tavola 1, 341-342 (benché l'autore dichiari espressamente di non distinguere tra lettere di cambio e cambiali: *ibid.*, 340). La *common law* riconoscerà formalmente la negoziabilità soltanto a fine Seicento (*William v. Field* (1694)). Cf. J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law* cit., 63-65. Sulla responsabilità del girante si veda V. AOKI SANTAROSA, *Financing Long-Distance Trade: The Joint*

Dopo qualche decennio (e, dunque, a secolo inoltrato), tuttavia, col reiterarsi di questa prassi negli anni, una simile aspettativa da parte del giratario sarebbe stata molto più plausibile. Al contempo, il consolidarsi di un simile uso tra mercanti avrebbe poco a poco portato al suo utilizzo anche terzi non mercanti, finendo per coinvolgere perfino i giuristi: nel 1687 il *Chief Justice* del *King's Bench*, Sir John Holt, poteva ad esempio affermare come “tutti abbiamo lettere di cambio tratte o pagabili a nostro favore”.<sup>34</sup> Quantomeno dagli inizi del Seicento, infatti, è documentato un cospicuo numero di lettere di cambio nel commercio domestico inglese – quindi, rivolte al mercato interno e non, come in precedenza, usate nei commerci internazionali.<sup>35</sup> Nel corso dello stesso secolo, il progressivo convergere dell'economia inglese su Londra (oltre alla crescita esponenziale di quest'ultima) porterà presto all'esigenza di farvi confluire un gran numero di transazioni per conto di soggetti che vivono ed operano in altre parti del regno.<sup>36</sup>

Arriviamo così ai primi casi in cui le lettere di cambio – e non semplicemente i rapporti obbligatori ad esse sottostanti – vengono riconosciute come valide dalle corti di *common law*. Uno dei primi esempi che si conoscono è del 1663, *Edgar v. Chut*.<sup>37</sup> Il caso è semplice, ma utile ai fini dell'analisi dello strumento: una lettera di cambio viene emessa a credito, ed il prenditore avvisa il trattario a Londra di non pagare il beneficiario sino a quando il datore non abbia versato al suddetto trattario l'ammontare in danaro. Nel frattempo tuttavia il datore finisce in bancarotta, ed il beneficiario agisce in giudizio contro il prenditore. La corte (il *King's Bench*) non ha difficoltà a condannare il prenditore. La condanna, tuttavia, non si basa su un sottostante debito del prenditore, il quale non aveva ricevuto somma alcuna dal datore – anzi, proprio per questo motivo non voleva che la lettera venisse pagata. Al contrario, la condanna si basa sul semplice titolo di credito: il fatto che il prenditore abbia firmato il documento che autorizza il beneficiario ad ottenere una certa somma è sufficiente, di per sé, ad agire in giudizio contro il prenditore stesso, a prescindere da qualsiasi rapporto obbligatorio sottostante al titolo.<sup>38</sup>

Questo fondamentale sviluppo nella storia dei titoli di credito avviene in modo graduale. Anzitutto, nelle azioni di *assumpsit*, nel descrivere gli obblighi che scaturiscono dalla lettera di credito l'attore inizia a fare riferimento all'uso dei mercanti in maniera più specifica rispetto a prima. Solo adesso si inizia a chiarire come questo uso dei mercanti comporti l'obbligo da parte del trattario che accetti la lettera di cambio di onorarla. Questo riferimento era necessario per spiegare a che titolo il trattario, una volta accettato il cambio, fosse obbligato a pagarlo: rispetto al rapporto tra debitore (il prenditore) e creditore (il datore), infatti, il trattario è terzo. In un sistema procedurale rigido come quello della *common law* è difficile pensare ad una *form of action* che giustifichi la responsabilità del tratta-

*Liability Rule and Bills of Exchange in Eighteenth-Century France*, in *The Journal of Economic History* 75, 2015, 690-719, spec. 693-694.

<sup>34</sup> “*We all have bills directed to us, or payable to us*”, *Sarsfield v. Witherly* (1689), 1 Show. K.B. 125, 2 Vent. 292.

<sup>35</sup> E. KERRIDGE, *Trade and Banking in early modern England*, Manchester 1988, 45-75.

<sup>36</sup> Si veda per tutti H. ROSEVEARE, *The Financial Revolution, 1660-1760*, London 1991. È inoltre opportuno richiamare i classici lavori di W.J. ASHLEY, *English Economic History*, II (4ª ed., 1906), C. HILL, *The Century of Revolution, 1603-1714*, Edinburgh 1961, e W.T.C. King, *History of the London Discount Market*, London 1936.

<sup>37</sup> 1 Kebl. 592, 636.

<sup>38</sup> J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 125-126.

rio; peraltro, anche laddove si possano spiegare i fatti del caso (come diviene possibile in *assumpsit*), la responsabilità del trattario fatica ugualmente ad emergere, a meno che non si faccia riferimento ad una fonte normativa diversa dalla *common law*, ma comunque applicabile in Inghilterra da tempo immemorabile – come l’uso mercantile inizia adesso a venire descritto.

Questo riferimento specifico alle consuetudini dei mercanti è attestato per la prima volta nel 1600, in due casi. Il primo è *Shepparde v. Beecher*.<sup>39</sup> L’attore aveva fatto semplicemente riferimento al debito – seguendo quindi lo stesso approccio di altri *pleadings* dell’epoca. In questo caso, tuttavia, i giudici avevano chiesto alla giuria di rendere uno *special verdict*: un verdetto avente ad oggetto non la semplice verità o falsità delle pretese di parte attrice, ma una o più questioni specifiche – sempre di fatto – ritenute dai giudici necessarie all’aggiudicazione del caso. Sulla base del verdetto della giuria, poi, gli stessi giudici avrebbero potuto trarre le conclusioni di diritto da quei fatti (esprimendosi “*in banc*”). La specifica questione di fatto<sup>40</sup> posta alla giuria era se esistesse una *consuetudo et usus mercatorum* immemorabile in base a cui il prenditore fosse responsabile del pagamento di quel cambio che il trattario avesse rifiutato di accettare. La giuria si espresse per l’esistenza di una simile consuetudine, evitando tuttavia di pronunziarsi sulla responsabilità del convenuto, onde lasciare ai giudici il compito di decidere se da quel fatto (l’esistenza della consuetudine mercantile) derivasse o meno la responsabilità del convenuto in un’azione in *assumpsit*. Cosa in concreto i giudici del *King’s Bench* avessero poi deciso non è chiaro, perché non risulta negli archivi della corte.<sup>41</sup> È possibile che la peculiarità di uno *special verdict* in questo caso sia da imputare al fatto che il convenuto prenditore agisse come agente del principale all’estero: egli aveva sì ricevuto danaro, ma non a nome proprio, dunque il rapporto obbligatorio sottostante al titolo di credito vincolava il beneficiario-principale, non il prenditore-agente. Se così fosse, sarebbe stato necessario insistere sul titolo di credito stesso – le sue caratteristiche e, soprattutto, il fatto che il prenditore fosse sempre e comunque obbligato a pagare il cambio da lui emesso.<sup>42</sup>

Nel secondo caso, *Knappe v. Hedley, Selbe and Bartram*,<sup>43</sup> l’esistenza di un costume immemorabile dei mercanti veniva affermata dall’attore stesso. Secondo tale costume, dichiarava l’attore nel suo *pleading*, il principale è obbligato ad onorare i cambi fatti dal suo agente e, qualora il principale si rifiuti, l’agente rimane comunque responsabile in quanto prenditore. L’esistenza di un simile costume spiegava il motivo per cui il convenuto fosse *indebitatus*, ma non anche perché avesse successivamente assunto (*assumpsit*) l’obbligo di pagare tale debito: per corroborare la forma processuale dell’*indebitatus assumpsit*, l’attore quindi incluse nella propria narrazione dei fatti come il convenuto (il trattario) avesse accettato la lettera di cambio e, come controprestazione, l’attore (il beneficiario) non l’avesse

<sup>39</sup> KB 27/1361, m. 507d.

<sup>40</sup> Nel testo si fa riferimento solo alla questione principale. Una seconda questione, decisamente più banale, venne posta alla giuria sul significato del termine “uso” (*usance*) menzionato nella lettera di cambio. Nel gergo mercantile (e soltanto in esso) tale termine si riferiva al lasso di tempo di un mese necessario affinché il titolo diventasse liquido ed esigibile. Per tale *usance* in *Lombard Street* si veda J. MARIUS, *Advice concerning bills of exchange*, London: Printed by I.G. and are to be sold by Nich. Bourne, at the south-entrance into the Royall Exchange, 1651, 74-76.

<sup>41</sup> J.H. BAKER, *The Law Merchant and The Common Law* cit., 312.

<sup>42</sup> J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 133.

<sup>43</sup> KB 27/1359, m. 621.

protestata. Addurre in giudizio questo ulteriore *quid pro quo* tra le parti era un ottimo modo per giustificare la seconda assunzione dell'obbligo da parte del convenuto, e quindi l'esperimento di un'azione di *indebitatus assumpsit*, specie a motivo della forte somma di danaro richiesta dall'attore (620 sterline), e che una prima (e molto significativa, 407 sterline e 10 scellini) parte del cambio fosse già stata pagata. Un simile approccio – ed è questo il punto – presupponeva tuttavia che i giudici avessero una buona idea di cosa fossero protesto ed accettazione di un titolo di credito. La conclusione di questo caso appare in tal senso significativa: non solo il *King's Bench* condannò il convenuto, ma poi, essendo questi riuscito ad ottenere la revisione del processo dinanzi alla Corte dell'*Exchequer*,<sup>44</sup> questa seconda corte finì per confermare la sentenza del *King's Bench*.<sup>45</sup>

Una simile tendenza ad esplicitare il costume dei mercanti, ed insistere come esso sia la fonte dell'obbligazione fatta valere in giudizio, è anche presente nei *pleadings* dei primi del Seicento pubblicati nelle collezioni di precedenti dell'epoca. Il primo di questi *pleadings* è *Matthew Reuse v. Charles H.* (1605), dove ambo le parti erano agenti londinesi di mercanti di stanza ad Anversa: lì un mercante aveva versato una somma di danaro ad altro mercante, che aveva emesso una lettera di cambio pagabile presso il suo agente a Londra (Charles). Una volta accettata la lettera, tuttavia, Charles cambiava idea (forse avendo ricevuto istruzioni a tal proposito da Anversa), rifiutandone il pagamento.<sup>46</sup> Anche qui, come nei due casi del 1600 sopra descritti, la narrazione si dilunga in maniera significativa – e significativamente contraria a quanto sinora i precedenti tardo-cinquecenteschi avevano fatto – sul contenuto concreto dell'uso mercantile.<sup>47</sup> Una volta chiarita la fonte dell'obbligo del trattario, la formula conclude come questi avesse assunto (con la solita formula "*assumpsit et*

<sup>44</sup> Parlare di appello sarebbe improprio, perché non esisteva una gerarchia tra le corti di *common law*, e le sentenze da ciascuna di esse rese non erano solitamente appellabili dinanzi ad altro tribunale (né alla stessa corte che aveva deciso). Il modo principale (e, per lungo tempo, l'unico) di attaccare una decisione di una corte di *common law* era quello di esperire un *writ of error* – che tuttavia poteva avere ad oggetto esclusivamente quanto riportato nel *record* del caso: J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* cit., 147-148.

<sup>45</sup> ID., *The Law Merchant and The Common Law* cit., 313.

<sup>46</sup> La prassi mercantile era del tutto contraria al ripensamento dell'accettazione: G. MALYNES, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or The Ancient Law-Merchant. Divided into three Parts: According to the Essentiall Parts of Trafficke ...*, London, printed by Adam Islip, 1622, 401; J. MARIUS, *Advice concerning bills of exchange* cit., 21.

<sup>47</sup> "And whereas also there is, and from the time of the contrary whereof, the memory of men is not extant, there hath been such a custome within the Kingdome of the Lord the King now of England between English Merchants, or Forrainers and their Factors or Servants used and approved, that if any Merchant or Merchants aforesaid, or their Factors or Servants, being in the parts beyond Sea without the aforesaid Kingdome of England should deliver to any person in the same parts beyond Sea being, any sum of moneyes to be paid by any person in the same Kingdome of England being by Bill or Note of Exchange thereof made, should so accept and subscribe from the whole time abovesaid, was chargeable and hath been accustomed to be chargeable, to pay the said sum of moneys to such person as by the same Bill or Note of Exchange should be limited and expressed to be paid ...", *Matthew R. v. C.H.* (1605), in R. BROWNLOW, *Declarations and pleadings in English being the Most Authentique Forme of Proceeding in Courts of Law; in Actions Reall, Personall, and Mixt; Usefull for All Practicers and Students of the Law, of what Degree soever* (3<sup>a</sup> ed.), London, Printed by Tho. Roycroft, for Henry Twyford, and are to be sold at his shop in Vine-Court, Middle Temple, 1659, 266-267. La prima edizione è del 1652. Gli usi mercantili erano chiari sul punto: una volta che la lettera di cambio fosse stata accettata, non era possibile al trattario evitarne il pagamento: J. MARIUS, *Advice concerning bills of exchange* cit., 83-84.

*fideliter promisit*”) di eseguire la prestazione, senza tuttavia poi farlo.<sup>48</sup> Stesso discorso in un altro precedente di undici anni successivo, *Peter de Prill v. Philip Barnardi* (1616).<sup>49</sup>

In questi ed altri casi<sup>50</sup> l’azione legale non è promossa da chi ha versato il danaro contro chi l’ha ricevuto ed emesso la lettera di cambio, ma contro chi dovrebbe pagarla senza avere personalmente ricevuto alcunché: insistere sul fatto che le consuetudini mercantili obblighino anche il trattario che abbia accettato la cambiale consente di estendere l’obbligazione di restituire il danaro preso a cambio dal prenditore al trattario. Il fatto, poi, che proprio a cavallo tra gli ultimi anni del Cinquecento ed i primissimi anni del Seicento la struttura dell’azione di *assumpsit* fosse al centro di una complessa ed aspra polemica tra le due maggiori corti di *common law* – *King’s Bench* e *Common Pleas* –<sup>51</sup> non può che aver

<sup>48</sup> “[I]n consideration of the premises, did assume upon himself, and to the same M. Reuse then and there faithfully promise that the same C. the same sixteen pounds of Lawful money of England to the same M. R. within eight dayes then next following”, R. BROWNLOW, *Declarations and pleadings in English* cit., 267.

<sup>49</sup> R. BROWNLOW, *Declarations, counts, and pleadings in English, the second part ...*, London: printed for Matthew Walbanke, at Grayes Inne Gates, and John Place at Furnivals Inne Gate, in Holborne, 1654, 58.

<sup>50</sup> Per es. *Withmore v. Hunt*, in R. BROWNLOW, *Declarations and pleadings in English ...* parte 1 cit., 269 (un caso non datato, anche se sappiamo che l’attore (George Withmore) sia stato *Alderman* a Londra dal 1621 al 1643, anno della sua morte: J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 128, nota 3). Il formulario di Andrew Vidian (*The Exact pleader: a book of entries of choice, select and special pleadings in the court of kings-bench in the reign of his present majesty king Charles II, with the method of proceeding in all manner of actions in the same court*, London, Printed by W. Rawlins, S. Roycroft and H. Sawbridge ... for Christopher Wilkinson, Tho. Dring and Charles Harper, 1684) ne contiene altri due: *Mounsey v. traves* (1620), e *Aswel v. Osborn* (1627), *ibid.*, 66 e 67 rispettivamente. Si vedano anche *Vanbeath v. Turner* (1621), Win. 24; *Woodford v. Wyatt* (1626), in J.H. BAKER (a cura di), *Baker and Milsom Sources of English Legal History: Private Law to 1750*, Oxford 2019, 458; *Barnaby v. Rigalt* (1632), Cro. Car. 301.

<sup>51</sup> Si tratta di uno dei casi che più hanno contribuito allo sviluppo della responsabilità contrattuale nella storia della *common law*: il famoso *Slade’s case*. Deciso nel 1602, esso rappresenta il culmine di un processo maturato nel corso dei settant’anni precedenti. L’argomento è assai complesso e tange il nostro discorso soltanto in questo punto, ma in modo tanto rilevante da richiederne una sintetica trattazione. Ignorare i contorni della questione significa perdere il contesto nel quale i giuristi – e dunque, coloro che in concreto decidevano la struttura del *pleading* da adottare nelle cause sui cambi protestati – operavano. Questo contesto è necessario per comprendere le ragioni che li hanno spinti a mettere al centro del *pleading* in *assumpsit* le consuetudini mercantili in tema di cambi.

Abbiamo visto in queste pagine i vantaggi dell’agire in *assumpsit* anziché in *debt*. All’atto pratico tuttavia optare per l’*assumpsit* non era così semplice: laddove vi fosse un rimedio chiaramente esperibile per una determinata fattispecie, le corti di *common law* non consentivano la creazione di nuovi rimedi – e, dunque, neppure l’estensione di rimedi già esistenti ma applicabili a diverse fattispecie. L’*assumpsit* era un rimedio sviluppatosi proprio per quei casi nei quali la prestazione del convenuto non poteva essere fatta valere con altra azione (l’ovvio rimedio per responsabilità contrattuale, il *writ* di *covenant*, era precluso a motivo dell’assenza di un contratto redatto per iscritto con i sigilli delle parti: *supra*, nt. 20). Ma qualora l’attore vantasse un determinato credito, per di più in danaro, ed il debitore si fosse semplicemente rifiutato di pagarlo, sarebbe stato difficile asserire che mancasse uno specifico rimedio: il *writ* di *debt* era pensato esattamente per questa fattispecie.

Per aggirare l’ostacolo (e consentire quindi all’attore di scegliere la comoda e larga via dell’*assumpsit* in luogo di quella angusta e scomoda di un *writ* ben più specifico e rigido), alcuni *barristers* avevano iniziato ad inserire nel *pleading* un secondo impegno del convenuto: una volta pattuita una certa prestazione, il convenuto avrebbe poi anche promesso di eseguirla. La speciosità della distinzione non sfuggiva certo ai giudici, ma più di essa pesavano considerazioni di natura pratica. Così, nel 1532, il *King’s Bench* avallò

un'azione di *assumpsit* malgrado la possibilità di esperire per la stessa fattispecie – la mancata consegna di un bene fungibile (un certo quantitativo di mais) – un *writ* di *debt* oppure di *detinue* (*Pykeryng v. Thurgood*, *The Reports of Sir John Spelman* (a cura di J.H. Baker), I, London 1979 [*Selden Society Publications*, XCIII], 5). Significativamente, la decisione non fu unanime: tra i giudici, Port J. si dissociò osservando proprio come l'attore avesse già la possibilità di agire in *detinue*: “questa promessa è parte del contratto, ed è un tutt'uno [con esso]. Il convenuto null'altro ha fatto all'infuori della mancata consegna [dei beni], per la quale è disponibile il *detinue*” (*this promise is part of the contract, and all one. And there is nothing done by the defendant, but only the non-delivery, for which detinue lies*”, *ibid.*). Anche se, probabilmente, all'inizio le corti prendessero sul serio la posteriorità della promessa rispetto alla stipula del contratto (d'altronde, capita spesso anche oggi che, nelle discussioni precedenti all'avvio di un'azione legale, il creditore chieda l'adempimento al debitore, il quale non di rado lo rassicura manifestando la sua volontà – genuina o meno che sia – di adempiere), già agli inizi della seconda metà del Cinquecento il *King's Bench* considerava la promessa successiva al contratto manifestamente una finzione: *Anon.* (1559); *Edwards v. Burre* (1573) (entrambi in J.H. BAKER, *Baker and Milsom Sources of English Legal History* cit., 456 e 457 rispettivamente).

Dinanzi alla *Common Pleas*, al contrario, la promessa andava sempre provata. Provare la promessa come separata dal contratto al quale si riferiva, tuttavia, non era operazione così scontata: in *common law*, per essere esigibile la prestazione che nasceva da una promessa doveva essere basata su valida *consideration* (si veda per tutti – la bibliografia sul tema è molto estesa – J.H. BAKER, *Origins of the Doctrine of Consideration*, in ID., *Collected Papers on English Legal History*, Cambridge 2013, 1196-1221; un ottimo riassunto in W. SWAIN, *Contract as Promise: The Role of Promising in the Law of Contract. An Historical Account*, in *Edinburgh Law Review* 17, 2013, 1-21, spec. 8-12. Si intende per *consideration* il ricevere una cosa in cambio di un'altra (tanto che la dottrina della *consideration* è talvolta spiegata come un semplice *quid pro quo*, anche se questo è vero solo in parte). Il concetto di *consideration*, specie quando posto alla base di azioni extracontrattuali, si basa in fondo su idee non troppo dissimili dal principio romanistico per cui *ex nudo pacto non oritur actio*: la base dell'azione non è la promessa, ma il danno derivante dal non averla mantenuta (cf. D.J. IBBETSON, *Assumpsit and Debt in the Early Sixteenth Century* cit., 152-153). Richiedere prova della promessa significa anche esigere conferma che ad essa si sia accompagnata debita *consideration*. Il dissidio tra *King's Bench* e *Common Pleas* sulla necessità di provare la promessa come distinta dal contratto, dunque, andava ben oltre quello che all'apparenza potrebbe sembrare uno sterile dibattito su astratte questioni di mera forma.

Il dissidio tra le due corti si trasformò in aperta ostilità in un caso di grande importanza iniziato nel 1595 ma concluso solo nel 1602: *Slade v. Morley*, più noto semplicemente come *Slade's case* (J.H. BAKER, *Baker and Milsom Sources of English Legal History* cit., 460-479). Dinanzi all'ennesimo caso in cui il *King's Bench* aveva mostrato la natura del tutto fittizia della promessa successiva al contratto, il convenuto soccombente esperì un *writ of error* contro la decisione del *King's Bench* (asserendone quindi l'erroneità in punto di diritto), e la *Exchequer Chamber* (di recentissima istituzione, 1585), accettò di trattare il caso. La *Exchequer Chamber* era composta da giudici delle due corti di *common law* che non avevano preso parte al verdetto tacciato di errore di diritto – dunque, nel nostro caso, *Common Pleas* ed *Exchequer*.

Durante lo svolgimento del procedimento, tuttavia, i membri dell'*Exchequer Chamber* provenienti dalla *Common Pleas* manifestarono un tale disprezzo per le posizioni dei giudici del *King's Bench* (rifiutando persino di considerarne i precedenti come giuridicamente rilevanti – cosa mai accaduta prima) che John Popham, nella sua qualità di *Lord Chief Justice* (carica assegnata al giudice posto al vertice del *King's Bench*) rischiò un azzardo raramente attestato negli annali delle corti inglesi (il più illustre precedente risaliva infatti ad un secolo e mezzo prima – l'altrettanto famoso *Doige's case* del 1442, col quale l'azione di *trespass* venne estesa dalla prestazione difettosa alla mancata prestazione), e chiamò tutti i giudici delle tre corti reali (*King's Bench*, *Common Pleas* ed *Exchequer*) a decidere insieme sul caso.

Popham CJ inoltre impose alla giuria uno *special verdict*, chiedendo ai giurati di esprimersi se vi fosse stata una promessa ulteriore e separata rispetto al contratto. Lo *special verdict*, come abbiamo visto in precedenza, obbligava poi i giudici *in banc* a decidere circa le conseguenze giuridiche della specifica questione di fatto decisa dalla giuria: in questo modo Popham spingeva i giudici ad esprimersi tutti insieme sul punto, evitando l'esclusione dei membri del *King's Bench* (esclusione altrimenti automatica in un caso

spinto i legali che rappresentavano quei mercanti ad insistere con più forza sulle consuetudini mercantili come fonte dell'obbligazione: nella *common law*, infatti, una consuetudine immemorabile non richiede prova alcuna.

##### 5. USI MERCANTILI E STRUTTURA DEI *PLEADINGS*.

Poco a poco, acquistando forza con la progressiva reiterazione in una serie di casi, la narrazione degli eventi (e dunque, la struttura del *pleading* stesso) inizia a farsi più breve ed omettere alcuni dettagli, anzitutto il fatto che il prenditore avesse effettivamente ricevuto il danaro in considerazione del quale aveva poi emesso la lettera di cambio.<sup>52</sup> Già in *Oaste v. Taylor* (1612) l'attore, agendo (in *assumpsit*) per il mancato pagamento di una lettera di cambio, cita l'uso dei mercanti e ne spiega il contenuto, ma non sembrerebbe fare menzione dell'avvenuto pagamento del danaro.<sup>53</sup> Lo stesso approccio è attestato in *R.G. v. J.T.* (1636).<sup>54</sup>

Nel giro di pochi anni l'associazione tra lettere di credito ed *assumpsit* aveva acquisito tale forza da non richiedere più il passaggio intermedio delle consuetudini mercantili. Nel 1626 un trattario che aveva accettato un cambio ma non lo aveva onorato fece notare come la sua accettazione era avvenuta all'estero: mentre non contestava che fosse consuetudine della città di Londra qualificare l'accettazione di una lettera di credito da parte del trattario quale fonte dell'*assumpsit* (cosa già di estrema importanza), rilevava tuttavia come una simile consuetudine non potesse considerarsi applicabile anche oltremarina. Il punto sembra essere stato piuttosto discusso, perché la decisione del *King's Bench* venne

di *writ of error* contro una sua decisione). Le possibilità di trovare un accordo tra i membri delle diverse corti erano pressoché inesistenti, e Popham, deciso a sfruttare la sua posizione di vertice del sistema giurisdizionale e presidente del *King's Bench*, sembrerebbe abbia rimandato la decisione *in banc* di anno in anno (spingendo addirittura illustri studiosi ad ipotizzare che tale tattica dilatoria fosse dovuta all'attesa della morte di qualche giudice della *Common Pleas* ed il suo rimpiazzo con un collega più malleabile – in effetti, la spiegazione di gran lunga più plausibile ad un comportamento assolutamente inedito: J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* cit., 367). Quando finalmente i giudici si espressero, nel 1602, si arrivò ad una maggioranza (verosimilmente molto stretta e non necessariamente del tutto regolare: due anni dopo Walmesley J, giudice della *Common Pleas*, si esprimeva ancora in modo molto duro sul punto: *Wright v. Swanton*, in J.H. BAKER, *Baker and Milsom Sources of English Legal History* cit., 480).

L'effetto di *Slade's case* fu quello di porre fine, una volta per tutte, ai dissidi in merito alla promessa, facendo diventare la posizione del *King's Bench* quella ufficiale di tutte le corti di *common law*, anche se passarono alcuni anni prima che questo approccio venisse recepito nella sua interezza, tanto che in materia successiva occorre un nuovo giudizio collegiale (proprio come quello dello stesso *Slade's case*) per consentire una azione in *assumpsit* contro gli esecutori del defunto debitore: *Pynchon v. Legat* (1611), *ibid.*, 492-493. L'importanza di *Slade's case* è tale che è discusso in ogni lavoro sul diritto privato inglese della prima età moderna. Malgrado l'abbondanza di lavori più recenti, due contributi non più recenti rimangono fondamentali sull'argomento: J.H. BAKER, *New Light on Slade's Case*, in *Cambridge Law Journal* 29, 1971, 51-67 e 213-236; D.J. IBBETSON, *Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 4, 1984, 295-317.

<sup>52</sup> J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law* cit., 35-36.

<sup>53</sup> ID., *Bills of Exchange during the Seventeenth Century*, in *Law Quarterly Review* 67, 1951, 230-248, spec. 231-232. Il condizionale è tuttavia necessario, limitandosi il *report* del caso in questione ad un sunto particolarmente breve.

<sup>54</sup> W. BROWN, *The Entering clerk's vade mecum* cit., 22-23.

poi attaccata con un *writ of error* e rivista da una corte di riesame (chiamata *Exchequer Chamber*)<sup>55</sup> composta dai giudici delle corti di *common law* che non avevano reso la prima sentenza – in questo caso *Common Pleas* ed *Exchequer*. La corte di riesame confermò la decisione del *King's Bench* e, nel farlo, espresse un principio fondamentale nella progressiva recezione della prassi mercantile all'interno della *common law*. Secondo i giudici della *Exchequer Chamber*, infatti, non è la consuetudine londinese a rendere l'accettazione del trattario fonte di un'azione in *assumpsit*; al contrario, è l'accettazione stessa a far sorgere un rimedio in *assumpsit*, dovendo una simile accettazione essere considerata come fonte dello specifico obbligo ("*assumpsit, et fideliter promisit*") che rende esperibile tale rimedio.<sup>56</sup>

In seguito, la puntuale descrizione dell'uso mercantile, della sua diffusione tanto all'estero quanto in Inghilterra e, soprattutto, del suo carattere di consuetudine antichissima inizia ad omettersi, lasciando al suo posto solo un riferimento di stile al fatto che lo strumento venga redatto secondo l'uso dei mercanti. A poco valsero i tentativi di sfruttare l'omissione della puntuale spiegazione di cosa quegli usi fossero e di quali obblighi comportassero.<sup>57</sup> Il fatto che diversi di questi tentativi si trovino negli ultimi anni del Seicento sembrerebbe suggerire che il mutamento della struttura della formula fosse recente,<sup>58</sup> o tutt'al più risalente a qualche decennio.<sup>59</sup> Il modo in cui il *King's Bench* rigettò diversi di questi tentativi – facendo notare come le regole dei mercanti in materia di cambio, vuoi perché *ius gentium* universalmente applicabile (e dunque anche in Inghilterra)<sup>60</sup> o perché consuetudini immemoriali applicate in Inghilterra a determinate transazioni,<sup>61</sup> non necessitassero di prova alcuna – sembrerebbe celare il ben più semplice fatto che anche gli stessi

<sup>55</sup> Sulla *Exchequer Chamber* si rimanda a J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* cit., 147-151.

<sup>56</sup> *Woodford v. Wyatt* (1626), in J.H. BAKER, *Baker and Milsom Sources of English Legal History* cit., 494. Il caso peraltro testimonia l'effetto di *Slade's case* (*supra*, nt. 51), perché si sottolinea come l'azione in *assumpsit* contro il trattario nasca dalla sua promessa, e non dall'originaria obbligazione.

<sup>57</sup> J.M. HOLDEN, *Bills of Exchange during the Seventeenth Century* cit., 233.

<sup>58</sup> J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 130-131.

<sup>59</sup> In un caso del 1700 – *Buller v. Crips* (1703) 6 Mod. 29 – Holt CJKB sembrerebbe avere ricordato come il suo predecessore Hale avesse in una (non meglio specificata) causa deriso il convenuto che eccepiva come l'attore non avesse provato la consuetudine dei mercanti invocata nel suo *pleading*. Matthew Hale divenne *Chief Justice* del *King's Bench* nel 1671 (essendo stato sino a quel tempo *Chief Baron* dell'*Exchequer*), e morì nel 1676. Se l'osservazione attribuita ad Holt fosse vera, considerando la singolare fama di grande imparzialità e correttezza di cui Hale godeva anche tra i suoi detrattori, si sarebbe tentati di retrodatare il mutamento della struttura del *pleading* di *assumpsit* nelle lettere di cambio quantomeno agli anni '60 del Seicento: se nel decennio successivo la mossa del convenuto avesse avuto ancora qualche possibilità di successo, difficilmente Hale l'avrebbe liquidata in modo così netto.

<sup>60</sup> *Mogadara v. Holt* (1691) 1 Show. K.B. 317.

<sup>61</sup> *Carter v. Downish* (1688) Cart. 83; *Williams v. Williams* (1693) Cart. 269. Cf. J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law* cit., 33-36. In *Pinkney v. Hall* (1697) 1 Ld Ray. 175, l'obiezione del convenuto contro il fatto che le consuetudini mercantili sulle lettere di cambio fossero descritte come applicabili all'intero regno venne rigettata in quanto tali consuetudini erano ormai da considerarsi parte degli usi dell'Inghilterra stessa (dunque, delle consuetudini generali del regno – che, come tali, non richiedono prova – e non già specifiche consuetudini legate ad uno specifico luogo o gruppo – che invece vanno provate).



operatori del diritto considerassero ormai tali regole come note e notoriamente applicabili a questi strumenti.<sup>62</sup>

L'enfasi sin qui posta sul modo in cui gli usi mercantili venissero o meno richiamati nei *pleadings*, lungi dall'essere eccessiva sottigliezza, è di grande importanza per questa indagine. Nella *common law* è sempre stato un principio ben consolidato come la consuetudine che valga solo all'interno di una determinata categoria di persone non possa applicarsi anche al di fuori di essa. A rigore, dunque, gli usi dei mercanti relativi alle lettere di cambio non avrebbero potuto essere estesi a chi mercante non fosse. Eppure è proprio nella lettera di cambio che questo principio viene per la prima volta progressivamente disatteso.

Una prima fase di questa evoluzione consiste, come abbiamo visto, nel progressivo abbreviarsi della spiegazione, all'interno del *pleading*, del concreto funzionamento della consuetudine dei mercanti in tema di cambio. Ancora nei primi decenni del Seicento, a giudicare dalla struttura dei *pleadings*, era considerato importante specificare come ambo le parti in causa fossero mercanti<sup>63</sup> – anche se i giudici iniziavano già a mostrarsi disposti ad ignorare l'eventuale omissione di tale qualifica.<sup>64</sup> Durante la seconda metà del Seicento, quando il riferimento al costume dei mercanti stava ormai diventando una brevissima clausola di stile nei *pleadings*, anche il fatto che le parti in causa fossero mercanti diventa sempre meno importante. È significativo che uno dei primi casi in cui la responsabilità del convenuto viene affermata in base al titolo di credito e non al rapporto debitorio ad esso sottostante, il già analizzato *Edgar v. Chut*, porti alla condanna di un parroco (che aveva agito come prenditore anticipando il danaro al datore senza tuttavia mai riceverlo). Era difficile sostenere che – magari nei giorni feriali – il parroco facesse pure il mercante, ma il *King's Bench* risolse il problema limitando tale requisito al beneficiario del cambio.<sup>65</sup> Quando né beneficiario né prenditore potevano ragionevolmente essere considerati mercanti, infine, l'ostacolo venne aggirato con una semplice *fiction iuris*, qualificandoli mercanti limitatamente alla specifica lettera di cambio in questione.<sup>66</sup> Più il titolo di credito iniziava ad acquisire una sua fisionomia giuridica agli occhi delle corti di diritto, in altre parole, minore diventava il bisogno di sottolinearne la specificità in quanto uso particolare di una determinata cerchia di persone.

<sup>62</sup> Così, nel 1697 i giudici del *King's Bench* considerarono non solo sufficiente ma addirittura preferibile la formula che facesse solo menzione del fatto che la lettera di cambio era stata redatta secondo l'uso dei mercanti senza dire altro, anziché addentrarsi in ulteriori e puntuali spiegazioni: *Soper v. Dible* (1697), 1 Ld. Ray. 175.

<sup>63</sup> *Eaglechild's case* (1630), Het. 167. L'importanza di questo riferimento è discussa: la dottrina meno recente, certa dell'universalità della *lex mercatoria*, tende ad assegnarle un'importanza che invece la dottrina più recente e scettica in materia tende a negarle: si confrontino ad esempio W. CRANCH, *Promissory Notes before and after Lord Holt*, in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, III, Boston 1909, 73-97, spec. 73-74 da un lato, e J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 140 dall'altro.

<sup>64</sup> *Barnaby v. Rigalt* (1632) Cro. Car. 301.

<sup>65</sup> *Edgar v. Chut* (1663) 1 Kebl. 592, 636.

<sup>66</sup> *Sarsfield v. Witherly* (1686), 2 Vent. 292. Si trattava del figlio di un medico che, trovandosi all'estero ed a corto di danaro, aveva tratto una lettera di cambio nella speranza che il padre l'avrebbe onorata. È possibile che questo approccio fosse già prevalente nel *King's Bench* almeno da vent'anni prima di questa decisione, come *Woodward v. Rowe* (1666), 2 Kebl. 105, sembrerebbe indicare: J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 140, nt. 38. Cf. J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law* cit., 33-34.

## 6. LE ULTIME RESISTENZE DELLA COMMON LAW ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI TITOLI DI CREDITO.

È in questo periodo, durante la seconda metà del Seicento, che le corti di *common law* iniziano a decidere su operazioni cambiarie di sempre maggiore complessità, anzitutto la girata. Sembrerebbe – ma il condizionale è d'obbligo – che la prassi di girare la cambiale sia invalsa in Inghilterra durante la prima metà del Seicento.<sup>67</sup> Così ad esempio non ve n'è traccia nella *Consuetudo vel Lex Mercatoria* di Gerard Malynes (1622),<sup>68</sup> mentre è ampiamente descritta nel trattato sulle lettere di cambio di John Marius (1651).<sup>69</sup> Già il formulario di Vidian (1684) riporta tre casi degli anni sessanta di quel secolo dove il *pleading* dell'attore fa riferimento ad una simile prassi,<sup>70</sup> ed è proprio da quegli anni che alcuni casi che coinvolgono l'assegnatario iniziano a comparire nei *reports*.<sup>71</sup> In un caso del 1685 la cambiale era stata girata ben tre volte.<sup>72</sup>

Le questioni che la prassi mercantile della girata sollevava in diritto possono essere esaminate in due parti. Se da un lato esse mostrano l'avanzato stadio di ricezione della lettera di cambio all'interno della *common law*, dall'altro rivelano le tensioni che questo processo non sapeva ancora risolvere. Cominciamo con le prime.

Alla fine del Seicento il lungo processo di assimilazione della prassi mercantile sulle lettere di cambio all'interno della *common law* potrà dirsi quasi completato: anziché basare le proprie decisioni sugli usi dei mercanti, le corti di *common law* inizieranno a considerare i principi sinora acquisiti come parte integrante della *common law* stessa – e non come manifestazione di una consuetudine mercantile, ancora estranea alla *common law*, alla quale guardare – ed a fare riferimento ai propri precedenti anche quando difformi da tale consuetudine. Un importante segnale in questo senso viene da *Bank of England v. Newman* (1698).<sup>73</sup> Una lettera di cambio era stata emessa in favore di Newman o del portatore; la Banca d'Inghilterra aveva poi scontato la lettera senza tuttavia che Newman la girasse a suo

<sup>67</sup> Cf. *supra*, nt. 33.

<sup>68</sup> GERARD MALYNES, *Consuetudo, vel lex mercatoria, or The ancient law-merchant. Divided into three parts: according to the essential parts of trafficke ...*, London, printed by Adam Islip, 1622.

<sup>69</sup> JOHN MARIUS, *Advice concerning bills of exchange*, London: Printed by I.G. and are to be sold by Nich. Bourne, at the south-entrance into the Royall Exchange, 1651. Nel suo trattato la menzione della girata è tanto frequente da rendere inutile il riferimento a specifiche pagine; è proprio questa estrema familiarità con la girata in Marius a dare particolare risalto alla sua assenza in Malynes. Non può escludersi che la girata si sia sviluppata solo quando la lettera di cambio fosse già utilizzata per rapporti finanziari interamente domestici, e non più solamente con corrispondenti esteri. Anche questo è uno sviluppo chiaramente attestato in Marius ma ancora del tutto assente in Malynes: J.M. HOLDEN, *Bills of Exchange during the Seventeenth Century* cit., 234-235.

<sup>70</sup> *Clarke v. Robinson* (1662), *Aboas v. Raworth* (1666), e *Colville v. Cutler* (1666), in A. VIDIAN, *The Exact pleader* cit., rispettivamente 34, 30 e 31.

<sup>71</sup> *Dashwood v. Lee* (1667), 2 Kebl. 303; *Tercese v. Geray* (1677), Fin. 301; *Claxton v. Swift* (1686), 2 Show. K.B. 441, 494, Comb. 4, 3 Mod. 86, Skin. 255.

<sup>72</sup> *Death v. Serwonters* (1685), 1 Lut. 885. Cf. J. CHITTY, *A Practical treatise on Bills of Exchange, Promissory Notes and Bankers' Checks ...*, I, London 1834, 167. Nel suo trattato sulle lettere di cambio (1651), Marius consiglia di riservare lo spazio vuoto nella parte interna del cambio, per lasciare più spazio all'esterno ad accettazione e, soprattutto, alle girate – che, continua, molto spesso sono almeno tre. J. MARIUS, *Advice concerning bills of exchange* cit., 45.

<sup>73</sup> 1 Comb. 57, 1 Ld Ray. 442, 12 Mod. 241.

favore. Avendo il trattario rifiutato di onorarla, la Banca tentò quindi di rivalersi su Newman. Quando la giuria accertò la responsabilità di Newman, il *King's Bench* rigettò il verdetto in quanto contrario alla legge, richiedendo l'istruzione di un nuovo processo. La Banca d'Inghilterra, ragionava la corte, aveva infatti semplicemente acquistato una lettera di cambio al portatore senza girata: se tanto bastava negli usi mercantili per far sorgere la responsabilità del beneficiario, in *common law* l'operazione rimaneva la semplice vendita di un credito.<sup>74</sup>

L'anno seguente un'altra lettera venne scontata ad un terzo, ma essendo stata emessa a favore di un certo beneficiario o del suo ordine (e non al portatore), era necessario che il beneficiario la girasse allo scontante. Nella prassi mercantile lo sconto si intendeva *pro soluto* (senza che il beneficiario rimanesse obbligato qualora il cambio non fosse onorato), ma il *King's Bench* si richiamò alla sua recente decisione di *Bank of England v. Newman* dell'anno precedente per stabilire che, come l'assenza di girata allo scontatore implica la mera vendita della cambiale, così la sua presenza impedisce di qualificare lo scontatore come semplice compratore. Quando il convenuto fece notare alla corte come la prassi mercantile fosse contraria ad una tale soluzione, gli fu risposto che una tale prassi "non può cambiare la legge".<sup>75</sup> Ancora, in *Hawkins v. Cardy* (1698) un beneficiario aveva cercato di girare parte del cambio ad un terzo, e la rimanente somma ad un altro. Anche in questo caso, l'operazione era consentita nella prassi mercantile, ma avrebbe potuto creare seri problemi in *common law*, dove era del tutto inammissibile che una singola *cause of action* potesse sdoppiarsi in due azioni giudiziarie. All'attore fu pertanto risposto che, essendo le consuetudini mercantili parte integrante della legge, ed essendo la legge contraria ad una girata parziale del cambio, la consuetudine dei mercanti doveva intendersi (verrebbe quasi da dire, con interpretazione conforme) anch'essa contraria ad una simile ipotesi.<sup>76</sup>

Venendo applicata all'interno dell'infrastruttura normativa della *common law*, la lettera di cambio iniziava ad essere considerata come parte integrante di quella, approdando così a nuove soluzioni, a volte anche in disarmonia rispetto alle stesse consuetudini mercantili dove si era inizialmente sviluppata. Il processo di integrazione fu tuttavia più difficile e complesso laddove la struttura normativa stessa della *common law* mal si prestava ad accogliere certi principi della lettera di cambio: in questi casi era più difficile immaginare un progressivo sviluppo di certe regole in crescente sintonia con il tessuto normativo del "sistema" di approdo, essendo quelle regole mercantili basate su principi in conflitto (aperto o latente) con quelli della *common law*, il che ne rallentava notevolmente la ricezione. È questo il caso di certi profili della girata della lettera di cambio.

I termini specifici del processo di incorporazione nella *common law* della girata sono stati oggetto di discussioni tra gli storici del diritto e dell'economia.<sup>77</sup> Il nodo più proble-

<sup>74</sup> 12 Mod. 241.

<sup>75</sup> *Lambert v. Oakes* (1699) 1 Ld Ray. 443, per Holt CJKB. Cf. Cf. J. OLDHAM, *English Common Law in the Age of Mansfield*, Chapel Hill 2004, 156.

<sup>76</sup> *Hawkins v. Cardy* (1698) 1 Ld Ray. 360, Cart. 466. Si veda l'analisi di questo caso in J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 148-149.

<sup>77</sup> La maggior parte degli studiosi nel corso del tempo ha considerato problematica questa incorporazione, stante il divieto in *common law* di assegnare a terzi *choses in action* (ovvero, quei diritti che, per essere goduti, richiedono l'esperienza di un'azione giudiziaria). Si vedano ad es. L.W. FEEZER, *Acceptance of Bills of Exchange by Conduct*, in *Minnesota Law Review* 12, 1928, 129-146, 129-130; F. READ, *The Origin, Early History, and Later Development of Bills of Exchange and Certain Other Negotiable Instruments*, in *Canadian Bar Review* 4, 1926, 440-459, 449-451.

matico di questa progressiva incorporazione è probabilmente stata la cambiale pagabile al beneficiario o al portatore, in quanto a quest'ultimo non era concesso promuovere un'azione legale (quale semplice portatore), come affermato dal *King's Bench* in una serie di casi dell'ultimo decennio del Seicento.<sup>78</sup> In questi casi, i giudici tendevano a considerare il portatore come soggetto designato – direttamente o indirettamente – dal beneficiario ad agire in suo nome e per suo conto.<sup>79</sup> La cambiale al portatore presuppone la piena incorporazione del titolo nello strumento, e la preoccupazione dei giudici in quegli anni sembra essere stata proprio di scongiurare questo risultato: se il portatore può agire in nome proprio, osserva il *King's Bench* in un caso del 1697, chiunque trovi per caso la cambiale potrebbe ottenerne il pagamento.<sup>80</sup>

La riluttanza del *King's Bench* sembra essere stata dovuta ad un problema ben concreto, e legato alla prassi dei cambiavalute (*goldsmith*) inglesi. Nel corso del Seicento, infatti, molti cambiavalute (specie a Londra) si erano evoluti in banchieri veri e propri, emettendo note di deposito ed accettando quelle emesse da altri.<sup>81</sup> A fronte di una prassi molto eterogenea e scarsamente regolamentata, non di rado accadeva che la forma della nota fosse simile ad una promessa del banchiere di pagare la somma depositata al depositante o al

Più di recente il punto è stato contestato da chi non considera la lettera di cambio come *chose in action* in quanto basata non sull'acquisto a credito di un bene o servizio ma sul trasferimento del saldo del danaro che il principale aveva presso il suo fattore: in tal modo l'accettazione del trattario altro non era che la sua dichiarazione di disporre del danaro che il principale depositato presso di lui (o, nel caso in cui i fondi non vi fossero o non fossero sufficienti, di comportarsi come se vi fossero). J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 171-172. Questa ricostruzione della lettera di cambio presenta tuttavia dei risvolti problematici, perché sembrerebbe basata su una *fiction* da provarsi anziché presumersi. È tuttavia vero che summare la lettera di cambio nella categoria delle *choses in action* è operazione meno lineare di quanto possa a prima vista sembrare, in quanto si tratta di una somma certa, liquida ed esigibile, e non del diritto di esperire azione di risarcimento per la violazione di un'obbligazione. Vero altresì è che, se la scelta è soltanto tra *chose in action* e *chose in possession* (e dunque, *tertium non datur*), e la *chose in possession* si caratterizza anzitutto per la sua fisicità e tangibilità, che ne consente il trasferimento mediante consegna, è difficile pensare alla lettera di cambio come tale, a meno di postularne l'incorporazione come elemento originario e ad esso connaturato – operazione ancora più problematica da provare.

<sup>78</sup> *Horton v. Coggs* (1691), 3 Lev. 296, 299; *Hodges v. Steward* (1692), 12 Mod. 36, 1 Salk. 125, 3 Salk. 68, Skin. 332, 346, Holt K.B. 115, Comb. 204; *Nicholson v. Sedgwick* (1697), 1 Ld Ray. 180, 3 Salk. 67; *Carter v. Palmer* (1700), 12 Mod. 380; *Jordon v. Barloe* (1700), 3 Salk. 67. Cf. J. OLDHAM, *English Common Law in the Age of Mansfield* cit., 155-156; J.M. HOLDEN, *Bills of Exchange during the Seventeenth Century* cit., 242-243.

<sup>79</sup> Tanto che in *Hodges v. Steward* (1692) 1 Salk. 125 si afferma come la cambiale pagabile al beneficiario o portatore, a differenza di quella pagabile al beneficiario o ordine, non possa essere girata. L'osservazione è di J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 175, nota 16. Si veda inoltre W. SWAIN, *The Law of Contract 1670-1870*, Cambridge 2015, 55-56.

<sup>80</sup> *Nicholson v. Sedgwick* (1697) 1 Ld Ray. 180, 181. Cf. *Horton v. Coggs* (1691), 3 Lev. 296, 299.

<sup>81</sup> La tradizionale spiegazione data al passaggio dei cambiavalute da depositari a proprietari dei valori depositati (in *common law*, da *bailment* a *debt*; in categorie romanistiche, da deposito a deposito irregolare) è legata all'incertezza del periodo della guerra civile tra Carlo I ed il Parlamento iniziata nel 1642: a fronte dei rischi di venire derubati di metallo prezioso (coniato o meno), in molti preferirono affidarlo ai *goldsmiths*, ottenendo una ricevuta per quanto depositato. I *goldsmiths*, tuttavia, iniziarono presto a dare in prestito a terzi quello stesso danaro in nome proprio: E.T. POWELL, *The Evolution of the Money Market 1385-1915*, London 1915, 57-68. Il passaggio da meri depositari a veri e propri banchieri dev'essere stato veloce, se già con la Restaurazione quegli stessi *goldsmiths* si comportavano in tutto e per tutto come banche: R.D. RICHARDS, *The Early History of Banking in England*, London 1958, 23-24.

latore della nota stessa.<sup>82</sup> Ecco che, agli occhi dei giudici di *common law*, ammettere la piena legittimazione attiva del portatore di una lettera di cambio significava quindi consentire lo stesso anche al terzo portatore di una promessa di pagamento fatta ad altri, mettendo così in crisi il principio della *privity of contract* (secondo cui il contratto produce effetti solo tra le parti).<sup>83</sup>

La resistenza delle corti inglesi alla libera circolazione di titoli di credito – e dunque, la loro piena negoziabilità – non cessò con il nuovo secolo, anzi in un paio di pronunzie dei primissimi del Settecento sembrò inasprirsi.<sup>84</sup> Questa posizione del *King's Bench* è stata spesso descritta in letteratura come una miope ed anacronistica resistenza alla circolazione delle lettere di cambio.<sup>85</sup> In realtà, l'opposizione dei giudici aveva un oggetto molto più specifico: non consentire all'attore che agisse per il pagamento della cambiale di basare il suo *pleading* sulla consuetudine mercantile. Basarsi sulla consuetudine dei mercanti, infatti, avrebbe esentato l'attore da ogni onere probatorio. Il rischio percepito dalla corte era quindi che l'indiscriminata applicazione delle consuetudini mercantili a qualsiasi promessa di pagamento di una somma di danaro avrebbe reso l'intera – e fondamentale – dottrina della *consideration*<sup>86</sup> lettera morta.<sup>87</sup> Il problema di fondo era che

<sup>82</sup> J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 173-177. Sui rapporti tra lettere di cambio, depositi e banco-note si rimanda a D. FOX, *Bona Fide Purchase and the Currency of Money*, in *Cambridge Law Journal* 55, 1996, 547-565, spec. 554-563.

<sup>83</sup> Sullo sviluppo storico di questo principio si rimanda per tutti a V.V. PALMER, *The Paths to Privity: The History of Third Party Beneficiary Contracts*, San Francisco 1992. Il problema della portabilità del cambio verrà ripreso nelle pagine conclusive, perché si lega a quello della *consideration* – che, in tutto il diritto delle obbligazioni, va sempre provata.

<sup>84</sup> *Clerke v. Martin* (1702) 2 Ld Ray. 757, e *Buller v. Crips* (1703) 6 Mod. 29. Per l'analisi di questi due casi si rimanda a J.S. ROGERS, *Early English Law of Bank Notes*, in D. FOX e W. ERNST (a cura di), *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford 2016, 535-555, spec. 542-545. Cf. M. DYLAG, *The Negotiability of Promissory Notes and Bills of Exchange in the Time of Chief Justice Holt*, in *Journal of Legal History* 31, 2010, 149-175, spec. 163-165.

<sup>85</sup> Si veda già il durissimo giudizio di Cockburn CJ in *Goodwin v. Roberts* (1875) 10 L.R. Ex. 337 (Exch.), 349. La storiografia non è stata particolarmente generosa: si vedano ad esempio le osservazioni di F.K. BEUTEL, *The Development of Negotiable Instruments* cit., 838-844; C.H.S. FIFOOT, *Lord Mansfield*, Oxford 1936, 18; T.A. STREET, *The Foundations of Legal Liability: a presentation of the theory and development of the common law*, II, Long Island (NY) 1906, 363-372; W.S. HOLDSWORTH, *Origin and Early History of Negotiable Instruments*, in *Law Quarterly Review* 32, 1916, 20-37, spec. 36; ID., *History of English Law*, VIII cit., 166-167; J.H. MUNRO *The International Law Merchant and the Evolution of Negotiable Credit in Late-Medieval England and the Low Countries* cit., 78-79; C. BANE, *From Lord Holt and Mansfield to Story to Llewellyn and Mentschikoff: The Progressive Development of Commercial Law*, in *University of Miami Law Review* 37, 1982-83, 351-377, spec. 357.

<sup>86</sup> *Supra*, nt. 51.

<sup>87</sup> Si veda anzitutto la meticolosa analisi di M. DYLAG, *The Negotiability of Promissory Notes* cit., 153-165. Il rischio che qualsiasi promessa divenisse azionabile senza *consideration* era più che reale: dieci anni prima delle tanto criticate decisioni di Holt CJKB, nel 1693, veniva descritta come lettera di cambio, la cui obbligatorietà discende dalle consuetudini mercantili, la semplice promessa di pagare una buona somma di danaro (£ 60) al beneficiario se questi fosse riuscito a trovare al promittente una sposa: *Pearson v. Garrett* (1693), 4 Mod. 242, 244. Cosa ancora più grave, e capace di minare le fondamenta stesse dell'evoluzione secolare della *common law*, tuttavia, era che l'impegno per iscritto di una parte a versare una certa somma di danaro all'altra di fondo sembrava pericolosamente simile ad un contratto tra le due parti: per un simile contratto, almeno dagli inizi del quattordicesimo secolo, poteva esperirsi azione solo se

certi aspetti delle le consuetudini mercantili relative ai titoli di credito erano state “assorbite anziché incorporate”:<sup>88</sup> mancando la necessaria armonizzazione tra principi di *common law* ed alcune regole dei mercanti, accettare indiscriminatamente quest’ultime avrebbe portato all’erosione dei primi. L’opposizione del *King’s Bench* alla libera circolazione di un semplice *pagherò* aveva quindi lo scopo di richiedere all’attore di provare l’obbligazione ad esso sottostante, non di limitare la circolazione delle lettere di cambio vere e proprie.

La cautela dei giudici fu tuttavia superata dal legislatore con uno statuto del 1704.<sup>89</sup> Paradossalmente, fu proprio l’ampiezza dello statuto – che consentiva espressamente a chiunque (e non solo ai mercanti) di girare o assegnare qualsiasi titolo di credito (e non solo lettere di cambio) secondo le consuetudini dei mercanti<sup>90</sup> – a creare

provvisto di sigillo. Solo nei contratti con sigillo, peraltro, non era necessario provare *consideration* alcuna. J.M. HOLDEN, *Bills of Exchange during the Seventeenth Century* cit., 243-244; W. SWAIN, *The Law of Contract* cit., 57.

Inutile dirlo, tra i mercanti il requisito della *consideration* non esisteva. Proprio per questo motivo, nel suo trattato sulle lettere di cambio John Marius consigliava il lettore di non emettere mai una lettera di cambio al portatore: nel caso in cui il titolo venisse perso o sottratto, infatti, chiunque avrebbe potuto riscuoterlo (senza dover mostrare *consideration* alcuna). J. MARIUS, *Advice concerning bills of exchange* cit., 54-55. In *common law*, la situazione era diametralmente opposta: si veda ad es. *Hinton’s Case* (1682) 2 Show KB 235. Sarà soltanto a metà Settecento che la *common law* cederà sul punto: *Miller v. Race* (1758) 1 Burr. 452.

<sup>88</sup> D. FOX, *Bona Fide Purchase and the Currency of Money*, in *Cambridge Law Journal* 55, 1996, 547-565, 559.

<sup>89</sup> 3 & 4 Anne, c. 9 (1704).

<sup>90</sup> 3 & 4 Anne, c. 9 (1704), paras. 1-3. Lo statuto prevedeva che “all Notes in Writing ... shall be made and signed by any Person or Persons Body Politick or Corporate or by the Servant or Agent of any Corporation Banker Goldsmith Merchant or Trader who is usually intrusted by him her or them to sign such Promissory Notes for him her or them whereby such Person or Persons Body Politick or Corporate his her or their Servant or Agent as aforesaid doth or shall promise to pay to any other Person or Persons Body Politick or Corporate his her or their Order or unto Bearer any Sum of Money mentioned in such Note shall be taken and construed to be by virtue thereof due and payable to any such Person or Persons Body Politick and Corporate to whom the same is made payable and also every such Note payable to any Person or Persons Body Politick or Corporate his her or their Order shall be assignable or indorsable over in the same Manner as Inland Bills of Exchange are or may be according to the Custom of Merchants.” 3 & 4 Anne, c. 9 (1704), para. 1.

L’intenzione di ampliare le maglie dei titoli di credito è dichiaratamente espressa nel preambolo dello statuto: “Whereas it hath been held that notes in writing signed by the Party who makes the same whereby such Party promises to pay unto any other Person or his Order any Sum of Money therein mentioned are not assignable or indorsible over within the Custom of Merchants to any other Person and that such Person to whom the Sum of Money mentioned in such Note is payable cannot maintain an Action by the Custom of Merchants against the Person who first made and signed the same and that any Person to whom such Note should be assigned indorsed or made payable could not within the said Custom of Merchants maintain any Action upon such Note against the Person who first drew and signed the same therefore to the Intent to encourage Trade and Commerce which will be much advanced if such Notes shall have the same Effect as Inland Bills of Exchange and shall be negotiated in like Manner be it enacted ...”, *Ibid.*, para. 1 (corsivo aggiunto).

Lo stretto legame intercorrente tra lo statuto e le posizioni di Holt CJKB (sostenuto a gran voce sin da Cockburn CJ in *Goodwin v. Roberts* (1875) 10 L.R. Ex. 337 (Exch.), 350) sembrerebbero trovare un riscontro nel tenore letterale dello statuto stesso, il cui preambolo inizia dichiarando non l’impossibilità di girare la cambiale, ma che tale impossibilità sia stata *sostenuta* da qualcuno (“whereas it has been held that

difficoltà<sup>91</sup> ed a richiedere nel corso del Settecento un prolungato e minuzioso sforzo interpretativo attraverso una lunga serie di decisioni, che porteranno al moderno diritto dei titoli di credito.<sup>92</sup> Sarà soltanto a fine Settecento che questo faticoso cammino potrà dirsi concluso, e non è un caso che tale conclusione sia indelebilmente legata al giudice che, più di ogni altro, mostrò interesse ed apertura per la prassi commerciale dei mercanti: Lord Mansfield CJKB.<sup>93</sup>

notes in writing ... are not assignable or indorsible over”, corsivo aggiunto). M. DYLAGE, *The Negotiability of Promissory Notes* cit., 367, nota 24.

<sup>91</sup> Se lo statuto concesse di agire in *assumpsit* per le cambiali allo stesso modo in cui era possibile agire per le lettere di cambio, esso tuttavia non risolse il problema della *consideration* nella cambiale. Quando la questione venne affrontata apertamente, quasi vent’anni dopo, i giudici del *King’s Bench* si divisero sul punto: *Brown v. Marsh* (1721) Gilb. Ch. 154. Il convenuto che riuscisse a provare l’assenza di *consideration* aveva ottime chances di evitare il pagamento di una cambiale: *Jefferies v. Austin* (1725) 1 Str. 674; *Barnesly v. Baldwin* (1741) 7 Mod 417.

<sup>92</sup> J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law* cit., 99-144; J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes* cit., 186-222; J. OLDHAM, *English Common Law in the Age of Mansfield* cit., 152-164; M. DYLAGE, *The Negotiability of Promissory Notes* cit., 165-174.

<sup>93</sup> Fu Mansfield a fare finalmente chiarezza in materia, equiparando gli effetti della trasferibilità di note promissorie e di lettere di cambio, ed inoltre armonizzando i cambi cd. “domestici” (all’interno del Regno Unito) con quelli internazionali – che sino ad allora avevano goduto di disciplina diversa, la cui complessità aumentava notevolmente girando lo strumento. Fu soprattutto in due casi, *Heylyn v. Adamson* (1758) 2 Burr. 669, e *Grant v. Vaughan* (1564) 3 Burr. 1516, che Mansfield riuscì a dare una chiara sintesi a quella che, sino a quel momento, era rimasta una disciplina a tratti confusa, tanto circa la sua esatta dinamica applicativa, quanto (tipica conseguenza di una normazione giurisprudenziale alquanto “alluvionale”) la precisa terminologia da adoperare in fattispecie solo all’apparenza diverse fra loro.

Francesca Terranova

Indagine su ‘*et ut quidam adiciunt*’ in Gai 2.104

ABSTRACT

The A. questions the meaning of the two different variants handed down at the end of the *formula* of the *familiae mancipatio* in Gai 2.104 trying to give more interpretative solutions for the meaning of the parenthetic proposition ‘*et ut quidam adiciunt*’.

PAROLE-CHIAVE

*Mancipatio; familiae mancipatio; atti per aes et libram.*



Si ringrazia l'Università di Palermo per il supporto alla ricerca attraverso il FFR 2021 – Terranova.

## INDAGINE SU ‘ET UT QUIDAM ADICIUNT’ IN GAI 2.104

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Stato della letteratura sul significato dell’inciso ‘*et ut quidam adiciunt*’ trådito nella chiusa del formulario della *familiae mancipatio* (Gai 2.104). – 3. Continua: punti fermi e problemi. – 4. Proposte interpretative e spunti per ulteriori indagini.

### 1. PREMESSA.

Oggetto delle riflessioni avanzate in queste pagine è un inciso rinvenibile nelle Istituzioni di Gaio a margine della trascrizione della porzione conclusiva del formulario della *familiae mancipatio*, trådito in Gai 2.104 –

‘*FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUAM<sup>1</sup> CUSTODELAQUE MEA QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, e t u t q u i d a m a d i c i u n t, AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*’

<sup>1</sup> Seguiamo le restituzioni dei due apografi del palinsesto Veronese delle Istituzioni di Gaio (E. BÖCKING, *Gai Institutiones, Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas*, Lipsiae 1866; G. STUEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor, Codicis Veronensis denuo collati Apographum confecit*, Leipzig 1874, rist. Osnabrück 1965), prescindendo dalle emendazioni e integrazioni suggerite nelle successive edizioni di fonti, in modo che, immediatamente, risaltino i problemi di restituzione della formula. I *verba* si aprono con tre accusativi iniziali – ‘*familiam pecuniamque tuam*’ – che non possono essere ricondotti (se non emendando in un qualche modo il testo: v., per cenni, *infra* nt. 10) al verbo ‘*esto emptā*’, che presupporrebbe invece un nominativo. Un problema di desinenze si pone, inoltre, per l’aggettivo possessivo ‘*tuam*’ (secondo la lettura di Bluhme, ‘*tutam*’ e non ‘*tuam*’: cfr. E. BÖCKING, *Gai Institutiones, Codicis Veronensis Apographum* cit., fol. 99<sup>u</sup>, l. 24) che la maggior parte degli studiosi legge tra la fine della l. 23 e l’inizio della l. 24 del fol. 99<sup>u</sup> e collega al precedente ablativo ‘*mandatela*’, retto da ‘*endo*’. Sui *verba* della formula della *familiae mancipatio*, a partire dalle difficoltà di coordinamento grammaticale dei tre summenzionati accusativi con il verbo ‘*esto emptā*’ ci sia consentito rinviare alle differenti proposte di ricostruzione del formulario discusse in F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram, I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, in part. 73 ss., 109 ss., 21 ss.; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario del testamentum per aes et libram*, in *Iura* 60, 2012, 1 ss., 21 ss.; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario del testamentum per aes et libram*, in *Iura* 62, 2014, 250 ss.; EAD., Rec. a F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, in *Iura* 60, 2012, in part. 478 ss. (la quale si era già specificamente occupata della *mancipatio familiae* in EAD., *Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae*, in *Iura* 50, 1999, 161 ss.). Sull’istituto si vedano, altresì, i recenti studi *infra* riferiti, alle ntt. 3 e 4.

– di cui ci occupiamo nella consapevolezza tanto dell'indubbia «importanza di ogni ulteriore approfondimento della materia negoziale romana»<sup>2</sup> quanto della circostanza che ancora sulla *mancipatio*, e più in particolare sulla *familiae Mancipatio* (della quale consta, insieme alla '*nuncupatio testamenti*', il *testamentum per aes et libram* in età classica),<sup>3</sup> numerosi sono i profili sui quali in letteratura ci si interroga senza che si siano trovate risposte soddisfacenti.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Citiamo da A. PALMA, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla causa contractus*, in A. PALMA (a cura di), *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, Napoli 2013, VII (pubblicato anche in *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid 2016, 634), a proposito del vessato problema del «concetto di causa del negozio» (tema caro all'A. che, a più riprese, lo ha affrontato da differenti angolature nei suoi lavori: basti ricordare, in proposito, ID., *Vicende della «res» e permanenza della «causa»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 3, Napoli 1984, 1489 ss.; ID., *Note critiche sul concetto di causa*, in *Roma e America. Diritto romano comune 12/1 [Atti del Congresso Internazionale su "La formazione del sistema giuridico latinoamericano: codici e giuristi"* (Salerno-Amalfi 19-21 aprile 2001), 2001, 321 ss.).

<sup>3</sup> È risaputo che nel palinsesto Veronese delle Istituzioni di Gaio sono descritte due differenti configurazioni strutturali assunte nel tempo dal *tertium genus testamenti* (cfr. Gai 2.102-103 ove il giurista traccia la storia dell'istituto, che è presentato, già dall'esordio, in maniera unitaria: '*Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur ... Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per Mancipationem peragitur*') ed è pacifico, tra gli studiosi, che i termini *familiae Mancipatio* ricorrono nelle fonti per indicare il primo dei due atti (o, per alcuni, delle due fasi o momenti) che, insieme ai '*verba nuncupationis*' (con altra terminologia invalsa nelle fonti, '*nuncupatio testamenti*'), costituisce il *testamentum per aes et libram* vigente al tempo in cui Gaio scrive; ciò, oltre a desumersi da Gai 2.104, è esplicitamente attestato in Gai 2.109, 2.115-116, 119, 121, 149a; Tit. Ulp. 20.3, 20.9 e 28.6. Rinviamo sul punto a F. TERRANOVA, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta Mancipatio familiae*, in AUPA 53, 2009, spec. 315 ss.; P. ARCES, *Sulla «natura fedecommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, in RDR 11, 2011, 10 ss.; ID., *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librare e del fedecommesso*, in RDR 12, 2012, 5; ID., *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2012, 181 [dell'A. v. anche *La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni mortis causa nel diritto romano arcaico e classico*, in Studi Urbinati. Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche 83, 2015 (*Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. BICCARI), 137]; G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, spec. 25 ss.; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario cit.*, 250 s.; EAD., *Rec. a F. TERRANOVA, Ricerche sul testamentum cit.*, in part. 485 ss.; A. CORBINO, *Atti dicis causa*, in *Noctes iurisprudentiae. Scritti in onore di Jan Zablocki*, Białystok 2015, 53 ss., spec. sul punto 61 s. e nt. 35 (nonché, tra i più recenti lavori dello studioso sul tema, almeno ID., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*<sup>2</sup>, Torino 2006, 19 s.; ID., *Diritto privato romano. Contesti Fondamenti Discipline*<sup>3</sup>, Padova 2014, 481 ss.; ID., *«Mancipatio» e pesatura*, in Index 45, 2017, 385 e nt. 21); M.F. CURSI, *La Mancipatio familiae: una forma di testamento?*, in A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZÁLES, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (a cura di), *Homenaje al Profesor Armando Torrent cit.*, 185 s. e nt. 2 [dell'A. si vedano altresì, in argomento, *La Mancipatio decemvirale e il nuovo diritto dei plebei*, in J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.-P. CORIAT (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos, Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 145 ss., spec. 154 ss. e *La Mancipatio e la Mancipatio familiae*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli 2018, 339 ss.].

<sup>4</sup> Per un quadro di sintesi dei principali dubbi degli studiosi in tema di *mancipatio* rinviamo, tra i tanti, ad A.M. GIOMARO, *«Divertissements» in tema di Mancipatio*, in *Studi in onore di Sergio Antonelli*, Napoli 2002, 357 ss., per la principale bibliografia sul tema (richiamata e discussa nel testo e nelle note), nonché per un primo orientamento, nella sola letteratura più recente, agli studi che da differenti angolature esaminano l'istituto (e affrontano, tra gli altri, i vessati e tra di essi strettamente connessi problemi riguardanti, da una parte, la portata dei termini della formula della *mancipatio* e la presunta corrispondenza con alcune espressioni ricorrenti nei documenti della prassi negoziale, dall'altra, la correlazione storica tra i

verba della formula e le questioni che ruotano intorno all'origine della compravendita consensuale) di L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e la interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007, 113 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Napoli 2007, *passim*, spec. 219 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, 123 ss.; G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 1 ss. (nonché ID., *La nascita post decemvirale della 'mancipatio' e quella ancora posteriore della distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, in AUPA 59, 2016, 305 ss.); L. FRANCHINI, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Padova 2012, 163 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna 2016, 46 ss.; A. CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la Mancipatio*, in Iura 64, 2016, 9 ss.; ID., «Mancipatio» e pesatura cit., 379 ss.; S.A. CRISTALDI, «In Mancipio esse». *Genesi e aspetti di una speciale dipendenza dei liberi in età imperiale*, Napoli 2019, spec. 59 ss.

Riguardo al *testamentum per aes et libram* numerosi sono i lavori che, in tempi recenti, sono tornati ad occuparsi dei problemi dell'origine e della storia dell'istituto, nonché del ruolo rivestito dal *familiae emptor* al suo interno, specie per quanto concerne due cruciali quesiti: se, ed in che termini, la *familiae Mancipatio* possa considerarsi 'testamentum' e quale fosse la primigenia struttura dell'atto. In proposito, rinviamo agli studiosi che, pervenendo a differenti soluzioni, in tempi recenti si sono interessati all'istituto in questione, retro riferiti alla nt. 3, cui adde F. SCOTTI, *Il testamento in diritto romano. Studi esegetici*, Roma 2012, 11 ss.; A. SPINA, *Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano*, in S. RANDAZZO (a cura di), *Religione e Diritto romano. La cogenza del rito*, Tricase 2014, spec. 392 ss.; S. CASTÁN, *Gai. Inst. 2.102: «Accessit tertium genus testamenti ... is si subita morte urgebatur» (breve nota en torno a la Mancipatio familiae como testamento en peligro de muerte)*, in SCDR 28, 2015, 221 ss.; M. FUENTESECA, *La Mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, in SCDR 29, 2016, 111 ss.; F. BERTOLDI, *L'esecutore testamentario nel diritto romano*, in RIDA 65, 2018, 55 ss. (dell'A. v. anche *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, 113 s. nt. 26, nonché *Formalismo e negozi formali. Radici romanistiche e profili storico-comparatistici*, Modena 2016, 22 ss., con altra bibl.); C.M.A. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant ... aut in procinctu. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino 2020, 47 ss. È appena il caso di precisare che la complessità delle questioni e le scarse informazioni desumibili dalle fonti sull'istituto in esame legittimano una divergenza d'opinioni sul punto. Non riteniamo proficuo tornare su ipotesi da noi prospettate in altre sedi, se non per un profilo d'indagine, quello che ha sollevato maggiori riserve nella letteratura successiva (ricordata *supra*: nt. 3), formulato in F. TERRANOVA, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta Mancipatio familiae* cit., 299 ss., ma non per ripetere quanto già altrove sostenuto ma soltanto per prendere atto che le differenti soluzioni degli studiosi, a parer nostro, non chiariscono alcuni passaggi dell'esposizione gaiana, se non pervenendo a un giudizio di inattendibilità della fonte o comunque di alcuni termini adoperati dal giurista. Si pensi, ad esempio, all'appellativo *testator* rivolto al *Mancipio dans* già nella configurazione più antica dell'istituto, considerato una «imprecisione» del giurista che avrebbe per l'appunto anticipato «imprecisamente al *Mancipio dans* la qualifica di *testator*». Così G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 29 nt. 64. È innegabile, infatti, la circostanza che Gaio discuta anche dell'archetipo dell'istituto in termine di *tertium genus testamenti*, che 'aliter ordinatur' ai suoi tempi 'quam olim solebat' (Gai 2.102-103). Proprio la circostanza che il giurista qualifichi 'testamentum' il complesso espediente escogitato dalla giurisprudenza pontificale per consentire ad un soggetto di pianificare la destinazione dei suoi beni dopo la sua morte (v. Gai 2.102: 'Qui ... testamentum fecerat, is ... amico familiam suam, id est patrimonium suum, Mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari velle' e 2.103 'olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat Mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei Mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari velle' da cui emerge che l'atto presenta *ab origine* natura complessa, e per così dire duale, non potendosi ridurre alla sola *Mancipatio* della *familia*) ha originato il quesito se ciò non potesse spiegarsi alla luce di una concezione di 'testamentum' elaborata dalla giurisprudenza pontificale, differente rispetto a quella cui perverrà la stessa in epoca classica, a seguito dell'incessante lavoro interpretativo che apprenderà alla considerazione dell'*heredis institutio* quale 'caput et fundamentum totius testamenti' [qualifica che è attestata, da quel che risulta, sola-

Con le osservazioni che ci accingiamo a condividere l'auspicio non è certamente di avere la pretesa di trovare qualche soluzione definitiva, quanto piuttosto quella di alimentare dubbi, sollevare ulteriori quesiti e richiamare l'attenzione degli studiosi sull'osservazione 'et ut quidam adiciunt'. Quest'ultima, sebbene *prima facie* possa apparire quasi superflua,<sup>5</sup>

mente a partire dall'età classica: v. Gai 2.229; 2.248; Tit. Ulp. 24.15; I. 2.20.34; D. 28.5.1 pr. (Ulp. 1 ad Sab.); 28.6.1.3 (Mod. 2 pand.); 29.7.10 (Pap. 15 quaest.)). Da tale domanda siamo partiti per proporre, altresì, una nuova interpretazione dell'*incipit* del noto versetto decemvirale 'Si intestato moritur ...' (alla quale aderisce, limitatamente a tale punto, G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio "Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*, in TSDP 5, 2012, spec. 4 s.; EAD., *Ancora qualche precisazione sul formulario* cit., 255). Ad ogni modo, ciò che, ancora una volta, ci preme ribadire non sono le ragioni sottese alla nostra risposta al suddetto quesito, bensì quanto il senso che attribuiamo ad alcuni termini adoperati nell'indagine condizioni profondamente, talora pesantemente, anche l'esito della stessa. Ciò è vero a tal punto che se per *familiae mancipatio* intendessimo soltanto la prima parte di cui si compone il *testamentum per aes et libram* in età classica – come sarebbe a nostro avviso più opportuno (per non tradire il dato delle fonti, nelle quali l'espressione ricorre soltanto in tale accezione) – se, per intenderci, intendessimo la parte e non il tutto, ossia uno dei due atti che concorrono a perfezionare il *testamentum per aes et libram* (e non il suo precedente storico) allora sarebbe inequivoco che la *mancipatio familiae*, da sola, non possa considerarsi *testamentum*, né in età classica (nella seconda configurazione strutturale dell'istituto descritta da Gaio) né, a fortiori, in età arcaica (nella prima configurazione strutturale del rito) data la complessità fin dalle origini della struttura dell'istituto non riducibile, a parer nostro, alla sola *mancipatio* della *familia* neppure quando quest'ultima era effettiva e non fittizia (come ai tempi di Gaio). Invero, per consentire a un soggetto di fare testamento non è sufficiente il compimento di tale atto *inter vivos*, se lo stesso non sia accompagnato dalle ulteriori istruzioni affidate dal *mancipio dans* al *familiae emptor* da eseguirsi dopo la morte e contenenti, in sostanza, le ultime volontà del testatore. Assai arduo è riuscire a tracciare, in mancanza di attestazioni, i passaggi evolutivi che avrebbero determinato la trasformazione in *nuncupatio* (o *nuncupationes*) degli incarichi la cui esecuzione è rimessa nelle mani (*manum-do*, da cui *mandatela*) del *familiae emptor* nonché, in via pregiudiziale, il connesso problema dell'originaria natura giuridica di tali incarichi. Erano essi formulati informalmente come potrebbe desumersi dall'impiego da parte di Gaio del verbo *rogo* o, piuttosto, prevedevano già in origine la pronuncia di parole determinate? E in quest'ultimo caso, si configuravano come vere e proprie *nuncupationes*, esterne e strutturalmente autonome, anche se funzionalmente connesse, alla *mancipatio* della *familia*?

Per concludere il nostro ragionamento, solo se considerassimo le *rogationes* affidate al *familiae emptor* alla stregua di *leges mancipii* pronunciate dal *mancipio dans* (come non si è mancato di sostenere in letteratura), e dunque interne al rituale della *mancipatio*, potremmo discutere di *mancipatio familiae* per riferirci all'archetipo del *testamentum per aes et libram*, il che tuttavia non ci sembra che trovi un qualche appiglio nelle fonti pervenute ed è anzi smentito dalla terminologia adoperata da Gaio (in 2.102-103, nel passaggio *retro*, in questa stessa nota, riportato). A tal proposito, non ci sembra inopportuno, da ultimo, precisare che quando Albanese si interroga circa la presenza nella *familiae mancipatio* di eventuali *certa verba* pronunciati già dal «disponente *mortis causa*» [così, in un primo tempo, B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (I), IV, *Cum nexum faciet mancipiumque*, in AUPA 42 (1992), 55 = (a cura di) G. FALCONE, *Scritti giuridici*, III, Torino 2006, 91, il quale muta avviso in *Brevi Studi di diritto romano* (IV), II, 'Lex mancipii' e 'nuncupatio' in due passi ciceroniani (de orat. 1.13.178; de off. 3.16.65), in AUPA 48 (2003, pubbl. 2004), 18 s. = (a cura di) G. FALCONE, *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 998 s.] si riferisca proprio all'istituto di età arcaica complessivamente considerato, non dunque alla *familiae mancipatio* di età classica, compiuta 'dicis gratia', e distinta ma funzionalmente connessa alla *nuncupatio testamenti* pronunziata dal testatore. Cfr., per una diversa opinione sul punto, G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., 28 e ivi nt. 63, che ritiene invece – fraintendendo, secondo noi, sul punto il pensiero dello studioso palermitano – che Albanese e altri autori dopo di lui siano incorsi in «incomprensioni e travisamenti gravi» nell'interpretazione dell'esposizione gaiana del *tertium genus testamenti*: «per cui si è arrivati ad affermare che nella *mancipatio familiae* era contenuta anche una dichiarazione del *mancipio dans*».

<sup>5</sup> Specie nel confronto con gli altri, e ancora più complessi, problemi di restituzione e ricostruzione che pone il formulario della *familiae mancipatio*, ragion per cui non tutti gli studiosi che si sono occupati

apre interessanti profili d'indagine, almeno a nostro avviso, che potrebbero ravvivare il recente, e mai sopito, dibattito sui problemi che ruotano intorno alle differenti 'applicazioni' della *mancipatio*.<sup>6</sup> Quasi ovvio è ricordare che anche in campo storico-giuridico (e non solo quando si tratti di ricostruire istituti dell'età arcaica su cui più rade sono le fonti) ci si debba guardare dal «Missverständnis» che tradisce «Der Ehrgeiz, recht zu behalten»: «nicht der Besitz von Wissen, von unumstößlichen Wahrheiten macht den Wissenschaftler, sondern das rücksichtslos kritische, das unablässige Suchen nach Wahrheit»;<sup>7</sup> proprio, in tale ricerca scrupolosa, critica e incessante risiede, del resto, l'*optima pars* del nostro mestiere.

## 2. STATO DELLA LETTERATURA SUL SIGNIFICATO DELL'INCISO 'ET UT QUIDAM ADICIUNT' TRÀDITO NELLA CHIUSA DEL FORMULARIO DELLA *FAMILIAE MANCIPIATIO* (GAI 2.104).

La restituzione del tenore della formula costituisce una *vexata quaestio* tra gli studiosi, che hanno al riguardo ricostruito il testo in modi tanto differenti da condizionare inevitabilmente l'indagine sull'evoluzione del *tertium genus testamenti* e, in modo particolare, sugli effetti che l'atto avrebbe, in origine, prodotto nonché sul ruolo rivestito al suo interno dal *familiae emptor*.

Tra i *verba* restituiti in Gai 2.104 gli unici che possano mettersi in diretta connessione con quelli contenuti nel formulario della *mancipatio* traslativa del *dominium ex iure Quiritium* su una *res Mancipi* (che la maggior parte della letteratura considera quale applicazione generale del negozio),<sup>8</sup> riferiti da Gaio al § 119 del suo primo commentario,<sup>9</sup> sono quelli pronunciati dal *familiae emptor* per ultimi, ossia come già ricordato: '... HOC AERE ... AENEAEQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA'.<sup>10</sup>

del formulario si sono interrogati sul senso dell'espressione, se non in via meramente incidentale (v. la letteratura *infra* citata, alla nt. 12).

<sup>6</sup> Ci riferiamo alla letteratura ricordata alle ntt. 3-4 e, in modo particolare, alle recenti messe a punto sul tema di Nicosia e Corbino, *retro* citate, densissime di notevoli spunti di riflessione per ulteriori indagini.

<sup>7</sup> La celebre citazione è di K. POPPER, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, Wien 1935, 209.

<sup>8</sup> In letteratura si discute correntemente, non solo nelle trattazioni manualistiche, di varie «applicazioni» o «impieghi» o «utilizzazioni» della *mancipatio*. A tal proposito rinviamo, a titolo esemplificativo, ai richiami bibliografici e alle osservazioni di G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 23 ss. e ntt. 50-51, il quale si esprime in senso critico sull'uso di siffatta terminologia e rileva che, ad esempio, *mancipatio familiae* e *coemptio* fossero strutturalmente differenti rispetto alla *mancipatio* traslativa del diritto di proprietà e che «proprio alla diversità di struttura formale conseguiva la diversità degli effetti» (ID., *op. cit.*, 24) *cui adde*, da ultimo, A. CORBINO, «*Mancipatio*» e *pesatura cit.*, spec. 384 ss.

<sup>9</sup> 'HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAEQUE LIBRA' (Gai 1.119). Com'è noto, tali *verba* sono nuovamente ripetuti nel manuale gaiano, con tenore in parte differente (in funzione, anzitutto, del diverso oggetto), in Gai 3.167 nella formula pronunciata da parte del *servus communis*: 'HANC REM EX IURE QUIRITIIUM LUCI TITII DOMINI MEI ESSE AIO, EAQUE EI EMPTA ESTO HOC AERE AENEAEQUE LIBRA'. Sulla versione del passo tràdita nei frammenti egiziani v. *infra*, § 4 e nt. 31.

<sup>10</sup> Abbiamo già accennato (*retro*, nt. 1, con richiami alla bibliografia più recente) ai noti problemi di coordinamento dei tre accusativi iniziali (*FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM*) con il verbo finale (*ESTO MIHI EMPTA*) che necessitano o l'emendazione dei primi in nominativi (*FAMILIA PECUNIAQUE TUA ... HOC AERE ... AENEAEQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*) o un'integrazione del testo della formula (a titolo meramente esemplificativo, tra quelle suggerite nelle edizioni del manuale gaiano: *FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ... <RECIPIO,*

La porzione conclusiva della formula solleva meno problemi riguardo tanto alla restituzione quanto al significato (almeno letterale) rispetto ai *verba* iniziali, dei quali certi sono soltanto i cenni alla *familia pecuniaque* del testatore, alla *mandatela* posta in essere da quest'ultimo e alla correlata *custodela* esercitata dal *familiae emptor*; manca, com'è noto, in Gai 2.104 l'affermazione di appartenenza, che è invece presente nelle formule tramandate in Gai 1.119 e 3.167.<sup>11</sup>

In tale contesto, la chiosa del giurista, *'et ut quidam adiciunt'*, posta tra le parole *'HOC AERE'* ed *'AENEAQUE LIBRA'* è formulata a mo' di precisazione.

Seppur incidentalmente, gli studiosi che se ne sono occupati hanno ritenuto, per lo più all'unanimità, che Gaio specificasse mediante tale chiarimento che alcuni termini del formulario avrebbero potuto omettersi ai suoi tempi, senza che ciò comportasse l'inefficacia dell'atto.<sup>12</sup>

Letteralmente, invero, i termini *'et ut quidam adiciunt'* indicherebbero propriamente che 'alcuni' ritenevano si dovessero aggiungere i *verba* *'AENEAQUE LIBRA'* al testo della formula. Alla luce di ciò, non è mancato tra gli studiosi chi, ravvisando si trattasse di aggiunta e non di omissione, ha ritenuto incomprensibile le ragioni di tale precisazione di Gaio.<sup>13</sup>

EAQUE> ... HOC AERE ... AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ... <ESSE AIO, EAQUE> ... HOC AERE ... AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ... <EX IURE QUIRITIVM ESSE AIO, EAQUE> ... HOC AERE ... AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ... <EX IURE QUIRITIVM MEAM ESSE AIO, EAQUE> ... HOC AERE ... AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA). In entrambi i casi è impossibile risolversi in maniera certa. Così, per tutti, B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae' in Gai 2.104*, in AUPA 47, 2002, 73 (= *Scritti giuridici*, IV cit., 941). La mancanza del confronto con altre attestazioni comporta, infatti, che tanto l'emendazione dei tre accusativi iniziali quanto le integrazioni suggerite presentano degli svantaggi: nel primo caso, quello di «esigere una triplice correzione iniziale ... che non si trova nel palinsesto»; nel secondo, quello di «esigere l'inserzione» di *verba* per i quali «non esistono appigli testuali» (in tal senso B. ALBANESE, *loc. ult. cit.*), per cui non è mancato chi sia arrivato a sostenere che entrambe, per differenti ragioni, siano arbitrarie e insostenibili (in tal senso si esprime G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., 22 s. nt. 48).

<sup>11</sup> I cui *verba* sono ricordati poco più sopra, alla nt. 9.

<sup>12</sup> Rinviando, tra i tanti e senza alcuna pretesa di completezza, a M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1892, rist. Darmstadt 1963, 490 nt. 21; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, II, *Obbligazioni ed azioni, Diritto ereditario, Donazioni*, Roma 1928, 527 nt. 1; V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini* (pubbl. Soc. Italiana per la ricerca dei papiri greci e latini in Egitto), 11, Firenze 1935, 10 nt. 54, 26 = ID., *Studi epigrafici e papirologici*, a cura di L. BOVE, Napoli 1974, 64 s. nt. 54, 82, 108 (*Addenda et corrigenda*); ID., *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in BIDR 42, 1935, 577; H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain (Essai de solutions sociologiques)*, Paris 1934, 149 e ivi nt. 3; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*<sup>2</sup>, Milano 1955, 42 nt. 3; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 391 nt. 5; H.L.W. NELSON, *Die Textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente*, in (a cura di) J.A. ANKUM, R. FEENSTRA, W.F. LEEMANS, *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, I, Leiden 1968, 141 s., 145; A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, parte prima, Catania 1979, 74 nt. 64, con altra letteratura (nonché dello studioso, tra i suoi lavori dedicati alla *mancipatio*, soprattutto, ID., *Il formalismo negoziale*<sup>2</sup> cit., 9 s., 61; ID., *«Mancipatio» e pesatura* cit., 394 nt. 67, 397); B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 51 nnt. 79 e 83; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen, Text und Kommentar*, Berlin 1999, 50, 377; F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum* cit., 119 nt. 225; G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., 21 e nt. 47; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario* cit., 258.

<sup>13</sup> Così, tra gli autori *supra* citati alla nt. 12, ad esempio, S. PEROZZI, *Istituzioni*<sup>2</sup>, II cit., 527 nt. 1.

## 3. CONTINUA: PUNTI FERMI E PROBLEMI.

Per tentare di dar conto dei problemi messi in campo da tale proposizione parentetica, proviamo ad estrapolare alcuni punti fermi del passaggio oggetto d'indagine.

In primo luogo, l'inciso – *et ut quidam adiciunt* – rivela che i formulari, sebbene venissero tramandati anche quando non se ne comprendesse il significato,<sup>14</sup> fossero tutt'altro che immutabili.<sup>15</sup>

Spettava, di certo, alla giurisprudenza (prima pontificale, poi laica) stabilire quali *verba* fosse stato necessario pronunciare e quali *gesta* fosse stato essenziale compiere per conseguire l'effetto che con un determinato atto formale (nel caso in esame, la *familiae Mancipatio*) le parti si sarebbero prefissate di raggiungere. Su tale aspetto, in tempi recenti, si è tornati a porre l'accento<sup>16</sup> per rimarcare, opportunamente, la peculiarità di ciascun *gestum per aes et libram* e mettere in guardia – nel ricostruire, in particolare, le formule dei vari atti Mancipatori – dal rischio di lasciarsi condizionare dal formulario della *Mancipatio* impiegata per conseguire il *dominium ex iure Quiritium* su una *res Mancipi* (pervenutoci senza lacune, a differenza di quello della *familiae Mancipatio*, che è peraltro, come già ricordato, riferito in unico luogo e per di più con i noti problemi di restituzione nel quale è stato tramandato).<sup>17</sup>

Inoltre, vi è un ulteriore profilo d'indagine sul quale, a parer nostro, in letteratura non ci si è soffermati, che va individuato nella circostanza che dall'impiego dei termini 'et ut quidam adiciunt' possa dedursi in maniera inequivoca che coesistessero due differenti orientamenti: il secondo è introdotto da Gaio proprio attraverso l'inciso suddetto.

Infatti, che con 'quidam' si indicassero i *iuris periti* è confermato dalla circostanza che possiamo reperire nel linguaggio tecnico, non solo gaiano, tale pronome indefinito congiunto a differenti verbi – quali, a titolo meramente esemplificativo, *puto, dico, voco, existimo* – per introdurre esplicitamente un determinato orientamento in dissenso con un altro del quale poco prima si era dato conto o che ci si accingeva a presentare.<sup>18</sup> Pertanto,

<sup>14</sup> A tal proposito v. *infra*, nt. 44.

<sup>15</sup> La *ratio* sottesa alla duttilità delle formule è ben sintetizzata da A. CORBINO, *Il formalismo negoziale*<sup>2</sup> cit., 60: «La flessibilità dei formulari, rigidi e ripetitivi infatti solo in alcune loro parti, la conseguente possibilità riconosciuta ai tecnici di adeguarli alle esigenze specifiche sono la riprova migliore che il formalismo arcaico era non già manifestazione di un rozzo e semplicificante primitivismo, ma solo una necessità imposta da particolare condizioni (sociali, economiche, culturali) dell'ambiente che lo esprimeva».

<sup>16</sup> Ci sia consentito ancora una volta rinviare, per tutti, ai recenti lavori di G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., *passim* e, soprattutto, 21 ss.; A. CORBINO, «*Mancipatio*» e *pesatura* cit., in part. 384 ss., 395 ss. (dell'A. v. già in proposito, almeno, ID., *Il formalismo negoziale*<sup>2</sup> cit., spec. 60 ss.).

<sup>17</sup> Cfr. *retro*, nnt. 1 e 10.

<sup>18</sup> Nelle sole Istituzioni di Gaio, sono state rinvenute dagli studiosi ventuno ricorrenze del pronome indefinito in esame: cfr. S. SOLAZZI, «*Quidam*» (*Gli innominati delle Istituzioni di Gaio*), in Atti Acc. Napoli 64, 1952-1953, 3 ss. = ID., *Scritti di diritto romano*, V (1947-1956), Napoli 1972, 413 ss. (da cui citiamo). Con lo studioso, tuttavia, dissentiamo, non solo circa l'interpretazione del pronome indefinito nel manuale gaiano (ritenuto da Solazzi come non autentico) ma, nello specifico, riguardo alla valenza che esso avrebbe in Gai 2.104 (sul punto, *infra*: nt. 20). Sconfinati sono gli studi che si sono interrogati sulla valenza del pronome indefinito 'quidam', non in termini generali ma nell'ambito dell'esegesi di singoli passaggi nei quali lo si rinviene. Tra di essi, per considerazioni svolte anche in via meramente incidentale, rinviamo, consapevoli di non poter essere esaustivi, a C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 156 ss. (su Gai 3.47); E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in



anche nel contesto in questione, l'espressione assolverebbe, secondo noi, alla funzione di introdurre un'ulteriore *iurisconsultorum opinio*, non condivisa da tutti, ma suggerita per l'appunto solo da 'alcuni', alla stessa stregua, per intenderci, della valenza di un'altra proposizione parentetica, abbastanza ricorrente nel linguaggio gaiano, ossia 'ut quidam putant'.<sup>19</sup> Del tutto irragionevole è, del resto, supporre che a decidere quale delle due varianti fosse la più opportuna siano stati i *familiae emptores* o i testatori.<sup>20</sup>

Chi si nasconda dietro questi indeterminati ed «innominati»<sup>21</sup> *iuris periti*, non si è in grado di stabilirlo. L'utilizzo del pronome indefinito costituisce, a nostro avviso, indizio che essi non fossero esponenti di un orientamento maggioritario, che propriamente sarebbe stato reso da 'plerique'.<sup>22</sup> Dal modo in cui si esprime il giurista sembra, anzi, che possa dedursi proprio l'inverso, ossia che fosse più frequentemente invalsa la prima variante della formula, quella nella quale figuravano i soli termini 'HOC AERE ESTO MIHI EMPTA'. Rimane incerto, ad ogni modo, se da tale inciso si possa desumere l'esistenza di una vera e propria disputa giurisprudenziale sul punto.<sup>23</sup>

Su un ulteriore dato è opportuno, altresì, soffermarsi, vale a dire sull'uso da parte di

SDHI 63, 1997, 53 ss. e nt. 247 (su Gai 2.79); ID., *Studi sui «libri ad Edictum» di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano 2001, 112 ss. (su D. 3.3.1.1, Ulp. 9 *ad ed.*), 322 ss. (su D. 6.1.5.1, Ulp. 16 *ad ed.*); B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3.147*, in RDR 3, 2003, 4 nt. 5 (su Gai 2.79, con ult. bibl.); A.M. GIOMARO, 'Unde quidam putant'. (Gai 3.91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione contrattuale di contractus, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, 295 ss. (su Gai 3.91); F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino 2017, 37 e nt. 104, con altra letteratura; G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, II, Torino 2021, 95 ss., spec. 98 nt. 299 (su Gai 3.91, con ampi richiami bibliografici); G. D'ANGELO, *Civiliter vel naturaliter possidere*, Torino 2022, 94 nt. 264 (con ult. bibl.), sull'espressione 'ut quibusdam recte videtur' rinvenibile, con l'avverbio *recte*, unicamente in D. 10.4.7 pr. (Ulp. 24 *ad ed.*).

<sup>19</sup> Cfr. Gai 3.28; 3.47; D. 28.1.26 (Gai 22 *ad ed. prov.*); 50.16.30 (Gai 7 *ad ed. prov.*). L'espressione 'quidam putant' si rinviene, inoltre, nel linguaggio gaiano, in Gai 1.184; 2.215; 3.91; D. 18.1.35.2 (Gai 10 *ad ed. prov.*); 45.1.141.4 (Gai 2 *de verb. oblig.*); 50.16.234.2 (Gai 2 *ad leg. XII tab.*); 50.16.238.2 (Gai 6 *ad leg. XII tab.*).

<sup>20</sup> Si tratta del dubbio espresso da S. SOLAZZI, «*Quidam*» cit., 421 nt. 37: «Per *quidam* il significato incerto tra giuristi e testatori si presenta in 2. 104, dove Gaio dichiara che nella formula della *familiae Mancipatio*, alle parole *hoc aere, quidam adiciunt aeneaque libra*».

<sup>21</sup> Così, già dal titolo, S. SOLAZZI, «*Quidam*» cit., 413.

<sup>22</sup> Anche tale pronome indefinito è attestato nel linguaggio giurisprudenziale, e in particolare gaiano, sebbene se ne ravvisi un uso più «parco» rispetto a *quidam*. In tal senso rinviamo ancora una volta a S. SOLAZZI, «*Quidam*» cit., 421 s., che non esclude che, almeno in un'attestazione (Gai 3.10), nei *plerique* possano annoverarsi anche «uomini della strada anziché giureconsulti», *cui adde*, più di recente, B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola* cit., 5 ss. e nt. 8, la quale si interroga sull'ipotesi che nei *plerique*, di cui in Gai 3.147, possano farsi rientrare i soli esponenti della scuola sabiniana. Analogamente, anche per il pronome *quidam* adoperato in Gai 3.91, ci si è chiesti in letteratura se esso fosse adoperato da Gaio per designare, in maniera univoca, i Sabiniani e se la posizione espressa da 'alcuni' fosse minoritaria o maggioritaria. Per una sintesi di tale dibattito rinviamo, per tutti, alla recentissima e completa disamina di G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia* II cit., 98 nt. 299.

<sup>23</sup> Anticipiamo che a noi pare più verosimile, alla luce delle argomentazioni tra breve svolte sull'impiego da parte di Gaio del presente indicativo in 2.104 e sulla presenza, tra i *verba* del formulario, di alcuni termini sicuramente arcaici – quali 'endo', 'mandatela' e 'custodela' (v. *infra*, nt. 39) – che le due varianti della parte conclusiva della formula fossero state suggerite dalla giurisprudenza in frangenti storici differenti.

Gaio del presente indicativo *'adiciunt'*. Tale tempo caratterizza, in effetti, la trattazione già dall'esordio del § 104 del secondo commentario, ove il giurista si accinge a descrivere lo svolgimento della *familiae mancipatio*: *'eaque res ita agitur'*. Si potrebbe inferire, pertanto, che dietro il pronome *'quidam'* si celino *iuris prudentes* coevi a Gaio.

Tuttavia, ci sembra più ragionevole ipotizzare che il giurista leggesse ambedue le varianti della chiusa del formulario in testi giurisprudenziali precedenti e che, pertanto, entrambe le versioni siano comunque più antiche dei suoi tempi. Depongono a favore di tale ipotesi sia alcuni segmenti verbali rintracciabili nella stessa formula, quali *'endo'*, *'mandatella'* e *'custodella'*, sui quali tra breve torneremo, sicuramente appartenenti al linguaggio arcaico e per i quali non si è sentita l'esigenza di un eventuale ammodernamento,<sup>24</sup> sia quanto possiamo arguire dai documenti che attestano testamenti librali. È bene infatti a tal proposito ricordare che, malgrado la modalità espositiva adottata da Gaio, si è dubitato alla luce delle attestazioni della prassi testamentaria che venisse espletato, in età classica, quanto prescritto dal rituale della *familiae mancipatio*, così come descritto in Gai 2.104. Tale è, com'è noto, l'orientamento espresso da Amelotti, che dall'esame della documentazione pervenutaci ha sostenuto, piuttosto, che le formalità della *familiae mancipatio* si fossero ridotte, già a partire dal II d.C., ad un mero cenno di cui si dava conto in una clausola nella quale ci si limitava ad attestarne l'avvenuto svolgimento, in quanto strumentale al compimento dell'unico atto oramai idoneo a produrre effetti, ovvero la *nuncupatio testamenti*.<sup>25</sup>

#### 4. PROPOSTE INTERPRETATIVE E SPUNTI PER ULTERIORI INDAGINI.

Alla luce di quanto fin qui considerato, tali sono dunque i termini della questione: per il primo indirizzo giurisprudenziale sarebbe stato ritenuto sufficiente al fine del perfezionamento dell'atto che il *mancipio accipiens/familiae emptor* affermasse che, allo scopo di

<sup>24</sup> Il che deporrebbe a favore dell'ipotesi che venisse perpetuato, al tempo di Gaio, un testo probabilmente non corrispondente agli effetti che l'atto avrebbe ormai prodotto. Si vedano, a tal proposito, le considerazioni svolte *infra*, § 4.

<sup>25</sup> Secondo M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, in part. 76 ss., 77 (per la citazione che segue), 217 ss., la formulazione della clausola della *mancipatio familiae*, «stereotipa e spesso fraintesa, in accordo ad altri argomenti, permette di affermare che, almeno a partire dal II secolo d. Cr., nei testamenti *per aes et libram* il rituale della *mancipatio familiae* descritto da Gai. 2, 104 era di fatto superato, e ci si limitava a dare un'attestazione scritta del suo compimento. La *mancipatio familiae* era divenuta una clausola di stile, che veniva completata con il nome delle persone che ne erano i protagonisti apparenti, ma la cui reale funzione consisteva nel partecipare – dopo specifica *rogatio* e per espressa invocazione del testatore: in ciò è il persistente significato concreto della *nuncupatio* – come *testes* e *signatores* delle *tabulae* testamentarie. La documentazione ci mostra così che il *testamentum per aes et libram* era arrivato ad uno stadio più evoluto della descrizione gaiana». È tornata sulla questione, da ultimo, L. MIGLIARDI ZINGALE, «*Il testamento romano attraverso la prassi documentale*» di Mario Amelotti: a cinquant'anni dalla pubblicazione di un libro esemplare, in MEP 23, 2020, 297 ss., che rimarca, tra l'altro, l'opportunità di non trascurare nelle indagini sugli istituti le fonti, sia occidentali sia orientali, della prassi, nello specifico testamentaria (EAD., *op. cit.*, spec. 300 s.). Per un diverso orientamento, rispetto a quello proposto da Amelotti, rinviamo a G. GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*», in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, 215 s., il quale, sulla scorta di quanto si legge in Gai 2.105, è più propenso a ritenere che la *familiae mancipatio* non fosse «semplicemente una formalità essenziale, se l'*interpretatio* continuava ancora a considerare, *propter veteris iuris imitationem*, il negozio come posto in essere dal testatore e dal *familiae emptor*».

consentire al *mancipio dans*/testatore di pianificare la destinazione dei suoi beni per il tempo successivo alla sua morte, la *familia pecuniaque endo mandatela* del primo ed *endo custodela* del *mancipio accipiens/familiae emptor* stesso, da quest'ultimo 'HOC AERE ESTO ... EMP-TA'; il secondo avrebbe richiesto che, tra i *certa et sollemnia verba* prescritti, il *familiae emptor* pronunciasse, in *aggitanta*, le parole 'AENEAQUE LIBRA'.

I profili, strettamente connessi, sui quali a nostro avviso vale la pena interrogarsi, si riassumono, secondo noi, in due domande: posto che entrambe le versioni della formula sono, come poc'anzi suggerito, ragionevolmente antecedenti all'età gaiana, quale delle due si possa ritenere più antica ('... HOC AERE ESTO MIHI EMP-TA' o, piuttosto, '... HOC AERE AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMP-TA') e quali siano le ragioni sottese all'una o all'altra formulazione.

In dottrina la questione non è mai stata affrontata nei termini suddetti perché si è dato per scontato che fosse la seconda versione summenzionata, quella stimata come più completa, a corrispondere al vetusto tenore dei *verba*.<sup>26</sup> La prima è, infatti, ritenuta dai più segno di un sicuro ammodernamento del testo «mit dem eintretenden Verfalle der Formeln»<sup>27</sup> che avrebbe portato ad una «formula di stile che si semplifica sempre di più»<sup>28</sup> e, pertanto, alla possibilità di omettere i termini 'AENEAQUE LIBRA'.

Di tale decadimento gli studiosi scorgerebbero, tra l'altro, traccia nella versione di Gai 3.167 rinvenuta nei frammenti di Antinoupolis,<sup>29</sup> dove nella porzione conclusiva, in luogo dei termini 'EAQUE EI EMP-TA ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA' restituiti nel palinsesto Veronese, si legge 'EAQUE EI EMP-TA ESTO HOC AERE'. Tuttavia, non si può arguire dal passaggio in questione la inequivoca totale mancanza, quantomeno nell'esemplare dal quale l'amanuense avrebbe copiato il testo, dei termini 'AENEAQUE LIBRA', che infatti sono integrati nelle edizioni di fonti, a partire dall'*editio princeps* stessa.<sup>30</sup> Le ragioni di tale dubbio sono molteplici: anzitutto, subito dopo le parole '<H>OC AERE' il copista ha lasciato uno spazio di almeno tre/quattro lettere e si è dimenticato di andare a capo.<sup>31</sup> Inoltre, nella

<sup>26</sup> Rinviamo agli studiosi *retro* citati alla nt. 12.

<sup>27</sup> Citiamo da M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I cit., 490 nt. 21.

<sup>28</sup> Così B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*<sup>2</sup> cit., 42 nt. 3.

<sup>29</sup> Si tratta, com'è risaputo, di PSI XI, 1182, contenente alcuni frammenti di un codice pergameneo delle Istituzioni di Gaio, ora conservati nella Biblioteca Medicea Laurenziana (inv. 18112) di Firenze, e la cui *editio princeps* si deve ad V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini*, che citiamo da *Studi epigrafici e papirologici* cit., 55 ss. Discussa è la datazione originaria, risalente, secondo alcuni alla metà del IV d.C., secondo altri al V-VI d.C. Sull'importanza della scoperta, che ha consentito, malgrado lo stato pressoché frammentario del codice, un confronto con alcuni passaggi del palinsesto Veronese tratti dal terzo e dal quarto commentario (segnatamente, Gai 3.153-154; 3.167-174 e 4.16-18) rinviamo per tutti, da ultimo, a L. ATZERI, *Diritto romano dal deserto. Percorsi editoriali di papiri giuridici nella prima metà del Novecento*, Torino 2020, in part. 79 ss., con ult. lett. cit. nelle note cui rinviamo.

<sup>30</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini*, che citiamo da *Studi epigrafici e papirologici* cit., 65, il quale tuttavia si esprime in via dubitativa negli *Addenda et corrigenda* cit., 108, pur rilevando che ad ogni modo le parole *aeneaque libra* si rinvengono anche nella formula della *solutio per aes et libram* (Gai 3.174) tanto nella versione del Veronese quanto nella porzione della stessa leggibile in PSI XI, 1182 ove si scorgono le lettere '<AENEA>QUE LIB<RA>' (fragm. F; in proposito v. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio* cit., 577). Non condividono tale integrazione, ad esempio, H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutionen III 88-181* cit., 50, 377.

<sup>31</sup> Cfr. PSI XI, 1182, fragm. C, visionabile online: <http://www.psi-online.it/documents/psi;11;1182>, dove, nello spazio che segue i termini '<H>OC AERE' e prima dell'*incipit* della proposizione successiva, intro-

stessa linea, e in quella immediatamente precedente, sono presenti delle cancellature di singole lettere, le quali ricorrono invero, con una certa frequenza, anche in altre parti dei fogli pervenutici, in uno con degli errori, piuttosto grossolani [ad es. *sociaetatem* per *societatem*, *caedere* per *cedere*, *omines* per *homines*, *fratruum* per *fratrum*, *quamdo* per *quando*, (*con*)*rex* per *grex*].<sup>32</sup> Le summenzionate incertezze mostrate nella trascrizione potrebbero considerarsi – come non si è mancato di segnalare – indice della mancata comprensione di alcune parole latine presenti nell’antigrafo e denoterebbero, pertanto, una scarsa conoscenza della lingua latina da parte dello scriba.<sup>33</sup> Di ciò potrebbe scorgersi traccia, del resto, anche nel vuoto di una lettera lasciato prima del pronome dimostrativo ‘<H>OC’, trascritto senza la lettera *h*, che è infatti comunemente da tutti gli editori integrata.

Inoltre, se muovessimo dal presupposto che il primo arrangiamento della chiusa della formula tramandata in Gai 2.104 fosse il risultato di una trascuratezza del rito prestabilito, che avrebbe condotto alla legittima (in quanto avallata dai giuristi) omissione dell’endiadi finale, come mai non si è prevista una formulazione semplificata, ammodernata e più sintetica anche per le altre parti, mentre Gaio dà notizia solo delle due varianti suddette, che interessano la porzione conclusiva del formulario?

Malgrado quanto appena rilevato, tra coloro che hanno sostenuto che fosse più antico il secondo orientamento giurisprudenziale ricordato da Gaio, degna di nota è l’ipotesi proposta da Albanese che, a più riprese, nel corso della sua vita è tornato a trattare del *testamentum per aes et libram* e che ha avanzato, anche per la chiusa della formula, una spiegazione.<sup>34</sup> Ne ‘*Gli atti negoziali*’ lo studioso ha addotto a sostegno di una «fattura più

dotta da “*Illud q(uae)/ritur ...*” (Gai 3.167*a*), si scorgono comunque delle lettere, sebbene non sia del tutto chiaro se alcune di esse siano leggibili per trasparenza dalla facciata opposta.

La presenza di tale spazio è stata, ad ogni modo, differentemente giustificata in via ipotetica dagli editori. V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini*, che citiamo da *Studi epigrafici e papirologici* cit., 65 rileva che lo scriba «ha dimenticato di andare a capo; sicché per indicare l’inizio del nuovo periodo ha dovuto segnare la *παράγραφος* in margine, fra le l. 54 e 55» in quanto «perplesso di fronte alle parole dell’antica formula, per lui incomprensibili». H.L.W. NELSON, *Die Textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente* cit., 142, ha congetturato, invece, che «es folgt ein Raum von ca. 3 Buchstaben Länge, der offen gelassen wurde, um den nächsten Satz *illud quaeritur eqs. deutlicher abzuheben*». Similmente, H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutionen III 88-181* cit., 377, che rilevano altresì che tale *spatium* appare comunque «viel zu kurz für die vorgeschlagene Ergänzung», il che non si contrappone all’ipotesi suggerita da Arangio-Ruiz e *infra* ricordata alla nt. 33.

<sup>32</sup> Si tratta, ad ogni modo, di errori abbastanza comuni nei manoscritti e dovuti al fatto che gli amanuensi copiavano per lo più macchinalmente. Rinviando, per tutti, su tale aspetto a H.L.W. NELSON, *Die Textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente* cit., 167 s.

<sup>33</sup> In tal senso, tra i tanti, V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini*, che citiamo da *Studi epigrafici e papirologici* cit., 58 e 64 s. sul passaggio in esame a proposito del quale lo studioso rileva che «I vuoti, i punti, le virgole, la mancanza di *h* avanti ad *oc* e di *aeneaque libra* dopo *aere*, dimostrano che lo scriba è rimasto perplesso di fronte alle parole dell’antica formula, per lui incomprensibili». Di recente, G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., 21 nt. 47, ha preso spunto da ciò per sottolineare che «nulla è possibile argomentare dalla circostanza che nel lacunoso riferimento di G. 3.167 contenuto nei frammenti pergamenei egiziani le parole *aeneaque libra* mancano, per supporre che anche nella normale *mancipatio* esse potessero essere tralasciate».

<sup>34</sup> Lo studioso palermitano ha dedicato, tra l’altro, ai problemi di ricostruzione dei *verba* della *familiae Mancipatio* uno dei suoi ultimi lavori, mutando avviso rispetto ad alcune posizioni sostenute in precedenti studi (v., ad esempio, *infra*, ntt. 35-37). Ci riferiamo ad B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano (III)*, VI. *Sul formulario della ‘mancipatio familiae’* cit., 68 ss. = *Scritti giuridici*, IV cit., 936 ss.

recente» di tali termini proprio il fatto che si potessero omettere le parole *aeneaque libra* e ha proposto di spiegare l'omissione «con la funzione ormai solo *dicis gratia* della *mancipatio familiae*».<sup>35</sup>

La proposta del maestro palermitano ben si coordina, in effetti, con la congettura sostenuta da parte della letteratura che la formula tramandata in Gai 2.104, vigente al tempo in cui Gaio scrive, non fosse affatto la stessa adoperata dal *familiae emptor 'olim'*, nella più antica configurazione strutturale dell'istituto.<sup>36</sup> Tuttavia tale suggerimento non si concilia con la presenza di alcuni termini di «impronta arcaica» quali *'endo'*, *'mandatela'* e *'custodela'*,<sup>37</sup> salvo a voler ravvisare – il che è stato ritenuto altrettanto plausibile – una sorta di stratificazione storica nel formulario: ciò ammettendo, alcune sue porzioni sarebbero più recenti o frutto comunque di ammodernamento; altre sarebbero più antiche.<sup>38</sup>

Anche qualora volessimo sorvolare sull'arcaicità di alcuni *verba* – che è ad ogni modo sicura per *'endo'*, *'mandatela'* e *'custodela'*<sup>39</sup> – l'ipotesi di Albanese incontra pur sempre un

<sup>35</sup> Così B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 51 nt. 83 (v. anche ivi nt. 79), che aggiunge: «per la stessa ragione manca, nella formula in uso al tempo di Gaio, l'affermazione di dominio del *familiae emptor*, affermazione che noi abbiamo supposto presente, invece, nella fase originaria della *mancipatio familiae*».

<sup>36</sup> «La formula attestata in Gai 2, 104 si rivela di fattura più recente, sia nell'iniziale *Familiam pecuniamque tuam*; sia nell'assenza d'una dichiarazione d'appartenenza della *familia* al *familiae emptor* ...; sia nella dichiarazione esplicita della funzione – certo non originaria – esclusivamente strumentale della *mancipatio* (*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*); sia, infine, nella possibilità di omettere le parole *aeneaque libra* ...». Cfr., ancora una volta, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 51 nt. 79 (seguito, nella letteratura più recente, da G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario* cit., 256 ss.). Opposto orientamento è espresso in B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* cit., 74 = *Scritti giuridici*, IV cit., 942: «... non sarei lontano, addirittura, dal ritenere probabile che il *familiae emptor*, anche allorché veniva usato solo *dicis gratia propter veteris iuris imitationem*, continuasse ad affermare, come l'antico *emptor* dell'originaria *mancipatio familiae* concretamente efficace, che *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea meam esse aio, eaque* ... *mibi empti esto* ...».

<sup>37</sup> Del che è ben consapevole lo stesso Albanese, il quale, in un primo tempo, aveva ipotizzato la presenza nell'originario dettato della formula dei soli termini *endo mandatela tua*, poiché le «parole *endo custodela mea* – che pure hanno una forma antica – sarebbero contraddittorie, rispetto al *meam esse aio* successivo, che abbiamo supposto» (citiamo, ancora una volta, da B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 51 nt. 79), per propendere, infine, per l'ipotesi «che anche il *familiae emptor* d'età progredita, alla stessa stregua di quanto certamente faceva quello delle origini, dovesse iniziare il discorso rituale con una affermazione relativa, a proposito di una altrui *familiam pecuniamque*, ad un *meam esse*, sia pure in relazione a *mandatela* e *custodela* che incisivamente determinano limiti e finalità del *meam esse*». Così B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* cit., 75 = *Scritti giuridici*, IV cit., 943.

<sup>38</sup> Cfr., per tutti, M.F. CURSI, *La mancipatio familiae: una forma di testamento?* cit., 186 s. [e EAD., *La mancipatio e la mancipatio familiae*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I cit., 359], la quale nel ricordare che «Non possiamo dire con certezza se il formulario riportato da Gaio corrispondesse a quello proprio della *mancipatio familiae*, oppure riproducesse il tenore del più tardo *testamentum per aes et libram*, o ancora fosse un adattamento gaiano nel quale sono riconoscibili elementi risalenti stratificatisi nella formula in uso all'epoca di Gaio», aggiunge: «Indubbiamente, il richiamo congiunto alla possibilità di fare testamento *iure* secondo la *lex publica*, nel rinviare alla dialettica *ius/lex*, particolarmente vivace in età decemvirale, favorisce l'idea di un'elaborazione risalente della formula, o almeno di una stratificazione conservatasi nel formulario gaiano».

<sup>39</sup> Sul punto v., da ultima, C.M.A. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt* cit., 45 e ntt. 127-130, con bibliografia. Degno di nota è che la preposizione *'endo'*, attestata per l'epoca decemvirale [nelle XII Tavole si rinveniva il termine, stando a quanto attesta Festo, come preverbo: *manum endo iacito* (L.

ostacolo, difficilmente superabile, nella circostanza che non può farsi discendere il compimento 'dicis gratia' della *mancipatio* di età classica dalla facoltà di omettere nella formula unicamente i termini 'aeneaque libra', tenuto conto che, in ogni caso, l'attribuzione di poteri effettivi in capo al *familiae emptor* si potrebbe logicamente collegare alla pronuncia degli altri *verba* prescritti, vale a dire 'HOC AERE ESTO MIHI EMPTA'.<sup>40</sup>

In effetti, che il *familiae emptor* nulla 'acquistasse' nel *testamentum per aes et libram* vigente ai tempi di Gaio lo arguiamo con certezza, non tanto dal formulario, i cui *verba* sono oscuri e non coordinati grammaticalmente (tanto da rendere necessario un emendamento o un'integrazione), quanto piuttosto dall'intero contesto espositivo di cui si dà conto in Gai 2.102-108. Nel passaggio in questione la *familiae Mancipatio* è presentata dal giurista come un rito svuotato della sua portata originaria nel quale il *familiae emptor* e la stessa *familiae Mancipatio* non sono altro che *imitationes* di ciò che tali elementi strutturali erano stati un tempo (*olim*).<sup>41</sup> Basti ricordare, a tal proposito, la spiegazione fornita dal giurista della loro sopravvivenza: 'alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur' (2.103).

Orbene, a costituire ulteriore e significativo indizio della risalenza delle parole del formulario della *familiae Mancipatio* a un tempo nel quale l'atto produceva effetti nei confronti del *familiae emptor* depongono, secondo noi, proprio i termini 'dicis gratia propter veteris iuris imitationem'. Tali *verba* sono ribaditi da Gaio, ulteriormente, nel prosieguo dell'esposizione per esplicitare che, ai suoi tempi, il testatore continuava a trasferire a qualcuno il suo patrimonio 'in ragione della formula' ('qui facit testamentum' ... *mancipat alicui dicis gratia familiam suam*: Gai 2.104), ossia 'a motivo dell'osservanza della primigenia regolamentazione (formale, e dunque formulare) dell'istituto' (Gai 2.103, nonché 2.105: '... propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem');<sup>42</sup> si seguiva, dunque, a compiere la *mancipatio* in via del tutto strumentale e in vista degli effetti che avrebbe prodotto la sola *nuncupatio testamenti*.<sup>43</sup> Del resto, se così non fosse stato, ovvero se il com-

410.1]), non sia stata ammodernata nella formula e sostituita con 'in'. Ciò costituirebbe un ulteriore indizio del carattere spiccatamente conservativo dei formulari romani religiosi e giuridici (su cui *infra*, nt. 44).

<sup>40</sup> Com'è noto, è attestato [Fest., vv. 'abemito' (L. 4.30-31), 'emere' (L. 66.21), 'redemptores' (L. 332.33-34)] che il verbo latino *emo* significasse, anticamente, 'prendo', 'accetto', 'assumo' e che, solo in prosieguo di tempo, avrebbe assunto l'accezione di 'compro' (rinviamo sul punto alla letteratura citata in F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum* cit., 144 nt. 258; si interroga sulla valenza originaria e sugli effetti del 'familiam emere', più di recente, G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., 30 nt. 65).

<sup>41</sup> Su tale aspetto gli studiosi sono pressoché unanimemente concordi (v. la bibliografia *retro* citata, ntt. 3-4): a produrre effetti in età classica è la sola *nuncupatio* (con il rinvio, ai tempi di Gaio, alle *tabulae* contenenti le ultime volontà del testatore: cfr. Gai 2.104); i profili sui quali dissentono attengono, piuttosto, ai problemi strettamente connessi, di ricostruzione dell'effettivo ruolo svolto dal *familiae emptor* nell'età più risalente e della natura degli incarichi rimessi dal *mancipio dans* nelle sue mani. Che nel *testamentum per aes et libram* di età classica la *mancipatio* sia *imaginaria*, vale a dire che si tratti di un *negotium* che sia solo *imago* di una *mancipatio*, può dedursi in modo inequivoco anche da Tit. Ulp. 20.2: '... his duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam'.

<sup>42</sup> Sul valore dell'espressione 'dicis gratia propter veteris iuris imitationem' ci sia consentito rinviare a F. TERRANOVA, *Sul valore delle espressioni 'dicis gratia' e 'dicis causa' nel linguaggio dei giuristi*, in SDHI 81, 2015, 263 ss., con ulteriore bibl. citata e discussa nelle note.

<sup>43</sup> A tal proposito v., in particolare, A. CORBINO, *Atti dicis causa* cit., 53 ss., il quale opportunamente

plesso dei *verba* ricordati in Gai 2.104 alludesse a un momento storico nel quale il *familiae emptor* nulla avrebbe (più) acquistato dal *mancipio dans*-testatore, che senso avrebbe avuto affermare che quello veniva adibito nell'atto 'per fedeltà alla formula ad imitazione dell'antico procedimento rituale' (2.103, 2.105) e che il *mancipio dans*-testatore gli trasferiva 'in virtù della (sola) formula' il suo patrimonio (2.104)?<sup>44</sup>

Scartata dunque l'ipotesi suggerita (almeno in un primo tempo)<sup>45</sup> da Albanese circa le ragioni della precisazione in esame, ci sembra maggiormente plausibile congetturare che il riferimento alla bilancia avrebbe potuto, secondo alcuni giuristi, 'omettersi' poiché la *libra* aveva perduto, nel tempo, all'interno della *familiae mancipatio* ogni valenza, anche meramente simbolica, in uno con il venir meno della stessa funzione del *libripens*. Quest'ultimo è infatti considerato, ai tempi di Gaio, alla stregua di un ulteriore testimone della *nuncupatio testamenti*.<sup>46</sup> L'ipotesi suddetta potrebbe, in effetti, essere parzialmente suffragata dalla

rileva che «Chi agisce *dicis causa* agisce per uno scopo che non può essere individuato in relazione all'atto direttamente compiuto, ma in relazione alle finalità complessive di una sequenza di atti, nella quale quello compiuto si inserisce come strumentalmente necessario per il perseguimento del risultato ultimo perseguito. Con la conseguenza che i suoi effetti dovranno essere di volta in volta fissati, valutando appunto il complesso della situazione e non solo il segmento di essa costituito dal negozio attuato *dicis causa*». Sul valore dell'espressione '*dicis gratia*' (impiegata in Gai 1.141 insieme ai termini '*uno momento*') si veda, di recente, S.A. CRISTALDI, «*In mancipio esse*» cit., 101 ss., 101 nt. 151 con ult. lett.

<sup>44</sup> A favore dell'ipotesi avanzata nel testo può addursi una più generale considerazione, vale a dire «la presumibile viscosità dei formulari antichi, per cui si può supporre una preferenza per il mantenimento della struttura fondamentale per il discorso rituale». In tal senso B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* cit., 74 ss. = *Scritti giuridici*, IV cit., 942 ss., al quale rinviamo anche per le ulteriori riflessioni svolte e, più di recente, F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum* cit., 74 nt. 119, 172 nt. 336, 183 nt. 367, 254 s. nt. 539, 435; C.M.A. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt* cit., 46 e nt. 133, con altra letteratura, che pone l'accento sulla «persistenza tenace delle forme arcaiche». Da Quint., *Inst. orat.*, 8.2.12 (*At obscuritas fit verbis iam ab usu remotis, ut si commentarios quis pontificum et vetustissima foedera et exoletos scrutatus auctores id ipsum petat ex his, quae inde contraxerit, quod non intelleguntur ...*) apprendiamo, peraltro, che i *verba* delle antiche formule venivano recitati, sebbene non se ne afferrasse più il senso. Non è mancato, inoltre, chi ha sottolineato in letteratura che in Gai 2.102-108 si scorge quasi una sorta di «imbarazzo» da parte del giurista nel dare conto di un fossile giuridico che è tramandato ai suoi tempi senza che i contemporanei comprendano più la *ratio* della sua sopravvivenza, in considerazione della circostanza che la *familiae mancipatio* non produceva alcun effetto nei confronti del *familiae emptor*. Si vedano, ad esempio, a proposito della ripetizione della proposizione interrogativa '*quid cuique post mortem suam dari vellet*', retta in Gai 2.102 dal verbo *rogo*, in 2.103 dal verbo *mando* (v. 2.102: '*Qui ... testamentum fecerat, is ... amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet*' e 2.103 '*olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id eum mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*'), le osservazioni di G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., 17 nt. 35 e 18 nt. 36, che scorge in tale ripetizione letterale della proposizione interrogativa indizio del fatto che si tratti «di formulazione risalente, che il giurista si limita (forse con un certo imbarazzo) a riferire tale e quale, nonostante qualche difficoltà di collegamento sintattico» del verbo *mando*, al quale non è in effetti «collegabile un'interrogativa indiretta».

<sup>45</sup> Sul punto v. *retro*, nnt. 35-37.

<sup>46</sup> Così Gai 2.107: *De libripende eadem quae et de testibus dicta esse intellegemus, nam et si testium numero est*. Significativo in proposito è anche il passaggio di Gell. 15.13.11 dove si riporta il testo del versetto decemvirale '*Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium [fatiatur], inprobis intestabilisque esto*'. Secondo un'opinione largamente sostenuta in letteratura, infatti, la porzione di testo '*libripensve fuerit*' appare come un'aggiunta successiva, non presente nella formulazione originaria, la quale, prescindendo in questa sede dalla ricostruzione del tenore del precetto, costituirebbe ulteriore indizio di una

presenza dei successivi *gesta* compiuti dal *familiae emptor* il quale, com'è noto, e ciò in maniera del tutto simmetrica rispetto alla formula della *mancipatio* trådita in Gai 1.119, dopo aver pronunciato i *verba* stabiliti, '*aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco*' (2.104).<sup>47</sup> A ben considerare, però, non si comprende perché della bilancia pare possa omettersi il riferimento nei *verba* ma non anche nei *gesta*, dai quali si evincerebbe, ancora ai tempi di Gaio, quantomeno una presenza fisica della stessa durante il rito.<sup>48</sup>

Le considerazioni fin qui svolte ci portano pertanto a prendere in considerazione, da ultimo, anche l'ipotesi che ad essere più antica fosse la prima variante, quella propugnata da quei giuristi che ritenevano sufficiente l'impiego dei termini '*HOC AERE ESTO MIHI EMPTA*'; ipotesi – da quel che risulta – mai vagliata dagli studiosi, anche solo per escluderla. Invero, il summenzionato tenore dei *verba* potrebbe rimontare ad un tempo in cui il *negotium* avrebbe realmente prodotto effetti nei confronti del *familiae emptor*.<sup>49</sup> Crediamo, infatti, che alla base dell'unanime risoluzione della letteratura, che reputa '*HOC AERE ESTO MIHI EMPTA*' di fattura sicuramente più recente, vi sia quello stesso preconetto – sul quale, come ricordato, alcuni studiosi hanno messo ultimamente in guardia – di ritenere che tutte le formule delle varie applicazioni della *mancipatio* ricalcassero, pressoché fedelmente, i *verba* e i *gesta* fissati per quella traslativa di proprietà.<sup>50</sup>

Infatti, sebbene nessuno con certezza possa risolversi, allo stato delle fonti, su quale fos-

progressiva riduzione della funzione di *libripens* a quella di *testis*. Sul versetto rinviamo, per tutti, a M. HUMBERT, *La loi des XII Tables, Édition et commentaire*, Rome 2018, 619, 623 s.

<sup>47</sup> Cfr. Gai 1.119: '*... deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco*'. Secondo G. NICOSIA *Quasi pretii loco* cit., 30 s., tali *gesta* attestano ulteriormente il ruolo di mera comparsa del *familiae emptor*. «E si capisce perché Gaio attenui ulteriormente, con *velut*, la portata di *pretii loco*. Il paragone con la prestazione di un corrispettivo poteva aver senso nell'antico assetto, quando il *familiae emptor* acquistava sulla *familia* effettivamente poteri di disposizione, ma non ne aveva più alcuno nel nuovo, dove il *familiae emptor* non acquistava proprio niente».

<sup>48</sup> Alla luce dei *gesta* che il *familiae emptor* avrebbe dovuto compiere, a seguito della pronuncia dei *verba* prescritti, poco convincente ci sembra la congettura di H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutionen III 88-181* cit., 377, secondo cui che le parole *aeneaque libra* potessero omettersi implicherebbe che «wenn man keine eherne Waage zur Hand hatte, genügte offenbar die Kupfermünze».

<sup>49</sup> Anche coloro che ipotizzano che il *familiae emptor* altro non fosse che un mero esecutore testamentario *ante litteram* nella configurazione più antica della *familiae mancipatio*, ammettono che «il *familiae emptor* era *heredis loco*, passando a lui appunto la proprietà, seppur solo fiduciaria, del patrimonio del dante causa». Così, per tutti, G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario* cit., 258. L'ipotesi suggerita nel testo è, peraltro, compatibile anche con l'idea che al *familiae emptor* non fosse attribuito l'acquisto del '*meum esse*' bensì una sorta di «dazione in custodia fiduciaria, finalizzata all'esecuzione dell'incarico». In tal senso, ad esempio, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Torino 2011, 395.

<sup>50</sup> Congetturare, eventualmente, che nella formula trådita in Gai 2.104 vi fosse un'affermazione di appartenenza non significa, a ben vedere, ammettere al contempo una totale uniformità tra quella e il formulario della *mancipatio*. Condividiamo, in proposito, limitatamente a tale aspetto, l'osservazione di A. CORBINO, *Il formalismo negoziale*<sup>2</sup> cit., 20, per il quale «Non avrebbe avuto invero alcun senso parlare di *mandatela* del *mancipio dans* e di *custodela* del *familiae emptor* se questi fosse divenuto titolare dello stesso diritto che scaturiva dalla dichiarazione di appartenenza contenuta nella *mancipatio* ordinaria. Si può discutere sulla più esatta natura di questo diritto, ma non della sua specificità». Come in altra sede abbiamo già sottolineato (ci sia consentito rinviare in proposito a F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum* cit., in part. 192 ss.), dalla presenza dei termini *mandatela* e *custodela* può argomentarsi per ipotizzare che in capo al *familiae emptor* non si costituisse il medesimo diritto che sorgeva in capo al *mancipio accipiens* nella *mancipatio* ordinaria, bensì un diritto/potere sottoposto a dei vincoli ai quali il *familiae emptor* si sarebbe dovuto attenere (e quindi in un certo senso limitato).



se l'indirizzo giurisprudenziale cronologicamente più antico, ancorare i dati alle sparute attestazioni delle quali disponiamo implica, quanto meno, non scartare *a priori* questa seconda possibilità, a maggior ragione che l'altra, sebbene unanimemente condivisa, non ci sembra, alla luce di quanto poc'anzi prospettato, saldamente ancorata al dato delle fonti, se non muovendo dal presupposto/preconcetto di un'uniformità tra tali *verba* e quelli della *mancipatio* nella sua applicazione, per così dire, generale.

Un riscontro a favore della congettura che ad essere più antica fosse la prima variante del formulario della *familiae mancipatio* – ‘*HOC AERE ESTO MIHI EMPTA*’ – potrebbe, a nostro avviso, rinvenirsi negli ‘*excerpta probiana*’ di *notae* o *notationes* restituiti nel *codex Einsidlensis* n. 326 e attribuiti al grammatico Valerio Probo, vissuto nella seconda metà del I d.C. Tra i *verba certa et sollemnia*, che si ravvisano come costantemente ricorrenti nei testi giuridici,<sup>51</sup> leggiamo l'abbreviazione ‘S.L.P.H.A.’, sciolta con i termini ‘*secundum legem publicam hoc aere*’, senza l'aggiunta delle parole ‘*aeneaque libra*’.

Se ammettiamo, dunque, pur con tutte le cautele imposte da simili tentativi di ricostruzione, la plausibilità della summenzionata ipotesi, la mancanza del riferimento all'*aenea libra emere* potrebbe trovare la sua *ratio* negli effetti che produceva la *familiae mancipatio* nella configurazione strutturale più antica dell'istituto e, in particolare, nella circostanza che la stessa venisse impiegata, sin dalle origini, allo scopo di consentire a un soggetto di pianificare la destinazione dei beni per il tempo successivo alla sua morte (a prescindere se ipotizziamo che la stessa sia stata qualificata, dai suoi esordi, ‘*testamentum*’).<sup>52</sup> Ciò non è irragionevole, a parer nostro, se si pone attenzione al fatto che per produrre effetti differenti, quando si perseguiva una causa diversa dallo scambio di cosa contro prezzo, fosse stato necessario ricorrere a *verba* differenti.<sup>53</sup> Di ciò sarebbe del resto sicuro indizio la presenza nella formula della *familiae mancipatio* dei termini *mandatela* e *custodela* che ponevano il *familiae emptor* in una posizione di certo non assimilabile *sic et simpliciter* a quella di un *dominus ex iure Quiritium*.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Circa il valore delle ‘*notae iuris*’ e su Valerio Probo rinviamo, tra gli studi romanistici, a F.M. D'IPPOLITO, *Giuristi e sapienti in Roma antica*, Roma-Bari 1986, 42 ss.; B. ALBANESE, *Le “notae iuris” di Probo e il “ius Flavianum”*, in Iura 46, 1995, 1 ss. = (a cura di) G. FALCONE, *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 675 ss.; C. GIACHI, *Per una biografia di Sesto Pedio*, in SDHI 62, 1996, 90 ss. con bibl. citata e discussa nelle note [per ult. lett. v. anche EAD., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 32 ss. ntt. 78-93; EAD., *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in *Atti del Convegno “Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico” in memoria di Arnaldo Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001), Coll. RDR, Milano 2011, in 127 nt. 24].

<sup>52</sup> Ciò significa ammettere che la *familiae mancipatio* si compisse *ab origine* «senza alcun corrispettivo da parte del *familiae emptor*» e che fosse «in sostanza, ... sempre una *imaginaria venditio*». Così B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 49. Sulla duttilità e «astrattezza» della *mancipatio*, già da età predecemvirale, fin dagli impieghi più antichi concepita «come un recipiente da empire con contenuti diversi» rinviamo, in particolare, a M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*<sup>2</sup> cit., 395.

<sup>53</sup> Che le differenti varianti dei formulari non fossero, di certo, rimesse a «pratiche spontanee» è ulteriormente sottolineato da A. CORBINO, «*Mancipatio*» e *pesatura* cit., 399, per il quale dietro gli «adattamenti formali che ci vengono descritti» vi sono «scelte evidentemente ragionate, di un tecnicismo (già raffinato) che ha vagliato le esigenze del caso e ha soppesato le conseguenze di ogni singola dichiarazione e di ogni singolo gesto dei quali l'atto è costituito» (sul pensiero dell'A. sul punto v. anche *retro*, nt. 15), *cui adde*, almeno, tra i lavori monografici più recenti, nell'ambito di un'ampia e approfondita disamina sulle funzioni della *pecunia* nella riflessione giurisprudenziale, R. D'ALESSIO, *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato*, Lecce 2018, in part. 62 ss. (con ult. lett. citata e discussa nelle note alla quale rinviamo).

<sup>54</sup> V. *retro*, nt. 50.

Si potrebbe, quindi, congetturare che inizialmente, proprio in ragione della diversa funzione della *familiae Mancipatio*, la giurisprudenza avesse escogitato una formula nella quale l'omesso riferimento alla *libra* (rispetto al formulario della *Mancipatio* traslativa del *dominium ex iure Quiritium* su una *res Mancipi*) sarebbe stato motivato dallo scopo che con l'atto ci si prefissava di raggiungere e nel quale è evidente che non ci fosse alcun reale scambio di cosa contro prezzo né alcuna effettiva pesatura. In un secondo momento (a seguito dell'introduzione della moneta coniatata), la circostanza che la pesatura fosse divenuta simbolica nell'applicazione generale della *Mancipatio* avrebbe potuto, invece, indurre alcuni giuristi a ritenere preferibile l'inserimento anche nella formula della *familiae Mancipatio* dei termini *'AENAEQUE LIBRA'*, uniformando *verba* conclusivi e *gesta* compiuti dai *Mancipio accipientes*, simmetrici questi ultimi secondo la descrizione tramandata in Gai 1.119 (*'... deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo Mancipio accipit quasi pretii loco'*) e 2.104 (*'... deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori uelut pretii loco'*).

Solo in seguito, pertanto, seguendo tale ragionamento, si sarebbe affermato un orientamento giurisprudenziale che avrebbe avvicinato sotto tale aspetto i due differenti formulari traditi in Gai 1.119 e 2.104, sulla scorta della considerazione che anche nella *Mancipatio* traslativa di proprietà la pesatura non sarebbe stata più effettiva, dato che il pagamento del prezzo sarebbe stato ormai sganciato dalla dazione dell'*aes*.<sup>55</sup>

In conclusione, e pur ribadendo l'impossibilità di formulare sul punto un giudizio sicuro su quale delle due varianti della formula fosse più antica, ci sia consentito notare che la seconda proposta interpretativa, a differenza dell'altra più sopra avanzata, fornisce lo spunto per una spiegazione dell'inciso *'et ut quidam adiciunt'*, che rimanga ancorato a quanto leggiamo nella fonte e, soprattutto, che provi a spiegare perché Gaio si esprima in tali termini e presenti i *verba 'AENAEQUE LIBRA'* come una variante che avrebbe potuto, secondo l'indirizzo solo di alcuni giuristi, per l'appunto, a g g i u n g e r s i alla formula.

<sup>55</sup> Il che non significa tuttavia negare che, già in epoca premonetaria, la *familiae Mancipatio*, tenendo conto della finalità dell'atto, fosse stata considerata *imaginaria venditio* (cfr. *retro*, nt. 52). In argomento ricordiamo l'ipotesi, non condivisa dalla maggioranza degli studiosi, secondo la quale sin dalle sue origini anche la *Mancipatio* nella sua applicazione 'generale' (su tale terminologia v. *retro*, nt. 8) avrebbe comportato una pesatura meramente simbolica dell'*aes*, ribadita, da ultimo, da A. CORBINO, «*Mancipatio* e pesatura cit., 379 ss., che pure non si sente di escludere, pur muovendo dall'idea che la forma della *Mancipatio* sia *ab origine* astratta, che «possa esservi stato un tempo nel quale la nostra forma ... possa essersi identificata all'origine con la modalità concreta della transazione economica elementare costituita dallo scambio tra 'acquisto' (del diritto) e *pretium*» (ID., *op. cit.*, 399). Che un tempo il bronzo e il rame si sarebbero pesati, può evincersi da Gai 1.122, sebbene lacunoso (*'... qui dabat olim pecuniam, non numerabat eam, sed appendebat; unde serui quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt...*), su cui in particolare, per le considerazioni svolte, rinviamo specialmente a R. CARDILLI, *Leges funebres, ius civile ed 'indebitamento' della plebe: a proposito di Tac., Ann. 6.16.1-2*, in (a cura di) C. RUSSO RUGGERI, *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano 2009, 382 e nnt. 20-21 con altra bibl.; V. MAROTTA, *Origine e natura della moneta in un testo di Paolo. D. 18.1.1 (33 ad edictum)*, in CH. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani*. Atti de Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011), Trento 2012, spec. 190 nt. 66, 198 nt. 90 e G. NICOSIA, *Ex iure Quiritium*, Catania 2018, 123 nt. 262.



NOTE



Romain Goudjil

Des *Lites immortales* à Byzance (X<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle)?  
Quelques éléments de réflexion  
sur l'autorité de la chose jugée

ABSTRACT

The judicial Byzantine documentation contains numerous lengthy litigations involving many courts within the Byzantine Justice System as if they were no regulating principle able to enforce the incontestability of judicial rulings and thus give a permanent end to all litigation. However, the Justinianic codification contains such a principle, namely the authority of *Res Iudicata*, *i.e.* the idea of incontestability of a definitive judgment, and the *exceptio rei iudicatae*, *i.e.* the way to enforce it during a judicial procedure. This article aims to investigate the transmission of these principles in Byzantine Law during the middle and late Byzantine period, and above all their comprehension by the Byzantine jurists and litigants. It demonstrates, at least, some misunderstanding of such principles, if not their obsolescence.

PAROLE-CHIAVE

*Exceptio rei iudicatae*; Byzantine civil procedure; Byzantine Law 10<sup>th</sup>-15<sup>th</sup> c.; Byzantine Litigation.



# DES *LITES IMMORTALES* À BYZANCE (X<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> SIÈCLE)? QUELQUES ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION SUR L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE \*

«J'ai vu l'injustice sous le soleil,  
l'homme mortel pris dans un procès éternel,  
et le transmettant comme un héritage paternel  
à sa descendance,  
jusqu'à la troisième et quatrième génération».<sup>1</sup>  
(Nouvelle de Manuel I<sup>er</sup> Comnène de 1166)

SOMMARIO: Introduction. – 1. La durée des procès byzantins (X<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle): une analyse quantitative. – 2. Évocations de l'autorité de la chose jugée à Byzance. – 3. L'*exceptio rei iudicatae*, lost in translation: «Περὶ τῶν κερκιμένων ἀγωγῆ». – 4. Une disparition de l'*exceptio rei iudicatae* à l'époque tardobyzantine. – 5. Conclusion.

## INTRODUCTION.

Le souci des empereurs byzantins pour le droit et les lois, la création d'un système juridique à la fois ordonné, harmonieux et juste est un *topos* largement mobilisé dans les préambules des nouvelles et des corpus légaux, à l'époque de Justinien comme aux époques plus tardives.<sup>2</sup> L'intérêt des empereurs pour une administration de la justice performante est également un autre lieu commun de ces textes programmatiques.<sup>3</sup> En pratique, l'un des

\* Ce travail, que j'ai commencé lorsque j'appartenais au LA3M à Aix-Marseille Université où j'enseignais, est le fruit de plusieurs discussions fructueuses qui se sont déroulées dans le cadre du séminaire de recherche d'Histoire byzantine de la Pr. Béatrice Caseau à Sorbonne Université, d'un *workshop* de droit civil byzantin financé par un projet Van Gogh sous la direction de la Pr. Béatrice Caseau et de Daphne Penna de l'université de Groningue (Pays-Bas) et lors des *Dialogues byzantins* organisés par l'Association des Étudiants du Monde Byzantin de Paris. Que les participants à ces diverses rencontres et en particulier, Béatrice Caseau, Daphne Penna, Frits Brandsma, Tom van Bochove et Marios Tantalos se trouvent ici remerciés pour leurs conseils.

<sup>1</sup> R. MACRIDES, *Justice under Manuel I Komnenos: Four Novels on Court Business and Murder*, dans FM VI, 1984, 124-125, ll. 27-30: «εἶδον ἀνομίαν ὑπὸ τὸν ἥλιον, ἄνθρωπον θνητὸν ἀθανάτῳ δίκῃ περοπεσόντα, καὶ ταύτην ὥσπερ τινὰ κληρὸν πατρῶον εἰς τρίτην πολλάκις καὶ τετάρτην γενεὰς τοῖς ἐκγόνοις αὐτοῦ κατὰ διαδοχὰς παραπέμψαντα».

<sup>2</sup> H. HUNGER, *Prooimion Elemente. Der Byzantinische Kaiseridee in den Arengen der Urkunden*, Wien 1964, 103-112.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 114-117.



pilliers de cette administration judiciaire efficace est la rapidité de la résolution des litiges. La création de litiges immortels, de conflits irrésolus se transmettant sur plusieurs générations, est une des craintes évoquées spécifiquement par Justinien comme par Manuel I<sup>er</sup> Comnène (1143-1180). Un des moyens d'éviter la formation de tels litiges est l'imposition de normes contraignant le temps judiciaire, en particulier celui donné aux juges pour rendre une décision ou traiter un appel. Ainsi, Justinien établit qu'un procès civil doit connaître sa fin dans les trois ans après le début de l'action judiciaire.<sup>4</sup> Il fixe également à deux ans, la durée de traitement d'un appel.<sup>5</sup> Ces deux durées, de trois puis deux ans, sont rappelées dans les *Rhopai*, ouvrage de l'époque des Antécédents largement repris jusqu'à la fin de l'époque byzantine.<sup>6</sup> Sur ce sujet, il y a, en effet, une forte stabilité du droit byzantin sur plusieurs siècles. La durée du procès civil n'est jamais modifiée, seule la durée de traitement d'un appel est réduite à un an par une nouvelle de Manuel I<sup>er</sup> Comnène en 1166.<sup>7</sup>

### 1. LA DURÉE DES PROCÈS BYZANTINS (X<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> SIECLE): UNE ANALYSE QUANTITATIVE.

Ces normes temporelles semblent être assez largement suivies. Une étude de la documentation judiciaire médiobyzantine et tardobyzantine permet de s'en rendre compte. Je m'appuie ici essentiellement sur une analyse des archives monastiques byzantines, en particulier les archives des monastères du Mont Athos qui embrassent l'ensemble de la période. D'autres ensembles documentaires sont utilisés plus ponctuellement comme le corpus de lettres de Michel Psellos (1018-1078), les décisions de l'archevêque d'Ohrid, Démétrios Chomatènes datées du premier tiers du XIII<sup>e</sup> siècle et le registre du patriarcat de Constantinople du XIV<sup>e</sup> siècle. Sur 49 documents, pour lesquels il est possible d'établir des bornes temporelles précises, un peu moins de deux tiers attestent du respect de la norme fixée par le droit pour la durée des actions judiciaires.<sup>8</sup> La norme est également respectée dans les

<sup>4</sup> C. 3.1.13 pr.; 9.44.3 et 10.1.11.

<sup>5</sup> C. 7.63 et Nov. 49.

<sup>6</sup> F. SITZIA, *Le Rhopai*, Napoli 1984, 137, XXV, 2; 141, XXV, 17 et 143, XXVI, 9.

<sup>7</sup> Bas. 7.6.13 (BT 350/351); F.DÖLGER, P. WIRTH, *Regesten der Kaiserurkunden des oströmischen Reiches von 565-1453, 2. Teil. Regesten von 1025-1204*, München, 1995, n° 1465; R. MACRIDÈS, *Justice under Manuel I Komnenos* cit., 122-139 et 175-177 pour le commentaire.

<sup>8</sup> J. BOMPAIRE, *Actes de Xéropotamou*, Paris 1964, n° 29; J. LEFORT, *Actes d'Esphigménou*, Paris 1973, n° 4, 11; H. HUNGER, O. KRESTEN, E. KISLINGER, C. CUPANE, J. KODER, M. HINTERBERGER (éd.), *Das Register des Patriarchats von Konstantinopel*, I, Wien 1981, n° 100; P. LEMERLE, G. DAGRON, S. ÇIRKOVIÇ, *Actes de Saint-Pantélémon*, Paris 1982, n° 4; N. OIKONOMIDÈS, *Actes de Docheiariou*, Paris 1984, n° 41, 43 et l'ensemble d'actes composé par les n° 48, 50, 51, 57 et 58; D. PAPACHRYSSANTHOU, *Actes de Xénophon*, Paris 1986, n° 27, 32; P. LEMERLE, *Actes de Kutlumuş*, Paris 1988, l'ensemble d'actes composé par les n° 19, 32, 33 et 34; J. LEFORT, O. OIKONOMIDÈS, D. PAPACHRYSSANTHOU, H. METREVELI, V. KRAVARI, *Actes d'Iviron*, II, Paris 1990, n° 35, 40; V., KRAVARI, *Actes du Pantocrator*, Paris 1991, n° 6; J. LEFORT, O. OIKONOMIDÈS, D. PAPACHRYSSANTHOU, H. METREVELI, V. KRAVARI, *Actes d'Iviron*, III, Paris 1994, n° 67, 69; M. ŽIVOJINOVIĆ, C. GIROS, V. KRAVARI, *Actes de Chilandar*, I, Paris 1995, n° 9; J. BOMPAIRE, J. LEFORT, V. KRAVARI, *Actes de Vatopédi*, I, Paris 2001, n° 45, 46-47, 48-49; J. LEFORT, V. KRAVARI, C. GIROS, K. SMYRLIS, *Actes de Vatopédi*, II, Paris 2006, n° 104, 111; C. PAVLIKIANOV, *The Mediaeval Greek and Bulgarian Documents of the Athonite Monastery of Zographou*, Sofia 2014, n° 5-7 et l'ensemble des n° 47, 49 et 51; J. LEFORT, V. KRAVARI, C. GIROS, K. SMYRLIS, R. ESTANGÜI GÓMEZ, *Actes de Vatopédi*, III, De 1377 à 1500, Paris 2019, n° 162, 180, 195, 204; M. ŽIVOJINOVIĆ, O. DELOUIS,

quelques cas où des appels devant une ou plusieurs instances sont effectués.<sup>9</sup>

Cependant, dans près d'un tiers des cas, la résolution du litige dépasse largement la durée de traitement prévue par la loi. Sur 20 affaires, sept durent entre cinq et sept ans,<sup>10</sup> tandis que treize se terminent dans des délais extrêmement longs s'échelonnant entre 19 et 84 ans.<sup>11</sup> L'un des facteurs communs à ces 18 litiges, et pouvant expliquer leur durée de traitement, est le nombre élevé d'instances qui y sont mobilisées. Si à ces vingt affaires, sont également ajoutés les sept litiges impliquant des instances multiples, mais ayant été traité dans les délais prévus par le droit, nous obtenons une proportion d'environ trois quarts des litiges traités dans un temps supérieur à la norme. Ainsi le facteur pouvant expliquer ces délais dans l'administration définitive de la justice est la capacité des Byzantins à ester en justice à plusieurs reprises dans le cadre d'un même litige.

Ces 20 affaires, outrepassant la temporalité normée du droit, peuvent être classées en trois cas de figure pour lesquels je donnerai un exemple.

Dans un premier ensemble, il est possible de regrouper les cas impliquant un litigant qui, ayant obtenu une décision de justice devant une première instance, fait appel devant plusieurs autres tribunaux, dans sa province, devant l'administration centrale, ou devant une cour ecclésiastique.<sup>12</sup> C'est le cas par exemple d'une affaire d'héritage jugée en dernière instance par l'archevêque d'Ohrid Démétrios Chomatènos dans les années 1230.<sup>13</sup> Un litige de succession sur un bien dotal est né à propos de la possession d'une vigne entre la fille, Horaia et la seconde épouse, Sachlikina, d'un homme décédé. En 1213, un arbitrage mené par l'évêque de Hiérissos permet de dissiper le conflit, mais plus tard en 1235, Sachlikina dénonce l'accord et demande un jugement au tribunal du métropolite de Thessalonique qui confirme le contenu de l'arbitrage. Elle attaque ensuite Horaia devant le tribunal du duc de Thessalonique qui peine à trouver une décision convenable. Sachlikina demande alors un troisième jugement sur la même affaire au despote d'Épire, l'instance judi-

*Actes de Chilandar*, II, Paris [à paraître], n° 50, 93 et l'ensemble d'actes composé par les n° 74, 76, 79, 89, 100 et 101.

<sup>9</sup> *Chilandar*, II cit., l'ensemble d'actes formé par les actes n° 48, 50, 51, 57 et 58; *Docheiariou* cit., l'ensemble d'actes formé par les n° 48, 50, 51, 57, 58; *Kutlumis* cit., l'ensemble d'actes formé par les n° 19, 32, 33, 34; *Vatopédi*, I cit., n° 45; *Vatopédi*, II cit., n° 104; *Vatopédi*, III cit., n° 195; *Das Register des Patriarchats* cit., n° 100.

<sup>10</sup> *Docheiariou* cit., les ensembles formés par les n° 32, 39, 40 et 34, 35, 38 et 54; *Iviron*, II cit., n° 31 et 37; *Kutlumis* cit., n° 12; *Xéropotamou* cit., n° 29; M. PSELLOS, E. KURTZ, F. DREXL (éd.), *Michaelis Pselli scripta minora: magnam partem adhuc inedita. Volumen alterum, Epistulae*, Milano 1941, n° 65; *Das Register des Patriarchats von Konstantinopel* cit., n° 101.

<sup>11</sup> *Esphigménou* cit., n° 19; *Kutlumis* cit., n° 12; *Vatopédi*, I cit., n° 8; *Vatopédi*, II cit., n° 144; *Vatopédi*, III cit., n° 164, 198; *Zographou* cit., n° 5-6-7; P. LEMERLE, A. GUILLOU, N. SVORONOS, D. PAPACHRYSSANTHOU, *Actes de Lavra*, I, Paris 1970, n° 17, 41, 64; J. LEFORT, O. OIKONOMIDÈS, D. PAPACHRYSSANTHOU, H. METREVELI, V. KRAVARI, *Actes d'Iviron*, I, Paris 1985, n° 9; C. GASTGEBER, O. KRESTEN (éd.), *Das Chartular des Paulos-Klosters am Berge Latros*, Wien 2015, n° 8; J. CHOMATÈNOS, G. PRINZING (éd.), *Demetrii Chomateni Ponemata Diaphora*, Berlin 2002, n° 106.

<sup>12</sup> *Docheiariou* cit., l'ensemble d'actes formé par les n° 48, 50, 51, 57, 58; *Iviron*, I cit., n° 9; *Iviron*, II cit., n° 31 et 37; *Lavra*, I cit., n° 41; *Vatopédi*, III cit., n° 164, 195; *Jean Chomatènos* cit., n° 106. Il existe bien d'autres cas dans la documentation, mais nous nous arrêtons seulement à ceux pour lesquels il est possible d'établir une durée fiable.

<sup>13</sup> *Demetrii Chomateni Ponemata Diaphora* cit., n° 106, 345-355. Voir également le commentaire et la traduction de D. SIMON, *Witwe Sachlikina gegen Witwe Horaia*, dans FM VI, 1984, 325-375.

ciaire suprême de cet État.<sup>14</sup> Après un simulacre de justice, Horaia est condamnée, mais elle réussit à faire appel à l'archevêque d'Ohrid qui rétablit l'accord de 1213 qui n'aurait jamais dû être contesté. Dans cette affaire, plusieurs décisions de justice et un arbitrage ont été prononcés sur un même litige, opposant les mêmes parties, à propos d'un même bien.

Dans un deuxième ensemble se regroupent les cas dans lesquels un même litige est re-jugé de multiples fois devant la même instance.<sup>15</sup> Il est possible d'observer ce genre de phénomène, dans une lettre de Michel Psellos rédigée entre 1060-1067. Psellos évoque un homme du thème des Bucellaires venu le voir à Constantinople pour se plaindre d'une décision de justice. En effet, par le passé, alors que Psellos était juge dans le thème des Bucellaires, il avait favorablement tranché un litige en faveur dudit individu. Nous ne connaissons malheureusement pas le fond de l'affaire. Le successeur de Psellos au poste de juge des Bucellaires, un certain Morocharzanès avait, par la suite, de nouveau tranché l'affaire en défaveur du même individu, après un recours de la partie adverse. L'homme qui se présente à Psellos demande alors une nouvelle fois justice. Psellos prend sa plume pour écrire à un troisième juge, nouvellement nommé dans le thème, pour qu'il réexamine l'affaire et tranche de nouveau comme l'avait fait Psellos.<sup>16</sup> Le fait de faire rejurer une affaire pour profiter d'un changement de magistrat est très courant<sup>17</sup> et laisse supposer que les parties s'attendent à un résultat différent. Surtout, une telle pratique semble indiquer que les jugements n'ont pas nécessairement, à Byzance, de caractère définitif.

Le troisième ensemble en est la preuve.<sup>18</sup> Il comprend les litiges jugés directement par l'empereur ou le tribunal impérial. Pourtant l'une des parties tente tout de même d'obtenir une nouvelle décision de justice, bien que les décisions impériales ne soient pas susceptibles d'être interjetées en appel.<sup>19</sup> Ainsi en 1375, le tribunal des juges généraux de Thessalonique

<sup>14</sup> Sur ce point voir notamment la thèse non publiée A.G. JAMESON, *The Responsa and Letters of Demetrios Chomatianos. A Study in Byzantine Legal and Economic History of the Thirteenth Century*, Cambridge, Massachusetts 1957, 99-180.

<sup>15</sup> *Chilandar*, II cit., l'ensemble d'actes composé par les n° 74, 76, 79, 89, 100 et 101; *Kutlumis* cit., n° 12; *Lavra*, I cit., n° 17; *Vatopédi*, I cit., n° 8, 45; *Vatopédi*, III cit., n° 198; *Michaelis Pselli scripta minora* cit., n° 65.

<sup>16</sup> *Michaelis Pselli scripta minora* cit., n° 65; Sur cette lettre, voir J-CL. RIEDINGER, *Quatre étapes de la vie de Michel Psellos*, dans REB 68, 2010, 16; M. JEFFREYS, M.D. LAUXTERMANN, *The Letters of Psellos, Cultural Networks and Historical Realities*, Oxford 2017, 202-203. Sur Michel Psellos comme juge, voir J.CL. CHEYNET, *L'administration provinciale dans la correspondance de Michel Psellos*, dans M.D. LAUXTERMANN, M. WHITOW, *Byzantium in the Eleventh Century*, Oxon 2017, 48-49.

<sup>17</sup> Un plaignant tente d'obtenir une nouvelle décision après un changement de gouverneur de province, *Lavra*, I cit., n° 41, voir le commentaire de l'acte. Des moines athonites tentent leur chance lorsqu'un nouveau prôtos est désigné: *Lavra*, I cit., n° 17; *Kutlumis* cit., n° 12 ou encore *Vatopédi*, I cit., n° 45. Cette pratique peut s'apparenter à celle des moines athonites qui, à chaque changement d'empereur, voyagent à Constantinople pour obtenir la confirmation de leurs privilèges et propriétés.

<sup>18</sup> *Chartular des Paulos-Klosters* cit., n° 8; *Docheiariou* cit., n° 54; *Esphigménou* cit., n° 19; *Kutlumis* cit., n° 19; *Lavra*, I cit., n° 64; *Vatopédi*, II cit., n° 144; *Zographou* cit., n° 5-7. Il faut ajouter également trois litiges qui font l'objet de plusieurs décisions prises par plusieurs instances, dont le tribunal impérial: *Docheiariou* cit., n° 32; n° 34-35 et 38; *Das Register des Patriarchats von Konstantinopel* cit., n° 101.

<sup>19</sup> L. PAPARRIGA-ARTEMIADI, *Αρχές και κατευθύνσεις στην απονομή της κοσμικής δικαιοσύνης κατά τη μέση βυζαντινή περίοδο*, dans *Byzantina* 35, 2018, 363-372; B.H. STOLTE, *'Law is King of all things? The Emperor and the Law*, dans S. TOUGHER (éd.), *The Emperor in the Byzantine World*, Oxford 2019,

se réunit sur ordre de l'empereur pour juger des prétentions d'Arianitissa sur le monastère du Prodrome de Béroia, possédé alors par le monastère athonite de Vatopédi.<sup>20</sup> Ce dernier était entré en possession du Prodrome par donation du fondateur même, Théodore Sarantènos. À sa mort, en 1330, la donation avait été contestée par son neveu Loubros devant le tribunal des juges généraux des Romains, tribunal suprême dont les décisions sont également sans appel.<sup>21</sup> Cela n'empêche pas Arianitissa, veuve de Michel Doukas Arianitès, gendre en première noce de Sarantènos de contester de nouveau la donation devant l'empereur qui demande un nouveau jugement. Ici encore, un litige identique, sur la validité d'une donation, entre des parties identiques, les héritiers de Sarantènos, est jugé à deux reprises alors qu'un premier jugement définitif avait été établi.

De nombreuses explications contextuelles et historiques peuvent au cas par cas expliquer les durées parfois extrêmes de certains litiges.<sup>22</sup> Cependant, l'ensemble de ces affaires interroge la manière dont les Byzantins concevaient les effets et le caractère définitif des jugements rendus par un tribunal, c'est-à-dire plus concrètement comment les Byzantins appréhendaient l'autorité de la chose jugée. D. Simon dans son étude des décisions de l'archevêque d'Ohrid, Démétrios Chomatènos, montre qu'au XIII<sup>e</sup> siècle, les Byzantins ne connaissaient pas, peut-être plus, l'idée de force de la loi, d'incontestabilité formelle d'un jugement. Les jugements ne suivent pas la hiérarchie de l'appel de la première instance à l'instance suprême, l'empereur. Les litiges ne s'éteignent pas parce qu'ils ont déjà été jugés et que toute décision nouvelle est formellement impossible.<sup>23</sup> J'ajouterai que souvent les litiges se terminent, car les plaignants sont menacés d'excommunication.<sup>24</sup> Le terme du litige est ainsi fixé par le droit ecclésiastique, non pas le droit impérial, romain. En se fondant sur le constat de D. Simon, confirmé par notre ensemble documentaire plus large, le but de cette recherche est de trouver s'il y a une origine légale à cette absence d'incon-

178-179; M. ANGOLD, *A Byzantine Government in Exile, Government and Society under the Laskarids of Nicaea (1204-1261)*, Oxford 1975, 152-153 et 166-167; A. G. JAMESON, *The Responsa and Letters of Demetrios* cit., 124-125.

<sup>20</sup> *Vatopédi*, II cit., n° 144.

<sup>21</sup> Sur le tribunal des juges généraux des Romains voir P. LEMERLE, *Le juge général des Grecs et la réforme judiciaire d'Andronic III* dans *Mémorial Louis Petit, Mélanges d'histoire et d'archéologie byzantines*, Bucarest 1948, 292-316. (= ID., *Le monde de Byzance. Histoire et institutions* (VR), London 1978, X); ID., *Recherches sur les institutions judiciaires à l'époque des Paléologues: Le tribunal impérial* dans *Mélanges Henri Grégoire*, Bruxelles 1949, 369-384 (= ID., *Le monde de Byzance. Histoire et institutions* (VR), London 1978, XI); ID., *Documents et problèmes nouveaux concernant les juges généraux* dans *Δελτίον τῆς χριστιανικῆς ἀρχαιολογικῆς Ἐταιρείας* 4, 1964, 29-44 (= ID., «*Le monde de Byzance. Histoire et institutions* (VR), London 1978, XIV); L. BENOÛ, *Pour une nouvelle histoire du droit byzantin*, Paris 2011, 169-181; R. ESTANGÜI GOMEZ, *Byzance face aux Ottomans*, Paris 2014, 414-427.

<sup>22</sup> Voir par exemple pour les cas des décisions de l'archevêque d'Ohrid, Chomatènos, dont les affaires s'étaient souvent sur de longues années, l'étude de D. SIMON, *Byzantinische Provinzialjustiz*, dans *Byzantinische Zeitschrift* 79, 1986, 343-344.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 340-341.

<sup>24</sup> Voir par exemple dans notre corpus, *Das Register des Patriarchats von Konstantinopel* cit., n° 101. Sur la pratique de l'excommunication dans le cadre de litiges entre laïcs devant le tribunal patriarcal, voir C. MALATRAS, *Trial Process and Justice in the Late Patriarchal Court* dans C. GATSGEBER, E. MITSIOU, J. REISER-KAPPELLER, V. ZERVAN (éd.), *The Patriarchate of Constantinople in Context and Comparison*, Wien 2017, 167-168.

testabilité des jugements. En effet, un tel principe existe bel et bien dans le droit codifié par Justinien à travers le concept d'autorité de la chose jugée, *res iudicata*. En premier lieu, il s'agit ainsi d'essayer d'évaluer la compréhension de ce concept et les pratiques qui lui sont liées à Byzance entre le X<sup>e</sup> et le XV<sup>e</sup> siècle. Par ailleurs, l'étude permettra aussi d'apporter de nouvelles réflexions sur le lien entre le droit écrit byzantin et la pratique judiciaire.

## 2. ÉVOCATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE À BYZANCE.

S'il ne convient pas ici de refaire l'histoire de ce concept et de sa mise en pratique à l'époque romaine,<sup>25</sup> nous pouvons revenir rapidement sur la codification de l'autorité de la chose jugée dans le corpus juridique de Justinien. Selon le principe, formulé par Ulpien, «la chose jugée est tenue pour vérité»,<sup>26</sup> elle a pour effet négatif d'empêcher tout plaignant, ayant déjà reçu un jugement définitif pour un litige, de soumettre une nouvelle fois à un magistrat la même prétention contre la même partie adverse<sup>27</sup>. Ainsi, s'il devait en être le cas, la partie adverse pourrait opposer une défense, l'*exceptio rei iudicatae*, qui permet au juge de mettre un terme processus judiciaire sans examiner l'affaire sur le fond. Si le concept est bien inscrit dans la matrice du droit byzantin au VI<sup>e</sup> siècle, il est nécessaire de s'interroger à la fois sur la transmission du concept dans les œuvres juridiques byzantines des siècles plus tardifs et sur la compréhension de ce même concept par les juristes et les justiciables byzantins.

L'enseignement des Antécédents et en particulier celui de Théophilus comprend des informations claires sur l'*exceptio rei iudicatae*. Ainsi, dans sa paraphrase des *Institutes*, dans le cas où un individu a mené une action en justice contre quelqu'un et a obtenu une décision de justice défavorable, Théophilus écrit que s'il «essaie d'engager de nouvelles poursuites, [il] est débouté par la *rei iudicatae exceptio*».<sup>28</sup> Plus tard, au début du X<sup>e</sup> siècle, alors

<sup>25</sup> Pour un aperçu de la question, voir M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 375-382, 499-501 et 614-617. Sur l'autorité de la chose jugée et l'effet du jugement en droit romain voir surtout les travaux de Matteo Marrone, notamment M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955 mais également ID., '*Res in iudicium deducta*' – '*res iudicata*', dans BIDR 98-99, 1995, 63-81 (= G. FALCONE (éd.), *Scritti Giuridici*, II, Palermo 2003, 31); ID., *Dal divieto di Agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato* dans *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, 3-29 (= MARRONE, *Scritti Giuridici cit.*, Palermo 2003, 33.) Voir aussi les différentes contributions de Giovanni Pugliese: G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano* dans *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, 225-246 (=ID., G. SACCONI, I. BUTI (éd.), *Scritti giuridici scelti. II. Diritto romano*, Napoli 1985, 3-26); ID., *Due testi in materia di «res iudicata»*, dans *Studi in onore di G. Zanobini* 5, Milano 1965, 491-511 (= ID., *Scritti giuridici scelti cit.*, 113-136); ID., *Giudicato civile (Storia)* dans *Enc. dir.*, Milano 1969, 722-785 (= ID., *Scritti giuridici scelti cit.*, 137-198); ID., '*Res iudicata pro veritate accipitur*' dans *Studi in onore di E. Volterra*, Milano 1971, 783-830 (= ID., *Scritti giuridici scelti cit.*, 200-248). Voir aussi G. HANARD, *Res iudicata pro veritate habetur: la naissance d'un concept* dans *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions* 4, 1995, 15-28. Plus récemment voir la série d'études sur le sujet dans L. GAROFALO (éd.), *Res Iudicata*, Napoli 2015, 2 voll.

<sup>26</sup> D. 1.5.25.

<sup>27</sup> Voir le titre D. 44.2 sur l'*exceptio rei iudicatae* et en particulier D. 44.2.3 et 6 et I. 14.13.5.

<sup>28</sup> PT. 4.13.5: «[...] εἰ δὲ πειραθῶ ἄνωθεν κινήσαι κατὰ σοῦ, ἐκβάλλομαι τῆ REI IUDICATAE παραγραφῆ».

qu'un nouvel élan juridique est initié par la dynastie macédonienne, la défense de l'autorité de la chose jugée est bien intégrée aux *Basiliques*, puisqu'un titre entier lui est consacré.<sup>29</sup> Il reprend quasiment intégralement le titre 2 du livre 44 du *Digeste* concernant ce même sujet. L'intégration de ces dispositions dans les *Basiliques* est un choix signifiant qui témoigne de l'intérêt des juristes médiobyzantin pour cette question. Cependant ce choix ne préjuge en rien de sa compréhension et de sa mise en pratique au sein du système judiciaire byzantin. Après tout, les *Basiliques* ne sont qu'une sélection ordonnée des travaux des Antécédents sur le droit de Justinien. Le texte lui-même est ainsi ancré dans le contexte du VI<sup>e</sup> siècle<sup>30</sup> et l'application des normes qui y sont inscrites dans la société byzantine cinq siècles plus tard n'a rien d'évident.<sup>31</sup> Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le droit n'est pas la seule source de normativité à Byzance.<sup>32</sup> Aussi est-il nécessaire d'étudier d'autres œuvres juridiques rédigées à l'époque médiobyzantine pour mieux saisir la réalité de ce concept à partir du X<sup>e</sup> siècle.

Il existe un certain nombre d'attestations de compréhension de la défense de l'autorité de la chose jugée dans des sources variées.

Ainsi, dans la nouvelle 45 de Léon VI le Sage (886-912)<sup>33</sup> qui contraint les juges à rédiger et signer leur décision de justice, l'empereur affirme en préambule qu'il souhaite «rendre certains les faits passés à l'état de chose jugée, pour éviter que les jugements ne soient l'objet d'un doute quelconque ou d'une contestation».<sup>34</sup> La nouvelle témoigne de l'existence d'une possibilité de contester facilement les décisions de justice. L'empereur tente de régler ce problème en réaffirmant la nécessité de l'existence matérielle des décisions de justice afin de les opposer, en utilisant un document, à ceux qui les contestent ou les mettent en doute devant d'autres instances judiciaires. C'est une manière détournée d'évoquer l'*exceptio rei iudicatae* et certainement les difficultés de la mettre en pratique au début du X<sup>e</sup> siècle.

La *Peira*, ouvrage de jurisprudence, composée au XI<sup>e</sup> siècle, par un disciple du juge de l'hippodrome, le magistre Eusthate Rhômaïos,<sup>35</sup> contient également deux témoignages de

<sup>29</sup> Bas. 51.2 (BT 2395-2400).

<sup>30</sup> Sur les *Basiliques* et sa valeur légale, voir S. TROIANOS, *Die Quellen des byzantinischen Rechts*, Berlin 2017, 202-211.

<sup>31</sup> Cette question est au cœur du débat ayant opposé historiens du droit et historiens sur l'intérêt du droit byzantin comme source sur la société byzantine. Les principaux termes du débat sont exposés dans l'introduction de L. BENOÛ, *Pour une nouvelle histoire du droit byzantin*, Paris 2011, 21-23. Voir surtout A. KAZHDAN, *Do we need a New History of Byzantine Law?*, dans JÖB 39, 1989, 1-28; L. BURGMANN, *Ansinnen an byzantinische Rechtshistoriker*, II: 'Do We Need a New History of Byzantine Law?', dans *Rechtshistorisches Journal* 10, 1991, 193-200; B.H. STOLTE, *Not New but Novel. Notes on the Historiography of Byzantine Law*, dans *Byzantine and Modern Greek Studies* 22, 1998, 264-279; ID., *Balancing Byzantine Law*, dans FM XI, 2005, 56-76; D. SIMON, *L'Europe et le droit byzantin* dans *Byzance et l'Europe*, Paris 2001, 27-38; ID., *Wozu?*, dans FM XI, 2005, 1-4.

<sup>32</sup> Sur ce sujet, voir par exemple D. SIMON, *Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, Frankfurt am Main 1973.

<sup>33</sup> Sur les nouvelles de Léon VI voir S. TROIANOS, *Die Quellen des byzantinischen Rechts* cit., 173-185.

<sup>34</sup> P. NOAILLES, A. DAIN (éd. et trad.), *Les Nouvelles de Léon VI le Sage*, Paris 1944, 181, l.7-9: «Τῆς ἀσφαλείας τῶν ἤδη φθασάντων κεκρίσθαι πραγμάτων καὶ ὥστε μὴ τίνα ὑποψίαν καὶ ἀμφισβήτησιν ταῖς κρίσει παρακολουθεῖν [...]».

<sup>35</sup> Sur la *Peira* voir S. TROIANOS, *Die Quellen des byzantinischen Rechts* cit., 239-243; N. OIKONOMIDÈS, *The 'Peira' of Eustathios Rhomaios. An Abortive Attempt to Innovate in Byzantine Law*, dans FM VII, 1986, 169-192 (=N. OIKONOMIDÈS, *Byzantium from the Ninth Century to the Fourth Crusade*, Aldershot 1992, VII); D. SIMON, *Die Peira*, dans FM XIII, 2021, 323-343.

l'existence dans l'univers mental des juristes médiobyzantins du concept d'autorité de la chose jugée. L'auteur rappelle en premier lieu les effets et la force du jugement dans un court paragraphe. Il écrit ainsi: «Après un jugement définitif, nul ne peut valablement conclure une transaction. "Jugement définitif" (ψηφον ἐρρώμενην) signifie un jugement confirmé en appel ou qui est sans appel parce que le délai d'appel est expiré, soit deux ans».<sup>36</sup> Nous avons, ici, le rappel strict de la durée fixée par Justinien. Après une durée de deux ans, un jugement est définitif et il n'est plus possible de faire un compromis entre les parties à un litige.

Le caractère définitif du jugement semble également s'appliquer dans un autre cas de figure explicité par l'auteur, impliquant cette fois-ci l'ouverture d'une nouvelle action en justice. Dans un passage commentant des dispositions des *Basiliques* concernant l'usurpation des biens et la dévolution de l'usufruit passé et à venir desdits biens, le magistrat décrit les effets de l'autorité de la chose jugée. Une fois un procès terminé, il n'est pas possible de mener une seconde action judiciaire dans le but de modifier le contenu de la première décision de justice, en particulier en ce qui concerne la somme que l'usurpateur du bien doit rembourser au titre de l'usufruit.<sup>37</sup> Il cite alors les *Basiliques*, suivant le *Code Justinien*, qui affirment qu'une «fois le procès terminé, il n'y a pas de place pour une seconde action».<sup>38</sup> Pour bien insister sur l'impossibilité de juger de nouveau le fond de l'affaire, il ajoute que «le jugement a fermé la porte sur la question litigieuse».<sup>39</sup> Au détour d'une réflexion sur l'usufruit, le magistrat explique l'effet juridique d'un jugement, et ce sans théoriser le concept d'autorité de la chose jugée ni même utiliser les termes techniques de la défense de la chose jugée. La *Peira*, à l'instar de la nouvelle de Léon VI, évoque l'*exceptio rei iudicatae* sans la nommer.

Enfin un passage de l'*Ecloga Basilicorum*, florilège de commentaire des dix premiers livres des *Basiliques* produit au XII<sup>e</sup> siècle, donne un exemple concret d'application de la défense de l'autorité de la chose jugée.<sup>40</sup> L'auteur de l'*Ecloga Basilicorum* commente une disposition des *Basiliques* concernant le lien juridique existant entre un débiteur et son garant.<sup>41</sup> De manière habituelle, le rédacteur explicite la disposition en utilisant un exemple impliquant des personnages fictifs, Marc, Paul et Pierre.<sup>42</sup> Dans cet exemple Paul a emprunté 500 *nomismata* à Pierre. Pierre demande à Marc d'attaquer en justice Paul pour récupérer son argent. Le commentateur précise qu'une décision de justice, concernant cette dette, obtenue entre Marc et Paul a valeur d'autorité de la chose jugée pour le litige concernant la dette entre Paul et Pierre. Si Pierre décide de mener une

<sup>36</sup> EUSTATHE RHŌMAIOS, *Peira* dans I. ZEPOS, P. ZEPOS, *Jus Graecoromanum*, IV, Αθίνα 1931, VII, 4: «Ὅτι μετὰ ψηφον ἐρρώμενην οὐκ ἰσχυρῶς τις διαλύεται. Ψηφον ἐρρώμενην τὴν ἐν ἐκκλήτῳ δοκιμασθεῖσαν φησὶν ἢ τὴν μὴ ἐγκλητευομένην διὰ τὸ παρελθεῖν τὸν χρόνον τῆς ἐκκλήτου ἤτοι τῆς διετίας». L'idée est exprimée dans les *Basiliques* Bas. 24.6.23 (BT 1166/12-13).

<sup>37</sup> *Peira* cit., 1931, XIX, 17, 73-74.

<sup>38</sup> *Peira* cit., 73, ll. 42-74, l. 1: «ἄπαξ γὰρ τοῦ δικαστηρίου τμηθέντος οὐ περιλείπεται δευτέρα ἀγωγή». Bas. 9.3.67 (BT 484/18-19): «Ἀπαξ δὲ τοῦ δικαστηρίου τμηθέντος οὐ περιλιμπάνεται ἀγωγή ἕτέρα»; C. 7.51.3.

<sup>39</sup> *Peira* cit., 74, ll. 9-10: «[...] τοῖς γὰρ ἐξ ἀρχῆς ζητήμασι θύραν ἢ ψηφος ἐπέθηκε».

<sup>40</sup> L. BURGMANN (éd.), *Ecloga Basilicorum*, Frankfurt am Main 1988, 455-457, 9.11.1.

<sup>41</sup> Bas. 9.11.1 (BT 523/4-7).

<sup>42</sup> D. PENNA, *A witness of Byzantine legal practice in the twelfth century. Some remarks on the reconstruction of the Ecloga Basilicorum*, dans *Subseciva Groningana* 10, 2019, 157-158.

action judiciaire contre Paul, il peut lui être opposé l'*exceptio rei iudicatae*. Le litige concernant la dette a déjà été tranché entre Marc et le débiteur Paul.<sup>43</sup> En conséquence, Marc agissant comme représentant de Pierre, ce dernier ne peut plus avoir de prétentions vis-à-vis de la dette, car l'affaire a déjà été tranchée. Nous avons là un exemple, certes fictif, de la mise en pratique de la défense de l'autorité de la chose jugée. S'il témoigne de la capacité des juristes, de l'auteur de l'ouvrage en tout cas, à réfléchir à l'emploi du mécanisme procédural qu'est l'*exceptio rei iudicatae* à l'époque médiobyzantine, il n'en est pas pour autant une preuve certaine de sa mise en application au sein du système judiciaire byzantin.

Par ailleurs, force est de constater que la plupart des références à l'*exceptio rei iudicatae* sont difficilement datables et proviennent certainement de sources plus anciennes. Ainsi, l'*Ecloga Basilicorum* comprend également plusieurs autres passages, plus théoriques, concernant ce principe. Ils concernent tous le même sujet, et sont formulés de manière quasiment tous identique. Dans chaque cas, l'auteur commente les effets juridiques d'une décision arbitrale. Il précise à quatre reprises qu'une décision arbitrale n'ouvre pas la voie à la défense de l'autorité de la chose jugée.<sup>44</sup> À chaque reprise, la formulation est similaire et peut se traduire ainsi «La ρεϊουδικάτου παραγραφῆ, c'est-à-dire κεκριμένων παραγραφῆ disant: à moins que l'affaire présente ait été jugée par quelqu'un d'autre et que tu as été condamné».<sup>45</sup> Plus clairement l'auteur semble donner ici la formulation de la défense devant un tribunal. Si l'affaire a déjà été jugée, le processus judiciaire se termine. Le caractère similaire des différents passages laisse penser qu'ils proviennent d'une même source difficilement identifiable. *A fortiori*, il est impossible de connaître la date de production de cette source d'origine. L. Burgmann et D. Penna expliquent cependant qu'une des sources majeures de l'*Ecloga Basilicorum* est le corpus des œuvres des Antécédents, dont il reprend les méthodes d'enseignement.<sup>46</sup> Nos différents passages comprennent d'ailleurs des marques stylistiques caractéristiques, comme le fait de s'adresser à des étudiants.<sup>47</sup> Les scholies des *Basiliques* forment un autre corpus de source pour cet œuvre.<sup>48</sup> On pourrait donc penser que nos différents passages proviennent des scholies du livre 51,2 des *Basiliques*. Malheu-

<sup>43</sup> *Ecloga Basilicorum* cit., 456, ll. 20-22: «εἰ γὰρ εἶχες ἀληθῆς μανδάτον ἤτοι ἀναμφίβολον ἐντολὴν καὶ κριθεὶς μετ' ἐμοῦ κατεδικάσθης, εἶχον ἂν τὴν τῶν κεκριμένων παραγραφῆν κάγῳ [...]».

<sup>44</sup> *Ecloga Basilicorum* cit., 237, 7.2.1-2, ll. 24-25: «Ἡ ρεϊουδικάτου παραγραφῆ ἤτοι ἡ τῶν κεκριμένων, λέγοντος: «ἀλλ' εἰ μὴ ἐκρίθη ἢ παροῦσα ὑποθεσις παρὰ τοῦ δεῖνος καὶ κατεδικάσθης»; 239, 7.2.13 pr., ll. 26-28: «[...] οὔτε ἡ τῶν κεκριμένων παραγραφῆ, τουτέστι ἡ λέγουσα: ἀλλ' εἰ μὴ ἐκρίθη ἢ παροῦσα ὑποθεσις καὶ ἐλύθη καὶ ἀνηρέθη παντελῶς διὰ τῆς ἀποφάσεως»; 246, 7.2.32.14, ll. 21-22: «[...] οὔτε ἡ τῶν κεκριμένων παραγραφῆ, τουτέστιν ἡ λέγουσα: ἀλλ' εἰ μὴ ἐκρίθη ἢ ὑποθεσις καὶ ἐτμήθη»; 249, 7.2.53, ll. 7-8: «[...] οὐδὲ τὴν τῶν κεκριμένων παραγραφῆν τὴν λέγουσαν ἀλλ' εἰ μὴ ἐκρίθησαν καὶ ἐλύθησαν αἰ τοιαῦται ὑποθέσεις».

<sup>45</sup> *Ecloga Basilicorum* cit., 237, 7.2.1-2, ll. 24-25.

<sup>46</sup> *Ibid.*, XIII; D. PENNA, *A witness of Byzantine legal practice* cit., 148-153.

<sup>47</sup> Certains mots de vocabulaire, dans les commentaires que nous avons sélectionnés, témoignent de la volonté du rédacteur de s'adresser à des étudiants. *Ecloga Basilicorum* cit., 239, l. 25: «Ἐμαθεὶς ἀνωτέρω [...]»; 240, l. 4: «Ἐμαθεὶς καὶ τοῦτο [...]»; l. 11: «Ταῦτα γοῦν μαθὼν [...]»; 246, l. 18: «Γίγνωσκε ὡς [...]»; l. 27: «Ταῦτα μαθὼν ὄρα [...]»; 249, l. 4: «Τοῦτο καὶ τοῖς ὀπισθεν εἰρημένους παρεδόθη σοι [...]». L'usage est général dans l'ouvrage comme le montre D. PENNA, *A witness of Byzantine legal practice* cit., 141-142.

<sup>48</sup> *Ibid.*, XIV.



reusement nous n'avons pas conservé de scholies pour ces livres là.<sup>49</sup> Cependant, on peut trouver dans différents passages des *Basiliques*, dans trois de ses scholies, dont deux anciennes, et dans l'*Ecloga Basilicorum*, d'autres types d'exceptions formulées de la même manière, c'est-à-dire avec le verbe λέγω conjugué et suivi de l'expression «ἀλλ'εἰ μὴ [...]».<sup>50</sup> Une large majorité de ces scholies des *Basiliques* sont considérées comme anciennes. Aussi, cela confirme, il me semble, que le matériel sur lequel s'appuie le commentateur de l'*Ecloga Basilicorum* reprend un enseignement antérieur à sa date de rédaction, probablement de l'époque des Antécresseurs. Il est difficile de considérer ici le caractère proprement médiobyzantin de ces réflexions et d'évaluer le degré d'appropriation par les Byzantins de ce mécanisme procédural. L. Burgmann insiste également sur la faible actualisation du droit effectuée par l'auteur de l'*Ecloga Basilicorum*. Peu de modifications ou de témoignage d'évolution sont présents dans l'ouvrage à l'exception des références à l'organisation du système judiciaire médiobyzantin.<sup>51</sup> Il est donc difficile de connaître l'origine de ces passages et surtout de les dater. L'*Ecloga Basilicorum* ne nous donne en réalité pas de preuve solide attestant de la mise en application de la défense de l'autorité de la chose jugée au XII<sup>e</sup> siècle. Tout au plus, l'œuvre, comme la *Peira* ou la nouvelle de Léon VI, témoigne d'une certaine compréhension du concept.

### 3. L'EXCEPTIO REI IUDICATAE, LOST IN TRANSLATION: «Περὶ τῶν κερκιμένων ἀγωγῆ».

La faible présence d'éléments proprement médiobyzantins sur la défense de l'autorité de la chose jugée dans les œuvres juridiques des X<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle est insuffisante et peu probante pour démontrer sa réelle mise en pratique en justice. Comme l'avait déjà noté Max Kaser,<sup>52</sup> par ailleurs, il existe des éléments mettant en doute la compréhension même, par les Byzantins de la défense de l'autorité de la chose jugée, ou en tout cas qui interroge leur capacité à la mettre en pratique. Deux scholies nouvelles des *Basiliques* témoignent de la mauvaise compréhension, par les juristes byzantins, d'éléments basiques de droit romain. Ces deux scholies sont considérées comme nouvelles, c'est-à-dire rédigées, au moins pour partie, à l'époque médiobyzantine, en se fondant sur deux éléments. L'une d'entre elles est attribuée au scholiaste Grégoire Doxapatrès,<sup>53</sup> par ailleurs l'autre scholie renvoie à des passages explicites des *Basiliques*. Ces deux scholies sont

<sup>49</sup> Le manuscrit contenant le livre LI des *Basiliques*, Paris.gr. 1357, produit à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, ne contient que le texte des livres XLVI-LII sans aucune scholies. Voir L. BURGMANN, M.T. FÖGEN, A. SCHMINCK, D. SIMON, *Repertorium der Handschriften des byzantinischen Rechts*, I. *Die Handschriften des weltlichen Rechts (Nr.1-327)*, Frankfurt am Main 1995, 203, n° 171; B.H. STOLTE, *New Praefatio*, dans *Basilica Online* [en ligne]. <https://referenceworks.brillonline.com/browse/basilica-online> [consulté le 28 septembre 2022].

<sup>50</sup> Bas. 9.7.52 (BT 507/9-10); 25.7.55 (BT 1230/27); 38.5.7 (BT 1714/15-16); 48.16.7 (BT 2246/10-11); BS. 903/8-9 (*scholion* II ad Bas. 15.2.16); BS. 906/5-6 (*scholion* P ad Bas. 15.2.16); BS 2978/20-21 (*scholion* Pc ad Bas. 48.16.7); *Ecloga Basilicorum* cit., 360, 9.1.19, ll. 12-13; 433, 9.8.1-5, ll. 9-10.

<sup>51</sup> *Ecloga Basilicorum* cit., XIV; D. PENNA, *A witness of Byzantine legal practice* cit., 154. Sur les cours de justice médiobyzantines dans l'*Ecloga Basilicorum* voir surtout R. MACRIDES, *The Competent Court*, dans A. LAIOU, D. SIMON (éd.), *Law and Society in Byzantium: Ninth-Twelfth centuries*, Washington D.C. 1994, 117-130 (= R. MACRIDES, *Kinsship and Justice in Byzantium, 11th-15th Centuries*, Aldershot 1984, VIII).

<sup>52</sup> M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 620 nt. 14.

<sup>53</sup> Sur Grégoire Doxapatrès voir essentiellement J.A.B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin*, III, Paris 1843-1846, 239-240 et 483-485.

donc potentiellement des témoignages de la pensée juridique byzantine des X<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle.

La scholie la plus longue est celle de Doxapatrès.<sup>54</sup> Elle commente un avis d'Ulpien sur la capacité d'action d'un créancier, faisant partie d'un groupe de créanciers, si un accord sur ce qui lui est dû est fait en son absence et en sa défaveur. Ulpien explique qu'en l'espèce, deux choix s'offrent au créancier contrarié. Il peut soit utiliser une action en stipulation, soit une défense de fraude.<sup>55</sup> Sans rentrer dans le détail de la disposition, Doxapatrès définit, en premier lieu, la différence entre une action et une défense. Il écrit ainsi qu'il n'est pas possible, en même temps de soumettre une *exceptio* et de demander la satisfaction de ses prétentions, c'est-à-dire avoir une *actio*. Soit il est possible d'opposer une *exceptio* au plaignant, soit il est possible de demander une peine et il faut agir en justice envers le défendeur.<sup>56</sup> Doxapatrès montre bien ici la différence basique entre une *actio*, une prétention ou une volonté d'obtenir une peine contre une personne que l'on attaque en justice et une *exceptio*, la capacité à se défendre contre la prétention d'un plaignant. Les deux ne peuvent s'effectuer en même temps et ne sont pas interchangeables. Or dans cette longue scholie, Doxapatrès donne plusieurs exemples en décrivant des *actiones* et des *exceptiones* particulières et leurs effets. Il indique ainsi qu'une *actio* (ἀγωγή) de l'autorité de la chose jugée prévaut à chaque fois que le même litige est soulevé entre les mêmes parties.<sup>57</sup> En conséquence, la personne qui veut de nouveau obtenir justice dans un litige déjà traité sera déboutée. Si la définition de l'*exceptio rei iudicatae* est ici fondamentalement respectée, il est très étrange de constater que le terme utilisé pour nommer cette défense n'est pas celui de παραγραφή, *exceptio*, mais bien celui d'action, ἀγωγή, *actio*. Doxapatrès utilise ici manifestement le mauvais terme. Il est naturellement impossible qu'il puisse exister une *actio rei iudicatae* tout simplement parce que l'autorité de la chose jugée est un concept qui permet de s'opposer à une prétention similaire. Sans prétention, sans action, nul besoin de mobiliser l'autorité de la chose jugée pour débouter un plaignant. Il y a là un contresens qui interroge la compréhension par Doxapatrès de cette différence entre action et exception et de leur usage dans la cadre judiciaire byzantin. Cependant, il ne faudrait pas jeter si rapidement la pierre à ce juriste du XII<sup>e</sup> siècle. En effet, ce passage qui fait difficulté à la compréhension de l'*exceptio rei iudicatae* vient directement des *Basiliques*.<sup>58</sup> Aussi l'erreur n'est-elle pas commise par Doxapatrès, mais par le traducteur du passage des *Basiliques* qui reprend ici une disposition d'Ulpien concernant la défense de l'autorité de la chose jugée. Si Ulpien utilise bien les termes latins «*exceptionem rei iudicatae*», les *Basiliques* les rendent par les termes «περὶ τῶν κερκιμένων ἀγωγῆς».<sup>59</sup> Doxapatrès ne remet pas en question le

<sup>54</sup> BS. 219/13-221/7 (*scholion Ca ad Bas.* 11.1.10).

<sup>55</sup> D. 2.14.10.

<sup>56</sup> BS. 219/13-22.

<sup>57</sup> BS. 220/18-22: «Τὰ δὲ τοιαῦτα κεφάλαιά εἰσιν ἀφοφῶντα πρὸς τὸ γ' κεφ. τοῦ αὐτοῦ. τιτ. λέγον: ὁσάκις ἡ αὐτὴ ζήτησις μεταξὺ τῶν αὐτῶν προσώπων κινεῖται, χώρα τῇ περὶ τῶν κερκιμένων ἀγωγῆ ὅθεν ὁ κινήσας περὶ τοῦ καθ' ἕκαστον τὴν ἐκδικήσεως ἀγωγὴν, ἐὰν ὕστερον κινή τὴν περὶ κληρονομίας ἀναζήτησιν ἢ τούναντίον, ἐκβαλλεται».

<sup>58</sup> Bas. 51.2.3 (BT 2395/11-14): «Ὅσάκις ἡ αὐτὴ ζήτησις μεταξὺ τῶν αὐτῶν προσώπων κινεῖται, χώρα τῇ περὶ τῶν κερκιμένων ἀγωγῆ ὅθεν ὁ κινήσας περὶ τοῦ καθ' ἕκαστον τὴν ἐκδικήσεως ἀγωγὴν, ἐὰν ὕστερον κινή τὴν περὶ κληρονομίας ἀναζήτησιν ἢ τούναντίον, ἐκβαλλεται».

<sup>59</sup> D. 44.2.3: *Iulianus libro tertio digestorum respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur: et ideo et si singulis rebus petitis hereditatem petat vel contra, exceptione summovebitur.*

choix de ces mots qu'il reprend lui-même alors qu'il semble aller à l'encontre de sa propre explication concernant la différence entre avoir une action et opposer une exception. Une autre scholie renvoie d'ailleurs à la même disposition des Basiliques, donc à cette même inversion fautive entre *actio* et *exceptio*. La scholie commente une disposition sur la manière d'évaluer la connaissance d'un maître concernant les méfaits commis par un de ses esclaves. Dans cette scholie, il est précisé qu'une personne dont l'affaire a déjà été traitée par un premier tribunal sera déboutée selon la *ῥειουδικάτης παραγραφῆς*.<sup>60</sup> À première vue, nous avons là une expression tout à fait claire de l'*exceptio rei iudicatae*. Pour autant, le scholiaste renvoie, à la fin de son commentaire, à une deuxième disposition des *Basiliques* comprenant l'expression fautive *περὶ τῶν κεκριμένων ἀγωγῆ*.<sup>61</sup> Il s'agit de nouveau d'un passage d'Ulpien précisant que l'*exceptio rei iudicatae* concerne tacitement toutes les personnes qui mènent une action en justice.<sup>62</sup> Ainsi, pour ce deuxième scholiaste *περὶ τῶν κεκριμένων ἀγωγῆ* est également équivalent à une *actio rei iudicatae*. Cela témoigne à mon sens encore une fois d'une certaine incompréhension théorique et *a fortiori* pratique des concepts d'action et de défense.<sup>63</sup> Pour certains juristes byzantins, action et exception se valent.

Une hypothèse peut, éventuellement, être formulée, pour expliquer cette erreur commise par les juristes byzantins. En plusieurs endroits de l'*Ecloga Basilicorum*, l'*exceptio rei iudicatae* est mentionnée au côté de l'*actio iudicati* (ή *ιουδικάτω ἀγωγῆ*), qui permet après un jugement de forcer la partie perdante à l'exécuter.<sup>64</sup> Cette *actio iudicati* est parfois transposée en grec par les termes «τὰ ἀπὸ καταδίκης».<sup>65</sup> Or le terme *καταδίκης* est aussi utilisé à plusieurs reprises pour signifier l'autorité de la chose jugée. Un scholiaste des *Basiliques* commente ainsi une disposition statuant qu'il n'est pas possible d'aller contre une décision de justice (*κατὰ ψήφον*). Il ajoute entre les lignes du manuscrit, «ἐκ καταδίκης, c'est-à-dire *διὰ τὴν τῶν κεκριμένων ἀθθεντίαν*».<sup>66</sup> Pour le scholiaste, les deux expressions «ἐκ καταδίκης» et «τῶν κεκριμένων ἀθθεντίαν» recouvrent le même sens juridique, celui de la chose jugée. De même, l'*exceptio rei iudicatae* est aussi traduite en mobilisant les mêmes termes, qui semblent interchangeable puisque l'on trouve en de nombreux endroits l'expression «Ἀπὸ τῆς καταδίκης παραγραφῆς».<sup>67</sup> Il est ainsi possible de formuler

<sup>60</sup> BS 3187/30-3188/7 (*scholion* Pe ad Bas. 60.5.4) en particulier 3188/1-3: «[...] ἐκβάλλεται τῆ *ῥειουδικάτης παραγραφῆ* ὡς ἐξετασθέντος ἤδη τοῦ πράγματος ἐν τῷ πρώτῳ δικαστηρίῳ».

<sup>61</sup> *Ibid.* l. 7: «ὡς βιβ. να'. τιτ. β'. κεφ.ε'» soit Bas. 51.2.4.

<sup>62</sup> D. 44.2.4: *Rei iudicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium deducere solent*.

<sup>63</sup> N. van der Wal a déjà montré qu'entre l'époque de Justinien et l'époque médiobyzantine de beaucoup de termes techniques juridiques en grec ont connu des évolutions de sens importantes pouvant créer des malentendus nombreux. N. VAN DER WAL, *Les termes techniques grecs dans la langue des juristes byzantins*, dans *Subseciva Groningana* VI, 1999, 127-141.

<sup>64</sup> *Ecloga Basilicorum* cit., 239, 7.2.13 pr., ll. 25-26: «[...] ἡ *ιουδικάτω ἀγωγῆ*, ἥτοι ἡ ἀπαιτούσα τὰ ἀπὸ καταδίκης [...]»; 246, 7.2.32.14, ll. 20-21: «[...] ἡ *ιουδικάτου* τίκεται *ἀγωγῆ*, ἥτοι ἡ ἀπαιτούσα τὰ ἀπὸ καταδίκης [...]»; 249, 7.2.53, ll. 6-7: «[...] ὅτι οὐδὲ τὴν περὶ τῆς καταδίκης ἀγωγὴν γεννᾷ, ἥτοι τὴν *ιουδικάτου* τὴν ἀπαιτούσα τὰ ἀπὸ καταδίκης [...]».

<sup>65</sup> Bas. 9.3.88 (BT 487/15, 22 et 24); *Ecloga Basilicorum* cit., 249, 7.2.53.6-7 et 272, 7.5.15 pr.: «[...] ἡ *ιουδικάτω* ἥτοι ἡ ἀπὸ καταδίκης ἀγωγῆ [...]».

<sup>66</sup> BS 766/4 (*scholion* CA ad Bas. 14.1.29): «Ἐκ καταδίκης δηλονότι διὰ τὴν τῶν κεκριμένων ἀθθεντίαν».

<sup>67</sup> Bas. 9.3.102 (BT 489/11); 16.1.33 (BT 808/17); 25.2.3 (BT 1199/8); 60.32.7 (BT 2938/10);

l'hypothèse que les juristes byzantins, à une époque située entre la période des Antécesseurs et celle des empereurs de la dynastie macédonienne, aient aussi considéré que les termes παραγραφή et ἀγωγή, qui leur sont attachés, aient été également dans ce cas-là interchangeables. La scholie de Doxapatrès en serait, à mon sens, un témoignage. Ainsi l'expression «τῶν κεκριμένων ἀγωγή» que l'on peut traduire littéralement par l'action de la chose jugée, a pu être utilisé pour évoquer en vérité le concept d'*exceptio res iudicatae*.

En tout état de cause, l'absence de précisions dans le vocabulaire des couples *actio/exceptio* et *iudicati/res iudicata* atteste, il me semble, des difficultés importantes des juristes médiobyzantins à manier ce vocabulaire technique et donc à tout à fait comprendre ces concepts de droit romain. Or si, au XII<sup>e</sup> siècle, des juristes, des commentateurs du droit sont mis en difficulté pour faire la différence entre action et exception, deux éléments procéduraux fondamentaux du droit romain, *a fortiori* les magistrats et les justiciables byzantins qui n'ont pas de formation en droit n'ont certainement aucune connaissance de ces principes ni ne savent comment les manier au sein d'un tribunal.<sup>68</sup> Ces éléments contrebalancent assurément les quelques preuves indirectes de la connaissance de la défense de l'autorité de la chose jugée à l'époque médiobyzantine, mentionnés en premier lieu.

#### 4. UNE DISPARITION DE L'*EXCEPTIO REI IUDICATAE* À L'ÉPOQUE TARDOBYZANTINE.

Pour l'époque médiobyzantine, les preuves d'une compréhension complète de l'*exceptio rei iudicatae* sont peu nombreuses. Les éléments attestent d'une incompréhension certaine de ce concept et conduisent à penser que l'*exceptio rei iudicatae* ne faisait concrètement pas partie des armes procédurales que les Byzantins du X<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle pouvaient et savaient réellement mobiliser. À ces doutes, s'ajoute le silence assez général de la plupart des autres sources normatives et juridiques sur cette question. Tout se passe comme si dès l'époque médiobyzantine, il s'agissait d'un concept caduc ou du moins en voie de marginalisation.

Si certaines compilations omettent tout simplement les questions de procédures et ne comprennent donc pas d'éléments sur l'autorité de la chose jugée et sa défense, comme c'est le cas de l'*Ecloga* de l'époque isaurienne, d'autres compilations traitent de la justice, de l'organisation des tribunaux et des procès sans jamais mentionner l'*exceptio rei iudicatae*. Le *Procheiron* et l'*Eisagogè* qui précèdent les *Basiliques*, sont dans ce cas-là, et ne font strictement aucune mention du concept, quel que soit le vocabulaire utilisé. De même, les différents lexiques, produits au X<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle, ayant pour but d'expliquer les expressions techniques juridiques, latines ou grecques ne font jamais mention de l'*exceptio rei iudicatae*. De plus ces lexiques ne contiennent que très rarement la définition générale de l'*exceptio* ou d'une autre défense particulière alors que les définitions concernant le terme *actio* et toutes les différentes actions mobilisables en droit romain sont le cœur et le corps même de ces

BS 3189/11-12 (*scholion* Pe ad Bas. 60.5.4) et 3190/4 (*scholion* Pe ad Bas. 60.5.4): «Ἡ ρείουδικάται παραγραφή ἦγουν ἡ ἀπὸ καταδίκης παραγραφή». Voir également la *Synopsis Maior* qui reprend mot pour mot la disposition Bas. 9.3.102 des *Basiliques*. *Synopsis Basilicorum Maior* dans I. ZEPOS, P. ZEPOS, *Jus Graecoromanum*, V, Ἀθῆνα 1931, 332, K.5.12 et 598, Ψ.3.16. Sur l'utilisation de l'expression «κεκριμένων παραγραφή» voir les notes 44 et 45.

<sup>68</sup> Voir notamment pour l'époque médiobyzantine, H. SARADI, *The Byzantine Tribunals: Problems in the Application of Justice and State Policy (9th-12th c.)*, dans REB 53, 1995, 174-176.

lexiques.<sup>69</sup> Cette marginalisation de l'*exceptio rei iudicatae* se confirme largement pour la période tardobyzantine.

Les *Basiliques* et les œuvres qui en compilent des extraits possèdent un vocabulaire relativement varié pour exprimer les concepts d'*exceptio rei iudicatae* ou de *res iudicata*.<sup>70</sup> Pourtant, les principales compilations juridiques composées à partir du XIII<sup>e</sup> siècle n'en font aucun usage et n'utilisent, par ailleurs, aucun terme nouveau pour faire référence à ces concepts qui disparaissent tout simplement. Seule la *Synopsis Minor*, composée probablement au plus tard XIII<sup>e</sup> siècle, fait référence encore à l'*exceptio rei iudicatae* et la définit.<sup>71</sup> Comme l'affirme S. Perentidis cependant, la *Synopsis Minor* est «un lexique alphabétique du droit séculier, destiné [...] à des lecteurs non familiarisés avec le droit [...] un] manuel pour l'initiation des jeunes juristes». <sup>72</sup> Aussi les définitions et les concepts se trouvant dans ce lexique devraient également se trouver sous forme plus détaillée dans des compilations juridiques plus techniques et largement diffusées de la période tardobyzantine. Or force est de constater que les deux œuvres juridiques les plus diffusées, le *Procheiron Auctum* et surtout l'*Hexabiblos* n'y font plus du tout référence.<sup>73</sup> L'*Hexabiblos* contient seulement le

<sup>69</sup> Les *Πρωμαϊκὰ ἀγωγαί* produit à l'époque médiobyzantine ne contiennent que quelques paragraphes concernant l'*exceptio* et ne contient aucune définition de l'*exceptio rei iudicatae*. Voir R. MEIJERING, *Πρωμαϊκὰ ἀγωγαί. Two Byzantine Treatises on Legal Actions*, dans FM VIII, 1990, 120-123, 9.2; Le lexique *ἀσσηθ* produit à partir du X<sup>e</sup> siècle, ne donne qu'une traduction du terme latin *exceptionibus* sans jamais aborder dans le détail les différentes exceptions alors que de nombreuses *actiones* différentes sont explicitées. Voir L. BURGMANN, *Das Lexikon ἀσσηθ*, dans FM VIII, 1990, 306. Enfin le lexique *ἄδεται* produit entre le IX<sup>e</sup> et le XIII<sup>e</sup> siècle ne contient rien sur l'*exceptio* ni sur le concept de *res iudicata*. Voir L. BURGMANN, *Das Lexikon ἄδεται – ein Theophilglossar*, dans FM VI, 1990, 19-63. Seul le lexique *Μαγκίπουν* dont l'origine et la nature restent obscures, contient une traduction littérale du principe *Res iudicata pro veritate accipitur* ce qui ne signifie pas que le rédacteur ou le lecteur connaissent par ailleurs le moyen de mettre en pratique ce principe. Voir B.H. STOLTE, *The Lexicon Μαγκίπουν*, dans FM VI, 1990, 370. Plus généralement sur les lexiques juridiques byzantins voir L. BURGMANN, *Byzantinische Rechtslexika*, dans FM II, 1977, 87-146.

<sup>70</sup> En plus des différentes expressions formées autour des termes *παραγραφή*, *καταδίκη*, du participe de *κρίνω*, dont nous avons déjà donné les références, l'*exceptio rei iudicatae* est aussi mentionnée par l'expression latine en grec *ῥεϊουδικάταε παραγραφή*, parfois écrit *ῥεϊ ιουδικάταε παραγραφή* uniquement dans les scholies des *Basiliques* et dans l'*Ecloga Basilicorum*. Voir BS 668/26 (*scholion CA ad Bas. 13.2.37*); 945/31 (*scholion Π ad Bas. 16.1.33*); 1785/15-16 (*scholion ad Bas. 25.2.3*); 2271/10 et 2271/21 (*scholia Pb ad Bas. 38.10.7*); 3188/2 et 3190/4 (*scholia Pe ad Bas. 60.5.4*); 3486/18, 19 et 26 (*scholia Pe ad Bas. 60.17.3*); *Ecloga Basilicorum* cit., 237, 7.2.1-2, l. 24; 239, 7.2.13 pr., l. 26. L'expression *ἐκ τῆς ψήφου παραγραφῆς* est également utilisée en une seule occasion: Bas. 8.2.40 (BT 421/22).

<sup>71</sup> *Synopsis Minor* dans I. ZEPOS, P. ZEPOS, *Jus Graecoromanum* VI, Αθήνα 1931, 489-490, II, 15. Sur la composition de la *Synopsis minor* voir S. PERENTIDIS, *Recherches sur le texte de la Synopsis minor*, dans FM VI, 1984, 251-257.

<sup>72</sup> S. PERENTIDIS, *Recherches sur le texte de la Synopsis minor* cit., 270.

<sup>73</sup> Concernant l'*Hexabiblos*, il convient de noter que la traduction latine de G. Heimbach laisse penser que le concept de *res iudicata* est bien présent dans l'ouvrage. Cependant, il ne traduit jamais une expression juridique technique et ses effets, mais toujours le terme de jugement. L'intitulé du titre 4 du livre 1: *Περὶ δικαστικῆς ψήφου καὶ αποφάσεως* est rendu par *De Iudiciali Sententia ac Re Iudicata* alors que le terme *ἀπόφασις* signifie tout simplement sentence ou décision dans un sens commun. Dans d'autres passages, le terme est le plus souvent traduit par «decretus». Voir, CONSTANTIN HARMENOPOULOS, G. HEIMBACH (éd.), *Hexabiblos*, Leipzig 1851, 1.12.12, 142; 1.12.28, 146; 1.12.39, 148; 5.12.45, 718 et 6.7.5, 760. Par ailleurs Heimbach traduit également d'autres termes par *res iudicata*. C'est le cas de l'expression «*τῆς καταδίκης*» en *Hexabiblos* cit., 1.4.71, 94-95 ou encore en *Hexabiblos* cit. 3.7.16, 431,

principe selon lequel un jugement définitif dans un litige empêche toute transaction sur le même litige à l'avenir.<sup>74</sup> Si cette œuvre juridique contient bien l'idée d'autorité de la chose jugée, elle ne contient ni ne définit le mécanisme procédural qui permet de mettre en pratique devant une cour de justice. Par ailleurs, le lexique ajouté dans sa version augmentée constantinopolitaine au XV<sup>e</sup> siècle, l'*Hexabiblos aucta*, ne comprend également aucune référence à l'*exceptio et a fortiori* au concept de *res iudicata*.<sup>75</sup> Or, comme l'écrit M.Th. Fögen, ce lexique est alors une tentative d'expliquer des termes juridiques techniques que les Byzantins du XV<sup>e</sup> siècle ne comprennent plus et n'utilisent plus. Aussi la combinaison de l'absence de l'*exceptio rei iudicatae* dans l'*Hexabiblos* et l'absence même de définition du concept dans le lexique attestent à mon sens qu'elle est tombée en désuétude totale avant le XIV<sup>e</sup> siècle et la production de ses ouvrages.

L'absence de toute référence claire à l'*exceptio rei iudicatae* à l'époque tardobyzantine renforce assurément l'hypothèse de la caducité du concept dans la pratique judiciaire, à ce moment-là et probablement dès le XII<sup>e</sup> siècle.

## 5. CONCLUSION.

Si le souci des empereurs byzantins pour la justice et l'ordre les a conduits à légiférer sur le temps judiciaire, aucun depuis Justinien n'a rénové et actualisé sa construction juridique de l'autorité de la chose jugée, provoquant la disparition d'un outil procédural pourtant majeur pour permettre la concrétisation de l'incontestabilité des décisions de justice à Byzance.

L'enjeu de cette étude était d'évaluer s'il existait dans le droit écrit byzantin un principe permettant qu'un justiciable puisse indéfiniment ester en justice alors que son litige a déjà été traité, et ainsi éviter la naissance de procès immortels. Si le principe existe bien dans les œuvres juridiques de Justinien, à travers l'*exceptio rei iudicatae*, il semble que le concept soit mal compris à l'époque médiobyzantine. Les juristes semblent confus en utilisant le vocabulaire qui lui est lié. Cette mauvaise compréhension est fondée sur une évolution ancienne et une traduction erronée du *Digeste* datant probablement de l'époque des Antécresseurs. Par ailleurs, peu d'éléments nous permettent d'effectivement attester d'une réelle compréhension et d'une mise en pratique de cette défense. De plus, l'époque tardobyzantine confirme cette impression puisque le concept est frappé par un phénomène de disparition dans la plupart des œuvres juridiques et notamment les plus diffusées. L'*exceptio rei iudicatae* semble être un élément procédural caduc, au plus tard à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, peut-être bien plus tôt.

Comme le suggérait D. Simon, il n'existe donc plus de principe permettant de concrétiser l'incontestabilité des jugements au sein du système judiciaire byzantin. La légalité byzantine, c'est-à-dire le droit tel qu'il est compris et mis en pratique par les Byzantins, suit ici le droit écrit. C'est ce dont témoigne la documentation judiciaire. Sans principe régulateur inscrit dans le droit écrit, les Byzantins peuvent éternellement utiliser

dont nous avons vu qu'elle pouvait tout aussi bien signifier *res iudicata* que jugement tout simplement. Enfin le concept peut également être traduit depuis le terme διαταξις. *Hexabiblos* cit. 1.4.73, 97, le plus souvent utilisé pour traduire «constitution».

<sup>74</sup> *Hexabiblos* cit., 1.10.4, 132. Il s'agit assurément d'une reprise directe de *Peira* cit., VII, 4.

<sup>75</sup> M.Th. FÖGEN, *Das Lexikon zur Hexabiblos aucta*, dans FM VI, 1990, 153-214, en particulier 159.

tous les échelons de la justice byzantine, impériale comme ecclésiastique, jusqu'à ce que d'autres facteurs extérieurs au droit impérial les en empêchent. Ici, l'étude du droit byzantin apporte bien des éléments explicatifs aux comportements des justiciables et de la magistrature byzantine.

Renzo Lambertini

P.S. 4.1.6 e la libertà di forma del fedecomesso

ABSTRACT

P.S. 4.1.6 does not admit the verbs *relinquo* and *commendo* in order to arrange a *fideicommissum*. It is a unique passage of its kind in the whole textual apparatus. Even in the light of the Visigothic *Interpretatio*, hitherto not considered by the doctrine, the essay investigates the reasons of such exclusions, which however have nothing to do with formalism.

PAROLE-CHIAVE

Fedecomesso; lasciti diretti; forma; formalismo; *Pauli Sententiae*; *Interpretatio alle Pauli Sententiae*.





## P.S. 4.1.6 E LA LIBERTÀ DI FORMA DEL FEDECOMMESSO

1. In un libro sul tema pubblicato di recente è scritto che «il fedecommesso ... fu il terreno della libertà»,<sup>1</sup> ed è certamente un'affermazione da condividere. Dopo che per intervento di Augusto l'originaria disposizione *mortis causa* affidata unicamente al senso morale dell'erede o del legatario diventa una figura giuridica, lo spettro delle sue potenzialità si appalesa ben presto straordinario: la lunga serie di differenze che lo separano dal legato elencate da Gaio<sup>2</sup> sono infatti riconducibili sotto il comune denominatore, appunto, della libertà, della mancanza di quei limiti formali – e in non lieve misura anche strutturali – che caratterizzano invece i lasciti diretti di ascendenza civilistica.

È poi dato notorio che proprio per l'estrema duttilità di questo involucro negoziale *mortis causa*, il fedecommesso ha finito con l'investire pressoché l'intero complesso della devoluzione ereditaria legata alla volontà del *de cuius*, a titolo universale e a titolo particolare,<sup>3</sup> fino ad avviarsi nel diritto intermedio, nella versione del *fideicommissum familiae*, lungo un percorso che scandirà per secoli la trasmissione degli assetti patrimoniali nel succedersi delle generazioni.

Ovviamente l'aspetto di più immediata evidenza, connesso proprio alla natura primigenia di fenomeno del costume, investe il profilo formale. Si trova scritto in dottrina che il fedecommesso, individuando nella *voluntas* il proprio fondamento primo, veniva disposto, per iscritto od oralmente, con *verba non imperativa* ma *precativa*: i più usuali erano *peto, rogo, volo, fidei committo* ma gli esempi ulteriori che figurano nell'apparato testuale sono numerosissimi;<sup>4</sup> si poteva inoltre ricorrere a lingue diverse da quella latina – non solo la greca, ma pure la punica, la gallica e altre ancora –, nel quadro dunque della più ampia libertà espressiva. Per rafforzare tale affermazione al massimo grado, si aggiunge talora che al fedecommesso si poteva perfino dare vita con un cenno.<sup>5</sup> Tutto indiscutibil-

<sup>1</sup> V.M. MINALE, *La materia fedecommissaria tra giurisprudenza e legislazione. Un percorso attraverso l'opera di Volusio Meciano*, Napoli 2020, 257.

<sup>2</sup> Gai. 2.268-283. L'istituzionista riferisce poi (2.284-288) di alcune differenze che alla sua epoca erano già venute meno nel contesto di un progressivo avvicinamento delle due tipologie di lasciti.

<sup>3</sup> Scrive L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onero*, Milano 2003, 1 nt. 1, che il fedecommesso «aveva sommato una molteplicità di funzioni: quasi ad affiancare e “duplicare” ogni altra disposizione di ultima volontà propria del *ius civile*».

<sup>4</sup> *Infra* par. 2.

<sup>5</sup> A mero titolo di esempio: C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano (con riguardo all'attuale giurisprudenza)*, Milano 1889, 35 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma 1928<sup>2</sup> (rist. Roma 2002), 667; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1960<sup>14</sup>, 574; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma s.d. (1961), 779; P. VOCI, *Diritto*

mente vero, posto che si tratta di affermazioni che trovano chiara conferma nei testi.

Gai. 2.249 *Verba autem fideicommissorum haec maxime in usu esse videntur* peto, rogo, volo, fidei committo; *quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.*

Gai. 2.281 *Item legata Graece scripta non valent; fideicommissa vero valent.*

Tit. Ulp. 25.1-3, 9 *Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* (2) *Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: fidei committo, peto, volo dari et similia.* (3) *Etiam nutu relinquere fideicommissum usu receptum est.* (9) *Item Graece fideicommissum scriptum valet, licet legatum Graece scriptum non valeat.*

D. 32.11 pr. (Ulp. 2 *fideic.*) *Fideicommissa quocumque sermone relinquere possunt, non solum Latina <lingua> vel Graeca, sed etiam Punica vel Gallicana, vel cuiuscumque aliae gentis.*<sup>6</sup>

D. 30.127 (Paul. *l.s. de iur. codicill.*) (...) *sola enim voluntas servatur in fideicommissis.*

Ciò premesso, e muovendo dalle distinzioni che proprio nelle fonti, in tema di *heredis institutio* e di legati, riguardano le formule ammesse e quelle inibite – queste ultime indicate a volte in modo esplicito, ma in ogni caso ricavabili per immediata deduzione *a contrariis* –, verrebbe spontaneo pensare che si tratti, appunto, di un problema peculiare relativo alle predette disposizioni del *ius civile*, che hanno una lunghissima storia alle spalle e che assistono a un rigoroso formalismo iniziale progressivamente smussato tramite gradualità e parsimoniose ammissioni.<sup>7</sup>

*ereditario romano*, II<sup>2</sup>, Milano 1963, 233; G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommissio* (1967), in *Scritti di diritto romano*, Padova 1996, 154; G. PUGLIESE (, F. SITZIA, L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino 1991, 701; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1994<sup>4</sup>, 616; A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>11</sup>, Napoli 1997, 506; G. SCHERILLO, F. GNOLI, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano, 2003, 471-472; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino 2000, 249; L. DESANTI, *Restitutio post mortem onus cit.*, 428; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Palermo, 2006, 642-643; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2009, 411; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*<sup>6</sup>, Catania 2013, 516; F. BERTOLDI, *L'heres fiduciarius' in una prospettiva storico-comparatistica*, in *Studi Urbinati A* 66, 2015, 158; V. FORLANI, *In tema di fedecommissio come strumento di sanatoria di disposizioni invalide*, in *Koinonia* 42, 2018, 306; V.M. MINALE, *La materia cit.*, 50-51. Come spiega P.S. 4.1.6a (= D. 32.21 pr.), che sarà riportato poco più avanti, il cenno che dà vita a un fedecommissio valido costituisce peraltro un'*extrema ratio*, non certo una delle tante opzioni possibili in condizioni fisiologiche: si ammette che vi possa ricorrere colui che per una grave e improvvisa malattia è impossibilitato a parlare.

<sup>6</sup> A.S. SCARCELLA, *Il bilinguismo nei fedecommissi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e novi cives, come strumenti di integrazione sociale*, in *AUPA* 55, 2012, in part. 652-657, attribuisce a Ulpiano, in base al passo citato nel testo, la validazione giuridica dei fedecommissi disposti in lingua greca, in precedenza legata all'accoglienza di una mera prassi, ed esclude che ciò possa costituire un argomento atto a rendere più evidente il carattere informale dei fedecommissi.

<sup>7</sup> Quanto all'istituzione in erede: Gai. 2.116-117 *Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.* (117) *Sollemnis autem institutio haec est Titius heres esto; sed et illa iam comprobata videtur Titium heredem esse iubeo; at illa non est comprobata Titium heredem esse volo; sed et illae a plerisque inprobatae sunt Titium heredem instituo, item heredem facio;* Tit.

Alla luce dei precedenti rilievi – e magari aggiungendovi la considerazione di Papiniano, per il quale «nelle parole del fedecommissio è insita la buona fede»<sup>8</sup> – una contrapposizione anche in questo ambito tra formule idonee e formule invalide può apparire, almeno *prima facie*, un dato difficilmente coniugabile con quel «terreno della libertà» che, come si è detto all'inizio, connota in modo antonomastico la nostra figura giuridica.

In realtà, sebbene non considerato di frequente,<sup>9</sup> vi è un testo in cui, almeno a un'immediata lettura, una tale distinzione parrebbe non risparmiare neppure il fedecommissio.

P.S. 4.1.5-6a *Qui fideicommissum relinquit, etiam cum eo loqui potest cui relinquit, velut peto, Gai Sei, contentus sis illa re, aut volo tibi illud praestari. (6) Fideicommittere his verbis possumus rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, iniungo. Desidero quoque et impero verba utilem faciunt fideicommissum. Relinquo vero et commendo nullam fideicommissi pariunt actionem. (6a) Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus ei impedimento sit.*

Circa la forma del fedecommissio, Il passo delle *Pauli Sententiae*, dopo aver mostrato un modo di disporre il lascito sintatticamente diverso da quelli più comuni, che consiste in un discorso rivolto dal *de cuius* al fedecommissario, elenca – in modo da ritenersi esemplificativo – alcune formule usuali, che ricorrono sovente anche altrove, ossia *rogo*, *peto* e *volo* (non figura qui *fidei committo*, ma il dato è irrilevante), alle quali si aggiungono *mando*, *deprecor*, *cupio* e *iniungo*. Dopo uno stacco segnato da un punto fermo si menzionano altri due verbi a cui si può utilmente ricorrere, ossia *desidero* e *impero*, forse alludendo in tal modo a una loro minore frequenza.<sup>10</sup> Infine, senza tuttavia motivarlo, il testo cita due

Ulp. 21 *Heres institui potest his verbis: Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem esse iubeo. Illa etiam institutio: Heredem instituo, Heredem facio plerisque improbata est; D. 28.5.49(48)pr. (Marcian. 4 inst.) His verbis: 'Titius hereditatis meae dominus esto', recte institutio fit. Sebbene anch'essa conduca a un risultato di tolleranza sul piano formale, muove da un diverso angolo visuale l'applicazione del canone ermeneutico *plus nuncupatum minus scriptum* (D. 28.5.1.5-7 [Ulp. 1 ad Sab.]). Quanto alla disposizione dei legati: Gai. 2.193, 201, 209, 216 *Per vindicationem hoc modo legamus: Titio verbi gratia hominem Stichum do lego; sed et si alterutrum verbum positum sit, veluti do aut lego ita, aequè per vindicationem legatum est; item, ut magis visum est, si ita legatum fuerit sumito, vel ita sibi habeto, vel ita capito, aequè per vindicationem legatum est. (201) Per damnationem hoc modo legamus heres meus Stichum servum meum dare damnas esto; sed et si dato scriptum fuerit, per damnationem legatum est. (209) Sinendi modo ita legamus heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere. (216) Per praeceptionem hoc modo legamus L. Titium hominem Stichum praecipito. La trattazione di Tit. Ulp. 24.2-6 reca lievi varianti solo quanto alla formula del *legatum per damnationem*: (4) *Per damnationem his verbis: heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare iubeo. P. VOICI, Diritto ereditario romano, II cit., 121-129; 223-225. Sulle modalità di stesura da parte di Gaio della trattazione relativa ai legati vd. di recente P. ARCÉS, Ricerche sulle tecniche di scrittura delle «Istituzioni» di Gaio, Milano 2020, 71-110.***

<sup>8</sup> D. 36.1.56(54) (Pap. 19 *quaest.*): *verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat.*

<sup>9</sup> A prescindere dalla manualistica, il che è comprensibile (ma qualche testo, come vedremo, fa eccezione), del brano delle *Pauli Sententiae* non si occupa, per esempio, P. VOICI, *Diritto ereditario romano, II cit.*, 233 e nt. 41.

<sup>10</sup> Come si è premesso, anche se il luogo delle *Pauli Sententiae* reca un ampio numero di formule, non gli può essere attribuito l'intento di un'elencazione esaustiva: altre forme verbali in diversi contesti si rinvencono, per esempio, in D. 30.118 (Ner. 10 *reg.*): *Et eo modo relictum: 'exigo' 'desidero', 'uti des', fideicommissum valet: sed et ita: 'volo hereditatem meam Titii esse' scio hereditatem meam restitutum te Titio;* e in D. 30.115 (Ulp. 2 *inst.*): *Etiam hoc modo: 'cupio des' 'opto des' 'credo te daturum' fideicommissum est.*

formule inefficaci, recanti i verbi *relinquo* e *commendo*, e questa nell'apparato testuale appare la novità maggiore.

Novità – intendo chiarire al fine di evitare equivoci – non in quanto ivi si precisa che determinati modi espressivi non integrano un fedecommesso, ché le soluzioni circa singoli casi rinvenibili nel Digesto sono in tal senso tutt'altro che rare, ma quanto alla peculiare struttura espositiva – in certa guisa didascalica – del brano, con giustapposizione di formule valide ad altre, sia pure in misura assai minore, da escludersi.

Un testo istituzionale che si sofferma sulla fonte, con rilievi come sempre penetranti, è quello di Mario Talamanca.<sup>11</sup> Egli avverte che la contrapposizione, ripetuta di solito in dottrina, tra i fedecommessi formulati *precativo modo* e i legati disposti invece *imperative* va opportunamente circostanziata: in particolare la caratteristica dovuta ai *verba precativa* che connotano i fedecommessi non è da intendersi sotto il profilo semantico, perché in realtà alcune di quelle voci verbali non appaiono riflettere una preghiera, ma un vero e proprio comando, e il passo delle *Pauli Sententiae* fornisce in tal senso la più chiara riprova: *volo* – indicato come tipico fin dall'origine – non esprime certo un'implorazione; a maggior ragione, *impero* – che compare soltanto in P.S. 4.1.5 – rivela la più evidente valenza iussiva. L'imperatività dei *verba legati* non attiene pertanto al piano semantico, bensì a quello giuridico: sono imperativi perché il *ius civile* li pone come vincolanti per i *quattuor genera legatorum*. Specularmente, i *verba fideicommissi* sono *precativa* non in base al loro significato linguistico, ma perché inefficaci per il diritto civile.

Quanto infine alle due forme non valide, l'insigne studioso trova singolare («suscita perplessità») soprattutto l'esclusione di *relinquo*, tenendo conto che, come è noto, un fedecommesso *ab intestato* può essere disposto pure con un cenno.<sup>12</sup> Altri studiosi spiegano che *commendo* non è ammesso in quanto mera raccomandazione e *relinquo* perché troppo generico.<sup>13</sup>

2. Il paragrafo 6a di P.S. 4.1 – riportato sopra per ragioni di completezza ma che non interessa direttamente il presente discorso – è restituito dal Digesto (32.21 pr.),<sup>14</sup> ma i due che lo precedono, 5 e 6, ci derivano dal *Breviarium*, ove degli stessi è presente una *Interpretatio* che, del tutto trascurata nelle ricerche specifiche, appare opportuno considerare ai presenti fini:

Int. a P.S. 4.1.5-6 (Girard-Senn) *Qui fideicommissum cuicumque dimittit, potest his verbis ad eum, cui reliquerit, loqui: volo tibi de rebus meis illud esse donatum, aut spero a te ut illa re digneris esse contentus. Quod tamen debet aut testamenti serie aut testium professione constare. (6) Si quando fideicommissum relinquitur, precativis verbis relinqui potest, ut roget quis iniungat petat speret, ut id, quod fidei suae commissum est, ad eum, quem testator voluit, sicut iniunxit, ita faciat pervenire. Nam si dicat quis: dimitto hoc illi, vel commendo, quia verba directa sunt, fideicommissi locum habere non possunt.*

<sup>11</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 750 s.

<sup>12</sup> Scriveva C. FERRINI, *Teoria generale* cit., 37: «In verità non si vede la ragione del divieto di tale parola».

<sup>13</sup> A. BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino, 1996<sup>4</sup>, 719-720; S. PULIATTI, *Fedecommessi*, in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*<sup>2</sup>, Torino 2017, 735.

<sup>14</sup> Su di esso si veda *supra* nt. 5 in fine.

L'*Interpretatio* al § 5 presenta due formule più articolate, e anche più forbite,<sup>15</sup> di quelle che figurano nel testo commentato, aggiungendo che tali frasi, rivolte dall'ereditando all'onorato, devono trovare supporto o in tavole testamentarie o nella dichiarazione di testimoni, da intendersi in caso di fedecommesso disposto oralmente. A parte le espressioni più elaborate di cui si è detto, dovute a esempi tratti dalla casistica, tale corredo ermeneutico in ultima analisi aggiunge precisazioni tutto sommato intuitive.

Più rilevante appare l'*Interpretatio* al § 6, anche perché non si limita, come spesso accade, a riassumere o a esprimere i concetti con parole diverse, ma fornisce pure la ragione sottesa alla regola. L'interprete non ritiene sia il caso di ripetere *in toto* la nutrita serie di verbi di cui alla *sententia*, tanto è vero che, dopo aver premesso che il lascito si dispone *precativè*, nel successivo discorso (indiretto) delle precedenti forme verbali riprende soltanto *rogo, iniungo e peto*, omettendo *volo, mando, deprecor, cupio, desidero e impero*; aggiunge tuttavia *spero*, forse per attrazione rispetto alla formula più estesa che compare poco prima con riguardo a P.S. 4.1.5. Ma in realtà all'ignoto maestro interessa soprattutto spiegare il perché dell'esclusione di *relinquo* e *commendo*. *Relinquo*, che ora diventa *dimitto*,<sup>16</sup> e *commendo* – egli dice – sono *directa verba* e proprio per questo non sono idonei a dar vita a un fedecommesso azionabile (*Nam si dicat quis: dimitto hoc illi, vel commendo, quia verba directa sunt, fideicommissi locum habere non possunt*).

L'autore della nota ermeneutica assimila dunque *commendo* a *relinquo/dimitto* in chiave di disposizione espressa in modo diretto: *dimitto hoc illi; commendo hoc illi*, attribuendo a tale ultimo verbo il significato non di 'raccomandare', ma di 'consegnare', 'affidare', che peraltro è la prima accezione attestata nei lessici tra quelle proprie della voce verbale.<sup>17</sup>

Ecco allora che le precedenti formule elencate nella *sententia* vengono ora implicitamente raccolte sotto il comune denominatore della disposizione indiretta (*precativis verbis*): l'ereditando si rivolge all'onorato e lo prega, lo supplica, gli chiede, gli ingiunge, perfino gli comanda (*impero*), di dare la tal cosa al fedecommissario, e per questo, anche se imperative sul piano semantico, vanno bene tutte allo stesso modo. Le ultime due invece non vanno bene, ma – secondo l'interprete – non perché, rispettivamente, siano generiche (*relinquo/dimitto*) o alludano a un mero buon ufficio (*commendo*), ma perché il fedecommesso non si

<sup>15</sup> «Voglio che dai mie beni ti sia donato quello»; «Spero da te che ti degni di esser pago di quel bene». Alla prima formulazione è assimilabile, strutturalmente e per i termini usati, quella di cui a D. 31.75 pr. (Pap. 6 resp.): (...) '*scire te volo donare me tibi aureos octingentos*'; richiamano la seconda quelle presenti in D. 32.11.4 (Ulp. 2 fideic.): (...) '*contentus esto illa re*', e in D. 31.69 pr. (Pap. 19 quaest.): '*Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis*'.

<sup>16</sup> Anche all'inizio figura questa sostituzione: P.S. 4.1.5: *Qui fideicommissum 'relinquit'; Interpretatio: Qui fideicommissum cuicumque 'dimittit'*. Qui sorge un problema: in teoria infatti si potrebbe pensare a una volontà di salvare '*relinquo*', che nel commento ermeneutico in effetti non figura. Non credo tuttavia che si tratti di un'opzione convincente, in quanto l'ignoto interprete mostra di ritenere '*dimitto*' un *directum verbum* come '*relinquo*', onde il motivo dell'esclusione da lui spiegato vale per l'uno come per l'altro. Non avrebbe senso da parte sua giungere all'insegnamento che si legge partendo dal presupposto di due significati verbali diversi: anziché chiarire, indurrebbe soltanto in equivoco. È invece più logico pensare che egli abbia ritenuto opportuno ricorrere a un sinonimo – fors'anche perché di uso più corrente alla sua epoca – per far meglio comprendere il motivo dell'esclusione di '*relinquo*': con il risultato, in tal caso, di aggiungere un'ulteriore voce verbale non ammessa.

<sup>17</sup> E. FORCELLINI, V. DE VIT, G. FURLANETTO, *Totius Latinitatis Lexicon*, II<sup>3</sup>, Prati 1861, v. '*Commendo*' (301): «*Commendo proprie est aliquid alicui tradere, committere, deponere*». D. 50.16.186 (Ulp. 30 ad ed.): '*Commendare nihil aliud est quam deponere*. Cfr. anche D. 16.3.24 (Pap. 9 quaest).

pone come un lascito diretto, bensì a struttura mediata, obbligando l'onerato a eseguire una prestazione nei confronti del beneficiario.

3. Rimane il problema del rapporto tra il testo della *sententia* e la relativa *Interpretatio*. Ci si può chiedere infatti se quest'ultima abbia colto veramente il motivo dell'esclusione di *relinquo* e *commendo*. In realtà il discorso relativo alla fedeltà e alla congruenza delle *Interpretationes* visigotiche ai testi a cui si trovano apposte è molto complesso e non può essere affrontato in questa sede,<sup>18</sup> tuttavia è possibile allineare nello specifico qualche riflessione.

Quanto a *relinquo*, sul piano semantico la voce verbale allude – o allude anche – a un'attribuzione del bene al fedecommissario priva di mediazioni, e a ben osservare ciò non vale per alcuno dei verbi utilizzabili che precedono, i quali presuppongono di regola un'attività dell'onerato, chiesta, auspicata, implorata o imposta che sia.<sup>19</sup>

Cogliere un simile carattere nelle formule con le quali il disponente parla al fedecommissario anziché all'onerato risulta invero un po' meno facile, ma non precluso: dicendogli di sperare che sia contento di questo o quel bene, il *de cuius* focalizza infatti il risultato finale, quando cioè il destinatario del lascito si troverà il bene presso di sé,<sup>20</sup> ma il suo discorso non investe l'azione che produce il citato effetto, la quale pertanto non va riferita a lui stesso, ma all'erede o al legatario onerato.

Analogo discorso vale per l'altra formula – «voglio che dai miei beni ti sia donato quello» –, ove il compimento dell'azione da parte di un soggetto diverso da colui che parla è ancora più evidente. In altri termini, non sembrerebbe convincente intravedere nelle parole rivolte al fedecommissario il segno di un'attribuzione non mediata: sì, l'erede o il legatario non vi compare, ma l'operazione passa comunque attraverso di lui.

Circa *commendo*, la questione si presenta invece più articolata. Si è detto infatti che il primo significato del verbo è 'consegno', 'affido', ma la voce verbale reca anche, come è noto, l'accezione 'raccomando'. Orbene, proprio con questa il termine figura in un passo del Digesto che interessa molto da vicino la presente tematica:

D. 32.11.2 (Ulp. 2 *fideic.*) *Si ita quis scripserit: 'illum tibi commendo', divus Pius re-scripsit fideicommissum non deberi: aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare.*

Nel suo trattato *De fideicommissis* Ulpiano cita un rescritto di Antonino Pio, che negò

<sup>18</sup> Cfr. G. CERVENCA, *Le leggi romano-barbariche*, in AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*<sup>2</sup> (dir. M. TALAMANCA), Milano 1989, 624 s.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 375 s., ivi, alla nt. 163, ampia letteratura, a cui adde L. DI CINTIO, *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX*, Milano 2013; EAD., *Nuove ricerche sulla «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Libri I-II*, Milano 2018; D. MANTOVANI, *Sul Liber Gai. Trasmissione, forma, contenuti e storia degli studi*, in U. BABUSIAUX, D. MANTOVANI (a cura di), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, Pavia 2020, 581 ss.

<sup>19</sup> Il verbo *relinquere* si trova invece riferito all'onerato, in particolare trattandosi di *fideicommissum familiae*: per esempio, in D. 31.67.3 (Pap. 19 *quaest.*) *'rogo fundum cui voles aut quibus voles ex familia relinquo'*. La spiegazione dell'*Interpretatio Pauli* è condivisa da J.R. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, III (*Digestorum seu Pandectarum libri XXX, XXXI, XXXII*), Parisiis 1819, 3 nt. 2: «verbum 'Relinquo' videtur esse ejus qui directo de re sua disponit, non ejus qui aliquid heredem rogat».

<sup>20</sup> Sempre, s'intende, che accetti il lascito, com'è nei voti di colui che lo dispone.

fosse dovuto un fedecommesso disposto con la formula *'illum tibi commendo'*. Si allude evidentemente a un'espressione così congegnata senza ulteriori specificazioni, e in tal caso nell'intenzione del disponente essa dovrebbe ritenersi finalizzata alla restituzione dell'intera l'eredità: «Ti raccomando Caio», rivolto all'erede istituito («Tizio sia erede, e, Tizio, ti raccomandando Caio») o *ab intestato* («Mio erede, ti raccomando Caio»).

È invece ovvio che se *commendo* si trova inserito nell'ambito di una disposizione più elaborata che rende chiara la volontà in ordine al lascito non possono sussistere problemi.<sup>21</sup>

Comunque il principe, interrogato in proposito, rispose che il fedecommesso non era dovuto, e la ragione risiede nel dato per cui altro è raccomandare una persona, altro far pervenire agli eredi onerati una precisa volontà in ordine alla disposizione di un fedecommesso. Tale menzione del rescritto con l'indicazione della *ratio* sottesa, finisce peraltro con il dar vita a una regola relativa al modo di disporre il lascito.

Ritengo che la *sententia* paolina, nell'escludere *commendo*, rifletta proprio il disposto del rescritto antonino, tanto più che, tempo dopo, una pronuncia diocleziana esclude recisamente che l'espressione (ricostruibile come) *'servum illum tibi commendo'* sia bastevole ai fini di una libertà fedecommissaria:

C. 7.4.12 (Diocl. et Max., a. 294): *Ex verbo 'commendo' testamento vel codicillis non videri fideicommissariam libertatem relictam auctoritate iuris declaratur.*

Trovo particolarmente suggestiva l'ipotesi di Contardo Ferrini,<sup>22</sup> secondo il quale *auctoritate iuris declaratur* si riferirebbe al passo delle *Pauli Sententiae* considerato in questa sede (4.1.6), in tal senso infatti – aggiungo io – vi si potrebbe leggere una sorta di significativa anticipazione, dovuta a Diocleziano, del noto elogio rivolto da Costantino alla fonte paolina e delle ampie fortune toccate alla stessa in età tardoantica.<sup>23</sup>

Comunque sia, e ritornando al nostro tema, la *sententia* non sembra assimilare *commendo* a *relinquodimitto* nel senso in cui lo intenderà l'interprete, il quale invece, stante la laconicità del testo paolino (*Relinquo vero et commendo nullam fideicommissi pariunt actionem*) e verosimilmente ignaro della pronuncia imperiale, è indotto a individuare nei due verbi posti vicini e segnalati come inidonei una sorta di comune denominatore semantico. Da *illum tibi commendo*, dunque, a *commendo hoc illi*.

Rimane comunque percepibile – si consideri la *sententia*, l'*Interpetatio*, o il complesso costituito dall'una e dall'altra –, la sostanziale esclusione del verbo *commendo* in ordine alla disposizione di un fedecommesso.

<sup>21</sup> D. 34.1.5 (Mod. 11 *resp.*): (...) *'Prothymum Polychronium Hypatium commendo: ut et vobiscum sint et cibaria praestetis, peto'*. Ove peraltro qualificante ai fini del lascito è il verbo finale *peto*, che tuttavia C. FERRINI, *Teoria generale* cit., 36 nt. 4, propone di espungere. Nutro qualche perplessità, ma in ogni caso ai fini del presente discorso i termini della questione non cambierebbero perché l'intenzione di dar vita a un fedecommesso appare chiara.

<sup>22</sup> C. FERRINI, *Teoria generale* cit., 35.

<sup>23</sup> CTh. 1.4.2 (Const., a. 327 [?]): (...) *Ideoque sententiarum libros plenissima luce et perfectissima elocutione et iustissima iuris ratione succinctos in iudiciis prolatos minime dubitatur*. Ovviamente gioca un qui un ruolo primario la mia opinione – non certo maggioritaria, ma ultimamente in recupero – relativa all'origine e alla storia delle *Pauli Sententiae*: cfr. in proposito, di recente, R. LAMBERTINI, *Rec. a I. RUGIERO, Ricerche sulle Pauli Sententiae* cit., in part. 287 ss.



4. Quando, in origine, il fedecommissario era un mero fenomeno del costume teso a eludere l'impossibilità di beneficiare determinate persone prive di *testamenti factio* o di *capacitas* con attribuzioni dirette *mortis causa*, i *verba* ai quali si ricorreva erano tendenzialmente quelli di una preghiera, di una sommessa richiesta. È difficile infatti pensare al ricorso di voci verbali come per esempio *iniungo e impero*, ché di solito non si usano toni perentori nei confronti di un soggetto dal quale si spera di ricevere un favore.

Stando ai testi, insieme a *peto, rogo e fidei committo*, ricorreva anche *volo*: giustamente il Talamanca rileva che sotto il profilo semantico non appartiene ai *precativa verba*, ma oltre che per il valore forte che i Romani riconnettevano alla *fides*, in determinati casi, magari per il rapporto non paritario tra disponente e onerato – padre e figlio, patrono e liberto, ecc. – tale voce verbale poteva nondimeno ritenersi adeguata, in quanto il *de cuius* contava sulla propria autorevolezza, pur consapevole che in caso di inottemperanza da parte dell'erede o del legatario non ci sarebbe stato nulla da fare.<sup>24</sup> Per le predette ragioni il modo di disporre il fedecommissario esplicitava anche il carattere mediato del lascito, e perciò la necessaria presenza dell'onerato che fungeva da tramite e sulla cui onestà si faceva affidamento.

I *verba* pertanto, oltre a essere *precativa* e non *imperativa*, non potevano neppure essere *directa*. Paradigmatica in tale direzione la formula del fedecommissario universale riportata da Gaio (2.250): *Rogo te, Luci Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas restitutas*.

Quando in età augustea il fedecommissario diventa una figura giuridica azionabile, le primigenie formule di preghiera continuano a ricorrere per forza di tradizione e il modo di disporre il fedecommissario mantiene una sua tipicità arricchita da numerose ulteriori formulazioni, poiché è normale che a questo punto a espressioni di preghiera in senso proprio si affianchino, fin quasi a diventare la maggioranza, locuzioni di carattere iussivo variamente costruite: d'altronde adesso sull'onerato grava l'obbligo della restituzione e anche quella che sulla carta appare come una preghiera o una supplica è tale soltanto per modo di dire. Da questo punto di vista peraltro non vi sono limiti: quello che conta è la *voluntas*, e le fonti sono in tal senso esplicite (Tit. Ulp. 25.1: *Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*).

Diverso è il problema relativo al carattere diretto o indiretto connesso ai *verba* della disposizione.

Il fedecommissario ha una struttura trilatera come i legati obbligatori, e in particolare il *legatum per damnationem*, assunto con il senatoconsulto Neroniano a importante strumento al contempo salvifico e aggregante rispetto ai *quattuor genera legatorum*. A questo infatti assomiglia in modo palese, e alla sua formula non di rado vede aggiunta la propria da parte dei testatori in chiave tuzioristica (*heres meus damnas esto dare fideique eius committo, uti det*),<sup>25</sup> favorendo in tal modo, insieme con altri fattori come l'assorbimento nella *cognitio* della tutela dei legati già appannaggio dell'*ordo*, quell'avvicinamento progressivo tra le due tipologie di lasciti che si concluderà con la totale equiparazione voluta da Giustiniano.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Anche se sul piano aneddotico non manca l'esempio di un fedecommissario, Quinto Pompeo, che riuscì a ottenere soddisfazione (Val. Max. 4.2.7): proprio, può ritenersi, per il valore della *fides* unito allo stretto rapporto tra onerato renitente e beneficiario (in tal caso madre e figlio).

<sup>25</sup> Vd. D. 32.95 (Maec. 2 *fideic.*).

<sup>26</sup> Vd. R. LAMBERTINI, *D. 36.2.27 pr.: un lapsus di Cervidio Scevola?*, in (a cura di) A. PALMA, *Civitas e Civilitas. Studi F. Guizzi*, I, Torino 2013, 462-468, con letteratura.

Rimane però la differenza rispetto all'istituzione di erede e al legato reale, che prescindono dalla mediazione di un operato: l'attribuzione diretta della proprietà di un bene al fedecommisario (sempre che la *res* sia del testatore) rimane preclusa fino a Giustiniano.<sup>27</sup> Se il carattere precativo è destinato a stemperarsi in larga misura, un fedecommesso che si pretenda attribuito in modo diretto (*relinquo tibi illud*) può dar luogo a problemi di riconoscibilità sul piano della tipologia negoziale, nonché – *quaestio* connessa – circa l'interpretazione della *voluntas* di colui che lo dispone.

Premesso dunque che, quanto agli effetti, fedecommesso e legato reale restano sostanzialmente infungibili, si comprende che *relinquo* ricorra di frequente nell'espressione *fideicommissum relinquere*, cioè quando si parla del lascito in generale («lasciare un fedecommesso»),<sup>28</sup> ma che chi usa quel verbo per disporre uno specifico a favore di Tizio o di Caio possa dar vita a una *quaestio* ermeneutica.<sup>29</sup>

Tutto ciò finisce inevitabilmente con il riflettersi sulla forma, perché la forma è il modo in cui la volontà negoziale diventa conoscibile e quindi rilevante (per dirla con Jhering, essa rende visibile l'invisibile), ma – è bene sottolinearlo – non ha nulla a che vedere con il formalismo, investendo invece, nel senso già visto, il problema dell'identificabilità tecnica della disposizione e quello dell'univocità della *voluntas* riconducibile al suo autore sul piano interpretativo. Sotto il profilo opposto, infatti, la formula *Titium heredem esse volo* è esclusa come istituzione di erede non perché non sia chiara la volontà del testatore – il suo intento si capisce perfettamente –, ma perché la forma prevista dal *ius civile* si autogiustifica, basta a se stessa, e di conseguenza non ammette ragioni in deroga.

La forma del fedecommesso è per natura e *ab origine* del tutto libera, ma l'istituto ha una propria struttura e una propria efficacia, e su un malinteso presupposto di libertà di

<sup>27</sup> C. 6.43.1pr.-1 (Iust., a. 529); cfr. anche C. 6.43.3.2 (Iust., a. 531), D. 30.1 (Ulp. 67 *ad ed.*) itp.

<sup>28</sup> Proprio dalla citata espressione C. FERRINI, *Teoria generale* cit., 37 s., trae la conseguenza che l'affermazione delle *Pauli Sententiae* circa *relinquo* sia smentita dal Digesto, riconoscendovi una sorta di iato tra quest'ultimo e il *Breviarium* («oltremodo sospetta la notizia che ora nel Breviario si legge intorno all'uso della voce 'relinquo'»). Senza escludere che un giurista classico potesse riconoscere un fedecommesso in una disposizione *mortis causa* incentrata sul verbo *relinquo*, rilevo soltanto, sotto diverso profilo, che *fideicommissum relinquere* allude genericamente all'atto del disporre un fedecommesso, in quanto si tratta pur sempre di un lascito. Lo stesso però ha una propria specifica struttura, onde su tali basi rimane impregiudicata la questione relativa all'ammissibilità del verbo medesimo in una specifica disposizione fedecommissaria. Diversamente, e solo come immediato esempio, P.S. 4.1.5-6 (*Qui fideicommissum relinquit, etiam cum eo loqui potest cui relinquit ... relinquo vero et commendo nullam fideicommissi pariunt actionem*) conterrebbe una palmare e inammissibile contraddizione.

<sup>29</sup> In D. 33.7.20.7 (Scaev. 3 *resp.*) e D. 36.1.80(78).8 (Scaev. 21 *dig.*), sono citate disposizioni *mortis causa* a titolo particolare in cui figura il verbo *relinquo* e vengono qualificate legati, tuttavia bisogna riconoscere che ciò non costituisce una prova sicura perché, specie in Scevola, tra i termini '*legatum*' e '*fideicommissum*' non è ravvisabile una rigorosa linea di demarcazione: cfr. D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988, 256 ss.; A.S. SCARCELLA, *Il bilinguismo* cit., 629 nt. 37; R. LAMBERTINI, *D.* 36.2.27 *pr.* cit. Interessante è anche, in argomento, C. 6.45.2 *pr.*-1 (Gord., a. 240): *Ex his verbis: 'Titio decem milia vel insulam relinquo, ita ut quinque milia ex his vel eandem insulam Mevio restituat', licet antea neque legati neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate a divo Severo hoc admissum est. 1. Sed in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia, non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad ad condicionem sive ad modum recipiunt, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in condicionibus post exitum earum.* Indipendentemente dalla iniziale apertura di Settimio Severo seguita da quella più generale di Gordiano, la specifica e discussa disposizione fedecommissaria non è connessa al verbo '*relinquo*', ma al verbo '*restituo*'.

forma non può ammettersi che il profilo espressivo possa offuscarne i caratteri identitari e funzionali. D'altra parte, anche sul piano testuale, le *Pauli Sententiae* non dicono che *relinquo* e *commendo* sono parole con le quali il fedecommesso non è disposto *recte*;<sup>30</sup> dicono, con taglio più sostanzialmente pratico, che il lascito così espresso non genera azione fedecommissaria (*nullam fideicommissi pariunt actionem*): non si tratta, insomma, di un fedecommesso.

L'opera citata però, le *Pauli Sententiae*, oggetto di recenti studi innovativi,<sup>31</sup> ha una sua caratteristica struttura, costituita da un grande complesso di regole di *ius receptum* stagliate tendenzialmente in modo netto, funzionali in particolare alla *Rezitationspraxis* della *cognitio* matura, e prescinde *in toto* da questioni e disquisizioni teoriche, e tanto più da valutazioni casistiche legate alla controversialità del *ius*, per cui la sua scarna e diretta essenzialità, in un argomento come quello della forma del fedecommesso ove ci si occupa in definitiva di parole singole e decontestualizzate, può diventare in certo modo asettica e produrre come nel nostro caso l'effetto – solo peraltro apparente – di un catalogo di formule ammesse a cui ne vengono contrapposte poche altre invece riprovate, evocando così l'immagine ingannevole di un pur blando e tollerante formalismo.

Come ho già accennato,<sup>32</sup> ciò non esclude che i giuristi classici possano talora aver riconosciuto un fedecommesso anche in disposizioni incentrate sul verbo *relinquo*, ed è parimenti vero che sono soltanto le *Pauli Sententiae* a non ammetterlo,<sup>33</sup> ma ciò dipende appunto dalla struttura e dalla finalità proprie della fonte citata, e va anche aggiunto che tale esclusione, che non si può ritenere destituita di un suo fondamento, viene giustificata dall'interprete in un modo che obiettivamente convince.

Poco sopra si è parlato di *relinquo*, ma per l'altro verbo riprovato, *commendo*, in ultima analisi ci si muove sulla stessa falsariga: in tal caso l'opera di decontestualizzazione perseguita dall'autore della *sententia* appare ancora più chiara quanto agli effetti che ne derivano, posto che egli si fonda su un precedente testo giuridico di cui siamo a conoscenza, il *rescriptum divi Pii* riferito da Ulpiano, che fissa una netta distinzione sul piano volontaristico tra il raccomandare taluno, ossia segnalarlo alla cura o all'attenzione di un altro soggetto, e il disporre a suo favore un lascito a carico di quello. Altro, insomma, è tener presente un soggetto con atteggiamento benevolo, altro gratificarlo di un'eredità.

Poi, come si è visto, l'interprete pone a fondamento delle due voci verbali escluse la medesima *ratio*, tuttavia nell'ottica descritta sul piano pratico i termini della questione cambiano poco. Infatti sia per l'utente delle *Pauli Sententiae* come tali, sia per quello del *Breviarium* che ne incorpora l'estratto, il risultato che la *sententia* per il primo, e la medesima unita alla relativa *Interpretatio* per il secondo, intendono proporsi è in ultima analisi raggiunto, e si può sintetizzare nel senso, magari non impeccabile sul piano teoretico ma

<sup>30</sup> D. 28.5.49(48) pr. (Marcian. 4 *inst.*): *His verbis: 'Titius hereditatis meae dominus esto', recte institutio fit. Supra n. 7.*

<sup>31</sup> Mi riferisco soprattutto a V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Annaeus* 4, 2007, 53-86; e I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, in particolare 138-194, di cui cfr. la lettura di O. LICANDRO, *Pauli Sententiae. Storia controversa di un testo illustre tra autenticità, apocrifia e appunti di scuola*, in *SDHI* 84, 2018, 355-366; nonché le recensioni di D. LIEBS, in *ZSS* 136, 2019, 465-469; e R. LAMBERTINI, in *IVRA* 67, 2019, 253-290.

<sup>32</sup> *Supra* nt. 28.

<sup>33</sup> Anche se – e non credo sia un caso – in nessun testo figura una formula di fedecommesso recante l'isolato verbo '*relinquo*', come, per intenderci rapidamente, *Titio illud relinquo*. Vd. *supra* ntt. 28 e 29.

dotato di una sua pragmatica efficacia, che, siccome per disporre un fedecommesso si ha a disposizione una vera e propria messe di voci verbali, da *relinquo* (*dimitto*) e *commendo* rimane comunque buona regola astenersi.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Per quanto riguarda il *Corpus Iuris*, dopo la riforma giustiniana che equipara in tutto e per tutto i legati ai fedecommessi (C. 6.43.1pr.-1 ([a. 529]; cfr. anche C. 6.43.3.2 [a. 531], D. 30.1 [Ulp. 67 *ad ed.*] interpolato) la problematica relativa al verbo *relinquo* perde valore, perché a questo punto la disciplina delle due figure giuridiche è la medesima, e difatti, anche se come si è detto (nella nota precedente) nel Digesto non figura un fedecommesso disposto con l'isolato verbo *relinquo*, per altro verso non c'è nelle Pandette un testo che ne inibisca l'uso (P.S. 4.1.6 è restituito dal *Breviarium*). Diverso è il problema relativo al verbo *commendo*, inteso come 'raccomandare': qui l'esclusione di espressioni come *commendo tibi illum* rimane, ed è testimoniata da D. 32.11.2 e C. 7.4.12, esaminati sopra, in quanto si ha riguardo non al carattere diretto o indiretto del lascito come nel primo caso, ma all'effettiva determinazione del *de cuius* in ordine al lascito stesso. Si tratta, insomma, di una *quaestio voluntatis*, sulla quale ovviamente la riforma giustiniana non poteva incidere in alcun modo.



Daphne Penna

The *platos* and the *Basilica*.  
An attempt to master the chaos ...

ABSTRACT

The term *platos* in Byzantine legal sources has caused many headaches for legal historians. The present study examines the term *platos* in the *Basilica* scholia and focuses on some particular scholia that compare the *Platos* to the *Basilica* text. It is clear from the examined material that the *Basilica* scholiasts are keen to point out differences between the *Platos* and the *Basilica*, differences that concern not only the translation of Latin terms into Greek (*exhellenismoî*) but also the content itself. It seems that the *Platos* was a reservoir of Greek texts of *antecessorian* origin that ninth-century Byzantine jurists had at their disposal and that it was somehow related to the preparatory work for the *Basilica*. The hypothesis is brought that the *Platos* could be identified with the so-called sixty books of emperor Basil I.

PAROLE-CHIAVE

*Basilica*; *Basilica* scholia; *platos*; *antecessores*; Enantiophanes; *exhellenismoî*; compilation of sixty books by Basil I.



## THE *PLATOS* AND THE *BASILICA*. AN ATTEMPT TO MASTER THE CHAOS ...

In the life of a Byzantine legal historian there comes a moment when he or she will have to be confronted with the term *platos*. To an average person with some basic understanding of Greek, the word *platos* which is translated as ‘width’ or ‘breadth’, is basically used for a calculation, a measurement from one side to another and, metaphorically, it can mean extension, breadth of a subject or range of variation.<sup>1</sup> To a Byzantine legal historian, though, the word *platos* is more than that. In Byzantine legal sources the word can *inter alia* be used to refer to the legislation of Justinian, or to a compilation that proceeded the *Basilica* or in general to a range of laws, but it can also refer to the *Digest*-commentary of Stephanos or the *Code*-commentary of Thalelaios or the *Digest*-translation by Dorotheos. Put simply, in Byzantine law the word *platos* is associated with chaos.<sup>2</sup> It is not my intention in this brief paper to solve the mystery of *platos* in Byzantine law. This is my first confrontation with this term, and I am quite sure that it will not be the last one. The word *platos* occurs in several Byzantine legal texts: in the *Basilica* scholia, in the *Procheiros Nomos*, in the *Synopsis Legum*, in Balsamon’s work, etc.<sup>3</sup> In this paper I will give an overview of the use of the word *platos* in the *Basilica* scholia and share some thoughts on the subject.

To begin with, let us have a look at the frequency of the word *platos* in the *Basilica* scholia. Based on a search of the word *platos* in the database of the *Thesaurus Linguae Graecae* (TLG) we encounter the word *platos* in the *Basilica* scholia, as follows: eighty-three times as ‘πλάτος’, which can be either nominative or accusative, fourteen times in genitive as ‘πλάτους’ and forty-two times in dative as ‘πλάτει’. In some of the *Basilica* scholia the word *platos* clearly has the sense of ‘extensively’ or ‘broad’; for example, in expressions as ‘...εἶρηται σοι μετὰ πολλοῦ πλάτους ἐν τῷ δεδοτίβους...’<sup>4</sup> (= you have extensively been told in the part of *de dotibus*...) or ‘...ἐνθα καὶ μετὰ πολλοῦ πλάτους ἐκτίθεται

<sup>1</sup> See H.G. LIDDELL, R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon* (revised and augmented throughout by Sir H.ST. JONES with the assistance of R. MCKENZIE), Oxford 1940<sup>9</sup>, suppl. 1996<sup>2</sup> retrieved from Perseus digital library.

<sup>2</sup> In one of his studies, B.H. STOLTE notes that ‘τὸ πλάτος is a chameleonic term, meaning various things with various authors’; see B.H. STOLTE, *Balsamon and the Basilica*, in Subs. Gron. 3, 1989, 119.

<sup>3</sup> For the use of the word *platos* in various Byzantine legal texts with examples, see TH.E. VAN BOCHOVE, *To Date and not to Date. On the Date and Status of Byzantine law books*, Groningen 1996, 141-150. See also TH.E. VAN BOCHOVE, *Preluding the Basilica, but how? The final paragraph of the preface to the Prochiron reconsidered*, in Subs. Gron. 9, 2014, 276 s. and 311 ss.

<sup>4</sup> BS 1743/1-2 (sch. Pa 1 ad Bas. 24.3.6 = C. 4.10.2).



διδάσκων ἡμᾶς...<sup>5</sup> (= it is extensively exposed there teaching us...) or ‘Σημείωσε τὸ πλάτος τῆς λέξεως ...’<sup>6</sup> (= Note how broad the word is ...).

When reference is made to the *platos* in the *Basilica* scholia the most common wording is ‘Πρόσκειται εἰς τὸ Πλάτος ...’<sup>7</sup> (= it is included / added in the *Platos* ...) or ‘Τὸ Πλάτος ἔχει ...’<sup>8</sup> (= the *Platos* has ...), or similar expressions, for example, ‘... ὡς τὸ Πλάτος φησί, τὸ ...’<sup>9</sup> (= ...like the *Platos* mentions, the ...) and ‘Τὸ Πλάτος: ...’<sup>10</sup> (= The *Platos*: ...). It is difficult to define in these short sentences what the *Platos* actually is but it is certainly no coincidence that in almost all scholia which have this wording, the editors of the *Basilica* Groningen edition write the first letter of the word *Platos* with a capital letter, i.e. ‘Πλάτος’; this detail can indicate that the *Platos* refers to a specific work.

In some *Basilica* scholia there is a clear difference between the *Platos*, on the one hand, and the *Basilica*, on the other hand, and these scholia are worth examining in detail because they can perhaps tell us something more about the origin and content of the mysterious term *platos*. In the following *Basilica* scholion we read:

Σημείωσαι, ὅτι τοῦ Πλάτους ‘μέχρι ἰλλουστρίων’ ἔχοντος οἱ μεταφράσαντες ἀντὶ ‘ἰλλουστρίων’ ‘πρωτοσπαθαρῶν’ ἐξέδωκαν.<sup>11</sup>

«Note that although the *Platos* has ‘up to illustrious’, the translators have written ‘protospatharii’ instead of ‘illustrious’».<sup>12</sup>

The anonymous scholiast informs us here on a difference between the *Platos* and the *Basilica*. The *Basilica* fragment to which the scholiast here refers is about the use of dowry contracts when concluding a marriage. In Bas. 28.4.51 (47) it is stated that high-ranking officials up to the rank of *protospatharioi* should not marry before they have made dowry contracts except if they had the intention of marrying a wife before they had received their titles. In Nov. 117 c. 4, from which this *Basilica* fragment derives, the word used is ‘illustrious’. The word ‘illustrious’ is also used by Athanasios of Emesa in his *Syntagma*<sup>13</sup> and by Theodoros of Hermoupolis in his

<sup>5</sup> BS 2286/24-25 (sch. Pb ad Bas. 38.17.3 = C. 5.56.3).

<sup>6</sup> BS 2070/17 (sch. F Pa 1 ad Bas. 29.1.69 = D. 23.3.73).

<sup>7</sup> See, for example, BS 2184/5 (sch. Pb 5 ad Bas. 38.1.44 = D. 27.1.45); 2314/8 (sch. Pb 36 ad Bas. 39.1.8 = D. 5.2.8); BS 2463/9 (sch. Pb 6 ad Bas. 41.4.1 = Nov. 1); BS 2515/29 (sch. Pb 15 ad Bas. 42.1.13 = D. 5.3.12 fin. 13); BS 3125/1 (sch. Pe 25 ad Bas. 60.3.27 = D. 9.2.27); BS 3434/15 (sch. Pe 8 ad Bas. 60.12.81 = D. 48.2.81).

<sup>8</sup> See, for example, BS 263/27-28 (sch. CA 66 ad Bas. 11.1.27 = D. 2.14.27); BS 1074/23 (sch. Π 1 ad Bas. 18.1.25 = C. 4.25.5); BS 2169/20 (sch. Pb 6 ad Bas. 38.1.15 = D. 47.1.15); BS 2247/ 6 (sch. Pb 8 ad Bas. 38.9.1 = D. 47.9.1).

<sup>9</sup> BS 3596/21 (sch. Pe 7 ad Bas. 60.25.1 = D. 47.14.1).

<sup>10</sup> Interlinear BS 2194/23 (sch. Pb 6 ad Bas. 38.2.1 = D. 47.2.1); interlinear BS 2203/25 (sch. Pb 4 ad Bas. 38.3.4 = D. 47.3.4); interlinear BS 2590/2 (sch. Pb 7 ad Bas. 42.3.4 = D. 10.2.4).

<sup>11</sup> BS 1844/9-10 (sch. F Pa 2 ad Bas. 28.4.51 = Nov. 117 c. 4.).

<sup>12</sup> *Protospatharios* (πρωτοσπαθάρτιος) was one of the highest court dignities of the middle Byzantine period, see A. KAZHDAN *et al.* (eds.), *The Oxford Dictionary of Byzantium*, 3, Oxford 1991, 1748.

<sup>13</sup> Athanasios, *Syntagma* 10.9.4, see D. SIMON and SP. TROIANOS, *Das Novellensyntagma des Athanasios von Emesa* [Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte 16.], Frankfurt 1989, 342.

*Epitome of Novels*.<sup>14</sup> The *Basilica* scholiast points out that the *Platos* mentions ‘illustrious’ (the same wording as the relevant *Novel*, therefore), but those who made the translation used the word ‘protospatharioi’ instead. Indeed, in the *Basilica* the word used is ‘protospatharioi’; hence, by ‘the translators’ the scholiast must mean the people who compiled the *Basilica*. Based on this *Basilica* scholion, we can assume that the *Platos* refers to a work before the *Basilica* and it is somehow related to the *Basilica* because the people who translated words for the *Basilica* did not follow what the *Platos* has. In fact, one could go further here and suggest that the *Platos* could have been used by the *Basilica* compilers since the scholiast makes a comparison between the *Platos* and the *Basilica* and says more or less: ‘Look, at this point they (= the *Basilica* compilers) did not use the word that the *Platos* has.’ It is interesting to note that for the scholiast the *Platos* is the work of reference in comparing the text of the *Basilica* and not the original *Novel* from which the relevant *Basilica* fragment actually derives, although, as we have already mentioned, the *Novel* has also the word ‘illustrious’ and not ‘protospatharioi’ (just as the *Platos* has). It is worth highlighting this detail because in this case the *Basilica* fragment derives from a Justinianic legislative part that was in Greek, i.e. a *Novel*. That is not the case with the rest of Justinian’s legislation, i.e. the *Digest* and the *Codex*.<sup>15</sup> From the preserved material we can assume that the *Platos* was in Greek.<sup>16</sup> It would have made therefore sense to refer to the *Platos* in the case of the *Digest* or the *Codex*.<sup>17</sup> But in the case of a *Novel*, which was anyways written in Greek, one would expect the *Basilica* scholiast to refer directly to the *Novel*, yet the scholiast chooses the *Platos* here (and not the *Novel*). This can be an indication of the importance or the function of the *Platos* in the making process of the *Basilica*.

In another anonymous scholion it is pointed out that the *Platos* has ‘ώσανει ινστιτουτορίαν’, namely a Latin legal term (*actio institoria*) transliterated in Greek letters instead of the Greek ‘ώσανει κατὰ τοῦ προεστῶτος’, which we find in the *Basilica* text.<sup>18</sup>

The scholiast of the following *Basilica* scholion also implies that in the *Platos* there is a difference (from the *Basilica*). It is stated:

Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς. [...] Τὸ δὲ Πλάτος ἑτέραν λέγει διαφορὰν, ὅτι περὶ λατομίων ἐστὶν ἐνταῦθα τοιοῦτων, οἷα οὐκ ἀυξάνεται· ἐπὶ γὰρ τῶν ἀυξανομένων ἐστὶν ὁ τεμνόμενος λίθος εἰς κέρδος τοῦ ἀνδρός.<sup>19</sup>

«Of Enantiophanes. [...] But the *Platos* has another difference, that concerning quarries it is about those that are not increased, because from those which are increased the cut stone comes to the man’s profit».

The *Basilica* fragment to which the scholiast refers to is about dowries and what is considered part of dowry and what is not. It was important to define the contents of the dow-

<sup>14</sup> See the edition of C.E. ZACHARIAE, *Avέκδοτα. Theodori scholastici breviarium Novellarum*, Leipzig 1843 (repr. Aalen 1969), 112.

<sup>15</sup> Little is rendered of the *Institutes* in the *Basilica*.

<sup>16</sup> This will become clear from the examples that I will examine further on, which are examples from *Basilica* fragments that derive from the *Digest* and the *Codex*.

<sup>17</sup> See the examples further on.

<sup>18</sup> BS 1074/22-23 (sch. Π 1 ad Bas. 18.1.25 = D. 4.25.5): ‘Τὸ ‘ώσανει κατὰ τοῦ προεστῶτος’ ἀντὶ τοῦ ‘ώσανει ινστιτουτορίαν’. Οὕτω γὰρ ἔχει τὸ Πλάτος’.

<sup>19</sup> BS 2013/1, 3-5 (sch. F Pa 2 ad Bas. 29.1.28 = D. 23.3.32).

ry because dowry was a separate part of a husband's property, which he had to return when the marriage was dissolved after deducting all the necessary expenses that he had incurred. According to the *Basilica* (which derives from D. 23.3.32), if a husband with his wife's consent sells stones (from quarries) from the dotal land, the money received from the sale is considered part of the dowry. The scholiast here points out that in the *Platos* there is another difference as far as the quarries are concerned: it should concern quarries that could not be increased, meaning that the quarries should not be of such a kind that the quantity of stone in them would be increased in time.<sup>20</sup> As the editors of the Groningen *Basilica* edition note, although in the heading of this *Basilica* scholion we read 'of Enantiophanes' (which means that this scholion should be an 'old' one since Enantiophanes was an author who had lived in the beginning of the seventh century), the part of this scholion about the *Platos* must have been added by a later jurist of the eleventh century.<sup>21</sup> The scholiast who has added the observation about the *Platos* here seems to point out a difference between the *Platos* and the *Basilica*.

In another interlinear *Basilica* scholion we read: "Ἄλλως θεματίζει τὸ Πλάτος" (= The *Platos* assumes it differently).<sup>22</sup> This scholion is too short to draw any conclusions. In the same manuscript, close to that scholion, there is another scholion, which mentions "Ἐγρῆν εἰπεῖν κατὰ τὴν τοῦ Πλάτους ἔννοιαν..."<sup>23</sup> which can be translated as «one should have said according to the notion of the *Platos* ...» but again this scholion does not help us in defining the *Platos*.

The following *Basilica* scholion makes again a comparison between the *Platos* and the *Basilica*:

Τὸ Πλάτος 'εἰ διελύσω' ἔχει 'πρὸς τοὺς κουρατώρας, οὐδὲ οὕτως ἔχουσιν οἱ δανεισταὶ τοῦ πατρὸς ἀγωγήν κατὰ σοῦ'. Τὸ δὲ τοῖς Βασιλικοῖς λεχθὲν οὕτω νοεῖται· εἰ διελύσω πρὸς τοὺς κουράτωρας, ἐφ' οἷς ὄφειλον οὗτοι τοὺς ἐπιτρόπους εὐθῦναι, οὐκ ἔχεις ἀγωγήν κατὰ τοῦ ἐπιτρόπου'. [...]

«The *Platos* has 'if you compromised' 'with the curators, the creditors of your father have in this case no action against you'. For what is mentioned in the *Basilica* you should understand it as follows: if you compromised with the curators who were obliged to be responsible for the guardians, you have no action against the guardian». [...]

The *Basilica* fragment to which this scholion refers to is about minors who have refrained from entering the paternal property because of the advice they received from their curators. The anonymous scholiast first makes reference to the *Platos* and then he explains

<sup>20</sup> See here a relevant *Digest* fragment deriving from Javolenus in D. 23,5,18, which refers to marble quarries opened by a husband on dotal land and the questions that arose after a divorce regarding the marble that was extracted. See also BS 2013/8-15 (sch. F Pa 3 ad Bas. 29.1.28 = D. 23.3.32).

<sup>21</sup> See BS 2013 the critical apparatus. See also BS 2066/10-11 (sch. F Pa 29 ad Bas. 29.1.65 = D. 23.3.69) which is another scholion with the heading 'of Enantiophanes' and refers to the *Platos*; see also in this latter scholion the comment by the editors in their critical apparatus. On Enantiophanes, see N. VAN DER WAL, *Wer war der Enantiophanes?*, in TR 48, 1980, 125 ss.

<sup>22</sup> BS 2169/3 (sch. Pb 8 ad Bas. 38.1.14 = D. 27.1.14). See also a similar interlinear *Basilica* scholion: "Ἄλλως ἐν τῷ Πλάτει τὸ παρὸν θεματίζεται κεφάλαιον" in BS 2208/1 (sch. Pb 20 ad Bas. 38.3.9 = D. 27.3.9).

<sup>23</sup> BS 2168/27 (sch. Pb 5 ad Bas. 38.1.14 = D. 27.1.14).

how the relevant *Basilica* fragment should be understood. Although this *Basilica* scholion does not help us further, one can see again here the need for the scholiast to point out what the *Platos* has on the one hand and what the *Basilica* has on the other hand (in fact, in this example, the scholiast explains how the particular *Basilica* fragment should be interpreted).

In the following *Basilica* scholion the anonymous scholiast refers to another *exhellenismos* that has taken place in the *Basilica*. He mentions:

Πλαστον μὲν γὰρ ἐποίησεν ἡ μήτηρ· οὐ μὴν τὸ περὶ πλαστοῦ κατ' αὐτῆς ὁ υἱὸς κινεῖ, ὅτι ἐπλάσατο ἐγκυμονεῖν. Δέον γὰρ ἐξελληνισθῆναι ἐνταῦθα τὸ 'δεφάλισις' (οὕτως γὰρ τὸ Πλάτος εἶχεν) εἰς τὸ 'περὶ πλαστοῦ' εἰς τὸ 'περὶ πλαστογραφίας' ἐξελληνίσθη· οὐδὲ γὰρ ἔγραψε πλαστον ἡ μήτηρ, ἀλλ' ἔπραξεν.<sup>24</sup>

«Because the mother has acted fraudulently, the son cannot bring an action against her for forgery, that she has feigned pregnancy. It is therefore necessary to translate in Greek here the 'δεφάλισις'<sup>25</sup> (for this is what the *Platos* has) into 'for fraud' (but) it has been translated into Greek 'for forgery'; the mother, however, did not forge a document, but she acted fraudulently».

What is mentioned in the relevant *Basilica* fragment is that a son can bring an action for fraud against his mother if she has acted fraudulently (by feigning pregnancy) so that he does not have a co-heir, but the son cannot bring the action of forgery against his mother. The scholiast points out that a word from the *Platos* has not been translated correctly into the *Basilica*. He believes that the 'δεφάλισις' of the *Platos* should have been translated as 'περὶ πλαστοῦ' and not as 'περὶ πλαστογραφίας'. In the *Digest* fragment from which the relevant *Basilica* fragment derives (D. 48.2.11.1) we read that the son is not allowed to bring a charge against his mother under the *lex Cornelia*: '... *sed ream eam lege Cornelia facere permissum ei non est*'. Although the words 'de falsis' are not mentioned in this *Digest* fragment, they are clearly implied since reference is made to the *lex Cornelia* (sc. *de falsis*). The scholiast of the above *Basilica* scholion mentions that the words 'de falsis' do occur in the *Platos*, and he criticizes their translation into Greek in the *Basilica*. Based on this scholion, it seems again that the *Platos* was some kind of preliminary work used by the compilers of the *Basilica*. Perhaps the most illuminating *Basilica* scholion in regard to the *Platos* is the following:

Πρόσκειται τῇ διατάξει ἐν τῷ Πλάτει ὅσα δὲ πρὸς θεραπείαν ἀνθρώπων γίνονται ἢ πρὸς γεωργίαν ἢ πρὸς τὸ τοῦς καρπούς μὴ ἀπὸ ὄμβρων ἢ ἀπὸ χαλάζης βλαβῆναι, ταῦτα παντὸς ἀπαλλάττεσθαι κινδύνου χρή. Ἄλλ', ὡς ὄρας, οὐκ ἐδέχθη ἐν τῇ ἀνακαθάσει.<sup>26</sup>

«It is added in this constitution in the *Platos* 'but what is done with the purpose of healing people or for the benefit of agriculture or to prevent damage to crops by heavy rain or hail, that must be exempt from all risk'. But, as you see, this has not been accepted during the *anakatharsis*, i.e. 'the purge of laws'».

<sup>24</sup> BS 3645/30-3646/2 (sch. Pe 2 ad Bas. 60.34.11 = D. 48.2.11).

<sup>25</sup> 'δεφάλισις' = *de falsis* meaning 'for fraud'.

<sup>26</sup> BS 3759/9-13 (sch. 1 Pe ad Bas. 60.39.25 = C. 9.18.4).

This *Basilica* scholion comments on a *Basilica* fragment concerning magic. It is Bas. 60.39.25 where it is stated that a person who practices magic, which draws reasonable minds into lust, or plots against the salvation of men, is punished by confiscation and exile.<sup>27</sup> This *Basilica* fragment transmits C. 9.18.4, which is a constitution concerning magic dated from AD 321. According to that constitution, practicing magic was allowed when it was beneficial – for example, to prevent crops from being destroyed by heavy rain or hail – but this form of beneficial magic is not incorporated in the relevant *Basilica* fragment (Bas. 60.39.25). The scholiast points out that the *Platos* did indeed include the provision about allowing the use of beneficial magic, but it was not approved in the purged version, i.e. they did not accept it during the *anakatharsis*, during the phase of the purge of laws.<sup>28</sup> In fact, we know exactly why the provision about beneficial magic of C. 9.18.4 was not incorporated in Bas. 60.39.25. It was Leo VI the Wise who amended C. 9.18.4 by his *Novel* 65 and ordered that all kinds of magic, beneficial or not, should be forbidden. This revision of Leo VI was taken into consideration in the *Basilica*, and the law was changed accordingly.<sup>29</sup> This is, by the way, a good example of the dating and the nature of Leo's *Novels*. In this case, we can firmly conclude that the *Basilica* compilers adapted the *Basilica* text to the *Novel* of Leo, so one would suppose that the *Novels* were chronologically earlier than the *Basilica*. However, that is not always the case; not all of Leo's *Novels* have been taken into consideration in the *Basilica* text.<sup>30</sup>

To go back to the *Basilica* scholion about magic, the scholiast emphasises here a difference between the *Platos* (the provision about beneficial magic was included in the *Platos*) and the relevant *Basilica* fragment in which the provision about the beneficial magic was not included after the *anakatharsis*. Although the scholiast does not mention the word *Basilica* it is clear that he refers to them by saying: 'Ἄλλ', ὡς ὁράς, οὐκ ἐδέχθη ἐν τῇ ἀνακάθαρσει' (= But, as you see, this has not been accepted during the *anakatharsis*, 'the purge of laws'). In other words, he is commenting on Bas. 60.39.25 and he says something like: 'Look, you can see that they have not included what was in the *Platos*.' The scholiast refers to the *anakatharsis*. As it is known the Macedonian emperors Basil I and his son Leo VI the Wise proceeded to the so-called *anakatharsis* of the laws. By the end of the ninth century, many Greek legal texts existed, based on translations, summaries and commentaries on the Justinianic legislation. For this reason, the Macedonian emperors carried out the so-called 'purge of the laws', the *anakatharsis tōn nomōn* (ἀνακάθαρσις τῶν νόμων), meaning the purification of laws. In other words, their intention was to clear out the legislation.<sup>31</sup> The most important result of the *anakatharsis* was the *Basilica*. From the *Basilica* scholion about magic mentioned above, we can deduce that during the preliminary phase of the making of the *Basilica*, i.e. the phase of the *anakatharsis*, the compilers used the

<sup>27</sup> BT 3009/9-11: 'Ἡ διάταξις βούλεται τὸν ἐπιδειξάμενον γοητεῖαν ἔλκουσαν εἰς ἔρωτα τοὺς σάφρονας λογισμοὺς ἢ κατὰ τῆς σωτηρίας ἀνθρώπων μηχανησάμενον δημεύσει καὶ ἐξορία τιμωρεῖσθαι.

<sup>28</sup> On the *anakatharsis* see below, including note 31.

<sup>29</sup> See M.TH. FÖGEN, *Legislation und Kodifikation des Kaisers Leon VI*, in Subs. Gron. 3, 1989, 27 s.; about this revision and the relevant sources, see also D. PENNA, R. MEIJERING, *A Sourcebook on Byzantine Law. Illustrating Byzantine Law through the Sources*, Leiden Boston 2022, 130 ss.

<sup>30</sup> For the nature of Leo's *Novels*, see M.TH. FÖGEN, *Legislation und Kodifikation* cit. (see note 29 above), 23 ss.

<sup>31</sup> See, for example, P.E. PIELER, *Ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων und makedonische Renaissance*, in Subs. Gron. 3, 1989, 61 ss.

*Platos* and, in this particular case, they did not include in the *Basilica* everything that was in the *Platos*. That the *Platos* was taken into account when making the *Basilica* is also confirmed by the following *Basilica* scholion:

Ανάγνωθι τὰ Βασιλικὰ καὶ στοχάσῃ, ὅτι καὶ ὅτε ἐκεῖνα συνετίθετο, ἔλειπε τὸ Πλάτος τούτων τῶν λειπουσῶν διατάξεων.<sup>32</sup>

«Read the *Basilica* and take into account that when they were compiled the *Platos* of these constitutions was missing».

This *Basilica* scholion refers to a *Basilica* fragment that goes back to the *Code*. The anonymous scholiast mentions that the *Platos* of these constitutions (i.e. *Code* constitutions) was missing when they compiled the *Basilica*. We know that the compilers of the *Basilica* in principle used Thalelaios' *index* for the parts of the *Code* that were transmitted in the *Basilica* whenever they had his *index* at their disposal.<sup>33</sup> Can the *Platos* in this particular *Basilica* scholion refer to Thalelaios' *index*? That could be the case but his name is not mentioned. The name of Thalelaios is mentioned, though, in another scholion in relation to the *Platos*, as follows:

Τὸ Πλάτος ἡ Σερβιανή ἔχει, καὶ φησιν ὁ Θαλέλαιος, ὅτι ἡ Σερβιανὴ ἀγωγή οὕτως κινεῖται...<sup>34</sup>

«The *Platos* has 'the *actio Serviana*', and Thalelaios says that *the actio Serviana* is brought like this ...».

The scholiast mentions that the *Platos* has 'actio Serviana', implying therefore that the *Basilica* fragment to which he comments has something else. Indeed the relevant *Basilica* fragment does not have the Latin legal term but the Greek equivalent of the *actio Serviana*, which is 'ἡ ἀγωγή ἢ περὶ τῶν ἐνεχύρων' (= the action about pledges). Hence the scholiast at this point says something like: «note that the *Platos* has *actio Serviana* (whereas the *Basilica* does not) and Thalelaios says that the *actio Serviana* ...». We can assume that the phrase 'and Thalelaios says' continues what is said about the *Platos* and clarifies it. Hence, in this case the *Platos* would refer to a work of Thalelaios. However, there is another possibility. We can also assume that the scholiast first mentions what the *Platos* has and then, in addition, he mentions the work of Thalelaios because it is relevant. In other words, according to this second hypothesis the *Platos* is one thing, and the commentary of Thalelaios is something else. A variation of this last hypothesis could be that the *Platos* derives from the *index* of Thalelaios and the 'and Thalelaios says' refers to the *paragraphai* of Thalelaios. Since the *Basilica* fragment to which this scholion refers transmits a constitution from the *Code*, it is logical, in any case, to expect a reference to Thalelaios' work at this point, as explained above.

In another anonymous scholion we read that the *Platos* of the *Digest* has not been preserved for a particular part of the *Basilica*:

<sup>32</sup> BS 328/28-29 (sch. CA 1 ad Bas. 11.1.75 = C. 2.3.14).

<sup>33</sup> For *Basilica* book eight, for example, they used the *Code summa* by Anatolios instead because they did not possess Thalelaios's version of book eight at that time.

<sup>34</sup> BS 1699/5-6 (sch. Pa 1 ad Bas. 23.3.67 = C. 4.32.19).

Ἰστέον, ὅτι ἀπὸ τοῦ παρόντος διγέστου μέχρι τοῦ τέλους τοῦ παρόντος τίτλου λείπει τὸ Πλάτος τῶν Διγέστων.<sup>35</sup>

«Note that from this *Digest* fragment until the end of the present title the *Platos* of the *Digest* (fragments) is missing».

The editors of the Groningen *Basilica* edition note here in their critical apparatus that the *Platos* means here the *index* by Dorotheos.<sup>36</sup> His name is not mentioned, however. The reason that the editors believe this has to do with the teaching material of the *antecessors*. As Scheltema has shown, after the Justinianic reform of legal studies, the *Digest* books were divided into, on the one hand, the ‘πραττόμενα βιβλία’ and, on the other hand, the ‘ἐξτραρόδινα βιβλία’. The first were the books that were taught in class by the *antecessors*, whereas the second were the books that fell outside the curriculum of legal studies (these were *Digest* books 37–50), as well as the *Digest* books that the students had to study on their own in the fourth year.<sup>37</sup> The above *Basilica* scholion (BS 2667/32-33) derives from *Digest* book 38, which was a book that was not treated by the *antecessors* in class. The editors of the Groningen *Basilica* edition assume thus that the *Platos* of the *Digest* can here refer to Dorotheos’ translation.<sup>38</sup> As it is known, Dorotheos had made a complete Greek translation of the *Digest*; in other words, Dorotheos had translated all of the *Digest* books, even those that were excluded from the teaching material of the *antecessors*. In line with the Groningen editors of the *Basilica*, Brandsma mentions that when the *Platos* refers to *Digest* books it means the commentary of Stephanos but for those *Digest* books that were not dealt by the *antecessors* in class, the *Platos* refers to Dorotheos’ translation.<sup>39</sup> This observation is confirmed by the following scholion where the term *Platos* is linked by name to Dorotheos:

Γινώσκειν δεῖ, ὅτι ἐν τοῖς Διγ. μέχρι τούτου καὶ αὐτοῦ τὸ Πλάτος Δωροθέου.<sup>40</sup>

«You should know that the *Platos* of Dorotheos is in the *Digest* up to and including this (fragment)».

The *Basilica* fragment to which this scholion belongs derives namely from a *Digest* book (39) that was not dealt with in class by the *antecessors*. It would therefore be logical to expect the translation of Dorotheos here, which is here attributed as the *Platos* of Dorotheos.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> BS 2667/32-33 (sch. Pc 35 ad Bas. 45.1.28 = D. 38.17.2).

<sup>36</sup> BS 2667, in the critical apparatus: ‘(line) 33 τὸ Πλάτος: i.e. index Dorothei’.

<sup>37</sup> For all this, see H.J. SCHELTEMA, *L’enseignement de droit des antecessors*, Leiden 1970, 8 ss. (repr. in H.J. SCHELTEMA, *Opera Minora ad iuris historiam pertinentia*, ed. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, and R. MEIJERING, Groningen 2004, A3, 64 ss.) and N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graecoromani delineatio. Les sources du droit byzantine de 300 à 1453*, Groningen 1985, 39.

<sup>38</sup> On Dorotheos’ translation, see F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest translation*, Groningen 1996.

<sup>39</sup> See F. BRANDSMA, *Dorotheus* cit. (see note 38 above), in particular 32 ss., 89 and 289.

<sup>40</sup> BS 2762/14-15 (sch. Pc 3 ad Bas. 47.1.25 = D. 39.5.26).

<sup>41</sup> See F. BRANDSMA, *Dorotheus* cit. (see note 38 above), p. 89.

In the following *Basilica* scholion it is the name of Stephanos that is mentioned in relation to the word *platos*:

Ἀλλὰ καὶ Στέφανος ἐν τῷ πλάτει οὕτως φησί...<sup>42</sup>  
 «But Stephanos in the *platos* says as follows ...».

There are many more *Basilica* scholia in which it is first mentioned what the *Platos* has and then follows the explanation by Stephanos.<sup>43</sup> According to the editors of the Groningen *Basilica* edition and Brandsma in these cases, the *Platos* fragment derives from the *index* by Stephanos, and the explanation that follows by Stephanos comes from his *paragrafai*.<sup>44</sup>

There are two more scholia in which the *Platos* of the *Digest* is mentioned but without an *antecessor*'s name:

Τὸ παρὸν κεφάλαιον ἐν τῷ Πλάτει τῶν Διγέστων λδ'. κεφ.<sup>45</sup>  
 «The present chapter is in the 34th chapter of the *Platos* of the *Digest* (fragments)»;

Εἰς γὰρ τὸ Πλάτος τῶν Διγέστων οὐχ οὕτως ἐστίν, ἀλλ' ἐν ε'. διγ. διαλαμβάνει ταῦτα ...<sup>46</sup>  
 «In the *Platos* of the *Digest* it is not like this but in the 5th *digeston* it deals with those things ...».

Once again, in both scholia there seems to be a comparison between the *Platos* and the *Basilica* fragments to which the scholiasts refer.

In two scholia that are on the same word we also encounter the expression 'in the *Platos* of the *Index*' as 'ἐν τῷ πλάτει τοῦ Ἰνδικός'.<sup>47</sup> In one *Basilica* scholion there is a comparison between the *Platos* and the *Procheiros Nomos*.<sup>48</sup>

In most of the examples of the *Basilica* scholia that we have examined that contain the word *platos* it is clear that the scholiasts compare the *Platos* with the *Basilica* and point out differences between the two, or refer to additions that the *Platos* has. Naturally, the main question that arises is why do the scholiasts bother to compare the *Basilica* with the *Platos*?

<sup>42</sup> BS 125/30-31 (sch. V 28 ad Bas. 8.2.43 = D. 3.3.43).

<sup>43</sup> See, for example, BS 2003/7-8 and BS 2003/ 13-14 (sch. F Pa 8 and 10 ad Bas. 29.1.12 = D. 23.3.16): 'Πρόσκειται ἐν τῷ Πλάτει ... καὶ ἐξηγούμενος τὸ ῥητὸν ὁ Στέφανος λέγει ...' and 'Πρόσκειται ἐν τῷ Πλάτει ... καὶ φησὶν ὁ Στέφανος ...'; BS 2003/27-28 (sch. F Pa 4 ad Bas. 29.1.13 = D. 23.3.17): 'Πρόσκειται ἐν τῷ Πλάτει ... καὶ ἐρμηνεύων τὸν λογισμὸν ὁ Στέφανος λέγει ...'; BS 2005/8-9 (sch. F Pa 4 ad Bas. 29.1.14 = D. 23.3.18): 'Πρόσκειται ἐν τῷ Πλάτει ... λέγει ὁ Στέφανος ...'; BS 2025/9-10 (sch. F Pa 6 ad Bas. 29.1.39 = D. 23.3.43): 'Τὸ Πλάτος ... ἔχει, καὶ φησι παραγραφόμενος ὁ Στέφανος ...' and BS 2056/26-27 (sch. F Pa 5 ad Bas. 29.1.63 = D. 23.3.67): 'Τὸ Πλάτος ἔχει ... καὶ παραγραφόμενος ὁ Στέφανος λέγει ...'.

<sup>44</sup> See above, including notes 36 and 39. De Jong follows this opinion as well; see H. DE JONG, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, Boom Juridische uitgevers 2008, 27 ss.

<sup>45</sup> BS 1820/25 (sch. F Pa 4 ad Bas. 28.4.15 = D. 23.2.33), an interlinear scholion.

<sup>46</sup> BS 3828/19-20 (sch. Pe 1 ad Bas. 60.45.12 = Proch. 39.58).

<sup>47</sup> BS 3450/29-33 (sch. Pe 13 and 14 ad Bas. 60.13.1 = D. 47.4.1).

<sup>48</sup> BS 3929/23 (sch. Pe 4 ad Bas. 60.58.1 = C. 9.13.1 jo. Proch. 39.40): Τὸ Πλάτος 'θανάτω', ὁ δὲ Πρόχειρος 'νομίμως'. About Bas. 60.58.1 and the *Procheiron*, see in detail TH.E. VAN BOCHOVE, *To Date and not to Date. On the Date and Status of Byzantine law books*, Groningen 1996, 151 ss. with references in the notes to earlier pages as well.



What is the value of the scholia with the word *Platos*? What is the point of referring to the *Platos* after the *Basilica* were made and issued? The *Basilica* have, after all, been issued and form the imperial legislation. There are three thoughts that spring to mind here.

First, the *Basilica* did not include a clause of exclusivity, which means that when they were published, they were not the only and exclusive source of law. It was only later on, during the time of Manuel I Komnenos (1120–1180), that the emperor ordered that the *Basilica* were to replace the Justinianic legislation and become exclusive (at least in theory). The emperor ordered this because of a legal question that arose concerning the appointment of a bishop.<sup>49</sup>

Second, can we be sure on the dating of the scholia with the word *Platos*? Do we know that they were all made after the *Basilica* were issued? I am afraid not. There is, of course, the scholion about magic that we referred to above that makes reference to the *Platos* and the *anakatharsis* that took place and what came out of that *anakatharsis* in the relevant *Basilica* fragment.<sup>50</sup> It is clear that this scholion was written after the *Basilica* were made. However, I wonder whether this is the case with all of the scholia that contain the word *platos*. Could it be possible that some of the scholia with the word *platos* were written before the actual promulgation of the *Basilica* and form part of a preparatory work for making the *Basilica*?

Third, why on earth did Byzantine jurists add scholia referring to the *Platos* later, after the promulgation of the *Basilica* as scholia to relevant *Basilica* fragments? Because – and this was not new in Byzantine law – they helped the interpretation of the *Basilica*. Just as they added fragments of the *antecessorian* writings dating from the sixth century (what we know as ‘old’ *Basilica* scholia) because they helped the interpretation of the *Basilica* text, in the same way, they added observations comparing the *Platos* and the *Basilica* that were made during or after the compilation of the *Basilica*. The *Basilica* were not, after all, made in one day. It was a gradual procedure. Perhaps the *Platos* was related to a preliminary work that was done for the *Basilica*.

One hypothesis is that the *Platos* consisted of the Greek versions that Byzantine jurists had at their disposal of all the parts of Justinianic legislation, mainly the *Codex* and *Digest*, that is.<sup>51</sup> This theory would explain expressions such as ‘in the *Platos* of the *Digest*’ or ‘in the *Platos* of the *Index*’ or ‘Stephanos says in the *platos* that ...’ or ‘the *Platos* of Dorotheos’ or ‘the *Platos* of these *Digest* fragments is missing’, which would mean that ‘the Greek versions of the *Digest* were missing’. In other words, a considerable part of the *Platos* would have comprised of writings of the *antecessors*. Another argument in favour of this is that, as we have seen above from *Basilica* scholia which compare the *Basilica* to the *Platos*, there is a preference in the *Platos* for Latin terms (transliterated in Greek letters), which most probably the *antecessors* would have used.<sup>52</sup> Brandsma also notes that by the ninth century

<sup>49</sup> See in detail N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graecoromani delineation* cit. (see note 37 above), 110 s. and D. PENNA, R. MEIJERING, *A Sourcebook of Byzantine Law* cit. (see note 29 above), 199 ss.

<sup>50</sup> See above BS 3759/9-13 (sch. 1 Pe ad Bas. 60.39.25 = C. 9.18.4), which is about a *Basilica* fragment that forbids all kind of magic taking into account a *Novel* by Leo VI the Wise, that is *Novel* 65.

<sup>51</sup> Very little has been included from the *Institutes* in the *Basilica* and the *Novels* were issued in Greek anyway. Yet we saw that a scholiast had a preference for the *Platos* over the text of the *Novel*. See above BS 1844/9-10 and the discussion of the translation of *illoustrioi* (*Novel*) in *protospatharioi* (*Basilica*).

<sup>52</sup> For example, ‘ἰνστιτουτορία’ instead of ‘κατὰ τοῦ προεστῶτος’; ‘ἰλλουστρίων’ instead of

and later it was highly possible that only anonymous fragments survived from certain commentaries of the *antecessors* and that, in this period, «commentaries were distinguished on the basis of external characteristics, so that the *index* by Stephanus, the translation by Dorotheus, or Thalelaeus's commentary on the *Codex* respectively came to be known as τὸ Πλάτος». <sup>53</sup>

Taking this argument a step further I would suggest: first, that the *Platos* could have been something of a reservoir of Greek texts that Byzantines (jurists) of the end of the ninth century had at their disposal and second, that it was somehow related to the preparatory work for the *Basilica*. This latter hypothesis could explain the numerous comparisons that the scholiasts make between the *Platos* and the *Basilica* and their interest in pointing out differences between the *Platos* and the *Basilica*, differences that concern not only the translation of Latin terms into Greek (*exhellenismo*)<sup>54</sup> but also the content itself. After reading the present paper, van Bochove pointed out to me that in the compilation of the so-called sixty books of Basil I we see the same preference for Latin terms. This could mean that the *Platos*, which is referred to in the *Basilica* scholia dealt with in the present study, could be identified with the compilation (or part of the compilation) of the sixty books that was issued by Basil I and that is also called 'τὸ πλάτος' (to *platos*), namely in the preface to the *Prochiron*, issued by Basil I in the first part of his reign. According to van Bochove, who has studied in detail issues concerning the compilation of the sixty books by Basil I, the analysis of the *Basilica* scholia that I make in this study confirm in many ways the fact that the *Platos* could indeed be identified with the compilation of the sixty books of Basil I.<sup>55</sup> Whatever this mysterious term *platos* was, the examined *Basilica* scholia which include the word *platos* indicate that jurists of the middle Byzantine period still considered the *Platos* important because they referred to it and compared it to the *Basilica*. As with all mysteries in life, the term *platos* remains attractive for modern scholars as well ...

'πρωτοσπαθαρῶν' and 'δεφάλις' instead of 'περὶ πλαστοῦ'/'περὶ πλαστογραφίας', see above BS 1074/22-23 (sch. Π 1 ad Bas. 18.1.25 = D. 4.25.5) and BS 1844/9-10 (sch. F Pa 2 ad Bas. 28.4.51 = Nov. 117 c. 4.) and BS 3645/30-3646 (sch. Pe 2 ad Bas. 60.34.11 = D. 48.2.11) respectively.

<sup>53</sup> F. BRANDSMA, *Dorotheus* cit. (see note 38 above), 38 with references to H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970, 24 n. 66 (repr. in H.J. SCHELTEMA, *Opera Minora ad iuris historiam pertinentia* cit. (see note 37 above), 75 n. 66).

<sup>54</sup> See note 52.

<sup>55</sup> In a series of his studies TH.E. VAN BOCHOVE has discussed in detail issues concerning the compilation of the sixty books at the time of Basil I; see, for example, TH.E. VAN BOCHOVE, *The Index Coislinianus revisited: Compiling an editorial scheme during the reign of Basil the Macedonian* in AUPA 64, 2021, 23 ss. and of the same author, *Preluding the Basilica* cit. (note 1 above), especially 281 ss. I thank TH.E. VAN BOCHOVE for bringing to my attention issues and bibliography related to this compilation. See on this, TH.E. VAN BOCHOVE, *Preluding the Basilica* cit. (note 1 above), especially 281 ss. and 317.

Salvatore Sciortino

Nota sull'*adrogatio libertorum*

ABSTRACT

The author analyzes the inspiring reasons of the *adrogatio libertorum* classical discipline. In particular, he criticizes the idea according to which the limitations by jurists derived from the need to save the *iura patronatus*; furthermore, because the *adrogatio libertorum* could not compromise the *iura patronatus*, the consent of the patron was not required to perfect the act.

PAROLE-CHIAVE

*Liberti; adrogatio; adrogatio libertorum.*

Si ringrazia l'Università di Palermo per il supporto alla ricerca attraverso il FFR 2021 – Sciortino.

## NOTA SULL'ADROGATIO LIBERTORUM

1. L'arcaico istituto dell'*adrogatio libertorum* rispondeva ad una specifica esigenza del *pater*, il quale poteva avere interesse a procurarsi un figlio adottivo facendo acquistare lo stato di *filius alieni iuris* ad un liberto, proprio o altrui, che fosse conosciuto e fidato.

L'istituto era certo molto più antico della prima testimonianza in ordine di tempo a nostra disposizione, consistente in un noto testo di Gellio che riporta una decisa e preoccupata presa di posizione di Masurio Sabino in merito all'*adrogatio libertorum*, praticabile secondo il *ius civile* da parte degli *ingenui*:

Gell. 5.19.11-14: *Libertinos vero ab ingenuis adoptari quidem iure posse Masurius Sabinus scripsit. [12] Sed id neque permitti dicit neque permittendum esse umquam putat, ut homines libertini<sup>1</sup> ordinis per adoptiones in iura ingenuorum invadant. [13] "Alioquin", inquit "si iuris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per praetorem dari in adoptionem potest." [14] Idque ait plerosque iuris veteris auctores posse fieri scripsisse.*<sup>2</sup>

Sabino prende le mosse dalla constatazione in base alla quale, ancora ai suoi tempi, era giuridicamente lecito e praticato dagli *ingenui* l'istituto dell'*adrogatio libertorum* (in questo senso va letto il segno *adoptari* del paragrafo undici, considerato che i liberti erano puberi e *sui iuris* altrimenti, se impuberi, sarebbero stati sottoposti a tutela).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sull'impiego dei segni '*libertus*' e '*libertinus*', spesso sinonimi ma, non di rado, volti a sottolineare, nel primo caso, il rapporto di diritto privato del liberto nei riguardi del proprio patrono e, nel secondo caso, lo status di diritto pubblico del liberto, cfr. H. MOURITSEN, *The Freedman in the Roman World*, Cambridge 2011, 36 nt. 3, ad avviso del quale solo in età arcaica il segno '*libertinus*' avrebbe indicato il figlio del liberto.

<sup>2</sup> Sul passo vd. da ultimi: D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono "veteres". Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*, in *Augusto. La costruzione del principato (Roma, 4-5 dicembre 2014)*, *Atti del Convegno dei Lincei 309*, Roma 2017, 305 ss., il quale sostiene la riconducibilità a Masurio Sabino delle parole riferite da Gellio; A.S. SCARCELLA, *Natura ed effetti dell'adoptio servi*, in *AUPA* 63, 2020, 243 ss., cui rinviamo per il riferimento del discorso di Gellio all'*adrogatio*, sebbene denominata *adoptio*. Rinviamo ai lavori degli studiosi appena citati anche per l'indicazione della letteratura più risalente sul passo. Sulla possibile derivazione del testo riferibile a Masurio Sabino dai *libri tres iuris civilis* vd.: A.M. SEELENTAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum. Das recht der Arrogation klassischen Zeit*, Tübingen 2014, 160 nt. 2; P. ARCES, *Osservazioni sulla scrittura e sul metodo di lavoro di Gellio e Gaio: la trattazione di adoptio e adrogatio nelle Notti Attiche e nelle Istituzioni*, in *TSDP* 13, 2020, 16 nt. 40; ID. *Ricerche sulle tecniche di scrittura delle Istituzioni di Gaio. Seconda edizione riveduta e ampliata*. Torino 2022, 89 s.

<sup>3</sup> A tal riguardo, *ex plurimis*, cfr.: F. HOFMANN, *Zur Beerbung und Arrogation des libertus*, in *ZRG* 12, 1876, 303 nt. 7; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig 1901, 140 nt. 2; C. MASI DORIA, *Un'ipotesi sulla «Masuri rubrica» di Pers. «Sat.» 5.90*, in *Index* 34, 2006, 430; A. M. SEELENTAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum* cit., 160 ss.

Tuttavia, prosegue il giurista, non era permesso né si doveva permettere (*'neque permitti neque permittendum est'*)<sup>4</sup> che gli appartenenti all'*ordo libertorum* usurpassero, per mezzo dell'adozione, le prerogative degli *ingenui* (*iura ingenuorum*). Altrimenti, si sarebbe dovuta trarre una conseguenza inaccettabile da questa anticaglia giuridica (*iuris ista antiquitas*)<sup>5</sup> – ossia che si sarebbe potuto dare in adozione uno schiavo, eludendo, così, il regime nelle manomissioni – una irragionevole conseguenza, scongiurata per i tempi di Masurio Sabino quando l'*adoptio servi* non era più praticata, ma che, secondo alcuni *iuris veteris auctores*, era stata in passato ammessa.

Ai tempi di Masurio Sabino l'*adrogatio libertorum* era, dunque, ancora lecita, solo che, a differenza dell'età repubblicana, quando forse i liberti *adrogati* sarebbero divenuti *ingenui*,<sup>6</sup> si trattava di limitarne la portata e di evitare che i liberti usurpassero i *iura ingenuorum*. È evidente che si trattava di contrastare una pratica abusiva volta all'appropriazione delle prerogative degli *ingenui* da parte dei liberti, nel solco della *lex Visellia* di età tiberiana, la quale perseguiva, sul piano del diritto criminale, i liberti che avessero usurpato gli onori e le dignità degli *ingenui* con riguardo all'accesso alle magistrature e all'*ordo decurionum*, per i quali era richiesta l'*ingenuitas*.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> L'opposizione di Sabino viene giudicata da C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem. I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*, Milano 1990, 204 s., in linea con la politica augustea tendente a potenziare la posizione di particolare privilegio e prestigio degli *ingenui* rispetto ai manomessi. Secondo A.S. SCARCELLA, *Natura ed effetti dell'adoptio servi* cit., 250 ss., l'inciso *'neque permitti'* farebbe riferimento al contrasto nei confronti dell'invasione dei *iura ingenuorum* precedente e contemporaneo rispetto ai tempi di Sabino; mentre l'espressione *'neque permittendum est'* avrebbe rinviato all'auspicio che, anche in futuro, si sarebbe dovuto ostacolare l'acquisto dei *iura ingenuorum* da parte dei liberti *adrogati*. Diversamente, D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono "veteres"* cit., 306, pensa che Masurio Sabino, nell'opporli all'*adrogatio libertorum* quale strumento di indebita acquisizione dei *iura ingenuorum* da parte dei liberti, si sarebbe riferito con *'neque permitti'* all'auspicio che la celebrazione dell'*adrogatio libertorum* venisse interrotta nella fase dell'istruttoria preliminare, quando il *pontifex* e il magistrato che presiedevano il rito si fossero accorti che si trattava di un liberto. Invece, l'inciso *'neque permittendum est'* avrebbe fatto riferimento all'ipotesi in cui l'*adrogatio* si fosse compiuta *per obreptionem* perché non aveva funzionato il filtro, anche a causa di eventuali mendaci dichiarazioni o reticenze da parte del liberto: anche tale *adrogatio* sarebbe stata da privare di effetti. Infatti, prosegue lo studioso, Ulpiano impiega l'espressione *admittenda non est* – simile dunque a *neque permittendum esse* di Masurio Sabino – proprio per segnalare che l'*adrogatio libertorum*, per quanto lecita, è inopportuna e da escludere ma, una volta intervenuta, sarebbe stato necessario evitare gli effetti pregiudizievoli conseguenti all'acquisto della *patria potestas* da parte del *pater* adottante: D. 37.12.1.2 (Ulp. 45 ad ed.): ... *quia adrogatio liberti admittenda non est, aut si obreperit, patroni tamen nihilo minus ius integrum maneret*.

<sup>5</sup> D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono "veteres"* cit., 308, sottolinea il valore dispregiativo di *ista* nell'espressione *'iuris ista antiquitatis'*, impiegata da Sabino per qualificare l'*adrogatio libertorum* come una anticaglia giuridica.

<sup>6</sup> Hanno espresso questo convincimento: G. LAVAGGI, *L'arrogazione dei libertini*, in SDHI 12, 1946, 116 ss.; C. COSENTINI, *Per la storia dell' "adrogatio libertorum"*, in AUCA 2, 1948, 3 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem* cit., 203 ss.; M. DE SIMONE, *Studi sulla patria potestas. Il filius familias 'designatus rei publicae civis'*, Torino 2017, 181.

<sup>7</sup> Sulla *lex Visellia* cfr. D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono "veteres"* cit., 307 nt. 172, con indicazione di letteratura. Lo studioso collega alla legge la pena dell'esclusione dal decurionato e dalle magistrature nei confronti dei liberti che avessero celato il proprio *status*, fingendosi *ingenui*. Alla *lex Visellia* è dedicato il titolo 9.21 del *codex repetitae praelectionis*, che contiene una sola costituzione di Diocleziano e Massimiano [a. 300?]. Inoltre, sulla *lex Visellia* cfr. anche C. 9.31.1.1. = C. Th. 9.20.1 [a. 378]. Da ultima, sul probabile contenuto e sulla complessiva struttura originaria del testo della legge, cfr.

Ed è altrettanto evidente il tentativo della giurisprudenza, per la prima volta manifestato da Masurio Sabino, ma ampiamente attestato anche da altri giuristi,<sup>8</sup> di limitare la portata e gli effetti dell'*adrogatio libertorum*, impedendo che i liberti *adrogati* usurpassero indebitamente i *iura ingenuorum*, specie quando avessero celato la loro reale condizione (*adrogatio per obreptionem*).

Ma a parte queste notazioni da tutti condivise, restano oscure eventuali altre motivazioni che stanno alla base della posizione di Masurio Sabino. Secondo il generale convincimento degli studiosi, infatti, le limitazioni di matrice giurisprudenziale all'*adrogatio libertorum* furono occasionate dall'esigenza di tutelare i diritti di patronato, suscettibili di essere pregiudicati dai liberti, i quali potevano decidere di farsi *adrogare* da un terzo, proprio al fine di sottrarsi ai doveri nascenti dal rapporto di patronato.<sup>9</sup>

M.L. BICCARI, *Primi spunti ricostruttivi della lex Visellia*, in *Tesserae Iuris* I.2, 2020, 131 ss., con ampia indicazione di bibliografia (pp. 143 ss.).

<sup>8</sup> Con riferimento al II secolo d.C., il giurista Ulpio Marcello informa che il *libertus adrogatus* poteva considerarsi titolare dei *iura ingenuorum* solo relativamente alla famiglia del *pater adrogans*, mentre per tutto il resto egli sarebbe rimasto un liberto tenuto ai diritti di patronato. Infatti, *ut libertinus*, gli sarebbero state precluse le *nuptiae* con le donne di rango senatorio, in applicazione della legislazione matrimoniale augustea, riconducibile alla *lex Iulia et Papia*, oggetto del commento del seguente frammento: D. 23.2.32 (Marc. 1 *ad legem Iuliam et Papiam*): *Sciendum est, libertinum, qui se ingenuo dedit adrogandum, quamvis in eius familia ingenui iura sit consecutus, ut libertinum tamen a senatoriis nuptiis repellendum esse*. In età dei Severi si finì per negare l'acquisto dei *iura ingenuitatis* da parte dei *liberti adrogati*, mediante la negazione della condizione di *ingenuus* al *libertus adrogatus* anche all'interno della famiglia del *pater adrogans*: D. 1.5.27 (Ulp. 5 *opin.*): *Eum, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronum ingenuum facere potuit. Il libertinus non può mai essere reso ingenuo, neppure se egli venga adrogatus dal patronus; né rileva che il passo faccia riferimento, specificamente, al caso di chi ammetta e dica di essere libertinus al momento dell'adrogatio, perché anche chi avesse celato il proprio status in occasione dell'adrogatio (adrogatio per obreptionem) non avrebbe acquistato lo status di ingenuus, come si desume da: D. 2.4.10.2 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Patronum autem accipimus, etiamsi capite minutus sit, vel si libertus capite minutus, dum adrogetur per obreptionem, cum enim hoc ipso quod adrogatur celat condicionem, non id actum videtur, ut fieret ingenuus*. Occorre concludere nel senso che in età severiana l'*adrogatio libertorum* – sia di un liberto proprio sia di un liberto altrui – avrebbe estromesso il *libertus* dai *iura ingenuitatis*; quest'ultimo sarebbe rimasto da ogni punto di vista un liberto, come si può evincere anche da: D. 1.7.46 (Ulp. 4 *ad legem Iuliam et Papiam*): *In servitute mea quaesitus mihi filius in potestatem meam redigi beneficio principis potest; libertinum tamen eum manere non dubitatur*. Il quesito posto ad Ulpiano è se un figlio, erroneamente considerato nato schiavo, possa essere ricondotto sotto la *patria potestas, beneficio principis* e diventare, così, un *filius ingenuus*. Naturalmente per raggiungere questo scopo lo schiavo doveva essere prima manomesso, divenendo un liberto e, successivamente *adrogatus*, divenendo *filius*. Ulpiano non nega che l'*adrogatio libertorum* potesse intervenire in un caso del genere sebbene, ormai, non si dubitava più che il liberto *adrogatus*, restasse pur sempre un liberto e non venisse dunque meno il suo status, nonostante l'*adrogatio*.*

<sup>9</sup> In questo senso si è espresso C. COSENTINI, *Per la storia dell'adrogatio libertorum*' cit., 19 s., peraltro l'unico studioso informato dei risultati ai quali era pervenuto in precedenza G. LA PIRA, *Precedenti provinciali della riforma giustiniana del diritto di patronato*, in *Studi italiani di Filologia Classica* 7.2, 1929, 145-154, risultati secondo i quali il patrono, in diritto classico, non avrebbe potuto rinunciare ai diritti di patronato. Ad avviso di Cosentini, la giurisprudenza avrebbe tutelato i diritti di patronato vietando l'*adrogatio* del liberto altrui; sarebbe stata fatta salva solo l'*adrogatio* del liberto proprio che avrebbe, però, finito con il comportare esattamente quella rinuncia ai diritti di patronato che era stata dimostrata impraticabile da La Pira. L'opinione di Cosentini è stata seguita da diversi studiosi, i quali hanno accolto l'idea di fondo per la quale la disciplina classica dell'*adrogatio libertorum* si spiegherebbe nell'ottica di tutelare i diritti di patronato: K.A.D. UNTERHOLZNER, *Ueber das patronatische Erbrecht*, in *ZRG* 5, 1825, 50; E.

Naturalmente, la questione si pone anche con riferimento all'*adrogatio* del liberto proprio, in relazione alla quale, tuttavia, l'eventuale intenzione del liberto di essere sollevato dalla prestazione dalle *operae* e di eliminare i diritti di successione del patrono avrebbe trovato riscontro nella volontà stessa del *patronus*.<sup>10</sup>

Solo nell'ipotesi di *adrogatio per obreptionem*,<sup>11</sup> nei casi cioè in cui i liberti avessero celato il proprio status al *pater* adottante, soccorre la chiara attestazione delle fonti, secondo le quali i diritti di patronato non sarebbero stati pregiudicati: ciò significa che tale pregiudizio si sarebbe verificato in tutti gli altri casi?

Si tratta di capire, dunque, se la disciplina dell'*adrogatio libertorum* dettata dai giuristi fin dai tempi di Masurio Sabino si spieghi nell'ottica di contrastare i tentativi di eludere l'adempimento dei doveri nascenti dal rapporto di patronato. Infatti, applicando la logica giuridica in senso stretto, la *capitis deminutio minima* conseguente all'*adrogatio* del liberto, il quale diveniva *filius* per effetto dell'*adrogatio*, avrebbe dovuto fare decadere gli obblighi

VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo d.C.*, in BIDR 69, 1966, 119; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, 347 nt. 36; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 71; G.F. GARDNER, *The Adoption of Roman Freedman*, in *Phoenix*, 43, 1989, 248 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem* cit., 203 e 206 e nt. 189; A.M. SEELENAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum* cit., 199 ss. e 213; M. DE SIMONE, *Studi sulla patria potestas* cit., 179.

<sup>10</sup> La necessità dell'assenso del patrono all'*adrogatio* di un proprio liberto da parte di un terzo è stata particolarmente sostenuta, nella dottrina tedesca, da F. HOFMANN, *Zur Beerbung und Arrogation des libertus* cit., 308 e, tra gli studiosi italiani, da C. BELELLI, *L'arrogazione dei libertini*, in *AG* 32.1, 1936, 77 s., il quale, di fronte al silenzio delle fonti, deduce la presunta necessità del consenso dal divieto di *adrogatio* del liberto altrui – attestato da D. 1.7.15.3 (Ulp. 5 *opin.*) – divieto, secondo Belelli, basato sulla presunta mancata autorizzazione del patrono. In tempi più recenti, C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 398, ha ritenuto che il patrono dovesse prestare il consenso all'*adrogatio libertorum*, rinunciando così ai suoi diritti di patronato: solo l'*adrogatio per obreptionem*, ossia avvenuta celando lo stato di liberto dell'adrogando, non avrebbe privato il patrono dei suoi diritti. In precedenza, in favore dell'idea secondo la quale il consenso del patrono all'*adrogatio* potesse comportare rinuncia ai diritti di patronato, si era espresso G. LAVAGGI, *L'arrogazione dei libertini* cit., 119 s. Da ultima, A.M. SEELENAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum* cit., 169, condivisibilmente nega che il consenso o l'opposizione del patrono all'*adrogatio* di un proprio liberto da parte di un terzo avrebbe prodotto alcun effetto nei confronti dell'efficacia dell'atto, specialmente alla luce del silenzio delle fonti sul punto.

Invero, solo relativamente all'istituto delle *nuptiae* è possibile rintracciare il principio secondo il quale il consenso alle nozze della liberta avrebbe implicato la rinuncia da parte del patrono alle *operae*, visto che la liberta, una volta *nupta*, in *officio mariti esse debet*: D. 38.1.48.1 (Herm. 2 *iur. ep.*): *Si autem nuptiae, quibus patronus consensit, nullas habeant vires, operas exigere patronus non prohibetur*. Similmente cfr. D. 38.1.28 (Paul. *lib. sing. de iure patronatus*): *Si duorum pluriumve communis liberta unius patroni voluntate nupserit, alteri patrono ius operarum manet*, e C. 6.6.2. IMP. ALEXANDER A. LEONTOGONO. *Libertae, quae voluntate patroni aut iure nuptae sunt, non coguntur officium patronis suis praestare*. PP. XIV KAL. NOV. MAXIMO II ET AELIANO CONSS. [a. 223]. La soluzione individuata in materia di *nuptiae* aveva un valore limitato a questo solo istituto naturalmente, con la conseguenza che l'assenza di testimonianze per l'*adrogatio libertorum* può deporre nel senso che, nonostante il consenso del patrono all'adozione, questi non avrebbe perso i suoi diritti di patronato.

<sup>11</sup> D. 38.2.49 (Paul. 3 *sent.*) = Paul. Sent. 3.2.6: *Liberto per obreptionem adrogato ius suum patronus non amittit*. Si trattava di sanzionare un atto fraudolento, parallelamente alla disciplina della *natalium restitutio*, secondo quanto attesta, per il caso di affermazioni mendaci, D. 40.11.1 (Ulp. 2 *resp.*): *A principe natalibus suis restitutum eum, qui se ingenuum natum principi adfirmavit, si ex ancilla natus est, nihil videri impetrasse*.



giuridici relativi alle *operae* e alle pretese successorie sui *bona*. Tuttavia, significativamente, dalla riflessione di Sabino non emerge alcun riferimento ai diritti di patronato; per questo si è pensato che le valutazioni del giurista si muovessero sul piano del diritto pubblico, in particolare relativo alla legislazione matrimoniale augustea e alla *lex Visellia* di età tiberiana.<sup>12</sup>

D'altra parte, occorre anche valutare l'incidenza dell'inestituibilità e dell'immodificabilità per via negoziale dello *status* di liberto (e dei diritti di patronato che da esso discendevano) sull'assetto del nostro istituto. L'indisponibilità dei diritti di patronato, da parte dello stesso *patronus* e, a maggior ragione da parte di un terzo, è stata dimostrata da Giorgio La Pira<sup>13</sup> e riguarda tutti gli atti negoziali, tra i quali è possibile annoverare anche l'*adrogatio libertorum*. Posti in quest'ottica, dovremo valutare se, nonostante l'*adrogatio*, il liberto continuasse ad essere tale nei confronti del patrono, con la conseguenza di dovere cercare altrove le motivazioni che hanno indotto i giuristi a limitare l'ammissibilità e gli effetti del nostro istituto, fino a vietarlo.

2. Prendiamo dunque le mosse dalla questione dell'asserita lesione dei diritti di patronato causata dall'*adrogatio* del liberto. Lo stato delle fonti è tale per cui solo per l'ipotesi in cui il liberto avesse celato il proprio stato e si fosse finto *ingenuus* (*adrogatio per obreptionem*) i testi sono chiari nell'escludere ogni lesione dei diritti di patronato.<sup>14</sup> Invece, per *adrogatio libertorum*, per dir così, 'regolare' le fonti tacciono e, da qui, si spiega la posizione dottrinale secondo la quale l'*adrogatio libertorum* avrebbe potuto ledere i diritti di patronato e, per questo, sarebbe stata vietata. Per valutare la sostenibilità di questa presa di posizione, crediamo che un valido punto di partenza sia rappresentato dai risultati cui è giunto Giorgio La Pira<sup>15</sup> in materia di indisponibilità dei diritti di patronato. Alla luce dei testi adottati da quest'ultimo studioso è possibile affermare che l'estensione familiare e addirittura cittadina dei diritti di patronato rendeva questi ultimi non negoziabili, né da parte dei terzi né da parte dello stesso patrono; né all'atto della manomissione, né in un momento successivo da convenzioni o da altri atti privati.

Insomma, il diritto romano, fino all'età giustiniana,<sup>16</sup> non riconosceva alcun valore a disposizioni private che tendessero ad alterare o eliminare gli effetti che l'ordine giuridico

<sup>12</sup> Secondo C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, cit., 204 e D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono "veteres"* cit., 307 s., la riflessione di Sabino doveva, in particolare, fare riferimento alla legislazione matrimoniale augustea, la quale vietava il matrimonio dei liberti con le discendenti dei senatori. Anche secondo A.S. SCARCELLA, *Natura ed effetti dell'adoptio servi* cit., 252, il discorso condotto da Sabino avrebbe privilegiato il piano del *ius publicum*, a cominciare dal controllo pontificale sull'atto che, tuttavia, non doveva essere considerato ormai più di piena garanzia, facendo sorgere l'esigenza di un intervento per limitare gli abusi dell'*adrogatio libertorum*.

<sup>13</sup> G. LA PIRA, *Precedenti provinciali della riforma giustiniana del diritto di patronato* cit., 145-154.

<sup>14</sup> *Supra*, nt. 11.

<sup>15</sup> G. LA PIRA, *Precedenti provinciali della riforma giustiniana del diritto di patronato* cit., 145 ss.

<sup>16</sup> Proprio in età giustiniana, quando i diritti di patronato divennero disponibili, i *domini* avrebbero potuto liberare gli schiavi da ogni vincolo, sia giuridico sia morale, derivante dal rapporto di patronato instaurato a seguito della manomissione: C. 6.4.3 IMP. IUSTINIANUS A. DEMOSTHENI PP. *Si quis patronorum in posterum huiusmodi narrationem conceperit vel in libertatibus, quae inter vivos actitantur, vel in his, quae ex testamento vel codicillis, scriptis vel sine scriptis habitis, proficiscuntur, ut liberti eorum a iure patronatus liberentur, antiqua interpretatione semota, non dubitet, etiam patronatus ius ex sola tali verborum conceptione libertis esse remittendum* rell. DAT. III KAL. NOV. DECIO V C. CONSS. [a. 529].

faceva oggettivamente discendere dallo *status* di liberto. Lo si può constatare dalle seguenti attestazioni:

a) da una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano del 294 d.C. è chiaramente desumibile il principio secondo il quale le pattuizioni private non possono mutare lo *status* dei liberti:

C. 7.20.2 IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. MILESIO. *Libertinae condicionis constitutis privatis pactis mutare statum non licere, Ninniano senatus consulto*<sup>17</sup> *contra collusorem poena statuta praemioque detegenti promisso, manifeste declaratur.* DAT. V KAL. DECEMB. CAESS. CONSS. [a. 294];

b) un responso di Paolo nega effetto giuridico ad una dichiarazione di volontà del patrono tendente a liberare il liberto dall'obbligo di lasciare nel testamento la *dimidia pars bonorum*, concedendogli la *libera testamenti factio*:

D. 38.2.47.2 (Paul. 11 resp.): *Patroni filius epistulam talem liberto emisit: Sempronius Zoilo liberto suo salutem. ob merita tua, fidemque tuam quam mihi semper exhibuisti, concedo tibi liberam testamenti factionem; quaero an patroni filio nihil relinquere debeat. Paulus respondit eum libertum, de quo quaeritur, liberam testamenti factionem consecutum non videri;*

c) Modestino esclude che abbia l'effetto di mutare lo *status* del liberto una scrittura privata del patrono che lo avesse nominato erede, quasi si trattasse di un figlio:

D. 37.14.12 (Mod. 1 resp.): *Caius Seius decedens testamento ordinato inter filios suos, Iulium, libertum suum, quasi et ipsum filium, ex parte hederem nominavit; quaero, an huiusmodi scriptura possit liberto statum condicionis mutare. Modestinus respondit, statum mutare non posse;*

d) e similmente Papiniano ricorre al principio '*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*'<sup>18</sup> per negare la validità di una disposizione testamentaria tendente a derogare le regole comuni in materia di manomissione fedecommissaria, mediante il tentativo di imporre all'affrancato di promettere l'esecuzione delle *operae* a beneficio dell'erede:

D. 38.1.42 (Pap. 9 resp.): *Cerdonem servum meum manumitti volo, ita ut operas heredi*

<sup>17</sup> Il *senatusconsultum Ninnianum* dell'età di Domiziano premiava coloro i quali contribuivano a scoprire il tentativo di frode consistente nell'accordo fraudolento tra *dominus* e *servus*, volto ad eludere i requisiti della *lex Aelia Sentia* ovvero a smascherare la *nimia indulgentia* che conduceva i *domini* a manomettere, con eccessiva generosità, i propri schiavi dichiarandoli (falsamente) nati liberi, cfr. A. WACKE, *'Res iudicata pro veritate accipitur?'* Le finalità della procedura civile romana fra principio dispositivo e principio inquisitorio, in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, a cura di C. CASCIONE C. MASI DORIA, Napoli 2013, 407-410 e nt. 58, con indicazione di fonti e letteratura.

<sup>18</sup> Sulla portata di questa *regula iuris* vd.: M. KASER, *'Ius publicum' und 'ius privatum'*, in ZSS 103, 1986, 75 ss. e, di recente, M.U. SPERANDIO, *Une règle de Papinien sur le ius publicum et son histoire (D. 2,14,38: ius publicum privatorum pactis mutari non potest)* in P. ALVAZZI DEL FRATE-S. BLOCQUET-A. VERGNE (a cura di), *La summa divisio droit public/droit privé dans les systèmes juridiques en Europe (XIX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles)*, Paris 2018, 71-92.

*promittat, non cogitur manumissus promittere, sed et si promiserit, in eum actio non dabitur; nam iuri publico derogare non potuit qui fideicommissariam libertatem dedit.*<sup>19</sup>

Insomma, dalle fonti appena analizzate appare chiaro che i diritti di patronato rivestono una dimensione tale da non permettere alcuna remissione, deroga o compressione da parte del patrono e, a maggior ragione, da parte di un qualunque altro terzo. Ecco perché siamo convinti che anche l'*adrogatio libertorum* – sia che fosse intervenuta da parte del patrono, sia che fosse stata posta in essere da un qualunque altro terzo – non avrebbe potuto in alcun modo pregiudicare i diritti di patronato. Anche se avesse voluto, il patrono non avrebbe potuto mutare lo stato di liberto mediante un negozio di diritto privato, né avrebbe potuto disporre dei diritti di patronato o della sua posizione di patrono, né al momento della manomissione, né in un momento successivo, ad esempio ricorrendo all'*adrogatio libertorum*, al fine di fare acquistare al liberto (proprio o altrui) lo stato di *ingenuus* e rendendo, così, inesigibili le *operae* e annullando le pretese successive sui *bona libertorum*.

L'unico istituto capace di raggiungere un tale effetto in diritto romano classico era la *natalium restitutio*,<sup>20</sup> un beneficio che poteva essere concesso dal principe e che, proprio perché eliminava i diritti di patronato, presupponeva il consenso del patrono all'atto. Viceversa, era impossibile mutare lo status di liberto e le conseguenze che ne scaturivano per mezzo di negozi privati, compresa naturalmente anche l'*adrogatio libertorum* compiuta da parte dello stesso patrono:

D. 1.5.27 (Ulp. 5 *opin.*): *Eum, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potuit.*<sup>21</sup>

Ciò consente anche di spiegare perché le fonti non accennino mai alla necessità che il patrono prestasse il consenso all'*adrogatio* del proprio liberto da parte di un terzo: non occorre alcun consenso perché si sarebbe trattato di un atto che non poteva né annullare i doveri giuridici discendenti dal rapporto di patronato, né pregiudicare i diritti di patronato.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Sul passo cfr. G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum – ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in AUPA 37, 1983, 527 ss. [= 83 ss.] e nt. 147 ove indicazione di ulteriore letteratura.

<sup>20</sup> Della *natalium restitutio* informano: D. 40.11.2 (Marc. 1 *inst.*): ... *Ideoque imperatores non facile solent quemquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono*; D. 40.11.3 (Scaev. 4 *resp.*): *Respondit: quaeris an ingenuitatis iure utatur is quem sanctissimus et nobilissimus imperator natalibus suis restituit. sed ea res nec dubitationem habet nec umquam habuit, quin exploratur ad omnem ingenuitatis statum restitui eum qui isto beneficio principis utatur*; D. 40.11.5 pr. (Mod. 4 *reg.*): *Patrono consentiente debet libertus ab imperatore natalibus restitui: ius enim patroni hoc impetrato amittitur*. Sull'istituto della *natalium restitutio* vd. la monografia, per vero ormai troppo datata, di H.R. DAEHNE, *De iure aureorum anulorum et natalium restitutione. Commentatio prior*, Halae 1863. Cenni in A.M. SEELENTAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum* cit., 184 ss.

<sup>21</sup> Crediamo che il passo sia dotato di efficacia generale, nel senso di comprendente tutte le *adrogationes libertorum*. Sebbene, infatti, esso menzioni espressamente il solo caso dell'adozione di colui che dica di essere *libertinus*, escludendo che l'*adrogatio* avrebbe potuto renderlo ingenuo, a maggior ragione, occorre credere che l'*ingenuitas* non sarebbe stata acquistata nel caso opposto dell'*adrogatio* di chi avesse celato il proprio stato di liberto, dichiarandosi *ingenuus* (*adrogatio per obreptionem*): D. 2.4.10.2 (Ulp. 5 *ad ed.*) ... *dum adrogetur per obreptionem, cum enim hoc ipso, quod adrogetur, celat condicionem, non id actum videtur, ut fieret ingenuus*.

<sup>22</sup> Sono pertanto da condividere le riflessioni di P. ARCÉS, *Osservazioni sulla scrittura e sul metodo di lavoro di Gellio e Gaio* cit., 19 nt. 41, ad avviso del quale il liberto, anche se adottato, sarebbe sempre stato obbligato nei confronti del proprio patrono e della sua famiglia, né si sarebbe potuto sottrarre alle prescri-

3. Alla luce dei risultati cui siamo giunti, crediamo possibile sostenere che il divieto di *adrogare* un liberto altrui attestato da Ulpiano per l'età dei Severi, ma verosimilmente più risalente,<sup>23</sup> doveva essere motivato unicamente dalla necessità di evitare che i liberti *adrogati* acquistassero le prerogative degli *ingenui*, violando così la normativa di diritto pubblico discendente dalla *lex Visellia* e dalle leggi matrimoniali augustee e non, come generalmente sostenuto, dall'esigenza di tutelare i diritti di patronato:

D. 1.7.15.3 (Ulp. 5 *opin.*): *Item non debet quis plures adrogare nisi ex iusta causa, sed nec libertum alienum, nec maiorem minor.*

Nonostante siano stati avanzati da parte degli studiosi<sup>24</sup> sospetti sulla genuinità del frammento al fine di negare la classicità del divieto di *adrogare* un liberto altrui, dal canto nostro siamo convinti della classicità del divieto attestato da Ulpiano, poiché è possibile addurre un preciso riscontro testuale derivante dal seguente frammento, sempre di Ulpiano:<sup>25</sup>

zioni di diritto pubblico, specialmente della *lex Visellia* del 24 d.C., in materia di repressione delle usurpazioni dei diritti degli *ingenui*.

<sup>23</sup> Considerano, in termini più ampi, come classico il divieto di *adrogare* un liberto altrui: C. COSENTINI, *Per la storia dell'adrogatio libertorum* cit., 3 e 12 s.; C. MASI DORIA, *Bona libertorum* cit., 398 nt. 390.

<sup>24</sup> P. BONFANTE, *Della famiglia. Lezioni*, Pavia 1907-1908, 26; C. BELELLI, *L'arrogazione dei libertini* cit., 67 ss., il quale sostiene, ma senza motivare, la natura insitica dell'intera chiusa, compreso il divieto per un minore di *adrogare* un maggiore d'età. Dubitano della classicità della chiusa, che a noi particolarmente interessa, anche i seguenti autori: G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen 1920, 205, il quale ritiene che sia interpolato tutto il tratto *ex interpretatione-maneret*, a causa delle difficoltà che avrebbe presentato l'arrogazione del liberto. Successivamente, lo studioso in ID., *Adrogatio libertinorum*, in ZSS 45, 1925, 211, avrebbe giudicato 'unrichtig' la precedente presa di posizione, ritenendo di dovere limitare i sospetti solo alla chiusa *porro-maneret*. Similmente, infine, G. LAVAGGI, *L'arrogazione dei libertini* cit., 128 s., ritiene la chiusa interpolata. Invero ci pare che si possa sostenere la classicità dell'intero frammento, sia nella parte prima parte nella quale si espone il *casus*, la cui prospettazione certo non potrebbe attribuirsi ai giustinianeî; sia nella parte finale della chiusa, le cui soluzioni ci sembrano compatibili e ben armonizzabili con il regime classico dell'*adrogatio libertorum*, almeno per come abbiamo creduto di poterlo delineare; in particolare, proprio l'espressione *admittenda non est* ci pare rappresenti una spia preziosa della genuinità del frammento, poiché lega la riflessione di Ulpiano alla presa di posizione di Sabino, il quale aveva similmente scritto '*neque ... permittendum esse*', proprio con riferimento all'*adrogatio libertorum*.

<sup>25</sup> Secondo A.M. SEELENAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum*, 161 ss., il passo di Ulpiano non attesterebbe alcun divieto di *adrogare* un liberto altrui, quanto piuttosto un auspicio, un obiettivo, un intendimento, piuttosto che un divieto tassativo. D'altra parte, prosegue la studiosa, lo stesso Ulpiano in D. 37.12.1.2 (Ulp. 45 *ad ed.*) scrive che l'*adrogatio libertorum admittenda non est* e non, piuttosto, *admissa non est*, come ci si sarebbe dovuti attendere nel caso in cui in età classica fosse stato in vigore un divieto di tal fatta. Del resto, secondo questa studiosa, gli unici organi competenti a negare l'*adrogatio* erano il collegio pontificale o la cancelleria imperiale, competenti dell'istruttoria volta ad analizzare i fatti che stavano alla base della richiesta di *adrogatio*.

Tuttavia, noi siamo convinti che il frammento attesti proprio un divieto. Il fatto che Ulpiano si esprima in termini di '*admittenda non est*' si può facilmente spiegare poiché il giurista faceva riferimento ad ipotesi negoziali astratte e non al loro concreto svolgimento; proprio per questo non troviamo alcuna contraddizione con le competenze pontificali o della cancelleria imperiale che dovevano intervenire pur sempre 'a valle', nella concreta dinamica della fattispecie negoziale la quale, peral-

D. 37.12.1.2 (Ulp. 45 *ad ed.*): *Nepos ab avo manumissus dedit se adrogandum patri suo, sive manens in potestate patris decesserit, sive manumissus diem suum obeat, solus admittetur avus ad eius successionem ex interpretatione edicti, quia perinde defert praetor bonorum possessionem, atque si ex servitute manumissus esset. Porro si hoc esset, aut non esset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est aut si obreperit patroni tamen nihilo minus ius integrum maneret.*<sup>26</sup>

Il passo<sup>27</sup> chiama in causa l'assenza di effetti pregiudizievoli nei confronti del patrono da parte dell'*adrogatio liberti* in un caso parallelo: l'ipotesi è quella di un *avus* il quale – dobbiamo congetturare, dopo avere emancipato il *filius* – manometta il *nepos*; quest'ultimo decida di farsi *adrogare* dal suo *pater* e, a questo punto, muoia.

Ecco, Ulpiano sostiene che in un caso del genere, sia che il *nepos* sia deceduto *in potestate patris*, sia che sia deceduto dopo essere stato a sua volta manomesso (cioè, emancipato) dal *pater adrogans* (morendo, quindi, da *sui iuris*), solo l'*avus manumissor* sarebbe stato ammesso alla sua successione e non il *pater adrogante*, per effetto dell'interpretazione estensiva dell'editto *si a parente quis manumissus sit* (EP<sup>3</sup> § 154): in questo editto, infatti, il pretore attribuisce al *parens manumissor* la *bonorum possessio dimidia pars* dei beni dell'emancipato, allo stesso modo dunque del patrono, al quale spetta la *dimidia pars* dei beni del liberto defunto.

Le stesse conseguenze si sarebbero verificate nel caso in cui un liberto fosse stato *adrogatus*. Se infatti fosse intervenuta l'*adrogatio* di un liberto (*Porro si hoc esset*), il liberto doveva considerarsi come *non adrogatus*, in quanto essa non era da ammettere, evidentemente perché vietata; ma se anche fosse intervenuta in modo fraudolento, ossia *per obreptionem*, mai i diritti (di successione) del patrono sarebbero stati pregiudicati, perché la logica che guidava il pretore era la medesima sia nel caso dell'*avus* che avesse manomesso il *nepos*, sia nel caso del terzo che avesse *adrogato* un liberto, sebbene *per obreptionem*: tanto i

tro, poteva essere caratterizzata dalle reticenze dei liberti, come dimostrano i casi di *adrogatio per obreptionem*. In fin dei conti, il giurista di Tiro, nell'affermare il divieto di *adrogatio libertorum*, riflette una prassi illecita nella quale ancora le *adrogationes libertorum* continuavano ad intervenire *per obreptionem*: celando il proprio *status*, il liberto avrebbe tentato di rappresentare la propria *adrogatio* come lecita.

<sup>26</sup> Sul passo vd. l'ampio esame di C. BELELLI, *L'arrogazione dei libertini* cit., 72. C. COSENTINI, *Per la storia dell'adrogatio libertorum* cit., 7, suggerisce di premettere al *casus* l'avvenuta emancipazione del *filius* da parte dell'*avus, filius* che avrebbe poi adottato *per adrogationem* il *nepos* e difende la genuinità del frammento. Anche R. KNÜTEL, *Skizzen zum römischen Adoptionsrecht*, in *Index* 22, 1994, 250 nt. 10, crede il passo genuino, ma ritiene che i divieti espressi dal testo si spiegherebbero con la circostanza che i diritti di patronato sarebbero messi in pericolo dall'*adrogatio* del liberto. Di recente, sono tornate ad occuparsi del passo di Ulpiano C. MASI DORIA, *Bona libertorum* cit., 400 e A.M. SEELENAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum* cit., 203 ss., senza esprimere sospetti sulla genuinità del testo.

<sup>27</sup> Il quale non viene preso in considerazione da questo punto di vista da parte di A.M. SEELENAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum* cit., 168, secondo il cui parere l'*adrogatio* di un liberto altrui sarebbe stata valida in età classica secondo il *ius civile*, ma sarebbe stata aversata da parte dei pontefici, competenti per l'istruttoria preliminare all'atto e concessa solo ove costoro avessero riscontrato una *iusta causa*, requisito di validità dell'*adrogatio* che l'autrice considera classico. Tuttavia, D. 37.12.1.2 (Ulp. 45 *ad ed.*) mostra chiaramente come l'*adrogatio* di un liberto altrui fosse vietata pure per il *ius civile*; né pare conferente il rinvio al requisito della *iusta causa*, requisito che compare in un rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiano, sul quale cfr. *infra* nel testo, ma solo con riferimento all'*adrogatio* di un liberto proprio.

diritti di successione dell'*avus*, quanto i diritti di patronato del *patronus* sarebbero rimasti impregiudicati.<sup>28</sup>

Il frammento, dunque, conferma che l'*adrogatio* di un liberto altrui era vietata in età classica e che, se anche fosse intervenuta (*per obreptionem*) essa non avrebbe prodotto effetti e non avrebbe, pertanto, leso né i diritti di patronato, né le pretese successorie del patrono.<sup>29</sup>

3.1. Doveva restare ammesso, invece, che il patrono potesse *adrogare* un liberto proprio, fermo restando che un'*adrogatio* di tal fatta non avrebbe mutato lo *status* del *libertus adrogatus*: nonostante egli fosse divenuto figlio, non sarebbe comunque diventato *ingenuus*:

D. 1.5.27 (Ulp. 5 *opin.*): *Eum, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potuit.*

Probabilmente, la mancata estensione del divieto di *adrogare* un liberto altrui al caso del liberto proprio, doveva essere motivata dalla volontà di venire incontro all'esigenza di procurare una discendenza al patrono, come si può chiaramente evincere da un rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiano:

C. 8.47(48).3 IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. MARCIANO. *Cum eum, quem adrogare vis, libertum tuum esse profitearis, nec ullam idoneam causam precibus indideris, id est quod non liberos habes, intellegis iuris auctoritatem desiderio tuo refragari.* PP. XVI KAL. IUL. MAXIMO II ET AQUILINO CONSS. [a. 286].

La richiesta di *adrogare* un liberto proprio viene rigettata dalla cancelleria imperiale, facendo appello alla *iuris auctoritas* consolidate in età classica, motivando il divieto in base alla mancata allegazione, da parte del richiedente, di una *idonea causa*, quale sarebbe stata appunto l'assenza di figli, alla quale l'*adrogatio* del liberto proprio avrebbe potuto porre rimedio.<sup>30</sup>

#### 4. Tiriamo le fila del discorso fin qui condotto:

– l'*adrogatio libertorum* fin dai tempi di Masurio Sabino era considerata, ormai una *iu-*

<sup>28</sup> A.M. SEELENAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum* cit., 209, precisa che il passo di Ulpiano si riferirebbe ad una *in integrum restitutio* e, dunque, in virtù di esso occorrerebbe credere che l'*adrogatio libertorum per obreptionem* avrebbe estinto il rapporto di patronato, ma i diritti di patronato sarebbero rimasti integri in virtù di una finzione giuridica, riconosciuta e tutelata dal pretore mediante una *in integrum restitutio*. La studiosa conferma le sue conclusioni adducendo (p. 211 s.) anche D. 38.2.49 (Paul 3 *sent.*) = Paul. Sent. 3.2.6: *Liberto per obreptionem adrogato ius suum patronus non amittit*, passo nel quale l'espressione *ius non amittit* rinvierebbe proprio ad una *in integrum restitutio* pretoria volta alla tutela dei diritti di patronato. Mentre, secondo la studiosa (p. 213), pur nel silenzio delle fonti, l'*adrogatio libertorum* regolare avrebbe estinto i rapporti di patronato, in quanto comportante una *capitis deminutio minima* del liberto.

<sup>29</sup> D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono "veteres"* cit., 307 nt. 169, precisa che l'*adrogatio libertorum per obreptionem* era valida, anche se non avrebbe prodotto effetti né sul fronte dei diritti di patronato, né sul fronte dell'acquisto della condizione di *ingenuus* da parte del liberto adottato. In precedenza, G. LAVAGGI, *L'arrogazione dei libertini* cit., 118 e 123, aveva sostenuto la tesi della nullità dell'*adrogatio per obreptionem*.

<sup>30</sup> Sul punto, tuttavia C. BELELLI, *L'arrogazione dei libertini* cit., 70, precisa che il requisito di una *iusta causa adrogationis* sarebbe ignoto al diritto classico, in quanto non espressamente attestato dalle fonti.

*ris antiquitas*, un relitto del diritto arcaico, secondo il quale i liberti adottati avrebbero acquisito i *iura ingenuitatis* e, probabilmente, anche l'*ingenuitas*, rompendo così la condizione di subordinazione giuridica (riconducibile al diritto alle *operae* e ai *bona*) e morale (riconducibile al dovere di *obsequium*) discendente dalla *libertinitas*;

– lo sforzo dei giuristi di età classica è consistito nel limitare gli effetti dell'*adrogatio libertorum* fino ad arrivare a vietarla, per evitare che l'istituto si traducesse in una scorciatoia abusiva per acquistare le prerogative degli *ingenui*, ferma restando la sottoposizione del liberto *adrogatus* ai doveri giuridici e morali discendenti dal rapporto di patronato;

– l'indisponibilità tanto dello status di patrono quanto dei diritti di patronato, impediva all'*adrogatio libertorum* di pregiudicare le prerogative dei patroni, sia che l'*adrogatio* fosse stata compiuta dallo stesso patrono, sia che provenisse da un terzo;

– i *iura patronatus* rivestivano una dimensione familiare tale da coinvolgere le posizioni giuridiche dei discendenti del patrono; per tali ragioni, crediamo, che l'*adrogatio libertorum* non fosse in grado in età classica, di ledere i diritti di patronato, al pari di altre convenzioni private;

– questo dato consente anche di spiegare perché le fonti non menzionino mai il consenso del patrono quale requisito necessario alla perfezione dell'atto;

– solo limitatamente all'*adrogatio* del liberto proprio, forse per venire incontro all'esigenza di filiazione del patrono, il divieto non operava.





VARIE



Frits Brandsma

Viele Schafe oder eine Herde?  
Die Vindikation einer Sachgesamtheit  
von byzantinischen Juristen erläutert

ABSTRACT

*Universitates rerum*, like a flock, raise legal questions, for example those concerning the vindication or the transfer of a flock, questions that have already occupied Roman lawyers, but are still being discussed. Must one see a flock as several sheep each with their own legal status, or can one see a flock as a unit to be dealt with as such? Byzantine lawyers give some answers to these questions. Stephanus states that the owner of the herd can vindicate even if none of the animals is his property, but he is only possessing them in good faith. Another scholion claims more categorically someone can be an owner of a herd, even if he does not own a single animal in the herd. In any case, according to the *Basilica scholia*, the owner of a flock can also claim animals owned by others, provided of course that the person who possesses them and who is sued is not the owner.

PAOLE-CHIAVE

*Universitas rerum; vindicatio; Basilica; Stephanus; Anonymus.*



## VIELE SCHAFE ODER EINE HERDE? DIE VINDIKATION EINER SACHGESAMTHEIT VON BYZANTINISCHEN JURISTEN ERLÄUTERT

1. Eine Herde wirft juristische Fragen auf, zum Beispiel die betreffend die Vindikation oder die Übertragung einer Herde, Fragen die schon die römischen und byzantinischen Juristen beschäftigt haben. Eine Herde kann verstanden werden als eine sogenannte *universitas rerum*, eine Gesamtsache oder Sachgesamtheit auf Deutsch. Das heißt zweierlei. Eine Herde besteht aus Schafen, aus mehreren Sachen, aber eine Herde kann man auch als eine Sache, eine Sachgesamtheit auffassen. Die Frage die schon die römischen Juristen beschäftigt hat ist ob das eine oder das andere Aspekt juristisch entscheidend ist. Muss man eine Herde sehen als mehrere Schafe, die jeder für sich ihren eigenen juristischen Status haben, oder kann man eine Herde als eine Einheit betrachten mit einem Schicksal? Die römischen Juristen geben, das wird nicht erstaunen, beide Antworten, je nachdem. Sie nuancieren nach den Umständen und den Rechtsinstituten, die betroffen sind.<sup>1</sup> Vangerow sagt dazu in dieser Hinsicht folgendes. ‚Wir begegnen hier nicht selten Begriffsentwicklungen römischer Juristen, die durch Feinheit und Schärfe kaum irgend einem andren Erzeugniß römischer Jurisprudenz nachstehen, und als wahre Muster juristischer Auslegung angesehen werden müssen.<sup>2</sup> Hat man eine etwas weniger hohe Einschätzung von den römischen Juristen, dann wird man vielleicht sagen, dass sie sich widersprechen.

Die meisten Aussagen über Gesamtsachen in den römischen Rechtsquellen betreffen Herden.<sup>3</sup> Andere Sachgesamtheiten sind zum Beispiel Bibliotheken.<sup>4</sup> Das wichtigste Problem betreffend Gesamtsachen in den Texten gilt ihrer Vindikation. Über die Vindikation von Gesamtsachen gibt es einige Bestimmungen in den Digesten, die, wie gesagt, Herden zum Objekt haben. Über Übertragung von Gesamtsachen gibt es keine Texte, aber wenn es sich herausstellt, dass es Gesamtsachen als solche gibt, weil sie als solche vindiziert werden können, dann darf man vielleicht annehmen, dass sie auch als solche übertragen wer-

<sup>1</sup> Ersitzung und Besitz betreffen die einzelne Sachen – vgl. z. B.M. KASER, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, 383, Fn. 19 – und werden hier nicht besprochen.

<sup>2</sup> *Lehrbuch der Pandekten*, 7. Aufl., Marburg 1867, § 553, S. 532.

<sup>3</sup> Vgl. z. B.E.A. DAUBERMANN, *Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts*, Frankfurt a.M. 1993, 14. Vgl. im allgemeinen M. KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 383; P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, H. HONSELL, TH. MAYER-MALY, W. SELB, *Römisches Recht*, Berlin 1987<sup>4</sup>, 85. Sehe weiter z. B.A. DELL'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano 1963, und dazu P. VOCI, in SDHI 30, 1964, 434 ff.; B. BIONDI, *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, in BIDR 61, 1958 (n.s. 20), 1 ff.; E. HOLTHOFER, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und im gemeinem Recht*, Berlin 1972, 64 ff.

<sup>4</sup> Vgl. D. 32.52.3. Sehe DAUBERMANN, *l.c.*, für andere Beispiele.

den können. Zu den Texten über Vindikation von Herden also.<sup>5</sup> Der erste Text ist von Ulpian, der Pomponius zitiert aus seinem 25. Buch der Lesefrüchte.

D. 6.1.1.3 (Ulp. 16 ad ed.) *Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicantur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vicensimo quinto scribit. Idem et de armento et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficit ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur.*

«Mit dieser Klage (d.h. die Vindikation) können aber nicht nur einzelne Sachen, sondern sogar Herden von Kleinvieh vindiziert werden, schreibt Pomponius im 25. Buch der Lesefrüchte. Dasselbe ist von einer Herde von Rindern oder von Pferden zu sagen sowie von anderen Tieren, die herdenweise gehalten werden. Es genügt aber, dass die Herde selbst uns gehört, auch wenn einzelne Stücke daraus uns nicht gehören. Man vindiziert nämlich die Herde, nicht die einzelnen Tiere».<sup>6</sup>

Das bringt uns zu der Frage, wie es um Schafe aus einer Herde steht, die nicht dem Eigentümer der Herde gehören, sondern einem anderen.

Objekt der Vindikation ist also laut Ulpian die Herde, nicht die einzelnen Tiere. Das braucht nicht zu überraschen, wenn man sich erinnert, dass schon Gaius die Frage stellt wie man durch *legis actio* eine Herde vindiziert.

Gai 4.17. *Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri uel adduci, uerbi gratia si columna aut navis aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur eaque in ius adferebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio; itaque ex grege uel una ovis sive capra in ius adducebatur, ... et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio ...*

«Wenn eine Sache so beschaffen war, dass sie nicht ohne größere Umstände zum Gerichtsort hergebracht oder hergeführt werden konnte, wenn sie zum Beispiel eine Säule oder ein Schiff oder eine Herde irgendeines Viehs war, so wurde ein Teil von ihr mitgenommen und dieser Teil zum Gerichtsort hergebracht, und für diesen Teil geschah die Eigentumsbehauptung, sozusagen anstelle einer anwesenden Gesamtsache; und so wurde von der Herde entweder ein einzelnes Schaf oder eine einzelne Ziege zum Gerichtsort hergeführt, ... und für diesen Teil geschah die Eigentumsbehauptung ebenso wie für die anwesende Gesamtsache ...».<sup>7</sup>

Eine Herde beanspruchte man also als Eigentum indem man ein einzelnes Schaf zum Gerichtsort führte. Diese Überlegungen dürfen aber eher aus praktischen Gründen als aus prinzipiellen Gründen entstanden sein. Sie weisen zurück auf die früheste Zeit der Entwicklung des römischen Rechts, die Zeit des Zwölftafelgesetzes. Damals konnte man also eine Herde durch *legis actio sacramento in rem*, oder Spruchformelklage zur Herausgabe einer Sache mittels Prozesseinsatzes, vindizieren nur durch das Mitbringen zum Gerichts-

<sup>5</sup> Vgl. zu der Herde noch J. HAMMERSTEIN, *Die Herde im römischen Recht*, Göttingen 1975.

<sup>6</sup> Übersetzung von O. BEHREND, R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung: II Digesten 1-10*, Heidelberg 1995, 555.

<sup>7</sup> Übersetzung von U. MANTHE, *Die Institutionen des Gaius*, Darmstadt 2010<sup>2</sup>, 327 ff.

ort von einem Schaf aus der Herde. Das eine Schaf repräsentierte die ganze Herde.

2. Zurück aber zur Digesten. Die Aussage von Ulpian am Ende des Textes lautet, dass man eine Herde vindizieren kann ungeachtet ob alle Tiere dem Kläger gehören. Diese Aussage ist sehr umstritten. Sie ist umstritten gerade, weil der darauffolgende Text von Paulus sie wieder zu entkräften scheint.

D. 6.1.2 (Paul 21 *ad ed.*) *Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius eius vindicabit. Sed si maiorem numerum alter habeat, ut detracto alieno nihilo minus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.*

«Haben dagegen zwei Eigentümer Anrecht auf die gleiche Anzahl von Tieren, kann keiner von beiden die gesamte Herde vindizieren, aber auch nicht die [ideelle] Hälfte der gesamten Herde. Hat jedoch einer die größere Anzahl, so daß er – abzüglich der fremden Tiere – gleichwohl die Herde vindizieren kann, werden die fremden Viehstücke von der Rückgewährpflicht nicht erfasst».<sup>8</sup>

Der erste Teil des Textes macht klar, dass jemanden nicht die Herde vindizieren kann, wenn er nicht mehr Tiere aus derselben beansprucht als ein anderer. Er kann dann schwerlich sagen, dass er Eigentümer der Herde sei. Weil es nicht um Gesamteigentum geht, kann er auch nicht eine ideelle Hälfte der Herde beanspruchen. Was der Text nicht besagt, aber logisch daraus folgt, ist, dass er die ihm gehörende Tiere separat vindizieren kann.<sup>9</sup> Hat der Kläger aber eine größere Anzahl als der andere Eigentümer, dann kann er richtig sagen, dass er Eigentümer der Herde ist und somit die Herde vindizieren. Es geht jetzt insbesondere um die letzten beiden Phrasen, die besagen, dass der Eigentümer der Herde vindizieren kann, abzüglich der fremden Tiere und dass die fremden Viehstücke von der Rückgewährpflicht nicht erfasst sind. Hat Ulpian nicht gerade eben gesagt, dass der Eigentümer einer Herde diese vindizieren kann, auch wenn einzelne Stücke daraus ihm nicht gehören? Muss man dann feststellen, dass der Eigentümer eigentlich nur seine eigene Einzelsachen vindizieren kann? Wenn ja, vindiziert er dann noch eine Herde, oder vindiziert er vielmehr die Tiere, die ihm gehören? Was hat es dann auf sich mit der Bemerkung von Ulpian, dass man die Herde vindiziert, nicht die einzelnen Tiere. Soll das nicht heißen, dass einer, der die Herde vindiziert auch die Tiere bekommt, die ihm nicht gehören? Eine Lösung des Problems bietet sich an, wenn man annimmt, dass er das selbstverständlich nur kann, wenn diese Tiere nicht dem Beklagten gehören. Gehören die fremden Tiere dem Beklagten, dann gibt es keinen Grund, warum dieser seine eigenen Tiere auch dem Kläger abzugeben hat.

Dass der Kläger aber die Tiere aus der Herde, die ihm nicht gehören mit der Herde fordern kann von einem Besitzer, der kein Recht auf sie hat, scheint plausibel und kann vielleicht Unterstützung finden in dem nächstfolgenden Digestentext, der auch Ulpian als Autor hat, der diesmal Marcellus zitiert.

<sup>8</sup> Übersetzung von O. BEHREND, R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung* cit., 555 ff.

<sup>9</sup> Das scheint auch zu folgen aus Sch. Τοῦ Ἀνωνύμου (BS 841-1), worin es heißt: Ὡς ἀγέλη[ην.] (Wie eine Herde), womit der Anonymos die Worte *solidum gregem* dahin auslegt, dass die Herde als Herde und somit als Gesamtsache in diesem Fall nicht vindiziert werden kann.

D. 6.1.3pr. (Ulp. 16 *ad ed.*) *Marcellus libro quarto digestorum scribit: qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum redemit totidem capita [aliena] ab eo, qui dominium eorum habebat vel aliena ab eo, qui bona fide ea possidebat: et haec utique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. Sed et si ea sola supersint capita, quae redempta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare.*

«Marcellus schreibt im 4. Buch seiner Digesten: Jemand hatte eine Herde von dreihundert Stück Vieh; als er hundert verloren hatte, kaufte er ebensoviele Stücke nach, entweder von jemandem, der Eigentum an ihnen hatte, oder von jemandem der sie, obwohl fremde, guten Glaubens besaß. Auch die letzteren, sagt Marcellus, werden von der Vindikation der Herde umfasst. Aber selbst, wenn nur noch Stücke vorhanden sind, die nachgekauft wurden, könne er auch dann noch die Herde vindizieren».<sup>10</sup>

Jemand hatte dreihundert Schafe, nehmen wir an, und verlor hundert. Er kaufte hundert andere Schafe. Sie wurden gekauft von – und geliefert durch, nehme ich an – von jemandem, der Eigentümer dieser Schafe war. Das ist der erste Fall. Diese neuen hundert werden auch von der Vindikation umfasst. Ob Marcellus das hätte sagen wollen, ist nicht ganz klar, denn seine Bemerkung kann auch nur den zweiten Fall betroffen haben. Darüber später. Es hat aber etwas dafür anzunehmen, dass Marcellus hier hat klarmachen wollen, dass eine Herde immer in Begriff ist zu wachsen – und manchmal auch sich zu verringern –, und dass man mit der Vindikation den heutigen Bestand an Tieren beanspruchen kann. Wir könnten dabei denken an Lämmer, die inzwischen geboren sind, es sei denn, dass ein Besitzer, von dem man die Herde vindiziert, in gutem Glauben ist. Wie dem auch sei, als zweite Fall nennt Marcellus, dass die Schafe auch gekauft sein könnten von jemandem, der kein Eigentümer war, sie aber guten Glaubens besaß. So einer war im Wege, durch Ersitzung Eigentümer zu werden und konnte mit der *actio Publiciana* auftreten, wenn er unfreiwillig seinen Besitz verlor. Hier hat er den Besitz dem Käufer übergeben, der, nehmen wir an, auch in gutem Glauben war, also was hat es auf sich mit der Bemerkung, dass der Verkäufer die Schafe guten Glaubens besaß? Kann der Käufer nicht ohnehin durch Ersitzung Eigentum bekommen? Ja, kann er, aber nur wenn die gekauften Sachen keine gestohlenen Sachen waren, sogenannten *res furtivae*, denn dann war die Ersitzung ausgeschlossen. Verkaufte ein Besitzer der wusste, dass er kein Eigentümer war, dann war, was wir Unterschlagung nennen, nach römischem Recht Diebstahl, und also war die Ersitzung nicht möglich.

3. Jetzt aber zur Frage betreffend die Herde und ihrer Vindikation. Die gekauften Schafe waren also insgesamt oder teilweise kein Eigentum geworden von dem Eigentümer der Herde. Separat konnte er diese Tiere nur mit der *Publiciana* beanspruchen, weil er Ersitzungsbesitzer geworden war. Konnte er jetzt die ganze Herde vindizieren, obwohl er von einem Teil kein Eigentümer war, nur Ersitzungsbesitzer? Marcellus sagt: ja, kann er, selbst wenn die Herde nur noch besteht aus diesen Tieren, die nachgekauft sind. Dass scheint doch wohl die Möglichkeit einer Vindikation einer Herde zu unterstützen mitinbegriffen der Restitution der Tiere, die nicht dem Eigentümer der Herde gehören; vielleicht eben dieselbe Möglichkeit, wenn keines der Tiere der Herde ihm gehört. Darüber später noch. Weiter sei noch verwiesen auf § 1, worin, nehme ich an, Ulpian zur Kontras-

<sup>10</sup> Übersetzung von O. BEHREND, R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung cit.*, 557.



tierung die einzelnen Vindikationen von Ausrüstungsstücken eines Schiffs hervorhebt: bei einem Schiff geht es nicht um eine Gesamtsache.

Kein Geringerer aber als Cujas hat die Auffassung vertreten, dass die Tiere, die sich bloß im publizianischen Besitz befanden, nicht mit der Vindikation beansprucht werden konnten, sondern mit der *Publiciana* herausgefordert werden sollten.<sup>11</sup> Das würde aber heißen, dass die Herde nicht als solche vindiziert wird, sondern dass die einzelnen Tiere je nach ihrem Status beansprucht werden sollten. Das hieße auch, dass Tiere die nicht dem Eigentümer der Herde gehören nicht von ihm vindiziert werden können, oder genauer gesagt nicht an ihm restituiert werden müssen. Diese Meinung, die man auch in dem Text von Paulus lesen will, wird von anderen Autoren auch vertreten, meistens im neunzehnten Jahrhundert. So zum Beispiel Dernburg,<sup>12</sup> Exner<sup>13</sup> und Wächter.<sup>14</sup> Seitdem aber hat die Frage weniger Beachtung gefunden, vielleicht auch deshalb, weil das Konzept von der Gesamtsache nicht im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch aufgenommen worden ist. Zuletzt hat Daubermann<sup>15</sup> diese These 1993 vertreten.

Was man bei den Besprechungen von all diesen und anderen Fragen nicht erwähnt – soweit ich sehen konnte – sind die Antworten, die schon die zur der Zeit von Justinian lebenden und schreibenden Juristen gegeben haben. Es ist selbstverständlich nicht fehl am Platz diese Antworten einmal ernst zu nehmen.

Fangen wir an mit Stephanos und seinem Index zu dem letzten Digestentext den wir gelesen haben.

BS 841-14 (= Z. sch. 10) zu Bas. 15.1.3. Ἐχων τις ἀγέλην τ'. προβάτων ρ'. αὐτῶν ἀπολομένων ὠνήσατο ἕτερα ρ'. ἀλλότρια, τουτέστι μὴ ὄντα αὐτοῦ τοῦ ἀγοράσαντος, ἀλλ' ἢ τοῦ πωλήσαντος ἢ ἑτέρου τίνος· ἠγόρασε γὰρ αὐτὰ ἢ παρὰ τοῦ δεσπότου ἢ παρὰ τοῦ μὴ ὄντος δεσπότου, βόνα φίδε δὲ ταῦτα νεμομένου. Γράφει τοίνυν ὁ Μάρκελλος, ὅτι ταῦτα τῇ ἐκδικήσει τῆς ἀγέλης περιέχονται, τουτέστι κινῶν περὶ τῆς ἀγέλης ὁ τῶν σ'. θερεμμάτων κύριος ἐκδικήσει καὶ ταῦτα, κἂν μήπω ἐγένετο δεσπότης, ἐπειδὴ ὅλως θεθεμάτισται παρὰ τοῦ μὴ δεσπότου, νεμομένου δὲ βόνα φίδε ταῦτα λαβὼν καὶ ἔχων ἐπ' αὐτοῖς τὴν Πουβλικιανήν. Καὶ αὕτη ἐστὶν ἡ διαφορὰ τοῦ παρόντος καὶ τοῦ προλαβόντος διγέστου. Τὸ μείζον ὁ αὐτὸς Μάρκελλος γράφει, ὅτι καὶ εἰ ἀπώλοντο τὰ σ'. πρόβατα, ὥστε εἰς μόνα τα ρ', ἅπερ ὠνήσατο, περιστῆναι αὐτῶ τὴν ἀγέλην, ἐκδικεῖ καὶ τὰ ρ'. καὶ λαμβάνει παρὰ τοῦ κατέχοντος τὰ πρόβατα, ἐπειδὴ ὅλως καὶ βόνα φίδε ταῦτα ὠνήσατο καὶ εἶχεν ἐπ' αὐτοῖς Πουβλικιανήν καὶ τῇ τῆς ἀγέλης αὐτὰ συνῆψέ τε καὶ περιέλαβε προσηγορία. Ἐπὶ μὲν οὖν ἀγέλης δυνάμεθα καὶ τὰ μὴ ὄντα ἡμέτερα, βόνα φίδε δὲ ὑπὸ τὴν ἡμῶν γενόμενα κατοχὴν δικαίῳ τῆς ομάδος διὰ τῆς ἰν ῥέμ ἐκδικεῖν, ἐπὶ δὲ νηὸς τοῦτο οὐ δυνάμεθα ποιεῖν. Τὰ γὰρ σκευὴ τοῦ πλοίου, κῶπα τυχὸν καὶ ἄρμενα καὶ πηδάλιον καὶ τὰ τοιαῦτα, οὐ δικαίῳ τῆς

<sup>11</sup> J. CUIACIUS, *Recitationes solennes in Librum VI. Digestorum Tit. I. De rei vindicatione, ad L. III Marcellus libro quarto Digestorum*, in *Opera Omnia*, VII, ed. Neapel 1758, Kol. 234.

<sup>12</sup> H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 1, Leipzig 1860, 456 f.

<sup>13</sup> A. EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem recht*, Manz 1867, 229 ff.

<sup>14</sup> C.G. VON WÄCHTER, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte* I, Stuttgart 1845, 'Über Sachgesammtheiten (*rerum universitates*) überhaupt und in besonderer Beziehung auf Pfandrecht', 17 ff.

<sup>15</sup> S. 35ff., bes. 46 f. Kritisch besprochen von M. SCHERMAIER in ZSS 112, 1995, 602 ff., bes. 606 f.

ομάδος, ἀλλὰ καθ' ἕκαστον ἐκδικεῖται, καὶ οὐ δύναται ὁ πλοῖον ἐκδικῶν καὶ τὰ καθ' ἕκαστον ὄργανα διὰ τῆς ἰν ῥέμῃ ἀπαιτεῖν. Καὶ ἡ σκάφη δὲ κεχωρισμένη ἐκδικεῖται ἐπ' αὐτῇ κινουμένης ἰν ῥέμῃ.

«Jemand hatte eine Herde von dreihundert Stück Vieh und, nachdem hundert davon verloren waren, kaufte er hundert neue, das heißt die nicht von dem Käufer selbst waren, aber entweder von dem Verkäufer oder von jemandem anderen; denn er kaufte sie entweder von dem Eigentümer oder von einem der nicht Eigentümer war, aber der sie guten Glaubens besaß. Dann schreibt Marcellus, dass dieselben enthalten sind in die Vindikation der Herde, das heißt dass der Eigentümer von den zweihundert Stück Vieh, wenn er über die Herde agiert, auch diejenigen vindiziert, obwohl er sie noch nicht ins Eigentum bekommen hat, weil im Beispielfall [von uns] aufgestellt worden ist, dass er sie vom Nicht-Eigentümer, aber vom guten Glaubens Besizenden bekommen hat und für sie die *Publiciana* hat. Und das ist der Unterschied zwischen diesem und dem vorherigen Digestentext. Mehr noch schreibt derselbe Marcellus, dass auch wenn die zweihundert Stück Vieh verloren gegangen sind, sodass für ihm die Herde nur aus den hundert, welche er kaufte besteht, er auch die hundert vindiziert und sie bekommt von dem Besitzer des Viehs, weil er sie ganz und gar im guten Glauben kaufte und die *Publiciana* für sie hatte, und er sie unter der Benennung von Herde vereinigte und umfasste. In Bezug auf eine Herde können wir also auch die nicht die Unseren sind, aber guten Glaubens in unseren Besitz gekommen sind, *aus dem Recht auf das Ganze*<sup>16</sup> mit der in rem vindizieren, aber bei einem Schiff können wir das nicht machen. Denn die Ausrüstungsstücke eines Schiffes, wie zum Beispiel Ruder und Segel und der Steuerriemen und dergleichen, werden nicht vindiziert aus dem Recht auf das Ganze, sondern jede Sache für sich, und derjenige, der ein Schiff vindiziert kann auch nicht die einzelnen Werkzeuge mit der in rem beanspruchen. Auch das Beiboot wird separat vindiziert, wenn darüber in rem agiert wird».

Also Stephanos ist sich im Klaren, dass der Eigentümer der Herde auch vindizieren kann, wenn keiner der Tiere ihm in Eigentum zusteht. Er braucht nicht die einzelnen Tiere mit der *Publiciana* fordern. Das gleiche wird auch poniert in einem Scholion zu Fragment 1,3 gesagt:

BS 840-10 (Z. 1) zu Bas. 15.1.1 Τουτέστι κἄν πᾶσα ἡ ἀγέλη εἰς αὐτὰ μόνα τὰ ἀλλότρια περιστῆ.

«Das heißt auch wenn die ganze Herde auf nur die Viehtiere von anderen reduziert ist».

Dort ist es aber noch extremer als bei Fr. 3pr., denn hier ist nicht vom publicianischem Besitz des Klägers die Rede: Er ist Eigentümer der Herde, nicht aber von einem einzigen Tier aus der Herde. Der Beklagte kann gar kein Recht für sich in Anspruch nehmen, so muss man annehmen. Was der Wert dieses Scholion ist, lässt sich schwer sagen. Es ist ein später im Manuskript *in margine* angebrachtes Scholion, aber das besagt nichts über das Alter des Scholions. Es kann aus der Zeit von Justinian oder kurz danach sein, es kann auch späteren Jahrhunderten entstammen. Der Text selbst bietet keine Indizien, die das eine oder das andere annehmlich machen können. Nehmen wir aber an, dass jedenfalls die byzantinische Tradition dies so gesehen hat.

<sup>16</sup> Kurs. FB.

Stephanos bemerkt auch noch in einem anderen Scholion, warum der Eigentümer der Herde Tiere beanspruchen kann, die ihm nicht gehören.

BS 842-9 (= Z. sch. 13) Στεφάνου. Κἂν τὰ μάλιστα εἰς μόνα τὰ ἀγορασθέντα περιστῆ τὸ πᾶν, ὅλως ὅτι τὴν ἀρχὴν ἀγέλης [ἀριθ]μὸν ἐξ ἰδικῶν ἔσχε θερεμμάτων, σώζεται αὐτῷ ἐπὶ τοῖς ὠνηθεῖσιν ἢ τῆς ἀγέλης προσηγορία.

«Von Stephanos. Obwohl das Ganze nur auf die gekauften Exemplare reduziert ist, wird ihm, weil er im Anfang die<sup>17</sup> Anzahl der Herde aus eigenen Tieren hatte, ganz und gar die Benennung „Herde“ gewährt für die gekauften Exemplare».

Wenn aber der Beklagte Eigentümer der anderen Tiere war, dann brauchte er nicht diese Tiere abzugeben. So versteht sich ein Scholion der Anonymos, der sich etwas anders ausdrückt.

BS 841-8 (Z. 3) zu Bas. 15.1.2 Τοῦ Ἀνωνύμου. Παρόντος τοῦ δεσπότου αὐτῶν, ἐπεὶ καὶ αὐτὰ λαμβάνει, ὡς ἐν τῇ ἀρχῇ τοῦ ἐξῆς διγ. [Ἀνάγνωθι καὶ διγ.] κγ'. θεμ. δ'.

«Wenn der Eigentümer der Tiere anwesend ist, denn [sonst] empfängt er [sc. der Eigentümer der Herde] sie auch, wie im *principium* des folgenden Digestentextes.<sup>18</sup> Lese auch Digestenfr. 23 Par. 4».<sup>19</sup>

Der Anonymos hat diese Bemerkung gemacht anhand des zweiten Digestentextes dieses Titels, des Textes von Paulus, und zwar am Ende. Da heißt es, so bringe ich in Erinnerung, dass fremde Tiere nicht restituiert werden sollen. Der Anonymos erklärt das so, dass dies nur gilt, wenn der Eigentümer der fremden Tiere anwesend ist, das heißt anwesend am Gerichtsort. Ist das nicht der Fall, so will er die fremden Tiere auch dem Eigentümer der Herde zugewiesen wissen, und verweist dabei auf den Text 3, den wir gerade gelesen und besprochen haben.

Das bringt uns zu Text 2 und die sonstigen Argumente, die wir den Scholien entleihen können. Wenn es in diesem Digestentext heißt, dass fremde Tiere, *aliena capita*, nicht restituiert werden sollen, dann kann das *in abstracto* zweierlei bedeuten: Fremde Tiere heißt alle fremde Tiere, alle Tiere, die nicht dem Eigentümer der Herde gehören, oder es heißt Tiere die nicht dem Beklagten, sondern einem anderen gehören. Es kann also sein, dass der Eigentümer gar keine fremden Tiere beanspruchen kann, Tiere von irgendeinem anderen, oder nur nicht die Tiere, die dem anderen, d.h. dem Beklagten, gehören. Die Frage würde also lauten: kann er die Tiere nicht restituiert bekommen, die einem anderen oder dem anderen gehören? Der Unterschied wird hier wiedergeben durch den Artikel. Aber das kann man eben nicht im Latein, daher die Zweideutigkeit in diesem Text. Aber in der griechischen Sprache kann diese Subtilität, wie im Deutschen, mit dem Artikel zum Ausdruck gebracht werden. Und das macht Stephanos.

Zum zweiten Fall, in dem der Kläger die größere Anzahl der Tiere hat und somit der Herde vindizieren kann, heißt es am Ende, wo es um die Frage geht, ob er dann auch die

<sup>17</sup> Das Manuskript ist hier korrumpiert. Vielleicht hat es den Artikel gegeben. Ohne den bestimmten Artikel macht der Satz, jedenfalls auf Deutsch, keinen Sinn.

<sup>18</sup> D.h. fr. 3 pr.

<sup>19</sup> D.h. 5.

fremden Tiere beanspruchen können:

BS 840-23 (Z. 2) zu Bas. 15.1.2 οὐ παρὰ τοῦτο δὲ καὶ τὰ τοῦ ἄλλου ἀποκαθίστανται.  
«aber nicht werden dadurch auch die Schafe des anderen restituiert».

Das heißt, dass die Schafe, die Eigentum des Beklagten sind, nicht dem Eigentümer der Herde abzugeben sind im Vindikationsprozess. Was aber wenn die Tiere nicht dem Beklagten gehören, er aber weiß, dass sie auch nicht dem Eigentümer der Herde gehören, sondern einem anderen? Stephanos fährt fort:

BS 840-23 Πῶς γάρ, ὅποτε οἶδας αὐτὰ ἀλλότρια; Τότε γὰρ ὁ ἀριθμὸν ἔχων ἀγέλης διὰ τῆς ἐπὶ ἀγέλη κινουμένης ἰν ῥέμ ἀπαιτεῖν δύναται καὶ τὰ ἀλλότρια, ἐν ᾧ δηλονότι μὴ δεσπότης ἐστὶν ὁ ταῦτα κατασχὼν καὶ ἐναγόμενος, ὅτε βόνα φίδε τῇ διαφορῶσῃ αὐτῶ συναναμίχθη ἀγέλη. Τοῦτο γὰρ ἐστὶν εὐρεῖν ἐν τῷ ἐπομένῳ διγ. Διὸ λέλυται τὸ δόξαν ἐναντίως ἔχειν ἐν τῷ α΄. διγ.

«Denn wie könnte das sein, wenn du [d.h. der Beklagte] weißt, dass die *von einem Fremden*<sup>20</sup> sind? Denn derjenige der die Anzahl einer Herde hat, kann durch die *actio in rem* zu erheben bezüglich der Herde auch die fremde Tiere beanspruchen, vorausgesetzt natürlich, *dass derjenige, der sie besitzt und der beklagt wird, kein Eigentümer ist,*<sup>21</sup> wenn sie in gutem Glauben mit der Herde vermischt sind die ihm [d.h. dem Kläger] gehört. Denn das ist zu finden im folgenden Digestentext. Und dadurch wird gelöst was im 1. Digestentext strittig zu sein scheint».

Stephanos löst so die scheinbare Meinungsverschiedenheit des Ulpian und des Paulus, in denkendem Gehorsam an Justinians Worte, die dekretierten, dass in seinen Digesten nur scheinbare Widersprüche zu finden seien, und dass sie durch Interpretation gelöst werden sollten.

Es hat also den Anschein, dass die byzantinischen Juristen die Sachgesamtheit in Bezug auf die Vindikation anerkannten. Ihr Beitrag wäre ernst zu nehmen.

<sup>20</sup> Kurs. FB.

<sup>21</sup> Kurs. FB.

Giuseppe Falcone

Pietro Cerami giurista e accademico

ABSTRACT

A brief profile of the scientific and academic figure of Pietro Cerami.

PAROLE-CHIAVE

Pietro Cerami; giurisprudenza romana; *iuris prudentia*; *iuris praecepta*.



## PIETRO CERAMI GIURISTA E ACCADEMICO\*

1. Per provare a tracciare un profilo di Pietro Cerami giurista e accademico, secondo la specifica cornice indicata dagli organizzatori del Convegno, credo che un buon punto di partenza e di riferimento consista in un rapido sguardo alla sua cifra di studioso.

A tal fine, prendo le mosse dai veri e propri *cunabula* (più che esordi) scientifici. Che consistono in due scritti, uno dei quali, confesso, mi era sconosciuto fino alla presente occasione (l'ho scoperto davvero per caso pochi giorni fa). Mi riferisco all'articolo *Responsabilità collegiale e dimissioni volontarie della Giunta municipale*, del 1964, in cui un giovanissimo Cerami, interessato di diritto amministrativo, compie originali riflessioni *de iure condito* e *de iure condendo* in relazione al caso in cui, «dimessasi la maggioranza della Giunta municipale, sindaco compreso, i rimanenti membri rifiutino di rassegnare le proprie dimissioni». L'altro scritto consiste, invece, in un testo concepito quale *Nota introduttiva* rispetto ad una programmata ripubblicazione della voce '*Iuris prudentia*' di Salvatore Riccobono, che era apparsa nel *Nuovo Digesto* nel 1939: *Nota introduttiva* che, sulla base delle citazioni bibliografiche interne, può farsi risalire agli anni tra il 1965 e il 1968, e che, quale pubblicazione autonoma senza data per i tipi di una stamperia locale, è rimasta sostanzialmente priva di circolazione. Si avverte nitido, in queste scelte di temi, il discepolato da Salvatore Riccobono jr., studioso dell'organizzazione amministrativa di Roma antica e, dall'altro lato, devoto custode dell'opera dello zio.

Ora, questi due testi costituiscono presagio delle due principali aree tematiche intorno alle quali si sarebbe poi svolta la produzione scientifica di Cerami e che si possono riassumere, per semplificare al massimo, come *ius publicum* e giurisprudenza (posto che anche la ricca produzione riguardante più direttamente istituti giusprivatistici sarebbe stata sempre saldamente innervata nell'esame di prese di posizione dei giuristi). Ma soprattutto, questi due scritti sono emblematici – ecco una prima ricaduta sul giurista e accademico – di un tratto fortemente distintivo di Cerami e cioè l'esser stato da sempre romanista attento al presente, anzi, direi, alimentantesi del dialogo con il presente. Il che, certo, è di immediata evidenza con riguardo all'articolo sull'ordinamento amministrativo dei comuni; ed avrebbe trovato, di lì a poco, una piena conferma nella monografia d'esordio, del 1969, *Strutture costituzionali romane e irrituale assunzione di pubblici uffici* (in AUPA, vol. 31): in quest'opera, infatti, in connessione con gli stessi delicati temi coinvolti (ordinamento giuridico, costituzione, Stato, pubblici uffici, funzionari, teoria istituzionalistica e teoria normativistica, etc.) Cerami ha prestato attenzione apposita ed insistita al raffronto tra le peculiari-

\* Pubblico inalterato, anche nel tono dell'esposizione orale, il discorso pronunciato in data 7 ottobre 2022 in occasione del Convegno '*Iuris prudentia e modernità del diritto. In memoria di Pietro Cerami*' (Palermo, 7-8 ottobre 2022). In una *Nota* finale ho raccolto alcune indicazioni essenziali a sostegno di singoli passaggi del discorso.

tà dei fenomeni giuridici antichi e di quelli moderni e delle loro rispettive rappresentazioni nonché, più in generale, al problema dei rapporti tra passato e presente in funzione della comprensione e interpretazione dell'uno e dell'altro: talché vi si riscontrano, in modo espresso o in punto di fatto, alcune convinzioni metodologiche ed epistemologiche che lo avrebbero accompagnato nell'intera attività di ricerca, con riguardo ad ogni tematica affrontata. Penso, ad esempio, al convincimento che l'indagine storica va condotta con interessi esclusivamente storici, pur se improntati all'esigenza di conoscere obiettivamente l'esperienza del passato per "integrare" l'esperienza del presente e averne una "visione critica" (p. 44); penso alla complementare convinzione, nel libro desumibile dagli stessi concreti contenuti e successivamente, in una recensione del 1985, formulata in modo esplicito (sulla falsariga di Capograssi), che «è necessario aver compreso profondamente l'esperienza giuridica del proprio tempo, perché si possa comprendere l'esperienza giuridica del passato»; penso, ancora, all'assunto circa l'opportunità, ineluttabile in relazione a taluni settori, di «ricorrere ad una terminologia moderna, disancorandola però opportunamente dagli odierni schemi dogmatici, per applicarla euristicamente all'esperienza romana, senza artificiose sforzature» (p. 37).

Tuttavia, nonostante Cerami abbia studiato intensamente e innovativamente, a volte dissodato, il terreno del *ius publicum* – specie in relazione all'età repubblicana: richiamando l'attenzione, ad esempio, sulla prospettiva eminentemente fattuale delle relazioni tra organi e poteri della *civitas*, sull'ordinamento giuridico come "sistema di azioni concrete", sulle dinamiche della dialettica politico-costituzionale (convenzioni costituzionali, *exempla*, prassi) – credo che quel che si è maggiormente tradotto per lui in una forte connotazione identitaria, nel senso di autoconsapevolezza di giurista-romanista dialogante tra giuristi di diritto positivo, sia stato l'universo della giurisprudenza classica.

Ora, cosa, della giurisprudenza, fonda e consente questo dialogo, nelle vedute stesse di Cerami?

Certamente, l'elaborazione scientifica del diritto. Già nella giovanile *Nota introduttiva* poc'anzi richiamata egli sottolineava, contro il mito dei giuristi classici quali "empirici geniali" (come li qualificava De Francisci), l'incidenza dell'opera di elaborazione, da parte dei *prudentes*, di terminologia tecnica, concetti e categorie, di costruzione di istituti e di enucleazione di principi giuridici (p. XV).

Ma quel che davvero lo ha attirato massimamente del mondo dei giuristi classici è il ragionamento dispiegato in funzione applicativa. Due rapidi esempi, scelti tra la sua ricca produzione.

Il primo è offerto dall'articolo *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano* (in IVRA, vol. 22), tanto più indicativo in quanto è stato il primo suo lavoro specifico sulla giurisprudenza: siamo nel 1971. Esso è incentrato sull'analisi di un testo (D. 35.2.88 pr.) concernente un legato sottoposto ad una particolarissima condizione, in ordine al quale si scontravano tra loro, da un lato, la logica dei rigorosi sofismi della dialettica, che avrebbero portato ad una insolubile antinomia quanto all'operatività o meno del legato, dall'altro lato, la razionalità dei giuristi, la quale, valorizzando l'*aequitas* e la *voluntas testatoris*, è in grado di sciogliere, con una soluzione in senso negativo, il dubbio circa la validità del legato. Non a caso, l'articolo si chiudeva con il richiamo al testo (D. 9.2.51 pr.-2) di un altro giurista, il grande Giuliano, il quale, in relazione ad una peculiare fattispecie di danneggiamento, con duplicità di autori e difficoltà di imputazione e calcolo della pena, accompagnava una personale soluzione con l'orgogliosa rivendicazione che molte prese di posizione erano state assunte dalla giurisprudenza contro i cavilli disputatori della dialettica



e in nome, piuttosto, dell'*utilitas communis*, che è una delle possibili declinazioni della *iustitia* in chiave di perseguimento dei *maleficia*. Ecco dunque, da subito, messa in risalto la duttilità del ragionamento giurisprudenziale, la capacità di trarre soluzioni adeguate ai casi concreti accantonando logiche formali e in favore di valutazioni, dotate anche di una certa audacia, ispirate all'*aequitas* e alla ricerca di un equilibrio di interessi.

Il secondo esempio, con un balzo temporale in avanti, è offerto dall'articolo *Ordo legum e iustitia* in Claudio Trifonino, del 1988 (in AUPA, vol. 40). Il giurista di III secolo, volendo precisare la concreta portata della *summa aequitas* implicata nella buona fede contrattuale, propone in relazione a due fattispecie concernenti entrambe un contratto di deposito (D. 16.3.31pr.-1), un'alternativa tra due coppie di soluzioni giuridiche possibili: in un caso, l'alternativa dipende dal referente ordinamentale assunto quale coordinata argomentativa, il *ius gentium* o invece la salvaguardia dell'assetto giuridico costituito (*ius civile* e *ordo legum*); nel secondo caso, la soluzione varia a seconda che l'invocato criterio della *iustitia* attributrice del *suum* che spetta a ciascuno venga inteso in senso ideale e astratto ovvero, come suggerisce Trifonino, quale concreta coordinazione e principio di equilibrio fra opposti interessi, in modo tale da tener conto, di fronte ad una pretesa giuridica 'giusta', di una pretesa ancor 'più giusta'. Questa volta, Cerami ha buon gioco nel sottolineare altri due aspetti peculiari dell'operato giurisprudenziale: e cioè, un lavoro ermeneutico aduso a tener conto di una pluralità di ordinamenti e di referenti decisionali e una utilizzabilità di valori quali l'*aequitas* e la *iustitia*, non già in quanto sovrastrutture utopistiche del diritto positivo, bensì come concreti criteri interpretativi con i quali i *prudentes* si sforzano di realizzare, caso per caso, la massima equità possibile.

Del resto, in mezzo a questi due lavori si era collocato l'*opus maximum* dello studioso, il ben noto libro sulla concezione celsina del *ius* come *ars boni et aequi*, del 1985 (in AUPA, vol. 39). Nel quale libro Cerami, resistendo alla tentazione, in cui erano (e sarebbero) caduti vari studiosi, di leggere astrattamente la coppia '*bonum et aequum*' quale mera riproposizione di un tradizionale modello concettuale risalente alla cultura repubblicana o quale motivo ideale e trascendente, aveva, piuttosto, vagliato dall'interno le testimonianze celsine pervenuteci, i referenti autoritativi e le *rationes disputandi* sottesi alle soluzioni proposte dal giurista adrianeo, ed era per questa più vigile via giunto ad intendere in modo originale il '*bonum et aequum*' quale duplice equilibrio, oggetto di costante ricerca applicativa dei giuristi, tra l'interesse generale e gli interessi dei singoli (*bonum*) e tra i contrapposti interessi dei singoli coinvolti in rapporti intersoggettivi (*aequum*).

Se a quanto precede si aggiunge che, notoriamente, l'attività casistica-interpretativa dei *prudentes* si è esercitata in costante equilibrio – per usare una pregnante elencazione di Aulo Gellio (*N.A.* 12.13.3) – tra *ius vetus*, *ius certum*, *ius controversum*, *ius ambiguum*, *ius novum*, ecco che la produzione giurisprudenziale si configura quale patrimonio di un'esperienza professionale in grado di fornire lo strumentario critico-metodologico per orientarsi e confrontarsi in ordine a problemi e fenomeni giuridici a prescindere dalle specificità di contesti e assetti storicamente contingenti; di più, si ha lo strumentario per tentare, cito parole di Cerami, «di essere effettivamente giuristi extramunicipali, in grado di comprendere e guidare i sempre più invasivi e capillari processi d'intersezione fra spazio giuridico nazionale, spazio giuridico europeo e spazio giuridico globale».

In questo sfondo di apertura e dialogo tra diritto romano, tradizione giuridica successiva e complessi d'esperienza del presente si colloca l'immediata adesione all'indirizzo scientifico della comparazione storico-giuridica, al quale Cerami ha fattivamente contribuito, entrando ben presto nel Comitato direttivo dell'ARISTEC e facendosi promotore della

costituzione, presso l'Ateneo di Palermo, di una Scuola di specializzazione in 'Comparazione giuridica su base romanistica'. Così come del tutto naturalmente egli avrebbe abbracciato, fin dal suo apparire, la nuova disciplina di 'Fondamenti di diritto europeo', coltivandola attraverso pubblicazioni specifiche e propugnandola ai diversi livelli della formazione, fino all'istituzione e al coordinamento di un Dottorato di ricerca in 'Fondamenti del diritto europeo e metodologia comparatistica'. E sempre nella medesima prospettiva si inquadra, infine, il più recente tra gli interessi storiografici coltivati con intensità da Cerami, quello del diritto commerciale romano, un ambito nel quale, più che in altri, delicate risultano a tutt'oggi la demarcazione tra linee di frattura e continuità tra passato e presente e la questione dell'impiego di categorie moderne nella lettura di fenomeni antichi, già a partire dalla stessa raffigurabilità, da più parti messa in discussione, di un 'diritto commerciale' in relazione all'esperienza giuridica romana: per parte sua, Cerami, assumendo come meramente convenzionale il sintagma 'diritto commerciale romano', si è impegnato a difendere la legittimità di una ricostruzione, *per momenta*, della disciplina romana dell'attività imprenditoriale sì come imperniata su variegiate tipologie di *negotiationes* (analiticamente osservate, ancora una volta, attraverso le testimonianze della riflessione giurisprudenziale).

2. Questo dialogo incessante, convinto, tra il diritto del passato (e i suoi cultori) e il diritto del presente (e i suoi cultori) lascia emergere anche un altro profilo, particolarmente caratterizzante di Cerami giurista e accademico, un profilo che trovo ben evocato da una immagine proveniente da una esposizione didattica del II secolo d.C. (l'*Enchiridion*) riferibile al giurista Pomponio: "il *ius* non può esser conosciuto (risultare evidente, e quindi certo), se non vi sia qualche giurista attraverso il quale esso venga quotidianamente "portato in mezzo": '*constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in medium produci*' (D. 1.2.2.13).

So bene che nel manoscritto del Digesto si legge '*in melius produci*', che è certo locuzione più seducente, perché esprime l'idea di un *ius* quotidianamente "migliorato", "perfezionato" dai giuristi attraverso la loro attività di elaborazione e interpretazione: onde la lezione tradita viene spesso enfatizzata, in chiave storica come in chiave metastorica, per descrivere o idealizzare il 'diritto giurisprudenziale' o per propugnarne un auspicabile primato rispetto alla legge. Tuttavia, questa locuzione è davvero difficile da ammettere: perché sarebbe un riscontro linguistico assolutamente unico nelle fonti; perché un riferimento alla qualità intrinseca del *ius* è del tutto estraneo ai motivi ideologici dell'intero discorso pomponiano in cui l'affermazione è contenuta, discorso orientato, piuttosto, dall'idea di certezza e conoscibilità del diritto; e perché sarebbe davvero curioso che i compilatori del Digesto, in un'epoca e in un ambiente in cui viene esaltato quale unico creatore e interprete del diritto l'imperatore, avessero conservato una così clamorosa attribuzione di un ruolo di "miglioramento" del *ius* ai giuristi. Ritengo perciò senz'altro da accogliere la correzione '*in medium produci*', autorevolmente proposta (da Scialoja e Talamanca) e attestata, questa sì, in altre fonti: una locuzione che rappresenta un diritto che viene "portato in mezzo" alla comunità, tra gli utenti, diffuso, reso noto, messo a disposizione dai giuristi. Il che, del resto, si armonizza perfettamente con il filo rosso che guida la complessiva introduzione dell'*Enchiridion* (non posso, evidentemente, indugiare qui su questo punto).

Ora, Cerami il diritto romano lo ha davvero "portato in mezzo": coniugando l'impegno per la ricerca con un'assai intensa attività di trasmissione della scienza, dei valori e della professione del diritto, una trasmissione che – ecco il punto – si è contraddistinta in

modo precipuo per una vocazione spiccatamente interdisciplinare. Penso alla promozione di seminari e incontri didattici con colleghi docenti di diritto positivo, ai quali Cerami prendeva parte non già in veste di semplice organizzatore né in veste di semplice coordinatore (o moderatore, come usa dirsi oggi), bensì come autore di lezioni e relazioni nelle quali emergeva la sua piena competenza per questioni attinenti a svariati settori del diritto vigente (dal diritto civile e commerciale al diritto penale, sostanziale e processuale, dal diritto costituzionale al diritto tributario). Non solo; penso, ancor più, al fatto che l'esperienza romana e la tradizione giuridica successiva Cerami le ha anche "portate in mezzo" all'ambiente delle professioni legali, al mondo forense e alla prassi giudiziaria – fuori, dunque, dal perimetro universitario –, attraverso colloqui, convegni e incontri formativi svolti di concerto con magistrati, avvocati, notai e con i rispettivi ordini professionali (per tacere, naturalmente, dell'attività svolta nell'ambito della Scuola di specializzazione in professioni legali). E peraltro, poiché per Cerami la curiosità sottesa all'impegno didattico era la stessa che lo portava ad approfondire scientificamente le tematiche da esporre, ecco che da siffatte iniziative capitava, magari, che derivassero originali ricostruzioni e pubblicazioni: ad esempio, sulle tipologie di collaboratori di giustizia, sui rapporti tra il 'giusto processo' e l'*aequum iudicium*' dei Romani, sulla deontologia forense: un ambito, quest'ultimo, che negli ultimi due decenni è assai frequentato dai romanisti, anche a livello monografico, ma rispetto al quale l'attenzione apposta dedicata allora da Cerami (siamo alla fine degli anni Novanta) era alquanto pionieristica.

Credo che questo suo impegno per una trasmissione diretta del *ius* anche "in mezzo" al mondo delle professioni e massimamente all'ambito giudiziario e forense rispondesse ad una precisa visione, quale è quella che, in definitiva, si lascia riconoscere attraverso una sua felice intuizione – purtroppo, rimasta solo come cenno fugace, poi non sviluppato *ex professo* – riguardante un altro celebre enunciato sul *ius*: l'indicazione di Ulpiano dei tre *praecepta iuris*: '*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*'. Mi riferisco alla lapidaria affermazione di Cerami, secondo cui Ulpiano ha enucleato i principi fondamentali del *ius* destinati a «guidare l'azione dell'operatore del diritto».

A tal riguardo, già ho avuto occasione di osservare qualche anno fa, in un Seminario in tema di deontologia forense ("*Deontologia forense: profili diacronici*") organizzato da Laura Solidoro in sinergia tra la Scuola delle professioni legali, l'Ordine degli avvocati di Salerno e l'Associazione di studi tardoantichi, che la stranezza per cui vengono presentate come precetti del 'diritto' tre prescrizioni che, in realtà, ontologicamente attengono alla sfera della morale – stranezza di fronte alla quale si è gridato allo scandalo in nome di una asserita impermeabilità tra sfera del *ius* e sfera dell'*honestum* e che ha fatto pensare ora a 'formule vuote' ora, addirittura, ad una invenzione dei compilatori di Giustiniano, i quali avrebbero voluto esaltare la connotazione etica di un diritto ormai considerato, come poc'anzi detto, di esclusiva creazione imperiale –, ho osservato, dicevo, che questa stranezza è in realtà soltanto apparente, per almeno tre ordini di considerazioni: intanto, perché, avendo tutti e tre i precetti, secondo una radicata e trasversale tradizione filosofica, direttamente a che fare con la *iustitia*, la loro presentazione come prescrizioni del *ius* è perfettamente compatibile con il pensiero di Ulpiano, il quale in un celeberrimo luogo di un'altra sua opera, le Istituzioni, esalta il *ius* come derivante la propria sostanza dalla *iustitia* e raffigura i giuristi quali cultori della *iustitia* (D. 1.1.1 pr.-1); in secondo luogo, in quanto nell'arsenale argomentativo dei giuristi classici è oggettivamente attestata anche la presenza di valori e *rationes decidendi* tratti dalla sfera etica; infine – ecco il punto –, posto che, con ogni verosimiglianza, i *libri regularum* di Ulpiano sono destinati ad istruire e guidare i funzionari impe-

riali, i quali, tra i loro compiti, hanno anche l'amministrazione della giustizia, va tenuto presente che perfino il criterio più apparentemente 'altro' rispetto al *ius*, l'*honeste vivere*, rilevava – nella prassi forense, nelle teorizzazioni della retorica, nella riflessione dei giuristi – quale esplicito elemento di valutazione, a fini decisori, della '*vita anteacta*' di un litigante nel processo privato, come dell'accusato e dell'accusatore nel processo criminale.

Ebbene, constatare, adesso, che anche Cerami aveva intuito i *praecepta iuris* in chiave di istruzioni dirette all'applicazione da parte degli operatori del diritto mi è di conforto nella suddetta interpretazione. Quanto, poi, alla sua visione dell'insegnamento nella cerchia delle professioni che, come accennavo, appare evocata da questa intuizione sui *praecepta iuris*, essa è consistita in ciò, che Cerami ha creduto fermamente nella formazione di una classe di operatori del diritto non solo culturalmente attrezzati attraverso la conoscenza della storia e della storicità dei problemi giuridici e attraverso la capacità di leggere l'intersezione di concomitanti livelli e prospettive, ma anche consapevoli e sensibili circa i valori 'etici' del diritto.

Del resto, cos'altro è la *iuris prudentia*, alla quale, nello spirito del magistero di Cerami, è intitolato questo Convegno? Almeno nell'apposita descrizione di Ulpiano, la sola giunta-cì ('*Iuris prudentia est divinarum et humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*'), la '*iuris prudentia*' non è, come spesso si intende, in senso oggettivo la scienza del diritto. Piuttosto, Ulpiano descrive, ancora una volta con materiale tratto dalla filosofia, una virtù: "la virtù-*prudentia* con riguardo al *ius*" (*iuris* è un genitivo di relazione); e ci dice che essa è la capacità, forgiata attraverso la conoscenza (*notitia*) delle *res divinae et humanae*, e cioè attraverso la *sapientia*, di individuare due poli valoriali contrapposti, il *iustum* e l'*iniustum*, tra i quali compiere una scelta comportamentale-applicativa. Cultura e valori insieme, appunto. Come nell'ideale formativo di Cerami.

E qui dovrei aggiungere, un po' sovversivamente, che a mio avviso la *iuris prudentia* definita da Ulpiano non era quella dei giuristi, o almeno non era specificamente quella dei giuristi, bensì proprio quella di ciascun soggetto chiamato ad operare con il *ius* (inclusi i funzionari e giudici, verosimili destinatari dell'opera), così come, del resto, già i Glossatori avevano intuito che la definizione della *iustitia*, formulata nelle battute limitrofe della stessa opera, concerneva la '*iustitia iudicialis*', la giustizia dei giudici. Ma sorvolo senz'altro, avviandomi a concludere richiamando un ultimo profilo di Pietro Cerami.

3. È il profilo, per così dire, totalizzante: la passione inesauribile, nella poliedrica attività di ricerca, nelle vibranti esposizioni, didattiche come congressuali, nell'*officium* istituzionale (ricordo la Presidenza della Facoltà dal 1994 al 2001, in anni delicati di ridefinizione del sistema universitario, con l'avvento dei 'crediti formativi', l'articolazione in Lauree triennali e specialistiche, l'introduzione di nuovi meccanismi di reclutamento della docenza). Una passione – scientifica, didattica, istituzionale – nella quale, peraltro, Cerami fu guidato non dal pacato e ironico distacco del suo maestro, ma da spirito grintoso e battagliero, talvolta irruento, nella difesa, coerente e aperta, delle proprie convinzioni.

L'entusiasmo è stato il suo approccio naturale alle cose in cui credeva, mai attenuato dal trascorrere del tempo. Anche negli ultimi anni pre-pandemici, quando lo incrociavo nella Biblioteca del Dipartimento seduto a studiare ad un sobrio tavolo comunitario della sala lettura, l'incontro era occasione, come da sempre, per parlare della sua ennesima ricerca in corso, con quel trasporto davvero viscerale, bramoso di coinvolgere l'interlocutore, che gli faceva brillare gli occhi e a tratti impennare il timbro della voce, i toni e quasi la stessa fisicità del racconto. All'inizio, poi, dell'anno scorso mi aveva accennato per telefono,

con il solito entusiasmo, di avere fiutato una nuova pista d'indagine e la conversazione era approdata alla promessa che, ove fosse riuscito a ricavarne un lavoro compiuto, lo avrebbe consegnato per il volume degli *Annali del Seminario Giuridico* dello stesso 2021, proseguendo in tal modo quella che da alcuni anni era divenuta una solida, preziosa consuetudine. So dalla signora Annamaria che il giorno fatale della caduta su un marciapiedi il marito, lungo il tragitto in auto da Palermo a Terrasini e poi, sulla via del ritorno, da lì a Cinisi, luogo del ferale accadimento, le aveva raccontato, con il consueto ardore, di intuizioni e scoperte e della solerzia con cui era impegnato a dare veste organica alle idee per riuscire a consegnare, come promesso, un testo da pubblicare. Se ne è andato così, come aveva vissuto, con la mente e l'animo che traboccano, fino a pochi attimi prima, di straordinaria passione per il suo mondo di studi.

E con un ricordo concernente il suo mondo di studi (e, più ampiamente, la sua visione delle cose) mi piace concludere. In occasioni ufficiali come in conversari privati non mancarono discussioni, anche serrate, con quanti (anche all'interno della cerchia palermitana), cultori di tematiche più tradizionali o confinate all'esperienza antica, mostravano riserve avverso l'opportunità o perfino la legittimità di questa o quella delle summenzionate nuove prospettive di ricerca che egli aveva preso a frequentare (comparazione storico-giuridica; fondamenti del diritto europeo; diritto commerciale romano). Da spettatore o da interlocutore non sempre in linea con le posizioni assunte nell'uno e nell'altro fronte, mi piace testimoniare che, anche nei frangenti nei quali le diverse vedute si contrapponevano con maggiore rigidità, quelle assunte da Pietro Cerami non si reggevano sulla presunzione di enunciare verità, bensì, semplicemente, erano animate da un accalorato entusiasmo per la scoperta di strade nuove tramite le quali assecondare quelli che, in definitiva, sono sempre stati il suo credo e il suo grande talento: studiare fenomeni, istituti e problemi del diritto attraverso il diritto romano.

## NOTA

Lo scritto d'esordio, in tema di diritto amministrativo, è apparso in *La finanza pubblica*, 1965, p. I, 64-72.

La *Nota introduttiva* in tema di giurisprudenza è contenuta in un estratto autonomo, la cui copertina reca le seguenti indicazioni: S. RICCOBONO, *La giurisprudenza romana. Con nota introduttiva di P. Cerami*, U. Manfredi editore. Il testo (VII-XXXVII) si apre con una breve *Premessa* («Si ritiene opportuno premettere al testo del Riccobono, scritto nel 1939 per la voce *Jurisprudentia* del Nuovo Digesto Italiano, una nota introduttiva, avente lo scopo di puntualizzare la problematica ed i risultati degli studi storico-giuridici sulla giurisprudenza, dal 1940 ai nostri giorni»). Manca una data di pubblicazione. L'arco temporale che ho indicato nel testo si ricava dalla circostanza che Cerami, da un lato, cita un lavoro di Biondi del 1964 (*Funzione della giurisprudenza romana nella scienza giuridica e nella vita moderna*, in *Riv. di dir. civ.*, vol. 10), dall'altro lato, richiama (XIII nt. 4) il libro di W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* nella prima edizione, del 1952, mostrando, così, di non disporre ancora della seconda edizione, pubblicata nel 1967 ma che risulta acquisita alla biblioteca dell'Istituto di Diritto romano di Palermo il 21 ottobre 1968.

Le trascritte parole di Cerami sul contributo del patrimonio giurisprudenziale classico alla formazione di un giurista "extramunicipale" sono tratte da *Brevi riflessioni conclusive*, in *Origine e sviluppo storico del sindacato di costituzionalità. Giornata di studi in memoria di Gaetano Mancuso* (in AUPA 52, 2007-2008, 69).

L'emendazione 'in medium (produci)' è stata proposta da V. SCIALOJA, *Due note critiche alle Pandette l. I*, in BIDR 1, 1888, 95 ss. (per il quale l'affermazione così restituita indicherebbe «il modo come il diritto si fa conoscere e si attua ogni giorno») e difesa vigorosamente da M. TALAMANCA, *Pomp. «sing. Ench.» D.*

1.2.2.13: «*in melius*» od «*in medium produci*»?», in *Liber amicorum Juan Miquel*, Barcelona 2006, 965 ss. (il quale, piuttosto, ha inteso nel senso che Pomponio avrebbe attribuito ai giuristi il ruolo di «mediatori di una regolamentazione dei rapporti già insita nella configurazione socio-economica degli stessi»).

Il cenno sulla portata dei tre *praecepta iuris* è in P. CERAMI, 'Giurisprudenza – scienza giuridica nel diritto romano', in Digesto IV, sez. civ., IX, Torino 1993, 192 s. (ripubblicato, con il titolo *Giurisprudenza e scienza del diritto* in ID., *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in AUPA 1995, 227).

Il Seminario in materia di deontologia forense, cui alludo nel testo, si è svolto presso il Tribunale di Salerno il 26 ottobre 2018; vi ho tenuto la relazione dal titolo "*Honeste vivere: diritto e morale tra riflessione teorica e prassi forense*".

Come esempi di argomentazioni giurisprudenziali che traggono alimento dalla sfera morale basti richiamare D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*) e D. 47.2.55.1 (Gai. 13 *ad ed. prov.*), testi nei quali l'applicabilità dell'*actio comodati (contraria)* e, rispettivamente, dell'*actio furti* è fatta discendere da considerazioni che attengono alla doverosità dell'*officium*, e cioè alla dimensione dell'*honestum*: cfr. G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*, in AUPA 59, 2016, 141 ss. e, per il secondo testo, ID., *La definizione di obligatio, tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino 2017, 131 ss.

Per la rilevanza dell'*'honeste vivere'* nella teoria retorica e nella prassi forense cfr., quali riscontri terminologici espliciti, Cic., *inv.* 2.35 ('*vita quam honestissima*'); 36 ('*vita honeste acta*'); *Cluent.* 195 ('*honestissime acta vita*'); Quint., *inst. or.* 5.10.24 ('*ad honeste turpiterque vivendum*'); *decl. min.* 309.16 ('*honeste vixit*'); 344.14 ('*honeste vivit*'). Nella documentazione giurisprudenziale pervenutaci mancano analoghe ricorrenze lessicali; ma il rilievo a fini giudiziali della condotta di vita è attestato, ad es., in D. 2.15.8.11 (Ulp. 5 *de omn. trib.*); D. 48.5.14(13).5 (Ulp. 2 *ad leg. Iul.*); D. 48.19.28.16 (Call. 6 *de cogn.*); D. 49.16.5 pr. (Arr. Men. 2 *de re mil.*); D. 49.16.5.6 (Arr. Men. 2 *de re mil.*); D. 49.16.3.12 (Mod. 4 *de poenis*). Su questi brani, sotto il profilo che qui interessa, cfr., per tutti, C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell'anteacta vita nell'esperienza processuale romana*, in AUPA 60, 2017, 117 ss.

La definizione ulpiana di *iuris prudentia* è conservata in D. 1.1.10.2 = I. 1.1.1. Sulla sua portata cfr. G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in AUPA 49, 2004, 118 ss.; ID., *Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia. Metodi di ricerca*, in SDHI 73, 2007, 365 s.; 377 ss.

La definizione ulpiana di *iustitia* ('*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*') è conservata in D. 1.1.10.2 e, con la variante '*tribuens*', in I. 1.1 pr. Per il possibile suo riferirsi alla virtù dei giudici (e, in generale, dei funzionari che amministrano la giustizia) rinvio a G. FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, in AUPA 52, 2007-2008, 173 ss. (= *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano 2008, 1012 ss.). Alle fonti ivi addotte può aggiungersi D. 11.7.14.13 (Ulp. 25 *ad ed.*), in cui Ulpiano parla di un '*iudex iustus*', che in quanto tale è chiamato ad applicare '*solutius*' l'*aequitas*.

La testimonianza della consorte di Pietro Cerami e quella mia personale, con le quali chiudo l'intero discorso, sono da me richiamate anche in *Pietro Cerami (17.9.1938-8.4.2021)*, in Index 50, 2022, 581 e 590.

Ferdinando Mazzarella

Oltre la concezione volontaristica del contratto  
(a proposito di un recente libro)

ABSTRACT

In 1876 Siegmund Schlossmann published in Leipzig his trilogy entitled *Der Vertrag*. In provocative tones he demolished the dogma of the will in the law of contract. In a refined book, published in 2022 for the new series “L’Atlante della cultura giuridica europea” (Il Mulino), Tommaso dalla Massara rereads the work of Schlossmann, giving us the opportunity to reflect on one of the most fascinating topics of civil law.

PAROLE-CHIAVE

Consensualismo; nichilismo; contratto; volontà; volontarismo; libertà contrattuale.





## OLTRE LA CONCEZIONE VOLONTARISTICA DEL CONTRATTO (A PROPOSITO DI UN RECENTE LIBRO) \*

1. Il terzo volume dell'*Atlante della cultura giuridica europea*, la bella e innovativa collana edita dal Mulino, è un libro elegante e raffinato, che Tommaso dalla Massara dedica alla prima opera della trilogia che compone *Der Vertrag* di Siegmund Schlossmann, pubblicato a Lipsia nel 1876. Il libro di Dalla Massara è una miniera di spunti, suggestioni e riflessioni, un florilegio di passi, estratti, citazioni di autori latini, padri della Chiesa, filosofi greci, giureconsulti romani e contemporanei. Un'opera di "teoria generale applicata", nel senso che privilegia un approccio speculativo, teoretico e filosofico, senza tuttavia perdere contatto con il piano tecnico del diritto privato, con i risvolti concreti delle dinamiche contrattuali: la divergenza tra volontà e dichiarazione, il problema dell'affidamento, i vizi del consenso, la nullità e l'annullabilità.

Dalla Massara si destreggia disinvoltamente sul piano filosofico, toccando i temi dell'essere e del non essere, dell'etica individuale e della giustizia, spigolando tra Aristotele, Platone, Leibniz, Wolff, Pufendorf, Thomasius, Kant, Hegel, Nietzsche, Adorno, Jünger, Heidegger, Sartre. Spazia tra il piano semantico, indagando le radici di «Vertrag» e «Gift», «Stelle», «Gestell» e «Gesetz»; il piano teologico, confrontandosi con il tema del libero arbitrio secondo le dottrine di Agostino, Tommaso, Guglielmo di Ockham, Calvino e Lutero; il piano letterario, raccogliendo le suggestioni di Sciascia, Borges e Calvino, rintracciando un filo di nichilismo tra le opere di Turgenev, Dostoevskij e Camus; il piano logico formale, ricostruendo l'essenza dei concetti di «Vertrag», «Rechtsgeschäft» e «Handlung».

2. Filtrato attraverso questo articolato apparato di collegamenti teorici, il pensiero di Schlossmann viene da Dalla Massara condensato in un motto che suona obiettivamente come una sentenza inappellabile: «der Begriff des Vertrages ist im Obligationenrecht, wie in allen anderen Gebieten des Rechtes völlig werthlos». <sup>1</sup> Il concetto di contratto è totalmente privo di valore, di senso, di significato. Il contratto è un nulla giuridico, un niente giuridico. Schlossmann sferra un attacco frontale alla volontà contrattuale, e via via al contratto e al negozio giuridico, per colpire infine lo Stato, che in virtù della sua «lex pu-

\* Il presente testo riproduce l'intervento pronunciato il 26 ottobre del 2022 in occasione del seminario storico-giuridico organizzato all'Università di Roma Tre per la presentazione del libro di T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Bologna 2022.

<sup>1</sup> T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito* cit., 14.

blica» assicura effettività legale alla «lex privata». La critica è radicale, «corrosiva», «spregiudicata», «dissacratoria», «eversiva». Schlossmann un provocatore, un eretico, un «iconoclasta». Il suo è un «negatives Denken», che si risolve in un «pensare distruttivo», un «buio nell'anima».<sup>2</sup>

«Nihil» sembra perciò la cifra che Dalla Massara sceglie per qualificare il discorso schlossmanniano, la radice etimologica che infesta tutte le manifestazioni della personalità e del pensiero di Schlossmann, in linea del resto con una certa «fascinazione», già presente in Goethe, che il «nihil» eserciterebbe sulla cultura di lingua tedesca<sup>3</sup>. Il consenso è «annichilito», il pensiero è «nichilista», le premesse filosofiche e le conseguenze pratiche sono nichiliste. Un autentico «nichilismo contrattuale»,<sup>4</sup> che nelle sue logiche demolitorie evocerebbe il nichilismo di Gorgia: nulla è, nulla esiste; anche se qualcosa esistesse comunque non sarebbe conoscibile dall'uomo; anche se conoscibile comunque non sarebbe comunicabile. Un nichilismo assoluto, uno «scetticismo gnoseologico», come quello che lungo un filo immaginario collegherebbe Gorgia a Schlossmann e Schlossmann a Nietzsche: non esistono i fatti, esistono le interpretazioni, come scriveva il filosofo di Röcken negli appunti raccolti in *Volontà di potenza*.

3. Così ricostruito, il pensiero di Schlossmann solleva una serie di interrogativi, che potrebbero estendersi in misura più o meno significativa alle combattive figure che tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento attaccarono le «mitologie giuridiche della modernità», incrinando le tante certezze sulle quali si cullava la cultura liberale.<sup>5</sup> Schlossmann era davvero un nichilista? Il suo pensiero nichilista, oltre che provocatorio? Provocatorio nel senso di suscitare irritazione, reazione e violenza in un contesto avverso? Oppure Schlossmann era semplicemente tra i pochi ad aver compreso la realtà? Era un precursore, un presago, un realista? Le sue provocazioni premonizioni, intuizioni, profezie? Il suo pensiero provocatorio nel senso di sollevare dubbi, suggerire riflessioni, idee e soluzioni?

Qualche riferimento in più può ricavarsi da una prima sommaria contestualizzazione storica. Schlossmann pubblica *Der Vertrag* nel 1876. La cultura giuridica europea è imbevuta di statualismo, legalismo e formalismo. La Rivoluzione prima e il laboratorio napoleonico dopo hanno riconfigurato l'architettura costituzionale intorno ai due poli dello Stato e dell'individuo. La Nazione ha fagocitato i corpi intermedi e con essi ogni differenza qualitativa tra i soggetti. Il bagliore illuministico ha accecato il giurista al punto da fargli credere che la società è un universo di eguali, un sistema di autosufficienze, un insieme di individui incolori, che può e deve disciplinarsi attraverso norme generali e astratte, cristallizzate in un Codice che si presenta come eterna e insindacabile positivizzazione del diritto di ragione.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito* cit., 66.

<sup>3</sup> T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito* cit., 65.

<sup>4</sup> T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito* cit., 31, 62, 124 ss.

<sup>5</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007<sup>3</sup>, ma prima ID., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» 29, 2000, 217 ss.

<sup>6</sup> Per ricomporre in una prima visione d'insieme i diversi aspetti: M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in Enc. dir. XLIII, 1990, 708 ss.; P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 35, 2006, 83 ss.; F. MAZZARELLA, *Una*

La concezione volontaristica del contratto risulta dunque perfettamente in sintonia con l'ideologia giuridica dell'Ottocento liberale, funzionale non solo all'economia borghese del proprietario e del commerciante, ma anche al disegno di un potere politico che pretende di scandire la vita di individui astratti mediante disposizioni generali. Il contratto, come la proprietà, era imperniato sulla volontà di soggetti uguali e sovrani, ai quali lo Stato riconosceva piena libertà, dentro i soli limiti dell'ordine pubblico e della morale.<sup>7</sup> Data una società formata da individui formalmente eguali, la «Rivoluzione francese» aveva creduto «che fosse sufficiente per adempiere al suo compito dare ad ogni cittadino lumi e libertà», come sottolineava Tocqueville in un discorso pronunciato all'Assemblea costituente il 12 settembre del 1848.<sup>8</sup>

Quando si sposti l'attenzione sulle realtà nazionali della Germania e dell'Italia, il quadro risulta ancora più definito, compatto, granitico. La Germania è la patria della «Allgemeine Staatslehre» e della «Pandektenwissenschaft». Tra gli anni Cinquanta e gli anni Ottanta vengono pubblicate le opere di Gerber, Laband, Jellinek, Arndts, Brinzens, Windscheid, Dernburg. Nel 1881 iniziano i lavori del BGB, "appaltati" com'è noto alla Pandettistica. In Italia, nell'anno di pubblicazione del *Vertrag*, scocca il decimo anno di vigenza del Codice civile. La cultura giuridica è egemonizzata dall'ideologia esegetica. Un triangolo di norme esprime al meglio il volontarismo contrattuale. Con le disposizioni contenute negli articoli 1098, 1123 e 1226, il legislatore italiano metteva infatti in sicurezza il sistema di stampo liberale, basato sul dogma della volontà e sul principio soggettivo della colpa: il primo articolo ribadiva la matrice consensualistica del contratto; il secondo proclamava la libertà dei contraenti e la normatività del consenso; il terzo spingeva la responsabilità per inadempimento fino all'estremo del caso fortuito.

4. È questa la cornice dogmatica, costellata di generalizzazioni, concettualizzazioni e astrazioni, nella quale Schlossmann scrive le sue opere. Questo l'orizzonte ideologico, gravato da una pervasiva ipoteca volontaristica, che Schlossmann respira quando studia le costruzioni pandettistiche del negozio e del contratto. Ed è a questo punto che egli come altri avverte l'inadeguatezza del modello consensualistico di contratto dinanzi a un contesto che non è fatto di libere, sovrane ed eguali volontà. Schlossmann deve demitizzare una mitologia, scardinare un «dogma»,<sup>9</sup> attaccare una cittadella giuridica che vive il suo apogeo. Non può giocare in punta di fioretto, deve armarsi e tirare di sciabola. Deve utilizzare toni enfatici, accesi, corrosivi, provocatori, apparendo ai suoi contemporanei come un eretico. In un certo senso è come Kantorowicz, che per demolire un altro dogma, «das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes», pubblica nel 1906 un manifesto giurisprudenziale e antidogmatico che appare ai contemporanei come un programma anarchico e sovversivo.<sup>10</sup>

*crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» 41, 2012, 329 ss.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *Proprietà e contratto*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, 128 ss. Per qualche ulteriore riferimento F. MAZZARELLA, *Da diritto a paradigma. Uso e abuso della proprietà nella disciplina dei diritti d'esclusiva*, in *Rivista di diritto civile* 65.4, 2019, 861 ss.

<sup>8</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Discorso sul diritto al lavoro*, in ID., *La rivoluzione democratica in Francia*, a cura di N. MATTEUCCI, Torino 2007, 293.

<sup>9</sup> Anche nel senso richiamato da T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito* cit., 21 ss.

<sup>10</sup> GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, poi in H. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in *Verhandlungen des Ersten deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main*, Tübingen 1911, 18.

Cinque anni dopo, nel 1911, Kantorowicz avrebbe non a caso respinto le accuse di «rechtsphilosophischen Anarchismus», rivendicando la storicità delle sue tesi e definendo una «favola» quella che voleva i «Freirechtler» sostenere che il giudice potesse decidere «gegen das Gesetz». <sup>11</sup>

Né molto diversa è l'esperienza dei giuristi italiani della Scuola sociale, che alla fine dell'Ottocento, per lanciare la loro offensiva contro le idealizzazioni della tradizione napoleonica, impressero ai loro *pamphlets* un registro provocatorio, iperbolico e parossistico, sospinti dal loro credo sociologico, da una filosofia positivista, naturalistica e organicistica. <sup>12</sup> Per abbattere i dogmi del diritto privato liberale, sostituire alle logiche dell'individualismo quelle della solidarietà, i neoterici italiani colpirono il nesso giuridico-filosofico tra «voluntas» e «libertas», proprio il binomio teorico del discorso schlossmanniano, sul quale Dalla Massara richiama opportunamente l'attenzione. <sup>13</sup> «Sotto l'egida di un grande nome e di un gran principio», scriveva Gianturco nel 1891, l'«assoluta libertà contrattuale» lasciava «passare tanta merce avariata di usurai e di prepotenti». <sup>14</sup> «Tutto il diritto contrattuale» era dominato da un principio fondamentale, «che cioè, assicurata l'eguaglianza di diritto, il legislatore debba rimettere alla volontà e libertà delle parti ogni stipulazione». <sup>15</sup> Quasi dieci anni prima, in un'altra opera obiettivamente avanguardistica, Cimbali ribaltava le logiche individualistiche del diritto dei contratti, spiegando che la legge e il contratto erano i pilastri sui quali si reggeva il diritto delle obbligazioni, in un delicato equilibrio tra spinte contrapposte, tra «necessità sociale», assicurata dalla legge, e «libertà individuale», resa possibile dal contratto; tra il «principio di autorità e quello di libertà»; «tra l'intervento dello Stato», che si palesava «come provvidenza», e «l'iniziativa dei privati», che si presentava «come previdenza». <sup>16</sup> Non c'era spazio per un'ideologica assolutezza della volontà individuale, per quel che Schlossmann definiva il «Dogma von der bindenden Kraft der Willens». <sup>17</sup> «La volontà», che determinava «l'origine e la misura delle obbligazioni convenzio-

<sup>11</sup> H. KANTOROWICZ, *Die Contra-legem Fabel*, in *Deutsche Richterzeitung* 8, 1911, 258 ss., poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Texte zur Methodendebatte. 1900-1914*, herausgegeben und mit einem Anhang versehen von A. GÄNGEL und K.A. MOLLNAU, Freiburg-Berlin 1992, 234. Per qualche spunto sulle matrici culturali della teoria di Kantorowicz, in connessione con gli altri movimenti europei, cfr. F. MAZZARELLA, *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» 44, 2015, 381 ss.

<sup>12</sup> Sia consentito rinviare, oltre all'opera citata nella nota precedente, anche a F. MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Dalla Scuola sociale alla socializzazione del diritto privato*, in D. DEROUSSIN, M. LOHENIG, F. MAZZARELLA, S. WAGNER (a cura di), *Bürgerliches Recht im nachbürgerlichen Zeitalter - 100 Jahre Soziales Privatrecht in Deutschland, Frankreich und Italien. I. Vom Liberalen zum Sozialen Privatrecht? Der französisch-italienische Obligationenrechts-Entwurf von 1927*, Frankfurt am Main 2022, 143 ss., nonché ID., *Darwinismo, storicismo, socialità. La «nuova tendenza» di Giuseppe Vadalà-Papale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» 41, 2012, 583 ss.

<sup>13</sup> T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito* cit., 28 ss.

<sup>14</sup> E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Napoli 1891, poi in ID., *Opere giuridiche*, II, Roma 1947, 263.

<sup>15</sup> E. GIANTURCO, *Opere giuridiche* cit., 262.

<sup>16</sup> E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, in AG 33, 1884, 187 ss., poi in ID., *Studi di diritto civile*, III, Torino 1900<sup>2</sup>, 41 s.

<sup>17</sup> S. SCHLOSSMAN, *Der Vertrag*, Leipzig 1876, § 11, 80 ss.

nali», non era «libera in modo assoluto», bensì «in modo relativo». <sup>18</sup> E «questa libertà morale relativa», che si estrinsecava al momento della «formazione del contratto», si trasformava «*ipso facto*», una volta sorto il vincolo negoziale e acclarato «il valore di una retta ed ordinata funzione sociale», «in necessità giuridica». <sup>19</sup>

5. Con la sua opera del 1876 Schlossmann compiva dunque a suo modo un'operazione di verità, dava un contributo essenziale al superamento non del concetto di contratto, ma del modello volontaristico di contratto, di un modello basato sulla libera volontà dei privati, su una normatività sancita da volontà spesso infedeli, plagiate, estorte. La sua critica coglieva nel segno, metteva a fuoco una serie di obiettivi che il Novecento avrebbe confermato prioritari e che Dalla Massara individua e illustra con una chiarezza esemplare. Schlossmann colpiva il bersaglio in almeno tre direzioni: smascherava il substrato politico della mitologia giuridica del volontarismo; demoliva la mitologia "romanistica", costruita su basi ulpianee, di una normatività dei privati basata sul consenso, avvalorando invece l'idea, di ascendenza labeoniana, che il meccanismo di funzionamento e la forza vincolante del contratto dipendessero dallo scambio, dalla reciprocità di prestazioni equivalenti, dal sinallagma; attaccava l'astrattezza della categoria del contratto, che era priva di concretezza e di aderenza alle specificità del contesto, prefigurando la moltiplicazione dei modelli contrattuali (di lavoro, di locazione, per adesione, di diritto pubblico, collettivi, da contatto sociale), spesso frutto del «diritto dei privati» più che della legge dello Stato, anch'essa non a caso bersaglio dell'irruente giurista tedesco. <sup>20</sup>

La «critica radicale» di Schlossmann spalancava dunque una finestra sull'abisso, apriva un vuoto ideologico e concettuale da riempire. Ma non era solo per questo nichilista. <sup>21</sup> Dalla Massara lo sottintende lungo l'intero arco del suo ragionamento, per esplicitarlo infine nell'ultimo dei trentanove paragrafi del libro: dalla lettura del *Vertrag* «può ricavarsi soprattutto il benefico effetto che sempre deriva dalla messa in discussione – tanto più se dura, radicale – di un'idea»: «la "giustizia" che promana dall'impeto distruttivo di Schlossmann è quella che non manca di percepirsi ogniqualvolta si affronta a viso aperto una sfida di senso», grazie alla quale vengono messe in discussione «queste e altre questioni, contribuendo alla relativizzazione di tante certezze». <sup>22</sup>

<sup>18</sup> E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti* cit., 70.

<sup>19</sup> E. CIMBALI, *loc. ult. cit.*

<sup>20</sup> Sulla moltiplicazione dei modelli contrattuali, in conseguenza della crisi del paradigma individualistico, si vedano sotto diversi profili: G. CAZZETTA, *Codificazione ottocentesca e paradigmi contrattuali: il problema del lavoro*, in J. MARTINS-COSTA L. BECK VARELA (a cura di), *Código. Dimensão histórica e desafio contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paolo Grossi*, Porto Alegre 2013, 81 ss.; G. CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» 45, 2016, 249 ss.; F. MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese* cit., 156 ss.; C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Ottocento e Novecento*, Napoli 1986, 126 ss.

<sup>21</sup> Lo dimostrano i richiami alla sua opera da parte di quella dottrina che alla fine del secolo cerca una via oggettivistica del contratto, come Cimbali nell'opera citata o Venezian nell'opera puntualmente commentata da Dalla Massara (103-105): G. VENEZIAN, *La causa dei contratti*, Roma 1892, poi in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma 1919, 345 ss.

<sup>22</sup> T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito* cit., 139.

Anche alla critica corrosiva di Schlossmann segue una rinascita, anche sulle macerie della sua opera demolitiva s'innalzano i profili di nuovi edifici concettuali. In qualche misura questo è vero anche per Nietzsche, Sartre, certamente Camus, che si incontrano su un terreno in cui è difficilissimo tracciare linee di demarcazione tra nichilismo, anarchismo, profetismo, utopismo, cinismo, esistenzialismo. Forse, come spesso accade, un aiuto alla comprensione di un universo teorico così complesso può venire dall'arte visiva, che permette di superare i limiti del pensiero e della parola, grazie alla forza evocativa di immagini capaci di esprimere in un istante la contiguità tra distruzione e ricostruzione, morte e resurrezione, dolore e speranza, «inattualità» e «attualità».<sup>23</sup> Il celebre Guernica, il quadro dipinto da Picasso nel 1937 dopo il bombardamento della cittadina basca, come quello "picassiano" di Karl Kunz del 1942, rappresentano morte e distruzione, il nulla dopo le bombe, ma non sono nichilisti. Sono anzi una base dalla quale ripartire, la denuncia dell'orrore nazifascista, dell'abominio della guerra. Un invito ad andare oltre, ad alzarsi, a svegliarsi, «Deutschland erwache!», come recita il titolo del quadro di Kunz. Come il Cretto di Burri, che seppellisce e cementifica le rovine di Gibellina Vecchia, ma allo scopo di custodirne la memoria, sulla quale idealmente costruire la città nuova. E le tele squarciate di Fontana, che possono suggerire un senso di violenza e distruzione, forse anche l'esaurimento di un mondo, ma che indicano prima di tutto un passaggio, aprono un varco per superare la materia, proiettarsi nello spazio, conquistare nuove dimensioni. Nuove dimensioni come quelle (oggettivistica, solidaristica, sociale, collettiva, pubblica) che il contratto avrebbe conquistato nel corso del Novecento. Grazie anche, come Dalla Massara insegna in questo libro appassionante, alla «critica radicale» di Schlossmann.

<sup>23</sup> T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito* cit., 140.

Bernard H. Stolte

Johannes Henricus Antonius (Jan) Lokin  
(21.2.1945-19.6.2022)





## JOHANNES HENRICUS ANTONIUS (JAN) LOKIN (21.2.1945-19.6.2022)

Il 19 giugno 2022 è scomparso Jan Lokin, Professore Emerito di Diritto romano e Storia del diritto. Con lui la Facoltà Giuridica della Università di Groningen ha perso uno studioso e docente di punta. Come scrisse (in olandese)<sup>1</sup> il suo successore Frits Brandsma, «chi ha studiato giurisprudenza a Groningen tra il 1977 e 2010, sa ricordarsi in ogni caso di un professore: Jan Lokin, che insegnava le materie di storia del diritto e diritto romano». Sono stati circa 25.000 studenti. Questo notevole successo è soltanto una piccola parte di una vita ricca e piena, in cui famiglia e amici potevano contare sulla stessa attenzione quanto il diritto, l'antichità classica, la letteratura e il mondo intorno a lui. I suoi libri e saggi nel campo del diritto romano e soprattutto del diritto bizantino sono il motivo per commemorarlo ai lettori degli *Annali del Seminario Giuridico* di Palermo.

Jan Lokin nacque nell'ultimo anno della seconda guerra mondiale, 1945, a Ommen, dove i suoi genitori gestivano un albergo. Oltre a loro, il *gymnasium* (liceo classico) nel Canisius College a Nimega e i suoi anni d'Università a Groningen furono determinanti per la sua formazione. Grazie ai suoi professori, Gesuiti e laici, Lokin portò con sé all'Università una conoscenza tanto inusuale quanto approfondita delle lingue classiche e della storia. Un incontro fortuito col professore del diritto romano, H.J. Scheltema, lo mise sulla traccia del diritto greco-romano. Non vuol dire che egli si sia limitato fin dall'inizio a questo ramo arcano della storia del diritto. Anzi, Lokin è sempre rimasto un generalista. La sua tesi di dottorato trattava dell'errore nei contratti obbligatori. Per tutta la vita ha pubblicato anche in tema di diritto civile odierno, spesso da una prospettiva storica e comparatistica. Ha partecipato pienamente al dibattito sulla desiderata riforma del diritto civile olandese, un dibattito provocato dall'introduzione progettata di un nuovo Codice Civile, il nucleo del quale fu promulgato nel 1992. Siccome niente è tanto 'nazionale' quanto il diritto, ha scritto i suoi libri e saggi sull'argomento in olandese. Chi scrive li lascia qui da parte e si limita alle pubblicazioni di Lokin nel campo del diritto romano e bizantino.

Lokin assunse il suo professorato con una lezione inaugurale su 'Insegnamento e pratica del diritto nel sesto secolo d.C.'<sup>2</sup> In questa annunziò la sua intenzione di curare una nuova

<sup>1</sup> F. BRANDSMA, *De stem van Jan Lokin. Prof.mr. J.H.A. Lokin. Ommen 21 februari 1945 – Groningen 19 juni 2022*, in *Ars Aequi*, sept. 2022, 712-716, che contiene molte citazioni del maestro. È uno dei numerosi ricordi del Lokin nella stampa giuridica e non-giuridica.

<sup>2</sup> J.H.A. LOKIN, *Rechtenonderwijs en rechtspraak in de zesde eeuw na Christus. Rede uitgesproken bij de openlijke aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar aan de rijksuniversiteit van Groningen op 20 juni 1978* [Groningen 1978].

edizione della Parafrasi delle Istituzioni di Teofilo, un'edizione che fu pubblicata nel 2010, l'anno del suo emeritato. Negli anni intermedi uscirono otto libri, per lo più insieme con uno o due co-autori, circa 80 saggi, e un gran numero di pubblicazioni su argomenti diversi. È sempre stato un oratore molto richiesto. «Non ho bighellonato», come diceva lui stesso.<sup>3</sup> Sempre nell'anno 2010 uscì un volume dei suoi saggi sul *ius graeco-romanum*, edito da Tom van Bochove, che si curò anche della folta bibliografia.<sup>4</sup> Delle opere uscite dopo il 2010 almeno due meritano una menzione speciale. Nel 2019 ha pubblicato una storia particolareggiata della Facoltà di Giurisprudenza di Groningen,<sup>5</sup> un libro impressionante – pesante quasi 2 kg – e di bella fattura, su una Facoltà che è più vecchia (1596) dell'Università (1614) di cui fa parte. L'altra opera sarà pubblicata nel 2023, con il titolo provvisorio 'Codifications of Late Antiquity', un tema di cui Lokin si è sempre interessato.

Jan Lokin era prima di tutto giurista, ma con uno spirito molto aperto e un grande interesse per gli *humaniora* nel senso lato, come lo era anche il suo maestro Scheltema. L'opera di tutta la vita dello Scheltema – parlava di “una schiavitù autoimposta a vita” – era la preparazione di una nuova edizione dei Basilici, non perché fosse un bizantinista, ma perché, da romanista, la riteneva indispensabile per una buona conoscenza del diritto romano giustiniano. Come dimostrava Scheltema in un numero di saggi, l'edizione di Heimbach aveva dei difetti gravi, che non potevano essere rimediati senza una nuova edizione con altro fondamento. Anche Lokin era primo di tutto romanista. La nostra conoscenza del diritto romano, anche del diritto romano classico, si fonda in gran parte sulla tradizione della codificazione giustinea. Le fonti bizantine, in particolare i Basilici e i suoi scolii del sesto secolo, costituiscono il *tertium comparationis* con il quale possiamo confrontare i problemi critici della trasmissione del testo giustiniano. Lokin focalizzava la sua attenzione sul periodo giustiniano, sulle fonti più importanti latine e greche, su Giustiniano come codificatore, sul fenomeno della codificazione e sull'insegnamento nel sesto secolo, del quale le fonti bizantine offrono tante informazioni preziose. La Parafrasi di Teofilo ne è un bell'esempio. Con il testo greco e la traduzione inglese, 40 pagine di prolegomena e 80 pagine di indici, una fonte primaria del diritto romano giustiniano è stata resa accessibile.

Ritengo emblematico che un testo didattico del sesto secolo costituisca l'inizio e la fine del professorato di Jan Lokin. In questi 33 anni, da *antecessor groninganus*, ha sia insegnato agli studenti sia studiato l'insegnamento degli *antecessores* del sesto secolo. Dei suoi studi ne stralcio uno, perché è un esempio istruttivo del suo modo di praticare il diritto greco-romano: 'Sane uno casu'.<sup>6</sup> Per il romanista le parole evocano il problema di Inst. 4,6,2, l'unico caso in cui in un processo su una *res* il possessore ha il ruolo di attore. Per il caso in questione le *Institutiones* rinviano ai *Digesta latiora*, senza citarne il luogo. Da secoli i giuri-

<sup>3</sup> «Ik heb mijn tijd niet verlummeld», in una intervista nell'*Universiteitskrant* (Giornale dell'Università [di Groningen]) del 20 gennaio 2010.

<sup>4</sup> J.H.A. LOKIN, *Analecta Groningana ad ius graeco-romanum pertinentia* (ed. TH.E. VAN BOCHOVE), Groningen 2010. Per la bibliografia v. 273-294.

<sup>5</sup> J.H.A. LOKIN, *De Groninger Faculteit der Rechtsgeleerdheid (1596-1970)*, Den Haag 2019.

<sup>6</sup> J.H.A. LOKIN, 'Sane uno casu', in J.A. ANKUM, J.E. SPRUIT, F.B.J. WUBBE (edd.), *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis oblata*, Fribourg-Freiburg 1985, 251-271=ID., *Analecta* cit. [nt. 4], 131-149.

sti hanno cercato disperatamente l'*unus casus*. Il testo costituisce quasi la sfida estrema per il romanista. Lokin ha raccolto il guanto e pubblicato la sua soluzione in un bel saggio. In questo troviamo tutto ciò che lo interessava nel diritto romano: un difficile problema dogmatico, il diritto romano sia classico che giustiniano, il diritto civile formale e materiale, il diritto greco-romano, cioè una discussione in greco su un problema del diritto romano come lo conosciamo dalle fonti 'bizantine'. Sarebbe un peccato spifferare l'esito di questo giallo ...

Niente renderebbe giustizia alla vita di Jan Lokin meno che descriverla come quella di uno studioso del diritto greco-romano. Chi ha avuto il privilegio di averlo conosciuto di persona lo sa bene.



Finito di stampare nel mese di dicembre 2022  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220









